

GERMÁN COLOMA

**DEFENSA DE LA
COMPETENCIA**

**ANÁLISIS ECONÓMICO
COMPARADO**

Segunda edición actualizada

Buenos Aires

Ediciones Ciudad Argentina

2009

EL AUTOR

Germán Coloma es Contador Público de la Universidad Nacional de La Plata (1988), Máster en Políticas Públicas del Instituto Torcuato Di Tella (1990) y Doctor en Economía de la Universidad de California, Los Angeles (1997).

Ha ejercido la docencia en la Universidad Nacional de La Plata, la Universidad de San Andrés y la Universidad de California, Los Angeles. Actualmente es profesor titular con dedicación exclusiva de la Universidad del CEMA. Es también profesor visitante en la Maestría en Derecho y Economía de la Universidad de Buenos Aires. Ha sido Economista Jefe de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, y es economista afiliado al *Law and Economics Consulting Group* (LECG).

Ha publicado numerosos trabajos sobre temas de organización industrial, defensa de la competencia, econometría aplicada, economía de los servicios públicos y análisis económico del derecho. Algunos de ellos han aparecido en revistas internacionalmente reconocidas tales como *Empirical Economics*, *International Review of Law and Economics*, *Review of Industrial Organization* y *Journal of Economic Dynamics and Control*. También ha publicado otros dos libros, además de éste (*Análisis económico del derecho privado y regulatorio*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2001; y *Economía de la organización industrial*, Buenos Aires, Temas, 2005).

RESUMEN DEL LIBRO

El objetivo de esta obra es analizar desde el punto de vista económico el derecho de defensa de la competencia, y comparar la forma en la que el mismo opera en distintos países. El libro está pensado como una obra de consulta para abogados y economistas, y como texto para cursos universitarios de grado y posgrado que traten el tema, tanto en carreras de derecho como de ciencias económicas.

Los dos elementos que distinguen a esta obra son su enfoque netamente económico y su comparación sistemática de la legislación y la jurisprudencia existente en seis casos bajo estudio (Estados Unidos, Unión Europea, España, México, Brasil y la Argentina). Los temas aparecen agrupados en capítulos que tratan los distintos tipos de conductas anticompetitivas (colusión, prácticas exclusorias, restricciones verticales, abusos explotativos de posición dominante) y el control de concentraciones económicas.

En esta segunda edición se han incluido una serie de avances y modificaciones que han tenido lugar en el análisis antitrust durante los últimos años. Entre ellas se destacan la convergencia cada vez mayor entre los criterios utilizados en los Estados Unidos y la Unión Europea (y, por extensión, entre dichas jurisdicciones y el resto del mundo), que implican la imposición de sanciones más duras para los casos de cartelización y un tratamiento más benevolente de las concentraciones económicas y de ciertas restricciones verticales.

Para Javier
y Carolina

Prólogo a la segunda edición

Es para mí una gran satisfacción que se publique una segunda edición de mi libro de defensa de la competencia. Eso quiere decir que el libro tuvo cierto éxito editorial, y también que existe interés en ver incorporados a sus páginas los avances que se han producido en el tema del análisis antitrust en los últimos años. Es por eso que en esta segunda edición decidí mantener intacta la estructura que el libro tuvo en su primera edición, y concentrarme básicamente en corregir algunos errores y, sobre todo, en actualizar la legislación y la jurisprudencia e incorporar algunos aspectos de la bibliografía que ha surgido desde el año 2003 a la fecha.

Si algo describe la evolución del análisis antitrust en los últimos cinco años, eso es la convergencia de criterios cada vez mayor que se está produciendo en los distintos países que aplican leyes de defensa de la competencia. Dicha convergencia se ha manifestado, sobre todo, en las reformas que ha emprendido la Unión Europea en su tratamiento de las concentraciones económicas y también de los acuerdos horizontales y verticales, con lo cual se ha acercado al criterio predominante en Estados Unidos sobre estos temas. Los tribunales norteamericanos, por su parte, también han dado algunos pasos tendientes a la convergencia, como la modificación en el tratamiento de los casos de fijación de precios mínimos de reventa (que, a diferencia de lo que ocurría en el resto del mundo, en Estados Unidos eran considerados como anticompetitivos *per se* hasta el año 2007).

La mayor unidad de criterios entre Estados Unidos y la Unión Europea (y, por extensión, entre esas jurisdicciones y el resto del mundo) también ha tenido impacto en lo que se refiere a la bibliografía sobre temas de defensa de la competencia, al punto de que resulta cada vez más habitual que los textos sobre el tema adopten una perspectiva internacional. Son ejemplos de ello, dentro de la bibliografía económica, la obra de Motta (2004) y, dentro de la bibliografía jurídica, la de Elhauge y Geradin (2007).

En lo que se refiere a la evolución de la defensa de la competencia en la Argentina, que ocupa buena parte de lo analizado en el presente libro, es forzoso reconocer que durante el período 2003-2008 la misma no tuvo el mismo ritmo que había tenido en el período 1996-2002. Esto no impidió, sin embargo, que durante los últimos años se hayan producido algunos hechos importantes, como la sanción a un cartel con multas récord, la fijación de algunos criterios significativos en un par de casos que

llegaron ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y la aprobación o prohibición de varias concentraciones económicas significativas. Por último, en lo referido a las obras sobre defensa de la competencia publicadas recientemente en el país, resulta importante destacar la aparición de la segunda edición del tratado de Cabanellas (2005), así como la del libro de Molina Sandoval (2006).

En este último período se publicó también mi libro sobre economía de la organización industrial (Coloma, 2005), que es en cierto modo un complemento de éste, en especial para los cursos destinados a estudiantes de ciencias económicas. Varios capítulos de aquel libro pueden leerse como justificaciones teóricas de los conceptos aplicados a los temas de defensa de la competencia que aparecen en éste, y varios capítulos de este libro pueden a su vez usarse como aplicaciones de los temas desarrollados en aquél.

En el prólogo a la primera edición de este libro aparecen unos cuantos agradecimientos a personas e instituciones varias. Las mismas, por supuesto, siguen vigentes en esta segunda edición. A ellas cabe agregar también un agradecimiento para los alumnos que ya “soportaron” la primera edición del libro como bibliografía obligatoria en una serie de materias dictadas en estos últimos cinco años, como son los del curso de defensa de la competencia de la Maestría en Derecho y Economía de la Universidad de Buenos Aires, y los del curso de estrategia competitiva y regulación de mercados de la Maestría en Dirección de Empresas de la Universidad del CEMA.

Buenos Aires, noviembre de 2008.

Germán Coloma

Prólogo a la primera edición

El objetivo de este trabajo es analizar desde el punto de vista económico el derecho de defensa de la competencia, y comparar la forma en la que el mismo opera en distintos países. El libro pretende ser una obra de consulta para abogados, economistas y administradores interesados en la defensa de la competencia, y puede servir como texto para cursos universitarios de grado y posgrado que traten el tema, tanto en facultades de derecho como de ciencias económicas. También puede usarse como material complementario en cursos de economía industrial, derecho económico y análisis económico del derecho.

Si bien la bibliografía disponible sobre defensa de la competencia ha ido creciendo sostenidamente en los últimos años, este libro tiene ciertas características que lo diferencian de otras obras que se han publicado hasta ahora en castellano. En primer lugar, su enfoque es netamente económico, por lo cual sólo trata tangencialmente las cuestiones de procedimiento y se centra en el estudio de las disposiciones de fondo del derecho antitrust, tratando de desentrañar las funciones que las mismas cumplen dentro del sistema económico vigente en los países en los que se aplica. En ese sentido se asemeja al tipo de análisis que aparece en obras internacionales tales como las de Viscusi, Vernon y Harrington (1995) o Neumann (2001).

En segundo lugar, el libro efectúa una comparación sistemática de la legislación y la jurisprudencia existente en seis casos bajo estudio (Estados Unidos, Unión Europea, España, México, Brasil y la Argentina), y no se concentra en analizar una única experiencia nacional sino en captar los principios económicos que se aplican en el derecho antitrust en todo el mundo. Esto lo acerca al enfoque utilizado en su momento por Cabanellas (1983) o, más recientemente, por Pereznieto y Guerrero (2002), si bien esta última obra sólo contrasta las experiencias estadounidense, canadiense y mexicana. También implica una diferencia importante con las obras sobre derecho de la competencia publicadas recientemente en la Argentina, tales como las de Dromi (1999), Rimoldi (2001), Martínez Medrano (2002) y Peña (2002).

Esta obra está organizada en ocho capítulos. El primero es una introducción en la cual se presentan sintéticamente los contenidos de la defensa de la competencia y se reseñan las principales normas vigentes en los distintos casos a analizar. Luego viene un segundo capítulo de carácter teórico, en el cual se desarrollan una serie de conceptos

económicos y jurídicos necesarios para interpretar el derecho antitrust. Los siguientes cuatro capítulos se dedican a estudiar las principales prácticas anticompetitivas que son normalmente sancionadas por el derecho de defensa de la competencia (colusión, prácticas horizontales exclusorias, prácticas verticales, y prácticas explotativas y discriminatorias), tanto desde el punto de vista de la doctrina como de las normas y la jurisprudencia vigentes en los Estados Unidos, la Unión Europea, España, México, Brasil y la Argentina. El capítulo séptimo, por su parte, hace lo propio con el control de las concentraciones económicas. Finalmente, el trabajo incluye un capítulo de conclusiones, un apéndice en el cual se reproducen las principales normas de defensa de la competencia, y un índice de los casos mencionados a lo largo del libro.

Si bien el tipo de análisis que se efectúa en esta obra sigue la metodología de la ciencia económica, se ha omitido deliberadamente toda exposición de tipo matemático, ya sea a través de fórmulas o de gráficos. Esto hace que algunos resultados no puedan ser demostrados y deban ser simplemente enunciados, pero facilita la comprensión de los mismos por parte de los lectores que no son especialistas en economía. De cualquier modo, como las referencias bibliográficas son abundantes, el lector interesado en profundizar los fundamentos económicos de los distintos temas podrá recurrir a dichas referencias cuando así lo crea conveniente.

Este trabajo fue escrito como parte de mis tareas de investigación en la Universidad del CEMA. Su elaboración me llevó varios años, durante los cuales fui publicando algunos artículos y documentos de los que he tomado partes que se han integrado parcialmente a la versión final del texto (Coloma, 1997, 1998, 1999, 2000, 2002a y 2002b). Todos los capítulos que hoy forman parte del libro, sin embargo, fueron revisados y actualizados para incorporar los avances disponibles hasta principios del año 2003.

Durante el proceso de planificación y escritura de este volumen me he beneficiado de los aportes de numerosas personas cuya lista completa sería imposible de enumerar. En primer lugar quiero agradecer a Ernesto Cionfrini, Ricardo Inglez de Souza, Julián Peña y Álvaro Sánchez González, quienes me hicieron llegar comentarios a una versión preliminar del texto. También les debo un agradecimiento a William Comanor, Harold Demsetz, Andrew Dick y Benjamin Klein, que fueron mis profesores de organización industrial en la Universidad de California y me introdujeron en el tema

de la política antitrust, así como a los alumnos que he tenido en diversos cursos sobre defensa de la competencia dictados en la Universidad del CEMA, la Universidad Nacional de La Plata, la Universidad Notarial Argentina y el desaparecido Instituto Superior de Economistas de Gobierno (ISEG). Ha sido también muy importante para mí la interacción con quienes fueron mis compañeros en la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, en la cual aprendí buena parte de lo que sé sobre defensa de la competencia y vi cómo las normas antitrust se aplicaban en la práctica. Asimismo quiero agradecer al *Law and Economics Consulting Group* (LECG), consultora a la que me encuentro afiliado desde 1999, que me permitió adquirir experiencia respecto de cómo se ven las decisiones de las agencias de defensa de la competencia desde la óptica de los agentes privados afectados por las mismas. Por último, me fue también muy útil el intercambio de ideas con los miembros del Foro de Competencia organizado por Julián Peña, a través del cual me ha sido posible mantener un contacto constante con numerosos representantes de los ámbitos público, privado y académico dedicados al tema de la defensa de la competencia.

Buenos Aires, mayo de 2003.

Germán Coloma

1. Introducción

El presente capítulo intenta brindar un marco dentro del cual puedan integrarse los distintos temas que conforman la base de la política y del derecho antitrust. Para ello dedicaremos la primera sección a definir el concepto de defensa de la competencia, en tanto que en la segunda reseñaremos las principales normas vigentes en los Estados Unidos, la Unión Europea y América Latina.

1.1. Concepto de defensa de la competencia

Tal como hemos mencionado en un trabajo anterior, la defensa de la competencia (o antitrust) puede definirse como una clase de regulación indirecta cuyo objetivo es controlar el ejercicio del poder de mercado en situaciones en las que dicho control depende de la existencia de varias empresas que compiten entre sí¹. Así conceptualizada, la defensa de la competencia puede contrastarse con otros mecanismos de regulación pública de carácter directo, que intentan limitar el ejercicio del poder de mercado de las empresas a través de intervenciones específicas del estado en la determinación de ciertas variables económicas (precios, cantidades, estándares de calidad, etc).

Existen dos modos generales de llevar a cabo la defensa de la competencia, que se conocen bajo los nombres de “política de comportamiento” y “política estructural”. La política de comportamiento es la forma más tradicional, y consiste en una serie de procedimientos de tipo jurisdiccional por los cuales se sancionan acciones pasadas o presentes llevadas a cabo por algún agente económico en violación de ciertas normas. Dichas sanciones pueden consistir en órdenes de cese de determinadas conductas, multas o, en algunos países y para algunas situaciones, indemnizaciones o penas de prisión. La política estructural, en cambio, es un modo de hacer defensa de la competencia antes de que se produzcan las acciones consideradas nocivas, y consiste esencialmente en el uso de medidas que influyen sobre el número y el tipo de empresas que operan en los mercados. El ejemplo más importante de política estructural de defensa de la competencia en la mayoría de los países del mundo está dado por los procedimientos de autorización y control de las operaciones de fusión y adquisición de

¹ Véase Coloma (2001), capítulo 9.

empresas, que buscan influir en la concentración de los mercados en los momentos en los cuales entidades que eran independientes entre sí pasan a quedar bajo el control de un único grupo económico.

Tanto la política de comportamiento como la política estructural son modos de intervención del estado que operan por excepción. La idea es que en la generalidad de los casos los mercados deben funcionar libremente, y que la defensa de la competencia sólo debe actuar cuando se dan determinados hechos que pueden hacer presuponer que la competencia como proceso está amenazada. Tales hechos son la comisión de una práctica anticompetitiva (para la política de comportamiento) o la realización de una operación de fusión o adquisición que cumpla determinados requisitos (para la política estructural). Nótese que esta forma de operar de la defensa de la competencia la diferencia sustancialmente de otros modos de intervención del estado que entran dentro de la categoría de regulación directa (como lo son, por ejemplo, la regulación de los servicios públicos o la regulación bancaria). A diferencia de la política antitrust, este tipo de intervenciones suele implicar una actividad reguladora constante, que continuamente está fijando precios, niveles de inversión, índices de liquidez y solvencia, y otras variables semejantes. También es por ello habitual que para ese tipo de actividades existan organismos específicos especializados en la regulación de determinados mercados (por ejemplo, el mercado eléctrico, las telecomunicaciones, la actividad financiera), mientras que para la defensa de la competencia los órganos competentes suelen tener un alcance mucho más general (por ejemplo, todas las actividades comerciales, productivas y de servicios).

Tal como hemos visto en los párrafos anteriores, la política de comportamiento tiene por objeto la sanción de una serie de conductas consideradas anticompetitivas. Estas conductas suelen caracterizarse en las leyes de defensa de la competencia de los distintos países de un modo más o menos general, y después se las tipifica o se las ejemplifica (según los casos y la naturaleza jurídica de la ley en cuestión) a través de caracterizaciones más concretas. Desde un punto de vista conceptual, resulta posible clasificar a las prácticas anticompetitivas de diversas maneras, de las cuales mencionaremos las tres que nos parecen más relevantes. Una de dichas clasificaciones tiene que ver con el sujeto que lleva a cabo la práctica anticompetitiva, y divide a las conductas en prácticas unilaterales y prácticas concertadas. Las primeras son aquellas en

las cuales lo anticompetitivo de la conducta puede ser llevado a cabo por personas o empresas individuales, sin que se necesite de la colaboración de otros agentes económicos. Las prácticas concertadas, en cambio, precisan de la colaboración de varias personas o empresas para configurarse.

Una segunda clasificación relevante a nuestros efectos es la que divide a las conductas anticompetitivas en explotativas y exclusorias. Las primeras son aquellas por las cuales el ataque a la competencia se produce a través de una conducta que implica perjudicar a los proveedores o clientes de la o las empresas que la ejecutan, pero sin que exista exclusión de competidores. Las segundas, en cambio, son las que implican una actitud anticompetitiva cuyo objeto o efecto es la exclusión de competidores reales o potenciales en determinado mercado.

La tercera clasificación a la que haremos referencia divide a las prácticas anticompetitivas en horizontales y verticales. Las primeras son aquellas cuya instrumentación se lleva a cabo en una única etapa de la cadena de producción y comercialización de un bien o servicio, en tanto que las segundas son aquellas que tienen necesariamente efectos en varias de dichas etapas y que afectan a personas o empresas que actúan en tales etapas diferentes (por ejemplo, proveedores de insumos, productores, distribuidores).

Del cruce de las clasificaciones enunciadas surgen los principales tipos de prácticas anticompetitivas que son corrientemente sancionadas por las autoridades encargadas de la política antitrust en el mundo. La más típica de estas violaciones es la colusión, que puede definirse como una práctica explotativa de tipo horizontal y concertada entre competidores de un determinado mercado, que tiene por objeto limitar o eliminar la competencia entre ellos. El otro grupo característico de prácticas anticompetitivas es el de las conductas exclusorias, dentro de las cuales entran las conductas de obstaculización de la entrada y de depredación. Estas conductas pueden ser de tipo horizontal o vertical y tener un carácter unilateral o concertado, pero en todos los casos su carácter anticompetitivo tiene que ver con la eliminación de competidores reales o potenciales.

Un último grupo de prácticas que pueden ser sancionadas como anticompetitivas son las conductas de tipo unilateral y explotativo. Las mismas son a veces incluidas dentro del concepto de “abuso explotativo de posición dominante”, y se caracterizan por

ser conductas que no atentan en sí contra la competencia (en el sentido de que no implican dejar de competir con otras empresas ni impedir que otras empresas compitan con la propia) pero que sí llevan a un apartamiento de las condiciones de equilibrio usualmente asociadas con dicha competencia. Dentro de esta categoría pueden aparecer los “precios no equitativos”, algunos tipos de discriminación de precios y algunas prácticas tales como las ventas atadas, que en ciertos casos operan como indicios de un ejercicio abusivo del poder de mercado por parte de una empresa.

Una tipología adicional que puede tener importancia cuando se analizan políticas de comportamiento es la que divide las conductas en prácticas anticompetitivas absolutas (*per se*) y prácticas anticompetitivas relativas, que se sancionan utilizando la denominada “regla de la razón” (*rule of reason*). Esta clasificación resulta relevante si la legislación o la jurisprudencia de un determinado país ha decidido adoptarla, y se basa en la idea de que existen ciertas conductas cuya sola ocurrencia alcanza para categorizarlas como prácticas sancionables, y que, en cambio, hay otras conductas que sólo resultan punibles en determinados contextos y no en otros. En la tradición estadounidense (que es la que originó esta clasificación), se consideran anticompetitivas *per se* a las formas más evidentes de colusión (acuerdos de precios, repartos de mercados, etc), en tanto que la mayoría de las restantes prácticas sólo se consideran como infracciones al derecho antitrust si se demuestra que implican una lesión a la competencia que provoca un daño social identificable. En muchos países esta clasificación de las prácticas anticompetitivas no se aplica, pero en general resulta posible encontrar conductas cuya simple prueba lleva casi indefectiblemente a una sanción por violación a las normas de defensa de la competencia y otras para las cuales el tema principal de análisis no es tanto si la conducta ocurrió o no sino cuáles son sus efectos sobre el bienestar general y sobre la dinámica competitiva de los mercados.

En lo que se refiere a la política estructural de control de fusiones y adquisiciones, la legislación comparada nos permite encontrar dos estándares de intervención básicos. Uno de ellos, surgido de la tradición estadounidense, le asigna como objetivo principal a dicho control evitar que se limite la competencia en los mercados (en el sentido de que mercados que eran más competitivos pasen a funcionar de manera menos competitiva, sea porque se vuelven más parecidos a un monopolio o porque se facilitan las conductas colusivas). El otro enfoque, que es el que subyace en la

tradición europea, se preocupa por lograr que los procesos de concentración económica no “creen o refuercen una posición dominante”, con lo cual se hace hincapié de manera exclusiva en evitar la aparición de posibles monopolios o monopsonios, pero se admite que los mercados se vuelvan más concentrados si dicha concentración no lleva al surgimiento de un único agente económico con poder de mercado². En los últimos años, sin embargo, tales enfoques han tendido a converger, en especial luego de que la Unión Europea adoptó en el año 2004 un estándar mixto, que consideró que el principal objetivo del control de las concentraciones económicas era evitar la obstaculización de la competencia efectiva, “en particular como consecuencia de la creación o refuerzo de una posición dominante”.

1.2. Reseña normativa

1.2.1. Estados Unidos

El derecho antitrust estadounidense tiene su punto de partida formal con la sanción de la denominada “ley Sherman” (1890). Esta ley, que aún hoy sigue vigente, es una norma breve y notablemente general que contiene sólo dos artículos de fondo. El primero prohíbe los “contratos, combinaciones en forma de *trusts* o conspiraciones que restrinjan el comercio”, y el segundo penaliza los actos que impliquen “monopolizar, o intentar monopolizar, o combinar o conspirar con otras personas para monopolizar el comercio”.

Dada la amplitud y relativa ambigüedad de sus prescripciones, la ley Sherman tuvo una aplicación escasa y poco clara en sus primeros años de vigencia, y fue haciéndose progresivamente más importante conforme se fue generando una jurisprudencia sobre el tema. En ese sentido tienen particular importancia varios fallos de fines del siglo XIX y principios del siglo XX, tales como los que cerraron los casos “EEUU c/ Trans-Missouri Freight Association” (1897), “EEUU c/ Addyston Pipe y otros” (1898) y “EEUU c/ Standard Oil” (1911). En el primero de dichos casos quedó definida la noción de que la principal ofensa a la legislación antitrust eran los acuerdos directos de precios entre competidores, y que dichos acuerdos eran anticompetitivos en sí mismos y caían dentro de las prescripciones del artículo 1 de la ley Sherman. En el

² Sobre este tema, véase D’Amore (1998).

segundo caso apareció por primera vez con claridad la idea de que ciertas restricciones al comercio eran punibles *per se* pero que otras debían ser analizadas siguiendo la regla de la razón, y que la diferencia tenía que ver con el carácter central o accesorio de la restricción en cuestión. Finalmente, el caso Standard Oil representó la primera aplicación importante del artículo 2 de la ley Sherman, que sentó las bases para la posterior sanción como prácticas anticompetitivas de una serie de conductas unilaterales y exclusorias.

El siguiente hito importante en la historia del derecho antitrust norteamericano fue la sanción de la ley Clayton y de la ley de creación de la Comisión Federal de Comercio (*FTC Act*), ambas del año 1914. La primera de dichas leyes declaró la ilegalidad de una serie de conductas particulares que pueden leerse como ejemplos de actos de monopolización o de intentos de monopolización (discriminación de precios, imposiciones de exclusividad, fusiones y adquisiciones, administración conjunta de empresas competidoras). Su aplicación sirvió al mismo tiempo para extender y para precisar el alcance de las conductas sancionables. En general tuvo también el efecto de extender el uso de la regla de la razón a un número mayor de casos.

En lo que respecta a la ley de creación de la Comisión Federal de Comercio, la misma sirvió para crear una agencia especializada en temas antitrust y crear una vía administrativa para la resolución de este tipo de casos, que a partir de ese momento empezó a compartir el trabajo con la vía estrictamente judicial que se utiliza para resolver los casos que caen bajo la órbita de la ley Sherman. Esta ley tiene también una provisión general de fondo (su artículo 5), por la cual se declaran ilegales los “métodos desleales de competencia en el comercio o que afectan el comercio”. En su aplicación al tema de defensa de la competencia, esta cláusula ha sido interpretada por la jurisprudencia estadounidense como equivalente a las que aparecen en los artículos 1 y 2 de la ley Sherman³, con la diferencia de que los procedimientos que se utilizan para tratar los casos bajo la *FTC Act* (y también bajo la ley Clayton) son de naturaleza civil, en tanto que los que se utilizan para tratar los casos bajo la ley Sherman son de naturaleza penal⁴.

³ La ley de creación de la Comisión Federal de Comercio es también aplicable a casos de defensa del consumidor, en los cuales la expresión “competencia desleal” se interpreta como abarcativa de ciertas prácticas de engaño a los consumidores de bienes o servicios.

⁴ Esto último permite que algunas infracciones a la ley Sherman (por ejemplo, casos de colusión abierta especialmente graves) se repriman con penas de prisión, que se adicionan a las multas con las cuales se

Las leyes antitrust que fueron sancionadas por el Congreso norteamericano con posterioridad a 1914 son en todos los casos modificaciones de las tres leyes básicas reseñadas en los párrafos anteriores. Las principales son la ley Robinson-Patman (1936), la ley Celler-Kefauver (1950) y la ley Hart-Scott-Rodino (1976). La ley Robinson-Patman modificó la parte de la ley Clayton relativa a discriminación de precios (artículo 2) y creó un régimen particular para analizar cuándo dicha práctica resulta anticompetitiva. La ley Celler-Kefauver modificó la parte de la ley Clayton relativa a fusiones y adquisiciones (artículo 7), incorporando una interpretación amplia que permite tratar no sólo casos de fusiones y adquisiciones de paquetes accionarios sino también adquisiciones de activos y fondos de comercio. La ley Hart-Scott-Rodino, finalmente, incorporó un procedimiento de control previo de fusiones y adquisiciones (artículo 7A), dando así margen para un uso generalizado de la política estructural de defensa de la competencia.

En las últimas décadas empezaron también a tener importancia como normas de defensa de la competencia un conjunto de opiniones generales emitidas por las agencias antitrust estadounidenses (Departamento de Justicia y Comisión Federal de Comercio) conocidas bajo el nombre de “pautas” o “lineamientos” (*guidelines*). Si bien estas opiniones no tienen fuerza de ley, sí tienen un efecto muy grande sobre la aplicación del derecho antitrust, porque establecen qué tipo de casos es objeto de estudio y de litigio por parte del gobierno y qué criterios se utilizan para apreciar su legalidad o ilegalidad. El más importante de estos lineamientos es el relativo a fusiones y adquisiciones (1992), seguido en importancia por las pautas sobre colaboración entre competidores (2000) y sobre temas de propiedad intelectual (1995).

Una particularidad del sistema estadounidense de defensa de la competencia, ajena a otras legislaciones, es que admite la existencia de casos antitrust puramente privados, en los cuales las agencias estatales no tienen ninguna intervención y las sanciones monetarias por incumplimiento de las normas no consisten en multas sino en indemnizaciones que la parte demandada le paga a la parte acusadora. El artículo 4 de la ley Clayton establece inclusive un procedimiento de litigio por el cual le otorga a la parte acusadora el derecho de recibir una indemnización equivalente al triple del daño causado por la parte demandada (*treble damages*).

sancionan normalmente las infracciones en el derecho antitrust.

1.2.2. Unión Europea

El otro cuerpo normativo central dentro del derecho de defensa de la competencia en el mundo, además del norteamericano, es el correspondiente a la Unión Europea. Allí las disposiciones básicas son los artículos 81 y 82 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (1999). Los mismos son idénticos a los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma (1957), que era el que regía con anterioridad a 1999. El primero de los artículos en cuestión declara prohibidos e incompatibles con el mercado común a los “acuerdos entre empresas, decisiones de asociaciones de empresas y prácticas concertadas ... que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común”. El artículo 82, por su parte, establece la prohibición de “la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo”.

Al igual que en el caso estadounidense, la aplicación efectiva de estos artículos tardó unos años desde su aparición en 1957, y empezó a tomar importancia a raíz de determinados fallos del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea. Otro elemento que resultó importante fue la aparición de una reglamentación del procedimiento que debía utilizarse para llevar adelante los casos de defensa de la competencia, que fue el Reglamento 17/1962. En virtud de dicho reglamento quedó claro que los casos debían pasar primero por la jurisdicción administrativa de la Comisión Europea (a través de su Dirección General de Competencia) y que luego podían ser apelados ante los tribunales de la Unión Europea. El sistema europeo de competencia no contempla aún la existencia de casos antitrust puramente privados, por lo cual quienes denuncian una determinada conducta anticompetitiva no pueden aspirar a recibir una indemnización como resultado del proceso iniciado sino simplemente una orden de cese de la conducta en cuestión y la imposición de una multa a la parte denunciada⁵.

En lo que se refiere a los casos del período inicial de aplicación del Tratado de Roma, el que tuvo una importancia mayor fue “Comisión Europea c/ Consten y Grundig” (1966), en el cual el Tribunal Superior de Justicia determinó que las prácticas

⁵ Esto no implica que no puedan iniciarse separadamente juicios civiles o comerciales por daños y perjuicios, pero los mismos se rigen por normas que no forman parte del derecho de la competencia.

incluidas en el artículo 81 del tratado no sólo se referían a acuerdos horizontales sino también a acuerdos verticales (por ejemplo, entre productores y distribuidores). Esto generó una tendencia que se convirtió en característica del derecho antitrust europeo, que fue la de instaurar procedimientos de autorización previa por los cuales los acuerdos verticales entre empresas (y también una serie de acuerdos horizontales) pasaron a ser revisados por las autoridades de defensa de la competencia para verificar su legalidad antes de su entrada en vigencia. Dicha tendencia, sin embargo, sufrió un vuelco importante en el año 2003, en el cual, a través del Reglamento 1/2003, se abolió la obligación generalizada de tener que pedir autorización previa para los acuerdos entre empresas y se descentralizaron una serie de tareas en las autoridades nacionales de competencia de los distintos países miembros de la Unión Europea.

A pesar de ello, siguen rigiendo en la Unión Europea una serie de normas que establecen “exenciones en bloque” a ciertas prácticas comerciales. Al respecto, las más importantes son el Reglamento 2790/1999, sobre acuerdos verticales, y los Reglamentos 2658/2000 y 2659/2000, sobre acuerdos horizontales de especialización y de investigación y desarrollo. Otra norma de importancia fundamental dentro del sistema europeo de defensa de la competencia es el Reglamento 139/2004, que regula el procedimiento de control previo de las concentraciones económicas. Dicho reglamento reemplazó a la norma anterior sobre el tema (el Reglamento 4064/1989), que fue la que estableció la política estructural de competencia en la Unión Europea. El papel de esta norma, por lo tanto, es equivalente al que cumple en Estados Unidos la ley Hart-Scott-Rodino.

Una particularidad de la legislación europea sobre defensa de la competencia es que dentro de sus normas incluye también el tema del control de las ayudas de los estados a las empresas y sectores económicos (subsidios directos, desgravaciones impositivas, etc), que es algo que en otras legislaciones se considera como netamente separado del derecho antitrust. La norma básica sobre este tema es el artículo 87 del Tratado de la Comunidad Europea (antes conocido como artículo 92 del Tratado de Roma), que declara incompatibles con el mercado común a “las ayudas otorgadas por los estados, o mediante fondos estatales, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones”.

En lo que se refiere a las legislaciones de defensa de la competencia de los

países miembros de la Unión Europea, las mismas siguen en general las pautas vigentes al respecto en el derecho comunitario. La defensa de la competencia es además un campo en el cual se da en la práctica una supremacía del derecho comunitario por sobre el derecho de los estados miembros, que se materializa en el hecho de que la mayoría de los casos importantes (los que afectan a varios países) quedan dentro de la jurisdicción de la Comisión Europea y fuera del alcance de las autoridades nacionales de competencia. Esto es válido aun para países como Alemania y el Reino Unido, que tienen instituciones de defensa de la competencia más antiguas y tradicionales que las de la propia Unión Europea.

Si bien en su aspecto sustantivo no hay mayores diferencias entre la legislación comunitaria y las de los estados miembros de la Unión Europea, sí las hay en ciertos aspectos de procedimiento. Es común, por ejemplo, que algunos países tengan un “sistema de doble agencia”, en el cual existe un organismo que cumple el papel de fiscal y otro que cumple el papel de tribunal de primera instancia. Tal fue, por ejemplo, el caso de España hasta el año 2007, ya que la ley de defensa de la competencia que rigió entre 1989 y 2007 (ley 16/1989) establecía la coexistencia de un Servicio de Defensa de la Competencia (SDC), con funciones de fiscalía, y de un Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), con funciones jurisdiccionales y de sanción de conductas. Con la sanción de la nueva ley de defensa de la competencia (ley 15/2007), sin embargo, España pasó a tener un sistema de agencia única, puesto que los antiguos SDC y TDC se fundieron en una única Comisión Nacional de la Competencia (CNC).

1.2.3. Argentina

En la República Argentina, la legislación antitrust se inició en el año 1933 con la sanción de la ley 11.210. La misma era una ley de tipo penal cuyos dos primeros artículos eran prácticamente una traducción de los artículos 1 y 2 de la ley Sherman. Adicionalmente, contenía una enumeración de una serie de “actos de monopolio”, que en general se interpretaron como figuras específicas que debían encuadrarse dentro de los tipos generales establecidos en los dos primeros artículos de la ley.

La ley 11.210 fue reemplazada en 1946 por la ley 12.906, cuyo artículo 1 prohibía los actos tendientes a la creación o mantenimiento de un monopolio, y cuyo artículo 2 incluía un listado de conductas que se consideraban “especialmente actos de

monopolio o tendientes a él”. La interpretación que se hizo de estas últimas figuras fue que las mismas podían representar actos sancionables aunque no pudieran incluirse dentro del tipo general descrito en el artículo 1, ya que muchas de ellas se referían a prácticas concertadas de tipo colusivo que no encuadraban dentro del concepto global de monopolización. Al igual que su antecesora, esta ley tuvo una naturaleza estrictamente penal, si bien estableció la obligatoriedad de pasar primero por un procedimiento de tipo administrativo que se realizaba en dependencias de la Secretaría de Comercio. Para aplicar sanciones, sin embargo, era necesario llegar hasta el poder judicial, a través de una denuncia presentada al efecto por el poder ejecutivo.

Tanto la ley 11.210 como la ley 12.906 tuvieron una aplicación muy escasa en la práctica, y la jurisprudencia sólo registra cuatro casos que terminaron en sanción durante los cuarenta y ocho años de vigencia que tuvieron dichas leyes⁶. Fue por ello que en el año 1980 se optó por dictar una nueva ley de defensa de la competencia (ley 22.262), que creó el primer órgano administrativo específicamente dedicado a temas antitrust, que fue la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC). Esta ley implicó además un movimiento hacia una legislación de tipo europeo, puesto que los artículos 1 y 2 de la ley 22.262 se basaron en los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma.

Con la vigencia de la ley 22.262 comenzó a aparecer una jurisprudencia mucho más abundante sobre defensa de la competencia, y esto se debió en buena medida a que el proceso pasó a ser estrictamente administrativo. Así, en primera instancia los casos eran resueltos por el secretario de estado a cargo del área de comercio interior, previo dictamen de la CNDC, y los mismos empezaron a llegar al poder judicial solamente por la vía de la apelación. Las sanciones previstas en la ley 22.262 consistían en multas y órdenes de cese, existiendo también lugar para la aceptación de compromisos ofrecidos por los denunciados⁷.

La ley 22.262 fue reemplazada en agosto de 1999 por la ley 25.156. La misma mantuvo buena parte de las características de la norma anterior, en especial en lo que se

⁶ Este dato aparece en el libro de Cabanellas (2005), capítulo 1. Dicho capítulo es una buena referencia para el lector interesado en el contenido de estas primeras leyes antitrust argentinas, en especial en lo referido a la ley 12.906 y a la ley 22.262.

⁷ La ley 22.262 contenía también un capítulo en el cual se preveía un procedimiento judicial similar al de su antecesora, el cual permitía la imposición de penas de prisión. Dicho procedimiento, sin embargo, no fue nunca utilizado en la práctica.

refiere a la caracterización de las prácticas anticompetitivas, por lo cual puede interpretarse que la jurisprudencia elaborada entre 1980 y 1999 mantiene aún su vigencia en líneas generales. La mayor innovación de la nueva ley fue la incorporación de un procedimiento de control previo de fusiones y adquisiciones, para el cual se estableció un estándar de evaluación relativamente parecido al del artículo 7 de la ley Clayton. La ley estableció también la creación de un Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia, destinado a reemplazar a la CNDC y a convertirse en la autoridad de primera instancia de los casos antitrust. La principal diferencia entre dicho organismo y el anterior sería su mayor independencia del poder político, puesto que con el cambio de régimen la autoridad antitrust dejaría de ser un órgano asesor del Secretario de Comercio para pasar a ser un organismo propiamente resolutorio. Hacia fines del año 2008, sin embargo, el nuevo tribunal de competencia no se hallaba aún constituido, por lo cual los casos tratados bajo el régimen de la ley 25.156 han sido estudiados y resueltos por las autoridades de aplicación de la ley 22.262.

1.2.4. Otros países latinoamericanos

En la mayoría de los países latinoamericanos que tienen normas de defensa de la competencia, las mismas se han inspirado alternativamente en la tradición norteamericana o en la tradición europea, optándose en muchos casos por una mezcla de ambas. En México, por ejemplo, la ley federal de competencia económica (1993) está fuertemente basada en el derecho antitrust estadounidense en lo que se refiere a sus prescripciones acerca de las prácticas anticompetitivas y del control de fusiones y adquisiciones, pero en los aspectos de procedimiento sigue una línea más cercana al estilo europeo. La ley distingue, por ejemplo, entre prácticas monopólicas absolutas (*per se*) y relativas (regla de la razón), pero establece al mismo tiempo un órgano administrativo (Comisión Federal de Competencia) que es la única autoridad de aplicación de la ley en primera instancia.

Una situación en cierto modo opuesta es la que rige en Brasil, donde las disposiciones sustantivas de la ley de defensa del orden económico (ley 8884, del año 1994) están inspiradas en la legislación europea, pero los órganos de aplicación y los procedimientos son más parecidos a los estadounidenses. Esto último se debe a que en el derecho brasileño coexisten varias agencias de defensa de la competencia, que actúan

alternativamente como tribunales y como fiscales de la competencia. La más importante de estas agencias es el Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE), creado por la ley que regía con anterioridad a 1994 (ley 4137, del año 1962) y que actúa como tribunal de primera instancia en los procesos de sanción de prácticas anticompetitivas. Por otro lado, la Secretaría de Derecho Económico (SDE) tiene funciones de fiscalía en este tipo de procesos, y también es la que inicia los procedimientos de control de actos y contratos de fusión y adquisición (los cuales requieren luego intervención del CADE para su autorización, condicionamiento o desautorización). También tiene intervención en los casos brasileños de defensa de la competencia un tercer organismo llamado Secretaría de Acompañamiento Económico, el cual tiene por función llevar a cabo los estudios de mercado que se utilizan en los casos antitrust.

Las disposiciones de la ley brasileña de defensa del orden económico son por otro lado la base del protocolo de defensa de la competencia del Mercosur (Protocolo de Fortaleza, del año 1996). Dicho protocolo tiene una serie de disposiciones de fondo relativas a prácticas anticompetitivas pero carece de normas relativas al control de fusiones y adquisiciones. Tampoco tiene normas de procedimiento ni prevé la creación de órgano alguno de aplicación de las normas de defensa de la competencia, por lo cual su uso se ha visto hasta ahora limitado a servir de referencia comparativa en algunos casos sustanciados bajo las normas de competencia de los países miembros del Mercosur.

En varios otros países latinoamericanos, las leyes de defensa de la competencia se caracterizan por tener provisiones referidas a prácticas anticompetitivas pero no haber incorporado el control de fusiones y adquisiciones de manera integral. Tales son, por ejemplo, los casos de Uruguay (ley 18.159, del año 2007)⁸, y Perú (decreto 1034, del año 2008)⁹. En el primero de dichos países la norma vigente se encuentra directamente inspirada en la legislación europea (y, por analogía, en las leyes vigentes en la Argentina y Brasil), en tanto que en Perú rige un sistema híbrido en el cual coexiste el concepto europeo de posición dominante con la lógica norteamericana de distinguir entre prácticas anticompetitivas absolutas y relativas. Otro caso interesante es

⁸ En el caso uruguayo existe la obligación de notificar una serie de operaciones de concentración económica, pero sólo se requiere aprobación explícita cuando la operación "... implique la conformación de un monopolio de hecho" (artículo 9, ley 18.159).

⁹ En el caso peruano existe un único sector de la economía sometido a control previo de fusiones y adquisiciones (el sector eléctrico), que tiene una norma especial al respecto (ley 26.876, del año 1997).

Chile (decreto-ley 211, de 1973), que tiene un sistema de doble agencia (Fiscalía Nacional Económica y Tribunal de Defensa de la Libre Competencia¹⁰) y en principio sólo hace política de comportamiento, pero que ha creado un procedimiento de consultas previas por el cual interviene *ex-ante* en algunos casos de fusiones y adquisiciones.

También cabe mencionar en ese aspecto a las normas de promoción de la competencia vigentes en Colombia (ley 155, de 1959, y decreto 2153, de 1992). La primera de dichas normas es la ley de competencia más antigua de las que se hallan vigentes en América Latina, y está inspirada de manera más o menos directa en la ley Sherman, con algunos aditamentos que tienen que ver con normas de lealtad comercial o de control directo de los precios. Con el dictado del decreto 2153/1992, sin embargo, la prohibición general de las prácticas anticompetitivas contenida en la ley 155 incorporó una clasificación de las posibles conductas sancionables en “acuerdos contrarios a la libre competencia”, “actos contrarios a la libre competencia” y “abusos de posición dominante”, inspirada en la normativa europea. También se incorporó un procedimiento de control previo de concentraciones económicas, basado en el estándar norteamericano de restricción de la competencia, y se estableció un sistema de agencia única, en el cual los temas de competencia quedan en primera instancia a cargo de la Superintendencia de Industria y Comercio.

¹⁰ En rigor, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile es una creación de la ley 19.911, del año 2003. En el esquema original del decreto-ley 211 lo que existía era una Comisión Preventiva, que tenía funciones de fiscalía, y una Comisión Resolutiva, que tenía funciones de tribunal de primera instancia.

2. Conceptos analíticos fundamentales

El objetivo del presente capítulo es desarrollar los principales conceptos que resultan necesarios para el análisis de las normas y casos de defensa de la competencia. La primera sección se referirá a una serie de ideas generales tomadas de la teoría económica (eficiencia, poder de mercado, competencia, oligopolio, diferenciación de productos, discriminación de precios, barreras de entrada), en tanto que la segunda tratará sobre temas propios del análisis antitrust (competencia efectiva, concentración, posición dominante, mercado relevante, interés económico general)¹¹.

2.1. Conceptos de teoría económica

2.1.1. Eficiencia y generación de excedentes

En economía, se dice que una situación es eficiente si no resulta posible mejorar el bienestar de ninguna persona sin empeorar el de alguna otra. Este concepto se inspira en las ideas del economista italiano Vilfredo Pareto, por lo cual a esta definición de eficiencia se la conoce comúnmente como “eficiencia en el sentido de Pareto” u “óptimo de Pareto”. Si bien su aplicabilidad es bastante más general, la eficiencia en el sentido de Pareto puede relacionarse con una situación en la cual la suma de los beneficios de los consumidores y de las empresas se hace máxima. A esto se lo conoce como “enfoque de equilibrio parcial”, y surge esencialmente de suponer que el funcionamiento de un determinado mercado tiene efectos importantes para los actores que en él comercian, pero efectos insignificantes sobre los agentes económicos que se hallan fuera de él. Esta manera de razonar permite aislar del análisis los efectos que pueda tener lo que acontece en un mercado sobre los precios y los ingresos de agentes económicos externos a dicho mercado, y evaluar la eficiencia haciendo referencia exclusiva a los beneficios que de su operación deriven los participantes.

El enfoque de equilibrio parcial es el que se usa con mayor asiduidad cuando se analiza el tema de la eficiencia en el contexto de casos de defensa de la competencia. Esto se debe a que el objeto de estudio suele ser un mercado en particular, y lo que interesa analizar son los efectos de los comportamientos de los agentes económicos y de la intervención pública sobre dicho mercado, haciendo abstracción de lo que sucede en

otros sectores de la economía.

A fin de cuantificar (al menos teóricamente) la eficiencia de un mercado, resulta necesario identificar los beneficios de quienes participan en él. Para ello se apela a dos conceptos básicos: el valor que tienen para los consumidores los bienes o servicios producidos y vendidos, y el costo que tiene para las empresas producir y vender dichos bienes o servicios. Este último concepto surge de manera directa de considerar los insumos y factores productivos que se necesitan para producir y vender el bien, y multiplicar las cantidades que se usan de los mismos por sus respectivos precios. Para definir el valor de los bienes y servicios, en cambio, resulta necesario apelar a una construcción más sofisticada, como es la de interpretar que dicho valor está implícito en la función de demanda de los consumidores. En efecto, si suponemos que cada consumidor está dispuesto a adquirir bienes en tanto su valor subjetivo supere al precio que deben pagar por ellos, puede inferirse que el valor total de dichos bienes estará dado por el área debajo de la curva de demanda calculada entre cero y la cantidad que efectivamente se demande a un cierto precio.

La diferencia entre el valor de los bienes y servicios para los consumidores y el gasto que dichos consumidores erogarán para adquirirlos recibe el nombre de “excedente del consumidor”. Este excedente del consumidor es una magnitud teórica que parte de estimar o suponer una cierta función de demanda, pero tiene la ventaja de que representa un número comparable con los beneficios que obtienen las empresas por participar en el mercado (que se calculan como una resta entre ingresos y costos). Si, para determinado nivel de cantidad y precio, sumamos el excedente del consumidor con el beneficio de las empresas (o “excedente del productor”) que dicho precio y dicha cantidad acarrearán, resulta posible obtener una medida del excedente total generado en el mercado. Dicho excedente no es otra cosa que la resta entre el valor y el costo total de la cantidad producida y vendida, puesto que, al sumarse los excedentes de compradores y vendedores, el monto pagado por los primeros y cobrado por los segundos se cancela.

Así descrito el marco teórico de análisis, el concepto económico de eficiencia se identifica con el de maximización del excedente total de los agentes económicos¹².

¹¹ Para un análisis más formal de todos estos conceptos, véase Coloma (2005), capítulos 1, 2, 3, 4, 6 y 9.

¹² Esta equivalencia tiene su origen en los trabajos de Kaldor (1939) y Hicks (1940), por lo que suele aparecer en la literatura económica con el nombre de “criterio de eficiencia de Kaldor-Hicks”.

Esto implica igualar el precio de demanda que los consumidores están dispuestos a pagar con el incremento de costos que tiene para los productores proveer una unidad adicional del bien bajo análisis. Dicha condición se expresa usualmente como “precio igual a costo marginal”, y lo que en rigor nos dice es que, para que el excedente total generado en un mercado sea máximo, es necesario que el valor marginal de la última unidad producida y vendida (que por definición se iguala con el precio de demanda de dicha unidad) sea igual al costo marginal de producir y vender dicha unidad. Esta condición es idéntica a la condición de equilibrio de los mercados de competencia perfecta, en los cuales tanto el precio de demanda como el costo marginal se igualan con el verdadero “precio del bien” (entendido como el número de unidades monetarias que los consumidores pagan por comprar cada unidad).

Para que la regla de igualar precio con costo marginal sea sinónima de eficiencia económica resulta necesario que se cumplan dos condiciones básicas: que el valor que tienen los bienes y servicios para los consumidores sea una buena medida de su valor social, y que el costo que tienen dichos bienes y servicios para las empresas sea una buena medida de su costo social¹³. Esto implica por un lado que los consumidores y las empresas son los únicos agentes económicos que se benefician por el funcionamiento del mercado en cuestión, y que por lo tanto no existen efectos que hagan que las cantidades comerciadas en un mercado le generen beneficios o perjuicios a otras personas ajenas al mismo (es decir, que no existen lo que en economía se conoce como “externalidades reales”). Por otro lado, también implica que no hay problemas relevantes de información, en el sentido de que cada agente económico conoce bien las características de lo que está comerciando y el verdadero valor que tienen para él las cantidades que está comprando o vendiendo.

2.1.2. Ejercicio del poder de mercado

El poder de mercado de una empresa es la capacidad que la misma tiene de influir sobre los precios vigentes en un mercado. Dicho poder de mercado puede aparecer tanto del lado de la oferta como de la demanda, es decir, una empresa puede tener poder de mercado como vendedora o como compradora de un bien o servicio. La

¹³ Para una explicación exhaustiva de este tema, véase Harberger (1971).

ausencia de poder de mercado implica en cambio que la empresa en cuestión se comporta como “tomadora de precios” (*price-taker*).

La existencia de poder de mercado tiene como implicancia principal el hecho de que la empresa que lo posee puede elegir entre vender (o comprar) los bienes a distintos precios. Obviamente, esta elección está limitada por las condiciones de la demanda (o de la oferta) que la empresa en cuestión enfrenta. La regla general es que, para aumentar su precio, el vendedor con poder de mercado debe estar dispuesto a resignar parte de la cantidad que puede vender, y por lo tanto su decisión debe ser tomada teniendo en cuenta esa relación. Esto difiere significativamente de la manera de tomar decisiones de las empresas tomadoras de precios, que deciden aumentar o disminuir las cantidades que compran o venden sin percibir ninguna modificación en los precios que pagan o cobran.

El grado de poder de mercado de una empresa está determinado por la forma de la demanda (o de la oferta) que enfrenta. Cuanto más insensibles sean las cantidades demandadas (u ofrecidas) a los cambios en los precios, mayor será la capacidad de la empresa de fijar mejores precios sin resignar cantidades. Esta característica se conoce con el nombre de elasticidad de la demanda (o de la oferta). Se dice que una demanda es muy elástica si un pequeño aumento porcentual en el precio induce a los compradores a disminuir significativamente las cantidades adquiridas. Si, en cambio, un aumento relativamente grande del precio sólo hace que los demandantes reduzcan la cantidad que compran en una proporción pequeña, se dice que la demanda es inelástica.

El comportamiento que la economía le asigna a las empresas privadas es en general el de la maximización de sus beneficios. Esto implica que, dado el conocimiento que tengan esas empresas respecto de sus condiciones de demanda y de costos, las mismas intentarán fijar sus precios de modo de hacer máxima la diferencia entre sus ingresos y sus costos totales. Así, si los costos totales son crecientes respecto de las cantidades vendidas y los ingresos tienen en cambio un comportamiento ambiguo (ya que vender más implica necesariamente tener que reducir el precio de venta), la maximización de beneficios se produce en el punto en el cual incrementar la cantidad vendida deja de generar un ingreso adicional que compense el costo adicional de la misma. Esto se conoce como la regla por la cual el ingreso marginal se iguala con el costo marginal.

Una característica importante de toda situación en la cual la empresa tiene poder de mercado es que su ingreso marginal tiene un valor inferior al precio al cual se venden las unidades comercializadas. Esto es así porque reducir precios para vender más implica no sólo vender unidades adicionales por un importe menor sino también reducir el precio de las unidades que ya se vendían antes, y hace que el ingreso extra que se obtiene por vender una unidad más no sea nunca igual al precio de dicha unidad sino a la resta entre dicho precio y el efecto negativo de la venta adicional sobre los ingresos generados por las unidades anteriores. Si la reducción de precio necesaria para vender más es pequeña (o sea, si la demanda es elástica), esto implica que la diferencia entre precio e ingreso marginal también lo será; si es grande (o sea, si la demanda es inelástica), el ingreso marginal será de una magnitud muy inferior al precio.

Lo expresado en el párrafo anterior tiene una implicancia directa respecto del margen óptimo para la empresa entre precios y costos unitarios. Si la maximización de beneficios implica que el ingreso marginal debe igualarse con el costo marginal, y dicho ingreso marginal difiere del precio de manera decreciente respecto de la elasticidad, esto nos indica que el margen entre precio y costo marginal debe ser mayor cuanto más inelástica es la demanda y menor cuanto más elástica es la misma. Este resultado fue enunciado originalmente por Lerner (1934), por lo cual al margen relativo entre precio y costo marginal (es decir, al cociente entre el margen y el precio en cuestión) se lo suele designar con el nombre de “índice de Lerner”.

Los dos modelos teóricos puros de ejercicio del poder de mercado son los que se refieren a situaciones de monopolio y de monopsonio. La primera de ellas implica la existencia de un único oferente que enfrenta una demanda compuesta por una multitud de demandantes que se comportan como tomadores de precios. La segunda se refiere a situaciones en las cuales hay un único demandante que enfrenta una oferta compuesta por una multitud de oferentes que se comportan como tomadores de precios. En ambos casos se trata de mercados en los cuales hay un único agente económico con poder de mercado (el monopolista o monopsonista) que fija sus precios teniendo en cuenta la elasticidad de la demanda o de la oferta global que enfrenta.

El ejercicio del poder de mercado adopta una forma especial cuando se lo analiza en mercados que, sin ser monopólicos, cuentan con una sola empresa principal y con una o varias empresas menos importantes que toman sus decisiones respondiendo a

lo que dicha empresa principal hace. Los dos modelos teóricos más importantes desarrollados para estudiar estas situaciones son el de liderazgo en precios (también llamado “modelo de Forchheimer”) y el de liderazgo en cantidades (también llamado “modelo de Stackelberg”)¹⁴. El modelo de liderazgo en precios supone la existencia de una única empresa con capacidad de fijar precios y de un conjunto de empresas, pequeñas en relación con la anterior, que actúan como tomadoras de precios. En esos casos se habla de que la empresa principal actúa como líder de precios y que las restantes empresas actúan como un grupo de seguidores o “competidores periféricos” (*competitive fringe*). Esta manera de caracterizar el mercado implica en cierto modo una situación intermedia entre el monopolio y la competencia perfecta. Por un lado, los competidores periféricos actúan como si estuvieran en un mercado competitivo (para ellos el precio está dado, y sus decisiones de oferta se centran básicamente en las cantidades que van a producir y vender a dicho precio dado). Por otro, el líder de precios actúa como un “monopolista restringido”, cuya demanda a cada uno de los precios que puede fijar está determinada por la resta entre la demanda total del mercado y la oferta de los seguidores.

En una situación como ésta, la variable estratégica que tiene el líder es el precio que va a fijar. Para decidirlo, tendrá que tomar en cuenta varios elementos. Por un lado, deberá considerar sus costos de producción y provisión del bien o servicio que comercia. Por otro, deberá estimar su ingreso marginal, el cual, al igual que en cualquier situación de poder de mercado, estará definido básicamente por la forma y por la elasticidad de su función de demanda. Sin embargo, como en este caso la demanda del líder es una “demanda residual” (es decir, surge de restar a la demanda total la oferta de los competidores periféricos), su elasticidad termina siendo una consecuencia del juego de varios factores. Por un lado, dependerá de la elasticidad de la demanda total del mercado, pero por otro jugarán en ella un papel importante la elasticidad de la oferta de los seguidores y la participación relativa que tenga el líder en el mercado.

Todas estas características determinan el comportamiento de equilibrio de un mercado con liderazgo de precios. Dicho comportamiento puede asimilarse al que surge de evaluar la estrategia óptima del líder dada la respuesta de los seguidores. Esto implica que implícitamente el líder tiene que analizar cuál va a ser la respuesta de los

¹⁴ En referencia a Forchheimer (1908) y a Stackelberg (1934).

competidores periféricos ante cada posible precio que él fije (y en ese punto es donde entra a jugar la elasticidad de la oferta de los seguidores), y deberá decidir luego cuál es su mejor estrategia teniendo en cuenta dicha respuesta.

Dadas las condiciones antedichas, el equilibrio de un mercado con liderazgo de precios puede intuirse aplicando la pauta básica para el ejercicio del poder de mercado mencionada anteriormente. Esto implica que el margen entre precio y costo marginal debe ser mayor cuanto más inelástica es la demanda residual del líder y menor cuanto más elástica es la misma. Pero como la elasticidad de la demanda residual del líder es una función de la elasticidad de la demanda del mercado, de la elasticidad de la oferta de los seguidores y del *market share* del líder, esto nos conduce a una regla según la cual el índice de Lerner estará negativamente relacionado con las elasticidades de la demanda del mercado y de la oferta de los seguidores, y positivamente relacionado con la participación de mercado del líder. En un extremo, si el líder tiene una participación cercana al 100%, su comportamiento no diferirá demasiado del de un monopolista. En el otro, si la demanda del mercado o la oferta de los seguidores es muy elástica (es decir, si los compradores pueden sustituir fácilmente su producto por otro o los competidores periféricos reaccionan ante los aumentos de precio del líder incrementando su oferta de manera muy considerable), entonces la situación del líder de precios no diferirá mucho de la de un competidor más del mercado.

2.1.3. Mercados competitivos y oligopólicos

La teoría económica ha elaborado distintos modelos destinados a estudiar las características de los mercados competitivos. De ellos sobresalen por su importancia los referidos a la competencia perfecta, por un lado, y a la competencia oligopólica, por otro. Dentro de este último concepto existen a su vez distintas versiones, según se considere que la principal variable competitiva es el precio, la cantidad, la calidad, la localización del producto, etc.

La competencia perfecta es susceptible de definirse de distintas maneras, según se la analice en un contexto de equilibrio parcial o de equilibrio general y según se la estudie haciendo hincapié en sus propiedades estáticas o dinámicas. En general, puede decirse que un mercado es perfectamente competitivo si todos los agentes económicos que en él participan se comportan como tomadores de precios. Esto implica una

definición de equilibrio parcial (ya que se limita a un mercado), en la cual la “perfección de la competencia” es un supuesto de comportamiento (ausencia total de poder de mercado). En principio se trata de una definición de corto plazo, ya que presupone un número dado de participantes del mercado. Su extensión al largo plazo, sin embargo, no resulta problemática, ya que sólo requiere incorporar una condición de entrada y salida que deben satisfacer aquellas empresas que en el corto plazo están fuera del mercado y quieren ingresar al mismo, así como aquellas otras que en el corto plazo están dentro del mercado y quieren luego retirarse del mismo¹⁵.

Dado un mercado perfectamente competitivo, se dice que el mismo está en equilibrio cuando todas las empresas están ofreciendo la cantidad que maximiza sus beneficios al precio vigente, y la cantidad total ofrecida se iguala con la cantidad total demandada. Esto implica que todos los consumidores están igualando el precio que pagan por el bien que demandan con el valor marginal que el mismo tiene para ellos, y que todas las empresas están igualando dicho precio con su costo marginal. En un contexto de largo plazo con libre entrada y salida de empresas, además, debe darse que no haya ninguna empresa dentro del mercado que esté obteniendo beneficios negativos, y que no haya ninguna empresa fuera del mercado que sea capaz de obtener beneficios positivos si ingresa en él. Si todas las empresas tienen acceso a la misma tecnología (y, por lo tanto, son capaces de producir y vender con la misma función de costos), esta última condición implica que tanto las empresas que están dentro del mercado como las que están fuera están obteniendo beneficios económicos nulos.

Una forma alternativa de concebir a la competencia perfecta es la que parte de la idea de que el comportamiento tomador de precios no debe ser considerado como un supuesto sino como un resultado del funcionamiento del mercado. Esto requiere que las empresas participantes no tengan capacidad de influir sobre los precios, e implica suponer que cada empresa individual tiene una escala relativamente pequeña en relación con el mercado. Cada unidad económica sabe, por lo tanto, que el precio de equilibrio no se modificará si abandona el mercado. La teoría económica ha elaborado distintos modelos en los cuales esta propiedad se verifica. Un posible enfoque es suponer que las empresas son “infinitesimales”, es decir, que su escala mínima rentable de producción

¹⁵ Algunos textos identifican a la competencia perfecta con este último agregado, y utilizan el nombre de “competencia pura” para el modelo de corto plazo en el cual no se permite la entrada ni la salida de empresas del mercado. Véase, por ejemplo, Leftwich (1976).

es un número insignificante en relación con la cantidad total demandada al precio vigente. En la lógica de este enfoque el número de empresas de equilibrio es infinito, y ésta es la causa por la cual cada empresa individual se ve a sí misma como incapaz de modificar el precio de mercado¹⁶.

Una alternativa menos estricta en cuanto al número de empresas pero que exige más supuestos respecto de los costos de las mismas es pensar que la misma cantidad total puede ser producida por diferentes números de empresas a un costo idéntico, y que por lo tanto cada empresa sabe que, si abandona el mercado, habrá otras que estarán dispuestas a aumentar su producción y reemplazarla sin que el precio de equilibrio se modifique. Esta idea de que los oferentes son “perfectamente sustituibles” es en rigor la clave de la competencia perfecta como resultado de la interacción entre las empresas, y la fuente última que garantiza la ausencia de poder de mercado y la racionalidad económica del comportamiento tomador de precios.

El otro tipo de competencia estudiado extensamente por la teoría económica es la que tiene lugar en mercados de carácter oligopólico. Se denomina oligopolio a un mercado en el cual hay un número pequeño de empresas oferentes y en el que, en cambio, la demanda está atomizada (es decir, existen muchos demandantes). La idea más antigua respecto del funcionamiento de un oligopolio es la que surge del llamado “modelo de Cournot”¹⁷. Dicho modelo se usa fundamentalmente para analizar situaciones en las cuales el producto que se comercia es homogéneo y la principal variable estratégica de las empresas es la cantidad que van a producir. La idea implícita en el modelo de Cournot es que cada empresa decide su producción sabiendo que producir más va a tener cierto efecto de deprimir el precio de mercado, pero conociendo que a dicho precio lo influyen también las decisiones de las demás empresas. El equilibrio del oligopolio de Cournot es pues una situación en la cual todas las empresas ejercen cierto poder de mercado.

Una conclusión que surge de operar en el modelo de Cournot es que el efecto de las decisiones de las empresas sobre el precio de equilibrio del mercado es directamente proporcional al tamaño relativo de cada empresa. Una empresa grande, por lo tanto, termina teniendo un margen de beneficio sobre su costo marginal mayor que una

¹⁶ Este enfoque ha tenido un desarrollo muy importante en la literatura sobre equilibrio general, en especial a partir del trabajo de Aumann (1964).

¹⁷ En referencia a la obra de Cournot (1838).

empresa pequeña, y un mercado con pocas empresas termina teniendo niveles de precios (y márgenes de beneficios) superiores a un mercado con muchas empresas. Esto obedece a que, si hay pocas empresas, la participación de mercado de cada una de ellas es mayor, y mayor será por ende el correspondiente índice de Lerner. Dentro del mismo mercado, sin embargo, el precio es el mismo para todas las empresas, lo cual implica también una relación entre tamaño y eficiencia: cuanto menores son los costos marginales de una empresa, más grande se vuelve, y cuanto más grande se vuelve, mayor es su margen de ganancia.

Otra propiedad interesante del modelo de Cournot es que representa una caracterización de los mercados que incluye al monopolio y a la competencia perfecta como casos particulares. El monopolio sería así un ejemplo de oligopolio de Cournot con una única empresa; la competencia perfecta sería en cambio un caso extremo de oligopolio de Cournot en el cual operaran infinitas empresas infinitesimalmente pequeñas. Que el equilibrio de largo plazo del oligopolio de Cournot tienda a la competencia perfecta depende sin embargo de la relación que exista entre el tamaño del mercado y el tamaño relativo de las empresas que operan en el mismo. En su artículo acerca de los efectos de la libre entrada sobre el oligopolio de Cournot, Mankiw y Whinston (1986) muestran que, en general, el número de empresas en un oligopolio de Cournot con libre entrada es relativamente alto, pero que ello no alcanza para que el equilibrio tienda al de competencia perfecta. Antes bien, lo que se verifica es un número de empresas mayor que el que se daría en un mercado en el que todas las empresas fueran tomadoras de precios, donde cada una de ellas termina produciendo una cantidad menor que la produciría en un equilibrio perfectamente competitivo de largo plazo.

El otro ejemplo clásico de oligopolio, además del modelo de Cournot, es el modelo de Bertrand, en el cual la variable estratégica de las empresas es el precio y no la cantidad¹⁸. El equilibrio de este modelo se da cuando cada empresa fija sus precios con el objetivo de maximizar sus propios beneficios, pero tiene en cuenta los precios que están cobrando las otras empresas. Esto genera una competencia por precios, que se asocia con un comportamiento más agresivo que el que se verifica en el modelo de Cournot. Si bien el mismo está implícito, el papel que juegan los consumidores en el oligopolio de Bertrand es también más importante que el que supone el oligopolio de

¹⁸ El nombre del modelo se origina en un artículo de Bertrand (1883), quien fue el primero en cuestionar

Cournot, ya que dichos consumidores no sólo aparecen detrás de una curva de demanda agregada sino también eligiendo el mejor precio entre los que cobran las distintas empresas oferentes.

Un resultado interesante del modelo de Bertrand es que el precio de mercado no depende en absoluto del número de empresas ni del tamaño relativo de las mismas sino de las diferencias de costos entre las empresas que operan en él. En un caso extremo con costos marginales constantes, por ejemplo, este modelo predice que la competencia tiende a plantearse entre solamente dos competidores (los de menores costos) y que el precio se iguala con el costo marginal del más ineficiente de los dos. Esto es así porque al más eficiente le basta cobrar un precio levemente inferior al del costo marginal de su principal competidor, y de este modo logra quedarse con la totalidad del mercado.

Otro resultado que aparece en ciertas versiones del oligopolio de Bertrand es que, aunque haya pocas empresas compitiendo en el mercado, el equilibrio del mismo puede tender al de competencia perfecta. Esto se debe a que cada empresa sabe que no puede vender nada si cobra un precio más alto que sus competidores, pero sabe también que dicho precio debe ser por lo menos igual a su costo marginal para no tener pérdidas en ninguna de las unidades que vende. Esto hace que ninguna empresa esté dispuesta a vender por debajo del costo marginal de la última unidad que ofrece, pero que tampoco sea posible que nadie venda por encima de dicho costo, por lo cual el equilibrio del mercado termina siendo una situación en la cual la cantidad total demandada se iguala con la cantidad total ofrecida, a un precio que resulta ser igual al costo marginal de todas las empresas que operan en el mercado.

2.1.4. Diferenciación de productos

La mayor parte de la teoría económica ignora el fenómeno de la diferenciación de productos, puesto que considera que los distintos bienes y servicios que se producen en la economía son idénticos (y supone por lo tanto que se venden al mismo precio) o totalmente diferentes (y considera que cada uno de ellos se comercia en un mercado distinto). Existe sin embargo una parte de la literatura que ha incorporado la idea de que dos bienes pueden ser a la vez “parecidos y distintos”, que es lo que sucede cuando, dentro de un mismo mercado, existe diferenciación de productos.

algunos de los supuestos contenidos en el modelo de oligopolio de Cournot.

Los tres conceptos básicos que se han desarrollado para explicar la diferenciación de productos son la diferenciación horizontal, la diferenciación vertical y la diferenciación idiosincrática. Los dos primeros tienen un “enfoque espacial”, que implica suponer que la diferencia entre los productos se debe a la posesión en mayor o menor medida de una o más características cuantificables. La diferenciación idiosincrática parte en cambio de la idea de que los productos son distintos entre sí por causas que no pueden asociarse con tener más o menos de una determinada característica, y que a lo sumo pueden evaluarse en términos del grado de sustitución que presenta cada producto respecto de los demás.

La diferenciación horizontal de productos consiste en la localización de un bien en un determinado espacio de características en el cual se encuentran distribuidos los consumidores. Dicho espacio puede ser un espacio geográfico o estar definido en términos de atributos sobre los cuales algunos consumidores prefieren más y otros prefieren menos. La diferenciación horizontal implica que cada consumidor preferirá en principio la variedad del producto que se encuentre más cerca de su propia localización, y valorará menos a las que se encuentren más lejos. Dicha preferencia, sin embargo, puede revertirse si alguna variedad más lejana resulta más conveniente en términos de precio que la variedad más cercana.

Los modelos de diferenciación horizontal de productos suelen predecir que, cuando existe ese tipo de diferenciación, los precios de equilibrio son siempre superiores a los costos marginales, y la diferencia entre ambos es creciente con la distancia que existe entre las variedades y con el costo que tiene para los consumidores cambiar de variedad. Ambos factores inciden también sobre los beneficios, que son asimismo crecientes respecto de estas dimensiones. Esto hace que, si las empresas pueden elegir su localización, prefieran ubicarse lo más lejos posible una de la otra, y a esta propiedad se la conoce como “principio de la diferenciación máxima”¹⁹.

En lo que hace a la diferenciación vertical de productos, la misma consiste en la elección de ciertos atributos que hacen que las distintas variedades de un mismo bien o servicio posean diferentes niveles de calidad. Esto implica que, a igualdad de precios, los consumidores prefieren siempre una variedad de mayor calidad a otra de menor calidad y que, por lo tanto, la competencia entre variedades de distinta calidad lleva a

¹⁹ Para una ilustración de este fenómeno, véase Salop (1979).

que los bienes en cuestión terminen vendiéndose a distintos precios (más altos para las variedades de mayor calidad y más bajos para las de menor calidad). Esta diferencia de precios y de calidades se relaciona con cierto tipo de segmentación del mercado, que tiene lugar de acuerdo con las preferencias de los consumidores. Habrá así consumidores que valorarán más la calidad (y que por lo tanto preferirán consumir variedades mejores y pagar un precio más alto) y otros que la valorarán menos (y que por lo tanto preferirán consumir variedades peores y pagar un precio más bajo).

Los modelos de diferenciación vertical de productos suelen llevar a una serie de conclusiones respecto de los niveles de precios, cantidades y beneficios. Tal como dijimos en el párrafo anterior, lo normal es que el precio de equilibrio de la variedad de mayor calidad sea superior a los de las variedades de menor calidad, y que esto se extienda también a las cantidades y a los beneficios. También se cumple en general que los precios son superiores a los costos marginales, y que las diferencias entre dichos conceptos se vuelven mayores cuanto más diferencia haya entre los niveles de calidad de las distintas variedades que se comercian.

Otro resultado que se deriva de los modelos de diferenciación vertical es que el número de empresas de equilibrio que operan en el mercado tiene relación con el costo de proveer el atributo de calidad de los productos. Esto hace que en algunas circunstancias (cuando el costo marginal de proveer calidad es creciente) haya lugar para una dispersión importante entre los niveles de calidad de las distintas variedades, en tanto que en otras resulte imposible que empresas con productos de menor calidad puedan competir contra empresas con productos de mayor calidad (y costo no tan elevado). Tal como lo muestra Sutton (1986), esa es la clave para inferir que en algunos mercados el número de posibles variedades sólo está limitado por el tamaño de la demanda, en tanto que en otros, a los que dicho autor denomina “oligopolios naturales”, lo que limita el número de empresas que pueden operar rentablemente es el hecho de que las variedades de menor calidad tienen una relación costo/calidad que resulta relativamente alta en comparación con las variedades de mayor calidad.

La diferenciación idiosincrática de productos, por último, es la que tiene lugar en situaciones en las cuales las diferencias entre las distintas variedades del mismo bien no pueden asociarse directamente con atributos cuantificables. Se da así que dos variedades se consideran distintas pero no puede decirse que dicha diferencia se deba a que se

hallan a una mayor o menor distancia en un determinado espacio de localización del producto ni que una de ellas sea mejor que la otra. Muchas veces la diferenciación idiosincrática se asocia con la existencia de marcas, que hacen que dos productos aparentemente iguales sean percibidos de manera distinta por la demanda.

El concepto clave para interpretar cómo funciona la diferenciación idiosincrática es el de elasticidad cruzada de la demanda, que sirve para medir el grado de sustitución que existe entre dos variedades de un mismo producto. Dicha elasticidad cruzada se define como el cociente entre la variación relativa en la cantidad demandada de una variedad de un producto y la variación relativa en el precio de otra variedad. Si esta elasticidad es muy grande, esto indica que las variedades en cuestión son percibidas por los consumidores como muy parecidas entre sí; si es muy pequeña, indica que dichas variedades son percibidas como muy diferentes.

Cuando la diferenciación idiosincrática de productos tiene lugar en mercados que de otro modo serían perfectamente competitivos, emerge una estructura de mercado conocida como “competencia monopolística”. Dicho nombre proviene de la obra de Chamberlin (1933), y sus características básicas son que cada empresa enfrenta una demanda individual con pendiente negativa, que los efectos de los cambios de precios de cada empresa sobre el resto de las empresas son insignificantes, y que, en un contexto de largo plazo con libre entrada, las empresas marginales (o todas las empresas, si el modelo es simétrico) tienen beneficios nulos. La literatura económica suele por lo tanto considerar a la competencia monopolística como sinónimo de un oligopolio de Bertrand con productos diferenciados idiosincráticamente, y libre entrada y salida de empresas.

Una característica del equilibrio de competencia monopolística que ha generado controversias desde el momento mismo de la aparición de este concepto es la que surge del llamado “teorema de la capacidad excedente”. Este teorema nos dice que, bajo ciertos supuestos sobre la forma de las funciones de costos de las empresas, el equilibrio de largo plazo de competencia monopolística se da para una cantidad menor que la que minimiza el costo total de provisión del bien. Como consecuencia de ello, las empresas terminan teniendo costos más altos que los que tendrían en un equilibrio de competencia perfecta, y esto genera una ineficiencia que se asocia con la presencia de cierta capacidad excedente de las empresas involucradas.

La ineficiencia señalada, sin embargo, se compensa total o parcialmente con un beneficio que la diferenciación de productos genera, que es la provisión de variedad. Si cada empresa produce menos que la cantidad que minimiza sus costos medios, esto hace que, en un equilibrio de largo plazo, termine habiendo más empresas (y más variedades producidas). Esto tiene un valor para los consumidores que puede más que compensar el sobrecosto incurrido por el hecho de que cada empresa produzca una cantidad inferior a la óptima. Dixit y Stiglitz (1977), por ejemplo, han mostrado que, bajo ciertos supuestos, el equilibrio de competencia monopolística conduce a una situación más eficiente que la que regiría en el mismo mercado si se quisiera forzar la aparición de un equilibrio de competencia perfecta.

2.1.5. Discriminación de precios, ventas en bloque y ventas atadas

La discriminación de precios es una práctica comercial que implica vender unidades idénticas de un bien o servicio a diferentes precios. Dicha práctica puede tener lugar entre unidades adquiridas por el mismo comprador o entre unidades adquiridas por compradores distintos. Para que una diferencia de precios pueda incluirse dentro de la categoría de discriminación, sin embargo, la misma debe obedecer a causas que estén relacionadas con la demanda del bien o servicio en cuestión, y no con diferencias de costos en la provisión del mismo a distintos clientes.

La discriminación puede adoptar distintas formas en diferentes contextos. Un instrumento que suele utilizarse para llevarla a cabo es la venta de bienes distintos en paquetes únicos, que combinan dichos bienes en cantidades determinadas. A este tipo de ventas se las denomina “ventas en bloque” (*bundling*). Cuando dichos paquetes son la única forma en la cual puede adquirirse alguno de los bienes, estamos en presencia de una “venta atada” (*tying*). Son también ventas atadas aquellas que no implican necesariamente venta en bloque, pero que sí subordinan la adquisición de un bien o servicio a la de algún otro, sea en cantidades fijas o variables.

Para que una empresa que comercializa un bien o servicio tenga la posibilidad de discriminar entre los precios que cobra por las distintas unidades que vende es necesario que se cumplan tres condiciones básicas: segmentabilidad del mercado, capacidad de

impedir o dificultar la reventa, y existencia de poder de mercado²⁰. La segmentabilidad del mercado implica que la empresa que desea discriminar precios tiene la posibilidad de distinguir entre las demandas de diferentes grupos de clientes. Dicha división puede obedecer a diferentes características de los compradores (estudiantes, jubilados, etc), a distintos usos que los mismos le dan al bien que adquieren (residencial, industrial, etc) o a diferente localización geográfica (clientes domésticos y del exterior, rurales y urbanos, etc). La posibilidad de distinguir puede basarse en hechos externos que permitan una separación directa de los sub-mercados (localización del punto de venta del producto, posesión de una determinada característica) o bien puede tener lugar a través de la manera en la que el comprador elige adquirir el bien o servicio (en un local comercial o en su domicilio, en envases grandes o pequeños, etc).

La segunda condición necesaria para la discriminación de precios es la dificultad o imposibilidad de que los distintos grupos en los cuales el mercado ha sido segmentado comercien el bien entre ellos. De nada le sirve a una empresa cargar un precio más bajo a un grupo de compradores y uno más alto a otro si los miembros del primero de tales grupos pueden revender sin costo sus unidades a los miembros del segundo, y arbitrar de ese modo entre los precios impuestos por el vendedor original. De la misma manera, resulta también estéril vender cantidades mayores a precios unitarios menores si quien adquiere dicho producto puede a su vez fraccionarlo y revenderlo sin costo.

El último requisito esencial para que la discriminación de precios sea posible (o cuando menos, para que tenga algún sentido económico) es que la empresa que la lleva a cabo tenga poder de mercado en algún segmento. En efecto, si no existe poder de mercado (es decir, si la empresa es tomadora de precios), la capacidad de fijar precios es por definición nula, y por lo tanto todas las diferencias que se encuentren entre los precios que pagan los distintos compradores obedecerán a factores ajenos a la empresa vendedora. La posesión de poder de mercado, sin embargo, no implica necesariamente que la empresa no enfrente competencia de ningún tipo, sino tan sólo que tenga influencia sobre los precios. Por ello la discriminación de precios es un fenómeno posible en mercados competitivos con productos diferenciados, así como en mercados en los cuales existe una competencia basada en la localización de las empresas.

La clasificación económica tradicional de las prácticas de discriminación de

²⁰ Estas condiciones aparecen enunciadas en el libro de Carlton y Perloff (1994), capítulo 11.

precios distingue tres grados diferentes. La discriminación de primer grado (o discriminación perfecta) implica que el vendedor de un bien o servicio puede vender cada unidad a cada comprador a un precio distinto. La discriminación de segundo grado (o discriminación voluntaria) implica que el vendedor puede discriminar entre las unidades que le vende a cada comprador pero no puede discriminar directamente entre compradores. Por último, la discriminación de tercer grado (o discriminación simple) es aquella en la cual el vendedor puede discriminar entre compradores o grupos de compradores pero no entre las unidades vendidas a cada comprador.

La discriminación de precios de tercer grado tiene lugar cuando el vendedor puede segmentar el mercado en distintas categorías pero debe limitarse a fijar un único precio para cada segmento en que divida el mercado. Esta discriminación es usual en el caso de bienes que se venden en sub-mercados geográficamente separados y que pueden ser fácilmente revendidos dentro del mismo sub-mercado pero difícilmente trasladados de un sub-mercado a otro. En estos casos, lo que la empresa vendedora intenta aprovechar al discriminar precios es la diferente elasticidad de la demanda en cada segmento, cobrando valores superiores en los sub-mercados menos sensibles a los cambios de precios y valores inferiores en los sub-mercados más sensibles.

La discriminación de primer grado, en cambio, tiene lugar en situaciones en las cuales el vendedor puede ofrecer su producto a precios diferentes a los distintos compradores, y puede además ofrecer precios diferentes según las cantidades que cada comprador le adquiera. Dicha discriminación tiene como efecto principal la posibilidad de que el vendedor se apropie de una porción mayor de los excedentes de los compradores. Si dicha discriminación alcanza su grado de perfección máxima (es decir, un precio distinto para cada unidad adquirida por cada comprador) la apropiación de excedentes se vuelve completa, y el vendedor puede llegar a obtener un beneficio igual al excedente total generado en el mercado.

De las prácticas comerciales que se observan en el mundo real, la que más se acerca a la discriminación de precios de primer grado es la que tiene lugar en los mercados de bienes o servicios en los cuales los compradores pagan un monto fijo en concepto de abono, cuota social, cargo de conexión, etc, y un cargo variable por cada unidad que compran. Este mecanismo, conocido como “tarifa en dos partes”, implica que los compradores pagan un precio promedio que decrece con la cantidad comprada,

y es probablemente la forma más sencilla de cobrar precios diferentes a las distintas unidades que adquiere el mismo comprador. Si el monto fijo que se abona difiere según quién sea el comprador (o según la categoría a la que el mismo pertenezca), este sistema permite también discriminar entre las unidades adquiridas por distintas personas, y apropiarse del excedente que cada uno de ellos genera con su compra.

En algunas circunstancias, la discriminación directa entre compradores resulta imposible por razones originadas en la dificultad de identificar al comprador o en disposiciones legales que prohíben la utilización de precios personalizados. En tales casos, las empresas pueden recurrir a una discriminación indirecta, en la cual le ofrecen a todos los compradores un mismo esquema de precios no uniformes y son ellos los que eligen qué precio pagar y qué cantidad adquirir, segmentándose voluntariamente en categorías según el volumen que demanden (discriminación de segundo grado).

Si la estructura de la demanda del bien o servicio al cual se le quiere aplicar este esquema de precios se caracteriza por tener bien delimitados a los compradores según sus preferencias, entonces la discriminación de precios de segundo grado que aplicará un vendedor que maximiza sus beneficios terminará traduciéndose en un esquema que tendrá las siguientes características:

- a) los compradores de demanda más alta pagarán montos totales mayores pero precios unitarios menores que los compradores de demanda más baja (es decir, existirán descuentos por cantidad);
- b) el vendedor se apropiará totalmente del excedente de los compradores de demanda más baja, pero sólo parcialmente de los de los compradores de demandas más altas;
- c) los descuentos por cantidad tendrán como objetivo inducir a los compradores de demandas más altas para que no adquieran cantidades menores que las que el vendedor quiere venderles.

El modo más habitual de implementar un sistema de discriminación de precios de segundo grado es el empleo de precios promedio decrecientes por bloques, definidos según el volumen adquirido. Una manera alternativa que a veces se observa es el uso de cargos fijos y variables optativos, a través de los cuales el comprador puede elegir entre pagar un cargo fijo más alto y un precio unitario más bajo o un cargo fijo más bajo y un precio unitario más alto. Utilizado como un mecanismo de segmentación voluntaria, dicho esquema sirve para separar un grupo de demanda más alta (que elige la primera

opción) de otro de demanda más baja (que opta por la segunda).

Pasando al tema del análisis económico de las ventas en bloque, puede decirse que el mismo tiene muchos puntos en común con el de la discriminación de precios. Esto se debe a que, en ciertas circunstancias, empaquetar conjuntamente productos distintos sirve para discriminar implícitamente entre diferentes grupos de compradores. Esta idea fue desarrollada por Adams y Yellen (1976), quienes mostraron que, en tanto los distintos compradores de un bien tengan demandas negativamente correlacionadas, puede ser más beneficioso para un vendedor ofrecer paquetes que contengan dos productos distintos a un único precio que vender separadamente los dos bienes.

En algunas circunstancias, la forma de discriminar entre compradores puede ser ofrecer la venta en bloque como una alternativa opcional a la venta de los bienes por separado (*mixed bundling*). Esta puede ser la alternativa más rentable si lo que se quiere es discriminar entre compradores que sólo adquieren un bien, compradores que sólo adquieren el otro bien, y compradores que adquieren los dos bienes. Para que esto funcione, sin embargo, es necesario que se cumplan ciertas condiciones, que básicamente implican que comprar el paquete que contiene ambos bienes debe ser más barato que comprar los dos bienes por separado, pero que cada bien por separado debe ser más barato que el paquete que contiene ambos bienes.

La venta en bloque opcional implementa una especie de discriminación de precios de segundo grado entre compradores con distintas preferencias respecto de los distintos bienes. La discriminación de precios, sin embargo, no es la única causa por la cual puede resultar racional que un vendedor ofrezca varios bienes en bloque. En ciertos casos la explicación puede ser que los productos ofrecidos son complementarios en el consumo (como, por ejemplo, un automóvil y accesorios tales como su receptor de radio o su equipo de aire acondicionado) o en la producción (como, por ejemplo, el conjunto de cortes de carne vacuna que un frigorífico le vende a una carnicería). También puede deberse a razones de tipo impositivo si, tal como sucede en algunos países, resulta posible eludir ciertos impuestos sobre determinados bienes si se los empaqueta conjuntamente con otros bienes no gravados.

En lo que se refiere a las ventas atadas, las mismas constituyen un esquema de comercialización que consiste en subordinar la adquisición de un bien o servicio a la compra de otro. La venta en bloque obligatoria es por lo tanto un caso particular de

venta atada, en tanto que la venta en bloque opcional no lo es, ya que los compradores pueden optar entre comprar cada producto por separado y comprar los dos bienes conjuntamente. Pero además de las ventas en bloque obligatorias, existen otros casos posibles de venta atada. Si, por ejemplo, cierto bien puede comprarse separadamente pero hay otro que sólo puede comprarse en bloque con el primero de dichos bienes, también estamos en presencia de un caso de venta atada, ya que la adquisición del segundo bien está subordinada a la del primero. Lo mismo ocurre si no hay venta en bloque pero sí existe un requerimiento de comprar un determinado bien o servicio para poder acceder a otro. En esos casos suele decirse que el producto que sólo puede comprarse en conjunto con el otro opera como “producto vinculante” (*tying good*), en tanto que el que puede comprarse libremente, pero viene también obligatoriamente anexado al producto vinculante, opera como “producto vinculado o atado” (*tied good*).

2.1.6. Barreras de entrada y mercados desafiables

Una barrera de entrada puede definirse como el costo en el que debe incurrir una empresa que busca ingresar a un mercado pero que no es soportado por las empresas que ya están en dicho mercado, y que implica una distorsión en la asignación de recursos. Las barreras de entrada suelen clasificarse en tres categorías: barreras naturales, barreras (artificiales) legales y otras barreras artificiales. Las primeras son las que están presentes en mercados en los cuales las propias características tecnológicas de los procesos de producción y distribución y el tamaño del mercado determinan que sea económicamente más eficiente que haya pocas empresas a que haya muchas. La barrera natural clásica está dada por la existencia de economías de escala en la producción y distribución, que hace que, dentro de cierto rango, cuanto mayor sea el nivel de producción y ventas de una empresa, menores sean sus costos medios. En una situación en la que existe una barrera como ésta, el ingresante potencial a un mercado se topará con el problema de que, si desea entrar con un nivel de producción menor al de la empresa establecida, sus costos medios serán mayores que los de dicha empresa, y por lo tanto su capacidad de competir estará seriamente disminuida.

Cabe destacar, sin embargo, que las economías de escala no siempre son barreras de entrada propiamente dichas. Esto es así porque, si las empresas establecidas y los entrantes potenciales tienen acceso a la misma función de costos, entonces estos

últimos pueden entrar al mercado, producir la misma cantidad que las empresas establecidas y tener los mismos costos que éstas²¹. La verdadera fuente de barreras de entrada naturales son en este caso los “costos hundidos” (*sunk costs*), que son aquellos costos que se incurren en el momento de ingresar al mercado pero que luego dejan de ser relevantes a la hora de tomar decisiones, debido a que resultan irrecuperables si se decide salir del mercado. En general, los costos hundidos son siempre costos fijos (es decir, costos que no dependen del nivel de producción), pero la inversa no es cierta: hay muchos costos fijos que no son hundidos, en el sentido de que pueden recuperarse o ahorrarse si se decide abandonar el mercado²².

Las barreras legales de entrada, por su parte, surgen en situaciones en las cuales el estado regula de alguna manera el acceso al mercado, sea a través de disposiciones directas que lo limitan o de cargas tributarias o requisitos administrativos extraordinarios que lo vuelven más costoso. Son ejemplos relevantes de estas barreras los regímenes de licencias obligatorias para encarar ciertas actividades, los aranceles a la importación y las patentes de invención, entre otros.

Por último, las otras barreras artificiales son las que ponen las empresas que ya actúan en el mercado para impedir que otras accedan al mismo. En general, se identifican con erogaciones que no se justificarían si la empresa establecida no enfrentara competencia potencial, pero que tienen como efecto elevar los costos de entrada de los posibles ingresantes. Los tres ejemplos más analizados en la literatura económica son la inversión en capacidad instalada de producción o distribución, el gasto en publicidad, y el gasto en investigación y desarrollo. Estas actividades son normales dentro de la operatoria de una empresa, pero tienen la particularidad de que, efectuadas en niveles más intensos que los habituales, sirven para incrementar los costos de acceso al mercado de un competidor potencial. Así, por ejemplo, la instalación de capacidad excedente por parte de una empresa establecida puede acentuar la diferencia en términos de costos hundidos *versus* costos no hundidos entre el que ya está dentro del mercado y el que todavía está afuera; en tanto que un mayor gasto en publicidad por

²¹ Esta observación fue señalada por primera vez por Stigler (1968). Para un análisis detallado del tema, véase Demsetz (1982).

²² Ejemplos de estos últimos son los costos asociados con inversiones en equipos que pueden ser fácilmente destinados a otros mercados (computadoras, automóviles, aeronaves, etc). Son en cambio hundidos los costos asociados con inversiones irrecuperables fuera del mercado en las cuales fueron hechas (redes eléctricas, oleoductos, gastos en publicidades específicas, etc).

parte de la empresa establecida puede hacer que los costos de captar clientes del competidor potencial se incrementen.

La ausencia total de barreras de entrada genera lo que se conoce como “mercado perfectamente desafiable” (*perfectly contestable market*). Este concepto, propuesto por Baumol, Panzar y Willig (1982), parte de la idea de que toda “configuración de una industria” se caracteriza por implicar un cierto nivel de producción para cada una de las empresas que operan en la misma y un precio al cual la demanda se iguala con la oferta. Si dicho precio es suficiente para que todas las empresas que operan en el mercado obtengan beneficios no negativos, se dice que la correspondiente configuración industrial es factible. Si, además, se da que ninguna empresa que se encuentra fuera del mercado halla rentable ingresar al mismo a un precio igual o inferior al vigente, entonces la configuración industrial es también sostenible. Dado todo esto, se dice que el mercado es perfectamente desafiable si es necesario que tenga una configuración sostenible para estar en equilibrio.

El concepto de desafiabilidad perfecta se relaciona directamente con el de competencia perfecta de largo plazo con libre entrada. De hecho, un mercado perfectamente competitivo con libre entrada de empresas idénticas es un mercado perfectamente desafiable, pero la inversa no es cierta. Un mercado puede ser perfectamente desafiable y ser un monopolio natural, es decir, un mercado en el cual los costos totales de provisión se minimizan cuando sólo opera una empresa. En dicho caso el equilibrio se da cuando dicha empresa cobra un precio igual a su costo medio, y ofrece la máxima cantidad posible compatible con dicha igualdad y con el balance entre oferta y demanda. Otro caso de desafiabilidad perfecta que no es perfectamente competitivo es el equilibrio de un mercado de competencia monopolística con libre entrada, en el cual todas las empresas terminan cobrando precios iguales a sus costos medios y el número de empresas y de variedades de equilibrio es el máximo posible compatible con dicha situación.

El equilibrio de un mercado perfectamente desafiable comparte con el equilibrio de largo plazo de competencia perfecta la particularidad de que minimiza los costos totales de provisión del bien de que se trate (es decir, produce una “estructura industrial óptima” en cuanto al número de empresas que terminan operando en el mercado). Su relación con la ausencia de barreras de entrada (y, en particular, con la ausencia de

costos hundidos) tiene que ver con el hecho de que, si en un mercado no existen costos hundidos, la única forma de impedir que entren nuevas empresas es cobrando precios a los cuales ningún competidor potencial puede obtener beneficios. Esto hace que aun un monopolista cobre precios que no exceden sus costos medios, y que por lo tanto el mercado termine operando en el punto en el cual el excedente total se hace máximo sujeto a la restricción de que los beneficios empresarios sean no negativos.

Al igual que el concepto de competencia perfecta, el concepto de desafiabilidad perfecta tiene una utilidad mayor como modelo teórico contra el cual pueden compararse casos más o menos “imperfectos” que como descripción de mercados que existen en la realidad. Su principal implicancia en términos normativos es, sin embargo, de indudable interés, ya que nos dice que el número de empresas que operan en un mercado no es de por sí una medida que sirva para saber si el funcionamiento del mismo va a ser más o menos eficiente, sino que el elemento principal a tener en cuenta es la existencia o no de barreras de entrada y, por lo tanto, de competidores potenciales que puedan ingresar y reemplazar a las empresas establecidas.

2.2. Conceptos aplicados al análisis antitrust

2.2.1. Competencia efectiva y concentración del mercado

Las normas de defensa de la competencia vigentes en los distintos países del mundo tienen el objetivo común de proteger la competencia en los mercados. Por regla general, sin embargo, estas normas no incluyen una definición de competencia como tal, sino que lo que hacen es establecer la prohibición absoluta o relativa de una serie de actos que restringen dicha competencia. Para encontrar un “concepto jurídico de competencia” resulta por ende necesario recurrir a la doctrina, o bien a interpretaciones jurisprudenciales respecto de qué tipo de competencia es aceptable o defendible y en qué situaciones puede hablarse de que dicha competencia se encuentra restringida.

En sus lineamientos sobre la interpretación de la ley antitrust británica, la Oficina de Libre Comercio del Reino Unido define a la competencia como “... el proceso por el cual las empresas intentan constantemente obtener una ventaja sobre sus rivales y ganar oportunidades de negocio, a través de ofrecer términos más atractivos a sus clientes o desarrollar mejores productos o formas más efectivas de satisfacer los

requerimientos de dichos clientes”²³. Otra definición, citada por Cabanellas (2005) como proveniente de la doctrina alemana, define a la competencia como “... el esfuerzo de una empresa para lograr, mediante sus propios actos, una ventaja respecto de la concurrencia, principalmente mediante la ampliación o la conservación del círculo de sus abastecedores o clientes”²⁴. Por último, el propio Cabanellas, después de repasar varias definiciones como la expuesta en último término, concluye caracterizando a la competencia a través de tres factores esenciales: independencia de las partes que actúan en un mercado, oportunidad de acceso al mercado, y libertad de elección entre distintos oferentes y demandantes.

Ni la doctrina ni la jurisprudencia norteamericanas suelen definir a la competencia como un concepto jurídico, sino que lo usual en Estados Unidos es apelar a la literatura económica para evaluar si una práctica se aparta o no de los estándares competitivos, partiendo de la evaluación de la existencia y del grado de ejercicio del poder de mercado. En ese sentido se emplea con asiduidad el concepto de “competencia efectiva” (*workable competition*), definido originalmente por Clark (1940) como una situación en la cual el poder de mercado de las distintas empresas se neutraliza entre sí. La caracterización más citada de este concepto se debe a Bain (1950), quien la define a través de la ausencia de ciertos signos relacionados con el desempeño del mercado. Tales signos son beneficios por encima de los retornos usuales sobre la inversión, empresas con escalas de producción muy distintas del óptimo, situaciones crónicas de capacidad excedente, costos de venta “excesivos”, retrasos persistentes en la adopción de tecnologías que reducen costos, y supresión de cambios en los productos que podrían beneficiar a los compradores de los mismos.

Desde el punto de vista de la lógica del derecho antitrust, la competencia suele ser vista como opuesta a dos conceptos distintos: el monopolio y la colusión. En su oposición con el monopolio, el rasgo distintivo de la competencia es la ausencia o limitación del poder de mercado. En su oposición con la colusión, en cambio, el rasgo distintivo es la presencia de rivalidad entre los oferentes (o, eventualmente, entre los demandantes) que operan en el mercado. En ese aspecto, tanto la competencia perfecta como los modelos de oligopolio de Cournot y Bertrand serían ejemplos de competencia, pues en ellos la acción de cada empresa tiene el efecto de limitar el poder de mercado de

²³ Véase Office of Fair Trading (1998), sección 1.

las demás, y la rivalidad entre ellas hace que el resultado que surge de esta interacción esté alejado del que se produciría si todas las empresas operaran como partes de un mismo grupo económico.

D'Amore (1998) señala que la visión de la competencia como un proceso que limita el ejercicio del poder de mercado está más cerca de la concepción estadounidense, y que la visión de la competencia como proceso de rivalidad está más cerca de la concepción europea tradicional. Esto explicaría por qué en la práctica norteamericana del derecho antitrust lo usual es evaluar la capacidad de las empresas de influir sobre los precios, y en cambio en la práctica europea se le ha prestado más atención a descartar la hipótesis de posición dominante. Según este autor, “la posición dominante socava la rivalidad al dejar a las restantes firmas en inferioridad de condiciones para competir”, y es por eso que, en especial cuando analizan casos de concentraciones económicas, las autoridades europeas han tendido a veces a considerar como más competitivo a un mercado con pocos competidores de tamaño o fortaleza económica equivalente que a otro con muchos competidores pero en el cual uno de ellos es considerablemente más grande y poderoso que los demás.

Buena parte de las concepciones respecto de la competencia tienen implícita la idea de que los mercados se aproximan más a la eficiencia cuanto menos concentrados están (es decir, cuanto mayor es el número de empresas y más pequeño es su tamaño). La concentración del mercado tiene que ver con las participaciones relativas de las empresas que operan en él, y por lo tanto es un fenómeno que debe ser descrito a través de un vector numérico (que le asigna un valor a la participación de mercado de cada empresa). Sin embargo, para poder comparar dos situaciones con distinto número de empresas y distintas participaciones de cada una de ellas, se vuelve útil calcular índices de concentración, que permitan decir si un mercado está más concentrado que otro o si el mismo mercado ha aumentado o disminuido su concentración a lo largo del tiempo.

La literatura económica de defensa de la competencia suele emplear dos índices de concentración alternativos: el índice de participación de mercado de las empresas más grandes (Cm) y el índice de Herfindahl y Hirschman (HHI)²⁵. El primero de tales índices resulta de sumar las participaciones de mercado de las empresas más grandes, y

²⁴ Esta definición es atribuida a Müller, Gries y Giessler (1968).

se lo define por el número de empresas que se esté considerando. Habrá así un índice C1 (igual a la participación de mercado de la empresa más grande), otro índice C2 (igual a la suma de las participaciones de las dos empresas más grandes), etc. En lo que se refiere al índice de Herfindahl y Hirschman, el mismo se define como la sumatoria de los cuadrados de las participaciones de todas las empresas que operan en el mercado.

Comparado con los índices de participación de las empresas más grandes, el HHI tiene la ventaja de que no exige ser definido para un número arbitrario de empresas y de que es estadísticamente más eficiente (puesto que utiliza toda la información disponible sobre participaciones de mercado, y no se limita sólo a la participación de las empresas más grandes). En rigor, este índice puede ser visto como un promedio de las participaciones de mercado de las empresas, ponderado por esas mismas participaciones. Lo que se obtiene es un número entre cero y uno²⁶, que aumenta cuando el número de empresas es menor y también lo hace cuando las participaciones relativas de dichas empresas son muy diferentes entre sí. Los valores extremos del índice de Herfindahl y Hirschman se producen cuando sólo hay una empresa en el mercado (en cuyo caso, “HHI = 1”) y cuando hay infinitas empresas infinitesimales (en cuyo caso, “HHI = 0”). Si hay un número “N” finito de empresas y todas ellas tienen idéntica participación de mercado, el HHI es por definición igual a la participación de mercado de cada una de ellas, y por ende es también igual a “1/N”.

Un índice alternativo para medir la concentración del mercado, que puede verse como una derivación del HHI, es el denominado “índice de dominación” (ID), propuesto por García Alba (1994). El mismo se define como el cociente entre la sumatoria de las participaciones de mercado de las empresas elevadas a la cuarta potencia, y el cuadrado del índice de Herfindahl y Hirschman. La información adicional que este índice brinda respecto del HHI tiene que ver con el comportamiento que presenta cuando se producen cambios en la estructura de mercado por los cuales dos empresas relativamente pequeñas se fusionan. En tales circunstancias el HHI se incrementa pero el ID disminuye, dando la idea de que el mercado se ha vuelto más concentrado pero menos dominado por la empresa con mayor participación relativa²⁷.

²⁵ Este nombre proviene de las contribuciones de Herfindahl (1950) y Hirschman (1945).

²⁶ Una parte de la literatura calcula el HHI como la sumatoria de los porcentajes de participación de mercado de las empresas (en vez de utilizar directamente las proporciones). Así calculado, este índice puede variar entre 0 y 10.000 (en vez de variar entre 0 y 1).

²⁷ Si bien el índice de dominación está poco difundido en la literatura económica, el mismo es

En fecha más reciente, Melnik, Shy y Stenbacka (2008) han propuesto un criterio alternativo para evaluar si una empresa tiene o no posición dominante basándose en el estudio de las participaciones de mercado vigentes. Dicho criterio se basa esencialmente en comparar la participación de mercado de la empresa más grande (s_1) con la de la segunda empresa más grande que opera en el mercado (s_2). Si se da que " s_1 " es mayor que la expresión que surge de hacer " $0,5 \cdot (1 - s_1^2 + s_2^2)$ ", entonces los autores de esta metodología sostienen que en principio puede suponerse que la empresa más grande tiene posición dominante; si, por el contrario, " s_1 " es menor que dicha expresión, entonces debería descartarse la hipótesis de que tal empresa tiene una posición de dominio en el mercado bajo análisis²⁸.

Una relación de interés para interpretar la influencia de la concentración del mercado sobre el desempeño del mismo es la que puede establecerse entre el índice de Lerner y las distintas medidas de concentración. Dicha relación depende del modelo teórico que supongamos, y es particularmente clara para los casos de liderazgo en precios y oligopolio de Cournot. Para el primero de dichos casos y bajo ciertos supuestos, el margen entre precio y costo marginal de la empresa líder se iguala con el cociente entre $C1$ y la elasticidad precio de la demanda del mercado. En un oligopolio de Cournot, en cambio, el índice de Lerner promedio del mercado tiende en equilibrio al cociente entre el HHI y la elasticidad precio de la demanda.

La relación entre márgenes de beneficios y concentración del mercado no es en cambio directa en los restantes modelos de oligopolio y competencia. En el oligopolio de Bertrand, por ejemplo, es inexistente, ya que la capacidad de ejercer poder de mercado no depende de que haya más o menos competidores sino del nivel y de la forma de las funciones de costos de las empresas involucradas. Lo mismo ocurre en la mayoría de los casos en los que existe diferenciación de productos, en los cuales los márgenes de beneficios suelen estar determinados por el grado de diferenciación existente. Que haya o no relación entre tasas de beneficio, márgenes y niveles de concentración resulta por lo tanto un tema empírico, que durante muchos años alimentó

corrientemente utilizado por la Comisión Federal de Competencia de México en sus procedimientos de control de fusiones y adquisiciones.

²⁸ En rigor, Melnik, Shy y Stenbacka (2008) utilizan una medida más general de dominación, en la cual se incluye un parámetro adicional que mide la existencia de competencia potencial. Cuando dicho parámetro toma un valor igual a uno, la fórmula adopta la expresión que hemos escrito en el texto, y esto se da en el caso en el cual la competencia potencial por parte de empresas que están fuera del mercado es inexistente.

el debate entre las distintas escuelas económicas y generó, al decir de Demsetz (1974), “dos sistemas de creencias acerca del monopolio”.

Las dos posiciones básicas respecto de la relación entre concentración y poder de mercado suelen recibir los nombres de “doctrina de la concentración del mercado” e “hipótesis de la eficiencia relativa”. La primera sostiene que en general existe una relación positiva entre beneficios y concentración, y la atribuye al mayor ejercicio de poder de mercado que prevalecería en los mercados concentrados. La segunda, en cambio, sostiene que, si existe, la relación positiva entre beneficios y concentración es en general producto de factores competitivos, que hacen que las empresas relativamente más eficientes obtengan mayores beneficios y crezcan más que las empresas menos eficientes. Ambas posiciones han tenido importancia en la práctica antitrust comparada, que ha venido alternando épocas en las cuales las autoridades de defensa de la competencia se preocuparon por impedir que los índices de concentración de los mercados llegaran a niveles demasiado elevados con épocas en las cuales la concentración en sí no ha sido considerada como un elemento demasiado importante²⁹.

2.2.2. Posición dominante

El concepto de posición dominante tiene una gran importancia en la práctica de la defensa de la competencia en los países de la Unión Europea, y en aquéllos cuyas legislaciones están inspiradas en el derecho europeo. Su origen está en el artículo 82 del Tratado de la Comunidad Europea y en la ley alemana de defensa de la competencia (GWB, de 1958), pero es un concepto que no aparece como tal en el derecho estadounidense y en las legislaciones antitrust inspiradas en él, con lo cual su aplicación no tiene un carácter totalmente generalizado.

El artículo 19 de la ley alemana de defensa de la competencia define a la posición dominante como una situación en la cual un oferente o demandante de un bien

²⁹ En ese sentido resulta ilustrativo el análisis que hacen de la cuestión las pautas estadounidenses sobre fusiones horizontales (Federal Trade Commission y US Department of Justice, 1992), que puede verse como un compromiso entre las dos posturas extremas. Así, para evaluar el efecto de una concentración económica sobre la competencia, estas pautas estudian primero la concentración de los mercados afectados, y utilizan al HHI como un instrumento para descartar problemas de competencia en situaciones en las cuales el nivel de concentración es bajo. Si el nivel de concentración es alto, en cambio, se procede a analizar una serie de elementos propugnados por los sostenedores de la hipótesis de la eficiencia relativa, como ser las barreras de entrada y las posibles ganancias de eficiencia productiva generadas por la operación bajo estudio. Este enfoque ha sido adoptado también por otras agencias antitrust del mundo,

o servicio “... no tiene competidores o no está expuesto a competencia sustancial, o bien tiene una posición superior en el mercado en relación con sus competidores”. En ese sentido, dicho artículo aclara que para analizar la existencia de una posición dominante deben tenerse en cuenta “... la participación de mercado, la capacidad financiera de la empresa, su acceso a los mercados, sus relaciones con otras empresas, las barreras de entrada naturales o legales, la competencia real o potencial que enfrenta, su habilidad para cambiar de proveedores o clientes y la capacidad de éstos para recurrir a otras empresas sustitutas”. El Tratado de la Comunidad Europea, en cambio, no define a la posición dominante como tal, por lo que las referencias que a ella se hacen dentro del derecho comunitario suelen apelar a construcciones efectuadas con motivo de sentencias judiciales. La definición más citada es probablemente la que aparece en el fallo del Tribunal Superior de la Unión Europea con motivo del caso “Comisión Europea c/ United Brands” (1976), en la cual se lee que una posición dominante es aquella que le permite a una empresa “... comportarse de manera independiente respecto de sus competidores, clientes y, en última instancia, consumidores”.

La ley argentina de defensa de la competencia (ley 25.156, de 1999) ha incorporado estos antecedentes dentro de sus provisiones de manera prácticamente textual. Su artículo 4 dice así que una persona “... goza de posición dominante cuando para un determinado tipo de producto o servicio es la única oferente o demandante ... o, cuando sin ser la única, no está expuesta a una competencia sustancial o, cuando por el grado de integración horizontal o vertical está en condiciones de determinar la viabilidad económica de un competidor o participante en el mercado”. La ley brasileña, por su parte, identifica a la posición dominante con una situación en la cual “una empresa ... controla una porción sustancial del mercado relevante, como proveedor, intermediario, comprador o financiador de un producto, servicio o tecnología”, y presume en principio su existencia cuando la empresa en cuestión “controla el 20% del mercado relevante” (artículo 20, ley 8884). La ley mexicana, por último, no utiliza el concepto de posición dominante pero sí define criterios para determinar si un agente económico tiene “poder sustancial en el mercado relevante” (artículo 13 de la ley federal de competencia económica). Los mismos implican tener en cuenta la participación de mercado, la existencia de barreras de entrada, la existencia y poder de

y será desarrollado más extensamente en el capítulo 7.

los competidores, las posibilidades de acceso del agente económico y sus competidores a fuentes de insumos, y el comportamiento reciente del agente económico bajo análisis.

La “traducción económica” del concepto jurídico de posición dominante suele hacerse relacionando dos ideas que hemos estudiado en el presente capítulo: la de poder de mercado y la de liderazgo. El concepto de poder de mercado parece ser un requisito indispensable para que una empresa pueda tener posición dominante, en el sentido de que dicho poder es el que le permite a las empresas dominantes tener un margen para influir sobre los precios y otras condiciones que rigen en los mercados. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, a diferencia de la posición dominante (que es un atributo que o bien se tiene o bien no se tiene), el poder de mercado es susceptible de presentar grados de acuerdo con la mayor o menor capacidad que tengan los oferentes o demandantes de controlar los precios. Es también una cualidad que puede ser poseída al mismo tiempo por varios agentes que actúan de manera independiente, cosa que no sucede con la posición dominante, ya que la misma sólo puede ser ostentada en un mercado por una única persona (o, eventualmente, por un grupo de personas que actúan de manera conjunta).

Tal como hemos visto anteriormente, el ejercicio del poder de mercado tiene que ver con decisiones que toman las empresas para incrementar sus beneficios a través de acciones que influyen sobre los precios del mercado. Interpretado bajo una óptica jurídica, la maximización de beneficios sería el “móvil” que lleva a las empresas a ejercer el poder de mercado que poseen. Es por eso que pueden existir situaciones en las cuales, aun teniendo poder de mercado, una empresa carezca de motivos para ejercerlo, y tal podría ser el caso de entidades que no maximizan beneficios (por ejemplo, empresas públicas, cooperativas de consumo, asociaciones civiles, mutuales, etc). Otra circunstancia equivalente puede acontecer cuando una empresa tiene una posición dominante otorgada por una norma legal (por ejemplo, es la única proveedora de un servicio público en un área geográfica determinada) pero su poder de mercado se halla limitado por la existencia de un organismo regulador.

Muchas veces se suele relacionar el concepto de posición dominante con el de una alta participación de las ventas de una empresa en un mercado. Esta relación, sin embargo, resulta procedente sólo en los casos en los cuales dicha participación tenga un correlato de comportamiento, por el cual la empresa que posee esa participación pueda,

valiéndose de ella, influir en las decisiones de sus competidores. Tal situación suele acontecer en casos en los cuales la participación en el mercado es relativamente independiente de las políticas de precios y se debe en cambio a la posesión exclusiva de ciertos recursos (por ejemplo, recursos naturales, redes de distribución, transporte o comunicaciones, capacidad instalada de producción o almacenamiento, etc). Estos elementos actúan entonces como barreras a la entrada de otros competidores y como obstáculos para la expansión de las ventas de los competidores existentes, y son por ende los verdaderos determinantes de la existencia de una posición dominante (más que la participación de mercado en sí).

La relación entre posición dominante y participación en el mercado resulta más tenue aún cuando esta última se encuentra originada en una estrategia empresarial de precios bajos destinada a aumentar la producción para aprovechar economías de escala y bajar los costos medios. En estos casos, las empresas con alta participación en los mercados suelen ser las que menos posibilidades tienen de aumentar sus precios para incrementar sus beneficios, ya que su demanda puede inclusive erosionarse completamente. Tal cosa sucede, por ejemplo, cuando el mercado es desafiante o cuando está muy abierto a la competencia internacional.

Una característica importante que suele requerírsele a la posición dominante cuando se la evalúa desde el punto de vista de la participación de mercado es que la participación de la empresa que se supone que tiene posición dominante sea sustancialmente mayor que la de las restantes empresas del mercado. En tal sentido, por ejemplo, opera el criterio de Melnik, Shy y Stenbacka (2008), mencionado en el apartado anterior. Para el enfoque cuantitativo elaborado por dicho autores, por ejemplo, una empresa que tiene una participación de mercado de más del 50% sería siempre candidata a ser considerada dominante, en tanto que una que tuviera una participación del 45% podría ser considerada dominante si la participación de mercado de la segunda empresa fuera menor al 32% del mercado, y no si esta última fuera mayor que dicho porcentaje³⁰.

En lo que hace a la relación entre posición dominante y liderazgo, la misma

³⁰ Estas relaciones surgen de aplicar la fórmula vista en el apartado anterior, por la cual, para considerar que la empresa 1 tiene posición dominante, debe darse que " $s_1 > 0,5 \cdot (1 - s_1^2 + s_2^2)$ ". Esta relación implica además que nunca podría considerarse dominante a una empresa que tuviera menos del 41,42% del mercado.

aparece como muy evidente en el contexto del modelo de liderazgo en precios, en el cual sólo hay una empresa con poder de mercado y las restantes son tomadoras de precios. En tanto las empresas que actúan como seguidoras tengan una capacidad limitada para reaccionar ante las variaciones de precios del líder, podrá decirse que efectivamente estamos ante un caso en el cual el líder “no enfrenta competencia sustancial”, y por lo tanto la concepción jurídica y económica del tema coincidirán casi completamente. Lo que no tiene una equivalencia completa con el modelo de liderazgo en precios es la idea de que la empresa dominante es capaz de comportarse “de manera independiente respecto de sus competidores”. Tal como hemos visto en la sección 2.1.2, el líder de precios tiene en cuenta el comportamiento esperado de sus competidores periféricos y, antes bien, toma sus decisiones intentando influir en el comportamiento de éstos. De cualquier modo, lo que sí es cierto es que la relación entre líder y seguidores es totalmente asimétrica, en el sentido de que, mientras los seguidores toman sus decisiones sin poder influir sobre el comportamiento del líder, éste toma las suyas sabiendo que puede influir sobre el comportamiento de los seguidores. En ese sentido, entonces, el líder parece tener una mayor independencia que los seguidores, entendida como posibilidad de elegir entre distintos escenarios futuros respecto de los niveles de precios y cantidades comerciadas.

Siguiendo a D’Amore (1998), diremos que la idea de posición dominante que rige en la práctica europea de defensa de la competencia (y, por extensión, en la de los países que han incorporado el concepto a sus legislaciones) presta particular atención a la relación entre la empresa supuestamente dominante y los restantes actores del mercado. Es por ello que el análisis suele centrarse en ver si los competidores de esta empresa tienen o no una fortaleza comparable a la de ella, y también en ver si los clientes tienen o no un poder de compra que pueda contrarrestar su supuesto poder de mercado. Si esto último sucede no puede hablarse propiamente de posición dominante, aun cuando estemos en un mercado con un único oferente. Esto acontece, por ejemplo, en los modelos de monopolio bilateral, en los cuales un único oferente se enfrenta a un único demandante, y el equilibrio de mercado no surge de un proceso competitivo o de optimización individual sino de una negociación entre las partes.

El concepto de posición dominante tiene dos aplicaciones básicas en defensa de la competencia: por un lado sirve como elemento para evaluar si una empresa está

cometiendo un abuso de posición dominante, y por otro sirve para evaluar si una operación de fusión o adquisición está creando o fortaleciendo una posición dominante. Ambas aplicaciones son típicamente europeas, y en ese sentido se contraponen con sus equivalentes norteamericanos³¹. Para la legislación de los Estados Unidos no es el abuso de posición dominante lo que infringe el artículo 2 de la ley Sherman, sino los actos de monopolización o intentos de monopolización. A su vez, el estándar para evaluar una fusión o adquisición no pasa por ver si la misma crea o fortalece una posición dominante, sino por analizar si la operación en cuestión puede “reducir sustancialmente la competencia o tender a crear un monopolio” (artículo 7 de la ley Clayton).

2.2.3. Mercado relevante

El concepto de “mercado relevante” representa una aplicación al análisis antitrust de los distintos enfoques de la literatura económica respecto de la diferenciación de productos. Este es un concepto que se utiliza para circunscribir los efectos de una determinada conducta u operación económica a un conjunto de productos o variedades de un producto, y excluir en cambio del análisis los efectos que dicha conducta u operación pueda tener sobre otros productos y variedades. La idea es entonces definir qué productos o variedades (y qué zonas geográficas en las cuales dichos productos o variedades se comercian) conforman un mercado, quedando por oposición fuera de dicho mercado otros productos, variedades y zonas geográficas. Esto no es otra cosa que aplicar en la práctica el análisis de equilibrio parcial, según el cual se considera que la mayor parte de los efectos que tienen las decisiones sobre precios, cantidades y otras variables similares se circunscriben a lo que sucede dentro de un mercado, y tienen un efecto no significativo sobre otros mercados.

La definición más difundida de mercado relevante como concepto aplicable al análisis de defensa de la competencia es la que aparece en las pautas para la evaluación de fusiones horizontales del Departamento de Justicia y de la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos³². Dichas pautas nos dicen que un mercado es “un producto o grupo de productos y un área geográfica en la cual el mismo se produce o se vende tal que una hipotética empresa maximizadora de beneficios, que no esté sujeta a

³¹ Para un análisis de este punto, véase Soldano y Lanosa (1993a).

regulación de precios y que sea el único proveedor presente y futuro de esos productos en el área en cuestión, halle beneficioso imponer un incremento de precios pequeño pero significativo y no transitorio”³³. Dado esto, un mercado relevante es “el grupo de productos y el área geográfica que no excede lo necesario para satisfacer este test”.

Esta forma de definir el mercado relevante de un producto (a la cual se la suele denominar “test del monopolista hipotético”) depende del tema que se quiere analizar. Esto es así porque exige partir de un producto y localización determinados, e ir posteriormente verificando si otros productos y localizaciones cumplen con los requisitos exigidos para poder ser considerados como partes del mismo mercado que el producto y la localización iniciales. Si se empieza por un producto o una localización diferentes, por lo tanto, es posible que se termine con una definición diferente de mercado relevante, ya que ciertos productos y localizaciones que satisfacen el test cuando se parte del primer producto pueden no satisfacerlo si se parte del segundo producto (o viceversa). En general, sin embargo, esto no es un problema demasiado grave, ya que lo que usualmente se quiere investigar cuando se define un mercado relevante son los efectos de una determinada práctica u operación, y por ende lo que interesa es cuál es el mercado relevante para ese caso en particular.

La característica conceptual básica para considerar que dos productos forman parte del mismo mercado relevante es la alta sustitución que existe entre ellos. Esta es la clave para poder decir que, si los dos productos son provistos por empresas distintas, ninguna de ellas tiene capacidad para incrementar sustancialmente sus precios sin poder evitar que una gran proporción de su demanda se desvíe hacia el otro producto. Por lógica, entonces, si los dos productos fueran producidos por una única empresa, esta sí podría elevar simultáneamente los dos precios evitando dichos desvíos. Pero si el mercado relevante incluyera además otros productos, dicho incremento de precios no sería tampoco provechoso, ya que la demanda podría desviarse hacia esos otros bienes. Por lo tanto, el concepto de mercado relevante tiene implícita la idea de que resulta necesario incluir todos aquellos productos que se necesita controlar para poder elevar el precio de manera rentable (o sea, todos aquellos productos que sean sustitutos lo

³² Véase Federal Trade Commission y US Department of Justice (1992), capítulo 1.

³³ Esta definición ha sido tomada luego por otras normas y pautas de otros países. En la Argentina, por ejemplo, la Resolución 164/2001 de la Secretaría de la Competencia (Lineamientos para el control de concentraciones económicas) incluye una definición similar en su capítulo 2.

suficientemente próximos como para afirmar que compiten directamente entre sí).

Las pautas norteamericanas para evaluar fusiones horizontales brindan una serie de elementos conceptuales para evaluar cuándo dos productos (o dos localizaciones geográficas) se consideran sustitutos lo suficientemente próximos como para ser incluidos dentro del mismo mercado relevante. Tales son:

- a) la evidencia de que ciertos compradores han cambiado (o considerado cambiar) de producto o de lugar de compra en respuesta a cambios relativos de precios u otras variables competitivas;
- b) la evidencia de que los vendedores basan sus decisiones comerciales pensando en la posible sustitución entre productos o lugares de compra por parte de los compradores, en respuesta a cambios relativos de precios u otras variables competitivas;
- c) la influencia de la competencia que enfrentan los compradores en sus mercados de productos finales (cuando se trata de compras de productos intermedios);
- d) el tiempo y el costo que le insume al comprador cambiar de producto o de lugar de compra.

Desde un punto de vista más analítico, la literatura económica ha elaborado un modo de evaluar si dos productos pertenecen al mismo mercado relevante a través del concepto de “elasticidad crítica de la demanda” (*critical elasticity of demand*). Esta se define como aquel valor de la elasticidad precio de la demanda agregada de un mercado por encima del cual resulta rentable para un monopolista hipotético realizar un incremento determinado del precio de mercado. Como puede observarse, este concepto depende del incremento de precio que se use como base para el cálculo: si este es del 5%, se hablará de una elasticidad crítica al 5%; si es del 10%, se hablará de una elasticidad crítica al 10%, etc³⁴.

Una vez definida la elasticidad crítica, la misma se compara con la elasticidad real de la demanda. Si esta última es mayor que la primera, entonces todos los productos incluidos en la definición de mercado pertenecen al mismo mercado relevante, pero existe al menos algún otro producto que también pertenece y que no ha sido incluido. Procede entonces incluirlo y volver a hacer el experimento. Cuando se llega a la definición más

³⁴ Para un análisis más detallado de este punto, véase Cont y Navajas (2006).

estrecha de mercado para la cual la elasticidad real de la demanda es menor que la elasticidad crítica, entonces ése es el mercado relevante a considerar.

En un artículo sobre el uso de las elasticidades de demanda en el análisis antitrust, Werden (1998) desarrolla una serie de fórmulas para calcular la elasticidad crítica de la demanda. Las mismas parten de la definición de la elasticidad precio de la demanda que le correspondería a un monopolista maximizador de beneficios, la cual es igual a la inversa del índice de Lerner que aplicaría dicho monopolista. Aplicadas directamente, sin embargo, estas fórmulas corren el riesgo de caer en lo que en la literatura antitrust se conoce como “falacia del celofán” (*cellophane fallacy*). Este nombre hace referencia a un razonamiento que aparece en la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso “EEUU c/ DuPont de Nemours” (1956), en la cual uno de los puntos clave era la definición del mercado relevante para el celofán (producto del cual la empresa DuPont tenía el monopolio). En dicho caso, la Corte aceptó el razonamiento de que el celofán era un producto sustituible por otros materiales que también servían para envolver paquetes, y que dicha sustitución era lo suficientemente fuerte como para considerar que el mercado relevante no incluía solo al celofán sino a otros productos. Dicho análisis fue criticado por entenderse que había sido realizado teniendo en cuenta las condiciones vigentes (en las cuales DuPont ya estaba ejerciendo su poder de mercado sobre el celofán) y por ende el precio del celofán era ya lo suficientemente elevado como para hacer que algunos usuarios encontraran conveniente sustituirlo por otros materiales, cosa que no habrían hecho si el precio hubiera sido el de competencia y no el de monopolio.

La metodología para definir el mercado relevante a través del concepto de elasticidad crítica procede por pasos determinados inequívocamente cuando el tipo de diferenciación de productos que se está analizando es de carácter espacial (esto es, si se trata de una diferenciación horizontal o vertical). Esto es así porque en ese tipo de modelos se sabe de entrada qué variedades están más cerca unas de las otras, y decir cuál es el “sustituto más próximo” no presenta en principio ninguna dificultad. Si la diferenciación prevaleciente es de tipo idiosincrático (por ejemplo, a través de marcas), aparece en cambio el problema adicional de tener que definir cuál es el sustituto más próximo de un producto o de un determinado conjunto de productos. Para ello, la solución analítica más adecuada consiste en apelar a la elasticidad cruzada de la

demanda, e ir incluyendo primero aquel producto respecto de cuyo precio la demanda bajo análisis tenga una mayor elasticidad cruzada.

En un trabajo en el cual abordamos específicamente el tema de las metodologías cuantitativas disponibles para definir mercados relevantes utilizando el concepto de elasticidad crítica (Coloma, 2008a) hemos propuesto como idea básica el uso de la estimación de sistemas de demanda como la manera más consistente de ir definiendo los mercados relevantes a través de un proceso secuencial. Esta estimación puede hacerse de manera relativamente simple cuando se tienen disponibles series de datos de precios y de cantidades para todos los productos que pueden estar en un mercado relevante, y pueden por lo tanto calcularse “series de precios promedio” para cualquier producto agregado, consistentes en la suma de las cantidades de dos productos en principio diferentes³⁵. Estimar las elasticidades utilizando sistemas de demanda tiene a su vez la ventaja de que en la misma estimación pueden incorporarse ciertos criterios prescritos por la teoría económica (por ejemplo, el hecho de que la elasticidad de la demanda de un producto debe tener signo negativo respecto de su propio precio, y signo positivo respecto de los precios de los bienes sustitutos), que son más difíciles de imponer si cada función de demanda se estima por separado.

Debe sin embargo reconocerse que, en la práctica, la definición de mercados relevantes a través de la estimación econométrica de funciones de demanda resulta en general muy trabajosa, ya que requiere tener series de datos muy confiables y ser capaz de producir resultados robustos a diferentes especificaciones. Muchas veces, por lo tanto, lo que se hace es apelar a los cuatro criterios conceptuales mencionados anteriormente respecto de la sustitución entre productos por parte de los compradores, las decisiones comerciales de los vendedores, los efectos sobre la competencia en mercados de productos finales, y el tiempo y el costo de cambiar de producto o de lugar de compra.

³⁵ Supongamos, por ejemplo, que queremos saber si dos productos parecidos (digamos, dos bebidas gaseosas del mismo tipo pero que tienen distinta marca) pertenecen al mismo mercado relevante o no. Para ello es necesario tener datos de precios y de cantidades de cada uno de dichos productos pero, si de un primer análisis surge que ambas bebidas pertenecen al mismo mercado relevante, resultará necesario evaluar si no corresponde también incluirlas en el mismo mercado que otros productos adicionales. Para ello será necesario considerar a ambas bebidas como si fueran un mismo producto, cuya cantidad será la suma de las cantidades de las dos bebidas originales, y cuyo precio será el precio promedio ponderado por dichas cantidades.

A veces, inclusive, la clave para definir que el mercado relevante es más o menos estrecho tiene que ver con el tipo de conducta que se está evaluando. En el caso argentino “Editorial Amfin c/ AGEA” (1998), por ejemplo, el tema bajo análisis era una práctica de un diario de la ciudad de Buenos Aires de ofrecer descuentos a sus anunciantes por no publicar avisos en otros diarios de dicha ciudad y su zona de influencia. Para definir el mercado relevante, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) debió analizar si el mismo se limitaba a los diarios de la ciudad de Buenos Aires o si debía abarcar también otras ubicaciones geográficas y otros medios de comunicación. Después de considerar las posibilidades de sustitución de los lectores y de los anunciantes y de evaluar que las mismas eran altas dentro del grupo de diarios de Buenos Aires pero mucho menos importantes si se incluía también a los diarios de otras ciudades y a otros medios de comunicación, la CNDC concluyó que el mercado relevante debía definirse de modo estrecho (es decir, incluir sólo a los diarios de la ciudad de Buenos Aires). Para fundamentar esa conclusión, sin embargo, utilizó un elemento adicional, al considerar “... que AGEA ofrece un descuento por exclusividad únicamente si los anunciantes se abstienen de publicitar sus bienes o servicios en otros periódicos de la Capital Federal y su zona de influencia, y no hace mención alguna de otro tipo de medios publicitarios como la televisión o la radio. De ese modo, revela que sus principales competidores son los otros diarios del área metropolitana de Buenos Aires y no los medios gráficos de otros lugares del país, ni la televisión o la radio”.

2.2.4. Interés económico general

La expresión “interés económico general” aparece en la ley argentina de defensa de la competencia como una conceptualización del bien jurídico protegido por dicha norma (artículo 1, ley 25.156). Puede por ende suponerse que la protección del interés económico general representa el objetivo de la legislación argentina de defensa de la competencia, y que el funcionamiento competitivo de los mercados es el medio por el cual la misma tiende a resguardar dicho objetivo.

Si bien la mayoría de las normas de defensa de la competencia vigentes en otros países carece de referencias al concepto de interés económico general, el mismo puede

considerarse semejante a algunas expresiones que figuran en otras legislaciones³⁶. Sin embargo, aun en los países en los cuales dichas expresiones no aparecen, existen interpretaciones jurisprudenciales y doctrinarias respecto de cuál debería ser el objetivo de la defensa de la competencia, y en todos los casos las mismas tienen que ver con alguna idea respecto del interés tutelado por el derecho antitrust.

Las opiniones respecto de qué debería incluirse dentro del concepto de interés económico general (o, más generalmente, de cuál o cuáles deberían ser los objetivos de la defensa de la competencia) pueden clasificarse en dos grandes grupos. Por un lado, hay autores que propugnan que el objetivo de la defensa de la competencia debería estar definido de manera unívoca, y dentro de ese grupo las opiniones se dividen entre quienes sostienen que dicho objetivo debería ser la eficiencia económica y quienes piensan que debería ser el interés de los consumidores. Por otro lado, existe la opinión de que el objetivo de la defensa de la competencia comprende un conjunto más general de temas, que no sólo incluyen a la eficiencia o al interés de los consumidores sino también dimensiones tales como la equidad distributiva, la defensa de las pequeñas empresas, el nivel de empleo, el crecimiento económico, etc.

La identificación del objetivo de la defensa de la competencia con la eficiencia económica (que, tal como vimos en la sección 2.1.1, puede medirse a través del excedente total de los agentes económicos) tiene un apoyo muy grande entre los economistas dedicados al tema, que se remonta por lo menos al trabajo de Williamson (1968). La idea básica detrás de ese enfoque es que, si la principal virtud de la competencia perfecta es la eficiencia económica, el objetivo de las normas de defensa de la competencia tiene que ser justamente alcanzar dicha eficiencia. Cuando tales normas tienen que juzgar si una determinada práctica es buena o mala en términos de sus efectos sobre la competencia, por lo tanto, las mismas deberían evaluar si la práctica en cuestión tiene por objeto o efecto incrementar o disminuir la eficiencia.

Considerada en su manifestación más pura (el equilibrio perfectamente competitivo de largo plazo con libre entrada), la competencia propende también a la maximización del excedente de los consumidores, sujeta a una condición de beneficio

³⁶ Por ejemplo, la ley británica de lealtad comercial (1973) utiliza el concepto de “interés público”, que, aplicado al tema de defensa de la competencia, puede asimilarse al de interés económico general. Lo mismo puede decirse del concepto de “orden económico”, que aparece en la ley antitrust brasileña (ley 8884, del año 1994).

no negativo para las empresas. Este hecho le da un sustento teórico al otro objetivo alternativo de la defensa de la competencia, que sería el interés de los consumidores. Comparada con otros mecanismos de asignación de recursos que también son en teoría eficientes (por ejemplo, el monopolio con discriminación perfecta de precios), la competencia exhibe la propiedad de que tiende a asignar los excedentes que se generan en el mercado hacia los consumidores de los bienes y servicios producidos y vendidos, en vez de hacerlo hacia los productores.

En el análisis de la mayoría de las conductas consideradas anticompetitivas por las normas antitrust, los dos objetivos mencionados en los párrafos anteriores tienden a confluir. Esto es particularmente cierto en los casos de colusión (en los cuales los acuerdos entre competidores para no competir reducen el excedente total generado y lo redistribuyen en perjuicio de los consumidores), exclusión de competidores (en los cuales la menor competencia propende a que los precios sean más altos, y esto reduce tanto el excedente total como el excedente de los consumidores) y en ciertos abusos explotativos de posición dominante (en los que se produce un fenómeno idéntico al del ejemplo anterior). No sucede lo mismo en ciertos casos de discriminación de precios (en los cuales mayor discriminación puede implicar mayor excedente total pero menor excedente de los consumidores), fusiones (en los cuales una mayor concentración puede generar ahorro de costos para las empresas y, al mismo tiempo, incremento en los precios al consumidor) y precios predatorios (en los cuales los precios por debajo del costo pueden generar beneficios inmediatos para los consumidores pero pérdidas para las empresas que más que compensen dichos beneficios).

Cuando los objetivos de eficiencia e interés del consumidor colisionan, la práctica antitrust internacional adopta criterios diferentes respecto del modo en el cual resolver la antinomia. Las pautas estadounidenses sobre fusiones horizontales, por ejemplo, manifiestan explícitamente que el estándar para evaluar la conveniencia o inconveniencia social de una operación de concentración económica es la probabilidad de que la misma les genere beneficios o perjuicios a los consumidores, en especial en términos de sus efectos sobre los precios de mercado³⁷. Esto no impide que las empresas puedan presentar “defensas de eficiencia”, en las cuales argumenten respecto de los beneficios sociales que pueden generarse en términos de ahorros de costos. Una

³⁷ Véase Federal Trade Commission y US Department of Justice (1992), capítulo 2.

manifestación semejante aparece en los lineamientos argentinos sobre evaluación de fusiones y adquisiciones (Resolución 164/2001 de la Secretaría de la Competencia), si bien en otros documentos las autoridades antitrust argentinas han expresado que, para el análisis de las conductas anticompetitivas, el interés económico general podía identificarse con el concepto de excedente total de los agentes económicos³⁸.

En la recientemente sancionada ley peruana de represión de conductas anticompetitivas (decreto legislativo 1034, del año 2008) aparece una interesante combinación de la eficiencia y del interés del consumidor como objetivos posibles de la legislación antitrust. En efecto, el artículo 1 de dicha norma establece que su finalidad es “promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores”, y el artículo 9 nos dice que, para que una conducta anticompetitiva de carácter relativo pueda ser sancionada, es necesario que tenga o pueda tener “efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores”³⁹. Con esto da la impresión de que tanto la eficiencia como el bienestar de los consumidores podrían operar como “filtros” para analizar si una conducta debe ser sancionada o no, debiendo evaluarse primero que la misma tenga un carácter nocivo para la competencia.

Otro criterio que en cierto modo compatibiliza los objetivos de eficiencia económica y protección del consumidor es el que sostiene que el objetivo de la defensa de la competencia (y, por ende, el interés económico general) es la preservación del “correcto funcionamiento del mercado”. Dicho criterio ha sido sostenido, entre otros, por Soldano y Lanosa (1993b) y por Otamendi (1999), y puede ser visto como una especie de objetivo intermedio entre la competencia en sí misma (que sería un medio para lograr el funcionamiento correcto del mercado) y la eficiencia o el interés del consumidor (que sería el objetivo último de dicho funcionamiento correcto). Esta idea se relaciona con las metodologías que aparecen en distintas normas y lineamientos para llevar adelante la denominada “regla de la razón”. En las pautas estadounidenses sobre colaboración entre competidores, por ejemplo, se esboza un criterio de evaluación de conductas según el cual deben sopesarse los posibles “beneficios procompetitivos” de la práctica bajo análisis con los “daños anticompetitivos” que la misma puede generar⁴⁰.

³⁸ Véase, por ejemplo, Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (1997a).

³⁹ En rigor, este último criterio se utiliza sólo para aquellas prácticas que se evalúan aplicando la regla de la razón, puesto que la ley peruana tiene también algunas conductas que considera anticompetitivas *per se*, y cuya sola prueba se considera suficiente para sancionarlas como ilícitas.

⁴⁰ Véase Federal Trade Commission y US Department of Justice (2000), sección 2.

Según unos u otros sean mayores, el mercado funcionará mejor o peor, y el objetivo de la defensa de la competencia será alcanzado de la manera más acabada permitiendo la conducta evaluada o prohibiéndola.

Otro objetivo que tiene cierta tradición en la práctica antitrust comparada es el de la defensa de la pequeña empresa o, más generalmente, el de la atomización del mercado. El fundamento teórico de este criterio puede hallarse en la idea de que el modelo de competencia perfecta es un modelo que supone implícitamente la existencia de un gran número de empresas en el mercado, con lo cual defender la competencia puede en algunos casos relacionarse con impedir el aumento de los índices de concentración. Algunos comentaristas señalan que el objetivo de defensa de la pequeña empresa está en la génesis del derecho antitrust, puesto que el mismo parece haber sido el que impulsó la sanción de la ley Sherman en 1890⁴¹. En distintos momentos del tiempo este objetivo tuvo más o menos importancia en la práctica, siendo notable el hecho de que durante la década de 1960 la Corte Suprema norteamericana lo aplicó explícitamente en una serie de casos, sancionando conductas que bajo ópticas alternativas habrían sido consideradas lícitas⁴².

En lo que se refiere a la concepción multidimensional del interés económico general, la misma puede ejemplificarse a través del concepto expuesto por Cabanellas (2005). En su obra sobre derecho antimonopólico y defensa de la competencia, dicho autor identifica siete elementos relevantes que a su entender podrían considerarse constitutivos del interés económico general. Tales elementos son la productividad, el nivel técnico y la formación profesional, la distribución geográfica de la producción y de la población, la defensa nacional, el comercio internacional, el empleo, y el bienestar de los consumidores⁴³. En una línea semejante a esa pueden interpretarse las prescripciones del apartado 3 del artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea, el cual permite ciertas conductas, que en otras circunstancias serían consideradas anticompetitivas, si las mismas “contribuyen a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reservan al mismo

⁴¹ Véase, por ejemplo, Di Lorenzo (1985).

⁴² Ejemplos de este tipo de sentencias son las que cerraron los casos “EEUU c/ Von’s” (1966) y “Albrecht c/ Herald” (1968). El primero de ellos se refería a una fusión horizontal entre supermercados que incrementaba levemente la concentración en el área de Los Angeles; el segundo, a la fijación de precios máximos de reventa por parte de un diario (la cual perjudicaba a los distribuidores de dicho diario pero beneficiaba a los consumidores). Dichos casos serán vistos con mayor detalle en los capítulos 5 y 7.

tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante”.

⁴³ Al respecto, véase también Molina Sandoval (2006), capítulo 4.

3. Prácticas horizontales colusivas

Las prácticas horizontales concertadas consisten en acuerdos celebrados entre empresas competidoras dentro de un mismo mercado. Su objetivo puede ser diverso, y obedecer a motivos ligados con la eficiencia económica o a causas relacionadas con el ejercicio del poder de mercado. Dentro del primero de tales grupos pueden incluirse una serie de acuerdos que implican algún tipo de integración horizontal parcial entre empresas, y que están destinados a aprovechar economías de escala o de uso conjunto de algún recurso (investigación y desarrollo, canales de distribución, personal especializado, etc). Cuando los acuerdos horizontales están motivados por razones basadas en el ejercicio del poder de mercado, en cambio, la explicación más común es que nos hallamos en presencia de prácticas de naturaleza colusiva.

La colusión puede definirse como una situación en la cual una serie de empresas acuerdan no competir entre ellas con el objetivo de incrementar los beneficios conjuntos de todo el grupo. Dicho incremento puede lograrse a través de diferentes instrumentos (acuerdos de precios, acuerdos de cantidades, repartos de mercados), pero tiene la característica común de que trae aparejado un aumento en los precios y una reducción en los volúmenes comerciados respecto de los que regirían en una situación en la cual las empresas compitieran entre sí.

A diferencia de los acuerdos que implican algún tipo de integración horizontal, la colusión lisa y llana (también denominada “cartelización”) no tiene en principio ningún tipo de ventaja de eficiencia productiva que pueda relacionarse con un mejor aprovechamiento de los recursos o con el ahorro de costos⁴⁴. Es probablemente por eso que las prácticas horizontales colusivas son uno de los principales focos de atención de la legislación antitrust en todo el mundo, y una de las principales categorías de actos que la defensa de la competencia disuade. A ellas les dedicaremos las distintas secciones del presente capítulo, que comenzará con un estudio de los conceptos básicos necesarios para entender la naturaleza económica y jurídica de la colusión, y luego

⁴⁴ Como toda regla, esta afirmación tiene también sus excepciones, al menos desde el punto de vista teórico. La inexistencia del equilibrio competitivo en mercados que presentan lo que se conoce como “núcleo vacío” (*empty core*), por ejemplo, ha llevado a ciertos autores a sostener que la colusión puede ser un mecanismo a través del cual mercados que de otro modo vivirían en permanente desequilibrio (con constantes entradas y salidas de empresas, quiebras y reestructuraciones societarias) logren una estructura industrial estable y más eficiente desde cierto punto de vista. Al respecto, la referencia más importante es Telser (1987).

contendrá secciones destinadas a analizar la legislación y la jurisprudencia vigentes en Estados Unidos, la Unión Europea y América Latina.

3.1. Conceptos básicos

3.1.1. Factores que favorecen o dificultan la colusión

La concreción de las prácticas horizontales concertadas que caracterizan al fenómeno de la colusión parece estar influida por una serie de factores que la favorecen o dificultan. Dichos factores han sido objeto de estudio por parte de la teoría económica, que ha elaborado modelos y explicaciones simplificadas de por qué en ciertas circunstancias la colusión es más factible que en otras. Carlton y Perloff (1994), por ejemplo, señalan tres elementos básicos necesarios para que un cartel pueda establecerse de manera exitosa: capacidad para incrementar los precios, bajas penalidades esperadas y bajos costos de organizar el cartel.

La capacidad para incrementar los precios es una consecuencia directa de la elasticidad de la demanda que enfrentan las empresas de una industria. Si la demanda del producto que fabrican los potenciales miembros de un cartel es relativamente inelástica, los beneficios de coludir e incrementar los precios son mayores que si dicha demanda es relativamente elástica, ya que en este último caso la estrategia de fijar precios altos como una manera de aumentar los beneficios tiene una efectividad mucho más limitada. Esto está fuertemente ligado con el grado de sustitución de los productos que fabrican los miembros del cartel por parte de otros productos. Cuanto más fácil y perfecta sea dicha sustitución, mayor será la elasticidad de la demanda que enfrentan los potenciales concertantes, y menores serán los beneficios esperados de la posible concertación.

Otro factor que hace a la capacidad de incrementar los precios tiene que ver con la existencia de barreras de entrada. En efecto, un cartel será mucho más efectivo en una industria en la cual el ingreso de nuevas empresas es dificultoso (o está limitado por barreras legales) que en una industria en la cual es sencillo que ingresen nuevas empresas. Una situación con una gran facilidad de ingreso es así equivalente a un mercado con una demanda altamente elástica, ya que los productos de los potenciales entrantes son asimilables a sustitutos muy próximos de los productos actualmente fabricados por los miembros del cartel, y limitan por lo tanto la capacidad de las

empresas existentes de incrementar los precios. Dentro de estas situaciones habría que incluir los mercados que están muy abiertos a la competencia internacional, en los cuales la colusión entre los productores domésticos suele ser imposible (o inocua), y sólo es factible que quienes conciertan lo hagan a escala internacional.

Las mayores o menores penalidades esperadas por la formación de un cartel tienen que ver de modo directo con la existencia y la aplicación de una ley de defensa de la competencia. Dado que la colusión es una de las figuras que más claramente infringe las normas antitrust en todo el mundo, resulta esperable observar que los carteles se desarrollen más en contextos en los cuales dichas normas no tienen vigencia que en contextos en los que las mismas se aplican de manera más estricta. De hecho, los países en los cuales las leyes antitrust no tienen tradición de ser aplicadas suelen ser también aquéllos en los cuales ciertos tipos de colusión se ha visto favorecida por políticas del estado. Las estrategias de control de precios como modo de mitigar los niveles de inflación, por ejemplo, han demostrado tener el efecto indeseado de acostumbrar a las empresas a concertar sus precios con sus competidores, en discusiones en las cuales participan también autoridades públicas. Similar efecto ha tenido el auspicio estatal de las asociaciones reguladoras de las profesiones liberales, que en muchos casos se han convertido en el instrumento imprescindible para llevar a la práctica esquemas de honorarios mínimos y segmentación de los mercados.

El tercer elemento señalado por Carlton y Perloff como favorecedor de la colusión (bajos costos de organizar el cartel) resulta más complejo de visualizar que los dos anteriores, ya que proviene de circunstancias más difíciles de observar y de evaluar objetivamente. Estos autores identifican una situación de costos organizativos bajos de un cartel con cuatro fenómenos principales, que son la existencia de un número reducido de empresas que conciertan, una alta concentración de la industria, un producto altamente homogéneo y la presencia de una cámara o asociación empresaria que pueda coordinar las actividades del cartel. Cabral (1995), por su parte, señala al respecto tres “características institucionales” de los mercados que tienden a favorecer situaciones de colusión, que se identifican con la regularidad de ciertas prácticas comerciales aparentemente poco relacionadas con los carteles. Una de ellas es la cláusula del “comprador más favorecido”. Esta práctica implica un compromiso por parte de las empresas de devolver al cliente la diferencia entre su precio y el de sus

competidores (o el suyo propio a otro comprador) cuando se registre una diferencia desfavorable para dicho cliente. Esto, que aparentemente es una estrategia competitiva que implica un beneficio para el consumidor, puede en ciertos casos convertirse en un modo que tienen los miembros de un cartel de monitorearse entre ellos, previniendo que las mencionadas diferencias de precios ocurran.

La segunda característica institucional favorable a la colusión que señala Cabral es el empleo asiduo de las denuncias antidumping, por el cual las empresas nacionales acusan a las extranjeras de conductas predatorias en el mercado interno. En este caso la relación es evidente, ya que el ejercicio de derechos antidumping por parte de productores nacionales puede ser un modo muy efectivo de evitar la competencia externa, volviendo más cerrado un mercado que antes se hallaba más abierto. Esto tiene el triple efecto de reducir el número de empresas que participan en el mercado, aumentar la concentración del mismo y homogeneizar el producto que se comercia, que son tres de los cuatro factores que Carlton y Perloff señalan como responsables de una reducción en los costos de organización de un cartel.

El tercer factor institucional mencionado por Cabral es la existencia de contratos de largo plazo con cláusulas de rescisión. Este mecanismo favorece la “fidelización de los clientes”, llevando a una situación de reparto implícito entre los actores del mercado. En efecto, si quien ha contratado con una empresa la provisión de un cierto bien o servicio sólo puede cambiar de proveedor pagando una cierta suma por rescindir su contrato, esto hará que una cierta porción de la clientela se vea momentáneamente “cautiva” de su actual proveedor, y le quitará incentivos a los restantes oferentes para desarrollar estrategias de captación de clientes a través de reducciones de precios o mejoras en la calidad o en las condiciones de venta de sus productos.

Otros dos factores que pueden relacionarse con los costos de organización de un cartel son la incertidumbre sobre la demanda y los costos, y la observabilidad de los precios y las cantidades comerciadas. El primero de dichos elementos determina muchas veces que la colusión resulte imposible o muy dificultosa, o que ciertos acuerdos horizontales entre competidores que parecían beneficiosos para los miembros de un cartel fracasasen al ser implementados. La razón es que, cuando la demanda o los costos de las empresas son inciertos, resultan inciertos también los precios y las cuotas de producción que los implicados en una concertación desean fijar, y esto hace más difícil

la negociación y vuelve más fácil la ruptura del cartel si las condiciones de mercado que sus miembros preveían no se producen en la realidad. Si a la presencia de incertidumbre se agrega la existencia de una observabilidad imperfecta de las acciones de las empresas (por ejemplo, si cada miembro del cartel desconoce a ciencia cierta los precios que cobran los otros miembros o las cantidades que venden), esto puede hacer que las empresas no sean capaces de distinguir entre una coyuntura de mercado desfavorable y una ruptura de la colusión, y se vuelva por lo tanto imposible concertar nada. En situaciones menos extremas la colusión puede seguir existiendo, pero puede verse reducida su rentabilidad relativa o la expectativa de su duración en el tiempo.

En un artículo reciente sobre las posibles prácticas que facilitan la colusión, Buccirosi (2008) incluye dentro de ese grupo al intercambio de información entre competidores, a los acuerdos de integración parcial (*partial ownership agreements*) entre competidores, y a las políticas de precios del tipo de la del comprador más favorecido. En todos los casos halla que las mismas pueden caer dentro de la categoría de “prácticas anticompetitivas horizontales concertadas”, pero sostiene que todas ellas tienen también posibles justificaciones de eficiencia. En cuanto al elemento por el cual las prácticas que facilitan la colusión pueden considerarse anticompetitivas, Buccirosi distingue entre casos en los cuales la propia conducta vuelve al mercado menos competitivo y casos en los cuales la existencia de este tipo de práctica opera como señal o como evidencia de que los que la llevan a cabo son en realidad parte de un cartel.

3.1.2. Caracterización de las prácticas colusivas

Tal como hemos mencionado al comienzo de este capítulo, las tres prácticas colusivas principales son los acuerdos de precios, los acuerdos de cantidades y los repartos de mercados. Los acuerdos de precios son convenios explícitos o implícitos entre competidores dirigidos a fijar de manera conjunta los precios a los cuales los mismos comerciarán sus productos. Dichos acuerdos pueden tener lugar a través de la fijación de precios uniformes entre los competidores o bien a través de la determinación de precios máximos o mínimos que dichas empresas respetarán al comprar o vender bienes o servicios. Un caso especial de esta práctica es el de los acuerdos para cotizar en las licitaciones (*bid rigging*), en el cual los potenciales competidores convienen las ofertas que se van a presentar en una serie de concursos de precios, estableciendo de

antemano quién ganará cada una de las licitaciones acordadas. También entrarían dentro de la categoría de acuerdos de precios la fijación concertada de bonificaciones, descuentos, comisiones u otros elementos auxiliares que hacen a la determinación del precio de compra o venta de un producto.

Una alternativa cuyos efectos pueden ser semejantes a los de la concertación de precios es la realización de acuerdos de cuotas o cantidades, a través de los cuales un número de empresas que en principio compiten entre sí convienen limitar su producción a ciertas cantidades preestablecidas o dividirse el mercado de acuerdo a ciertas participaciones fijas. A veces, este tipo de acuerdos toma la forma de un reparto de mercados, por el cual a cada empresa se le asignan ciertos clientes, áreas geográficas o categorías de productos de manera exclusiva, liberándoselos de la competencia con los restantes miembros del acuerdo.

Si bien los acuerdos que involucran explícitamente precios, cantidades o porciones del mercado parecen ser en principio fáciles de caracterizar, en la práctica resultan comunes las situaciones en las cuales dichos elementos aparecen en forma velada. Tales son, por ejemplo, los casos de empresas que acuerdan utilizar un representante comercial común, los de asociaciones empresarias que negocian condiciones de compra o venta en representación de sus afiliados, los de entidades que intercambian información sobre precios y cantidades entre competidores, etc. En algunas circunstancias, dichas prácticas tienen efectos nulos o inclusive favorables sobre la competencia; en otras, pueden resultar artilugios para encubrir concertaciones destinadas a restringir dicha competencia.

La legislación comparada de defensa de la competencia muestra que existen algunas prácticas concertadas que suelen considerarse como anticompetitivas en sí mismas (*per se*), en tanto que otras lo son sólo si resulta posible demostrar sus efectos negativos a través del empleo de una regla de la razón. En general, dicha división tiene que ver con lo explícito de la práctica en cuestión, encuadrándose dentro del primer grupo a los acuerdos directos sobre precios, cantidades o porciones del mercado, y dentro del segundo a las denominadas “restricciones auxiliares” (*ancillary restraints*). La división entre restricciones directas y auxiliares y su relación con la anticompetitividad absoluta y con la regla de la razón tuvo su origen en la sentencia que definió el caso norteamericano “E.E.U.U. c/ Addyston Pipe y otros” (1898), y se la conoce

en la literatura sobre derecho antitrust bajo el nombre de “doctrina de las restricciones auxiliares”⁴⁵.

Otra distinción aplicable a los casos de colusión, que suelen hacer las legislaciones y jurisprudencias de defensa de la competencia, es la que separa los casos de “colusión abierta” (*overt collusion*) de aquéllos de “colusión encubierta” (*covert collusion*). Los primeros se refieren a situaciones en las cuales la colusión se manifiesta a través de un acuerdo concreto sobre el cual existen pruebas directas, que muestran la existencia de comunicaciones entre las empresas participantes a través de las cuales las mismas acuerdan no competir en ciertos aspectos. La colusión encubierta, en cambio, tiene lugar cuando el acuerdo no puede probarse de manera directa, sino a través de indicios indirectos (por ejemplo, comunicaciones entre empleados de la misma empresa que hacen referencia a la existencia de acuerdos con competidores, ciertas conductas paralelas que no pueden explicarse razonablemente de no mediar un acuerdo explícito entre los competidores, etc).

La distinción jurídica entre colusiones abiertas y encubiertas no debe confundirse con la distinción económica entre colusiones explícitas y tácitas. La colusión tácita consiste en un equilibrio de mercado que se produce cuando varios competidores se comportan “como si estuvieran acordando entre sí”, pero sin que medie comunicación alguna entre ellos. El resultado colusivo surge en este caso simplemente del hecho de que cada empresa, de manera individual, elige fijar un precio o proveer una cantidad o venderle a un grupo de clientes, y dicha decisión es consistente con la que tomaría un cartel formado por varias empresas competidoras para maximizar beneficios conjuntos⁴⁶. Las decisiones que se toman en una situación de colusión tácita, sin embargo, tienen una lógica de maximización de los beneficios individuales de cada empresa, y en general se explican por el hecho de que las empresas involucradas están considerando una serie de fenómenos intertemporales (es decir, fenómenos que pueden ocurrir en un momento futuro), entre los cuales está evitar posibles guerras de precios con sus competidores. Es el temor a que dichas guerras de precios (o episodios semejantes) se produzcan lo que lleva a las empresas a tomar decisiones que no necesariamente maximizan sus beneficios en el corto plazo (por ejemplo, lo que las

⁴⁵ Para una mayor explicación acerca de esta doctrina, véase Sullivan y Harrison (1994), capítulo 4.

⁴⁶ Para un análisis más pormenorizado de la diferencia entre los modelos económicos de colusión explícita y tácita, véase Whinston (2006), capítulo 2.

induce a no bajar sus precios en el momento presente, aunque esto pudiera generarles un incremento en su demanda y, por ende, un beneficio positivo).

La mayor parte de las doctrinas jurídicas aplicables a los casos de colusión son consistentes con la idea de que la colusión tácita no debe ser considerada una práctica anticompetitiva, y que en cambio la colusión explícita (tanto abierta como encubierta) sí debe serlo. El trabajo más citado al respecto es probablemente el de Turner (1962), que sostiene la idea de que la observación directa de los precios, cantidades y otras variables generadas por el funcionamiento de los mercados no puede ser un elemento válido para probar la existencia de prácticas horizontales colusivas, ya que las mismas siempre son consistentes con algún comportamiento individual racional de las empresas que no implica necesariamente colusión. La colusión tácita, por lo tanto, no podría de este modo distinguirse de alguna forma de competencia en variables distintas del precio, y no habría forma objetiva de probar su ocurrencia en los casos concretos que deben analizarse.

En contraposición con esta opinión, sin embargo, se encuentra la corriente doctrinaria originada en el trabajo de Posner (1976), que sostiene que las evidencias de tipo económico pueden ser suficientes para probar la existencia de colusión. Esta afirmación puede interpretarse como equivalente a decir que la colusión tácita también es una conducta anticompetitiva, ya que en ella las empresas están en cierto modo faltando a su “obligación de competir entre ellas”. Para que tenga sentido aplicar este enfoque, sin embargo, resulta necesario confiar en que las evidencias de tipo económico son suficientes para distinguir entre la colusión tácita y las diversas formas posibles de “competencia imperfecta”. Al respecto, Posner sostiene que existen por lo menos doce elementos que pueden usarse para distinguir entre estas dos hipótesis, que a su entender son los siguientes:

- 1) participaciones de mercado fijas de las empresas en el tiempo;
- 2) discriminación de precios por parte de varias empresas simultáneamente;
- 3) mecanismos de intercambio de información de precios entre empresas;
- 4) variaciones de precios entre regiones no relacionadas con diferencias de costos;
- 5) cotizaciones idénticas en licitaciones;
- 6) aumentos de precios coincidentes con la gestación de un acuerdo horizontal;
- 7) fijación de precios de reventa por parte de todas las empresas de la industria;

- 8) participaciones de mercado declinantes en el tiempo para los líderes del cartel;
- 9) lentitud en la forma en la cual los precios reaccionan ante cambios en los costos;
- 10) demanda elástica a los precios de mercado;
- 11) tasas de rentabilidad altas para todas las empresas durante un período prolongado;
- 12) fijación de precios con “fletes fantasma” (*basing-point pricing*).

Tal como hemos mencionado, sin embargo, la idea de que la colusión tácita también puede ser anticompetitiva no ha tenido hasta el momento mayor apoyo ni en la doctrina ni en la jurisprudencia antitrust de ningún país. Es por eso un tema importante definir qué tipo de evidencias deben utilizarse para diferenciar entre una colusión explícita encubierta y una colusión tácita (o una situación sin colusión), y para ello se ha desarrollado un concepto denominado “paralelismo consciente” (*conscious parallelism*). El paralelismo consciente implica la existencia de un comportamiento paralelo por parte de los competidores de un mercado, en lo que se refiere a sus decisiones de precios, producción o ingreso a ciertos segmentos, que resulta consistente con una hipótesis de colusión encubierta. En la mayoría de los casos, sin embargo, este tipo de comportamiento resulta también congruente con otras hipótesis de comportamiento oligopólico, por lo cual su empleo como elemento preponderante de prueba ha sido discutido y rechazado en numerosos casos. Sin embargo, el paralelismo consciente es considerado en general como un elemento de prueba importante en los casos de colusión encubierta, en especial cuando aparece en conjunción con otros factores adicionales (por ejemplo, restricciones auxiliares, comunicación entre empresas competidoras, documentos referidos a la existencia de acuerdos explícitos, etc) que refuerzan su interpretación como evidencia de comportamiento colusivo.

En la última década del siglo XX y lo que va del siglo XXI, numerosos países han intensificado además la aplicación de políticas antitrust que buscan probar la existencia de colusiones encubiertas a través de la obtención de pruebas adicionales de carácter directo (con lo cual en cierto modo transforman los casos en situaciones de colusión abierta). La más importante de dichas políticas es sin duda la que está detrás de los denominados “programas de clemencia” (*leniency programs*), que consisten en dar incentivos a las empresas para que se declaren culpables de haber incurrido en una conducta colusiva, y brinden pruebas que sirvan para probar de manera directa la ocurrencia de la conducta en cuestión, incriminando así a las restantes empresas del

cartel. Dichos incentivos consisten en general en otorgarles inmunidad en los procesos que se llevan a cabo por las conductas en cuestión, o bien en reducirles sustancialmente las sanciones aplicables. En general, estos programas se emplean sólo con la primera empresa del cartel que confiesa su culpabilidad y, a veces, sólo cuando se trata de carteles que no están siendo investigados ya por las agencias antitrust.

Desde el punto de vista de su lógica económica, los programas de clemencia han sido analizados como elementos que sirven para volver menos rentable la colusión explícita, y que por ende disuaden a las empresas de formar carteles. Según cuál sea la situación de la que se parte, puede obtenerse el resultado de que es mejor o peor limitar su uso al caso de la primera empresa que confiesa su culpabilidad, y lo mismo vale para la evaluación de la conveniencia de usar programas de clemencia en investigaciones que ya comenzaron y respecto de las cuales existen otras pruebas directas o indirectas de colusión. En general, sin embargo, la literatura económica sobre los efectos de los programas de clemencia coincide en que los mismos reducen el número de carteles rentables. No obstante, los programas de clemencia pueden generar también el efecto perjudicial de volver más sólidos los carteles que todavía subsisten, al crear la posibilidad de que las empresas usen dichos programas como una amenaza para aquellas otras empresas que estén pensando en desviarse del acuerdo colusivo⁴⁷.

Otro tema que suele cobrar relevancia adicional en el encuadramiento jurídico de los casos de colusión es la acción de las cámaras y asociaciones empresarias y profesionales. Este tipo de instituciones, cuyo objetivo principal es asumir la representación de un sector en sus reclamos y negociaciones con el gobierno y con los sindicatos de trabajadores, así como propender al mejoramiento de las actividades a las que se dedican sus miembros, suele servir en ciertas circunstancias como el instrumento más eficaz (y, a veces, indispensable) para llevar a cabo prácticas de carácter colusivo. Así, ciertos acuerdos de precios y cantidades o repartos de mercados pueden surgir de disposiciones emanadas de una cámara o asociación empresaria o profesional, la cual puede tener también la función de “vigilante del cartel”, detectando los incumplimientos y sancionando a las empresas o profesionales que se apartan del acuerdo colusivo prescripto. Las asociaciones pueden cumplir también un papel menos activo pero igualmente importante, como lo es el de facilitar la comunicación entre las empresas de

⁴⁷ Para un análisis más pormenorizado de todos estos temas, véase Spagnolo (2008).

un sector y la de difundir los acuerdos entre ellas⁴⁸.

El empleo de cámaras y asociaciones para llevar a cabo acuerdos colusivos tiene sin embargo el inconveniente (que para las autoridades de defensa de la competencia deviene en ventaja) de volver explícitas y abiertas colusiones que en otro contexto quedarían encubiertas. Esto hace que muchos casos de colusión en distintos países hayan implicado sanciones a cámaras y asociaciones empresarias y profesionales, y que parte de los recursos de las agencias antitrust se dedique al monitoreo de este tipo de instituciones. La institucionalización de las concertaciones a través de cámaras y asociaciones, sin embargo, ha implicado también históricamente una cierta legalización de la colusión, ya que muchas veces este tipo de entidades cuenta con la protección de alguna norma específica, emanada de algún poder del estado, que le permite fijar honorarios mínimos, zonificar actividades, establecer barreras artificiales de entrada al mercado y efectuar otras actividades que pueden limitar indirectamente la competencia, tales como disponer paros, *lock-outs* o boicots.

3.2. Estados Unidos

3.2.1. Legislación y jurisprudencia

En los Estados Unidos, la principal norma aplicable a los casos de colusión es el artículo 1 de la ley Sherman (1890), que penaliza los “contratos, combinaciones en forma de *trusts* o conspiraciones que restrinjan el comercio”. En ciertas circunstancias resulta también aplicable el artículo 5 de la ley de creación de la Comisión Federal de Comercio (*FTC Act*), que declara ilegales los “métodos desleales de competencia en el comercio o que afectan el comercio”.

La aplicación de la ley Sherman a casos de colusión tiene una larga historia en la jurisprudencia norteamericana. Uno de los primeros casos de importancia fue “*EEUU c/ Trans-Missouri Freight Association*” (1897), en el cual la Corte Suprema estadounidense sancionó a un grupo de dieciocho ferrocarriles por fijar en forma conjunta los precios de sus fletes. Con esta sentencia se inició la tendencia a sancionar los acuerdos colusivos como prácticas anticompetitivas en sí mismas, y quedó asimismo

⁴⁸ En ese sentido, resulta ilustrativo señalar que el artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea equipara explícitamente a las conductas colusivas que provienen de acuerdos entre empresas con aquéllas que se originan en decisiones de cámaras y asociaciones empresarias.

en claro que la ley antitrust también era aplicable a industrias sometidas a algún tipo de regulación (siempre que la práctica bajo análisis fuera el resultado de la acción de las empresas y no de la regulación en sí). El ya citado caso “EEUU c/ Addyston Pipe y otros” (1898), por su parte, sirvió para precisar aún más las situaciones en las que correspondía aplicar el criterio de anticompetitividad *per se*. La sentencia de la cámara de apelaciones, que terminó con la condena de un reparto de mercados que establecía monopolios locales para seis productores importantes de cañerías de hierro, distinguió así los acuerdos cuyo objeto era restringir la competencia (como el que tenía lugar en el caso bajo análisis) de aquéllos en los cuales la restricción a la competencia era un elemento auxiliar que ayudaba a conseguir otro objetivo diferente (por ejemplo, una mejora en el sistema de distribución, la provisión de un nuevo servicio conjunto, etc). A partir de entonces los tribunales estadounidenses empezaron a condenar sin admitir defensas todos aquellos acuerdos que establecían una colusión lisa y llana, admitiendo el empleo de la regla de la razón sólo en aquellos casos en los que pudiera interpretarse que la restricción horizontal bajo análisis fuera auxiliar a algún otro objetivo legítimo.

La doctrina de las restricciones auxiliares enunciada en el caso Addyston Pipe tuvo ratificaciones posteriores en varios casos que llegaron a la Corte Suprema. Así, en “EEUU c/ Chicago Board of Trade” (1918), la bolsa de cereales de Chicago fue absuelta del cargo de fomentar prácticas colusivas a través de la imposición de reglas que limitaban el horario para comerciar y prohibían efectuar operaciones a precios diferentes a los que se cotizaban en el recinto de la bolsa. En ese caso, las restricciones expuestas se consideraron auxiliares al objetivo legítimo de mejorar la transparencia y el funcionamiento competitivo del mercado, y por lo tanto se las consideró razonables y no perjudiciales para el interés general. En el caso de “EEUU c/ Trenton Potteries” (1927), en cambio, la Corte Suprema ratificó la ilegalidad en sí misma de los acuerdos destinados a fijar concertadamente los precios de venta, al no admitir argumentos basados en la regla de la razón y sancionar a un grupo de fabricantes de sanitarios que controlaban el 82% del mercado relevante y habían establecido un sistema de fijación de precios y de selección conjunta de “distribuidores autorizados”.

Virtualmente el único caso de colusión abierta que llegó a ser tratado por la Corte Suprema norteamericana y que no mereció sanción fue “EEUU c/ Appalachian Coals” (1933), en el cual un grupo de 137 productores de carbón de la zona de los

Montes Apalaches que habían formado un cartel para fijar precios y asignar cuotas de mercado fue sobreesido por entenderse que la situación económica en la cual dicha práctica había tenido lugar era “deplorable para la industria”. Esta única excepción a la penalización *per se* de los comportamientos abiertamente colusivos fue explícitamente revertida por la Corte en el caso “EEUU c/ Socony-Vacuum y otros” (1940), en el cual se volvió a declarar enfáticamente que las concertaciones destinadas a fijar precios entre competidores eran sancionables y anticompetitivas en sí mismas. El caso involucraba a una serie de importantes refinerías de petróleo que habían acordado bloquear el ingreso al mercado del combustible comercializado por refinadores independientes que vendían a precios menores, a través del artilugio de comprarles por anticipado toda la “gasolina excedente”. De este modo las refinerías principales lograban evitar que ese combustible adicional deprimiera los precios, ya que, si bien no se establecía a cuánto debían comercializar luego sus productos, el acuerdo evitaba la aparición de una presión competitiva hacia la baja con efectos concretos sobre el equilibrio del mercado.

Si bien el caso no llegó a la Corte Suprema por no haber sido apelado por los demandados, su gran repercusión hizo de “EEUU c/ General Electric y otros” (1961) uno de los hitos de la jurisprudencia referida a prácticas colusivas. En este caso la sanción recayó sobre un grupo de fabricantes de equipo eléctrico (General Electric, Westinghouse, Allis-Chalmers y otros) que habían mantenido durante largo tiempo un acuerdo para cotizar en las licitaciones, que llevaba muchas veces a la aparición de ofertas idénticas. Debido a que las pruebas recabadas incluían evidencia relacionada tanto con acuerdos para no competir en las licitaciones como con acuerdos de precios y repartos de mercados, la sanción implicó no solamente multas sino también penas de prisión para treinta y una personas, y abrió el camino para una gran cantidad de litigios privados contra las compañías implicadas.

En las décadas de 1970 y 1980 tuvieron lugar una serie de casos en los cuales se puso en duda el carácter principal o auxiliar de ciertas restricciones horizontales a la competencia⁴⁹. Uno de ellos fue “CBS c/ BMI y ASCAP” (1979), en el cual una compañía discográfica denunció a las dos principales asociaciones de autores y compositores (American Society of Composers, Authors and Publishers, y Broadcast Music Incorporated) por comercializar de manera conjunta los derechos de autor de

⁴⁹ Para un análisis más completo de este tema, véase Areeda y Kaplow (1997), capítulo 2.

todas las obras que representaban. El negarse a vender los derechos de las distintas obras individualmente fue interpretado por el denunciante como un comportamiento colusivo por parte de los miembros de cada una de las asociaciones, cuyo objetivo era manipular los precios de mercado. En su sentencia absolutoria de ASCAP y BMI, sin embargo, la Corte Suprema interpretó que la restricción horizontal atacada era auxiliar al objetivo principal de permitir el ejercicio de los derechos de autor por parte de sus dueños, que era lo que justificaba la existencia en sí de las asociaciones de autores y compositores. Dicha restricción auxiliar, además, se consideró razonable, ya que permitía una mayor integración del mercado y un ahorro de costos en la negociación y en el control del uso de las composiciones musicales.

Un criterio semejante al del caso BMI fue el que la Corte Suprema de EEUU aplicó en el caso más reciente de “Dagher c/ Texaco y Shell” (2006), en el cual dos empresas petroleras (Texaco y Shell) que operaban conjuntamente una refinería, de nombre Equilon, fueron acusadas de acuerdo de precios porque Equilon fijaba el mismo precio para el combustible que se vendía con la marca Shell y con la marca Texaco. Por considerar que el emprendimiento conjunto entre Shell y Texaco no era en este caso anticompetitivo *per se*, la Corte Suprema norteamericana entendió aquí que el caso debía ser analizado siguiendo la regla de la razón. Además, por interpretar que en esta situación no habría habido efectos anticompetitivos si Equilon hubiera decidido vender su producto utilizando una única marca, consideró que tampoco los había por el hecho de vender el combustible con dos marcas distintas, ni por el de fijar el mismo precio para esas dos marcas⁵⁰.

La regla de la razón también fue aplicada por la Corte Suprema de EEUU en el caso “Universidad de Oklahoma y otros c/ NCAA” (1984), con la diferencia de que aquí su aplicación llevó a una sanción y no a un sobreseimiento. En efecto, en ese caso lo que se analizó fue una restricción impuesta por la asociación que nuclea a los departamentos de deportes de las universidades (NCAA) respecto de la comercialización de los derechos de transmisión de los partidos de fútbol universitario norteamericano, y se entendió que la misma era auxiliar al objetivo principal de la asociación, que era el de proveer un producto (el campeonato universitario de fútbol norteamericano) que no podía existir sin un ente que coordinara las actividades de las

⁵⁰ Para un análisis más extenso de este caso, véase Elhauge y Geradin (2007), capítulo 2.

universidades participantes. La prohibición impuesta por la NCAA para que las universidades vendieran los derechos de transmisión de sus partidos de manera independiente, sin embargo, se consideró irrazonable, puesto que generaba un perjuicio para los consumidores del producto y no se veía compensada por ninguna ventaja de eficiencia⁵¹.

La jurisprudencia estadounidense ha desarrollado también ciertos criterios generales para evaluar los casos de colusiones encubiertas, en especial en presencia de paralelismo consciente. La idea básica al respecto es que el comportamiento paralelo de varios competidores no resulta en sí mismo evidencia concluyente de colusión, pero sí es un elemento que contribuye a inferir la existencia de dicha conducta cuando aparece conjuntamente con otras evidencias indirectas. Esta doctrina, conocida bajo la denominación de “paralelismo plus”, se ha ido desarrollando como corolario de diversos casos evaluados por la Corte Suprema y por otros tribunales inferiores. El primero de ellos fue “EEUU c/ Interstate Circuit y otros” (1939), en el cual los ocho distribuidores más grandes de películas cinematográficas (Metro, Fox, Warner, RKO, Paramount, Columbia, Universal y United Artists) fueron sancionados por un comportamiento paralelo que involucraba también a una cadena de cines del estado de Texas (Interstate Circuit). La conducta analizada implicaba un pedido de Interstate Circuit de que los distribuidores no le cedieran sus películas a ninguna cadena de cines que cobrara menos de 25 centavos la entrada, y el comportamiento paralelo de los distribuidores acatando dicha sugerencia.

Otro caso importante de sanción de una colusión encubierta con paralelismo consciente fue “EEUU c/ American Tobacco y otros” (1946), en el cual los tres mayores productores estadounidenses de cigarrillos (American Tobacco, Reynolds, y Ligett & Myers) fueron condenados por un acuerdo de precios que se infería de su comportamiento paralelo respecto de sus principales marcas. Así, en 1931 los tres habían aumentado de modo idéntico los precios de sus cigarrillos más vendidos, en tanto que en 1932 los habían bajado simultáneamente, y esto último había influido en la decisión de varios productores menores de abandonar el mercado. Dicho comportamiento paralelo se veía reforzado por evidencia que mostraba que las tres empresas habían emprendido acciones que incrementaban los costos de los productores

⁵¹ Para un análisis económico de los argumentos utilizados en el caso NCAA, véase Horowitz (1994).

más pequeños (comprando tabaco que no utilizaban pero que sí les servía a dichos productores pequeños) y se habían negado a participar en subastas de tabaco en las cuales no estuvieran presentes los representantes de las tres empresas.

La doctrina del paralelismo plus tuvo también aplicación en casos en los cuales se interpretó que la verificación de un comportamiento paralelo no bastaba para probar la existencia de colusión. Dichos casos sirvieron para reafirmar la teoría de que la fijación oligopólica de los precios (en la cual cada empresa tiene en cuenta la posible reacción de las demás pero no existe un acuerdo entre ellas para determinar precios o cuotas de mercado) no implica una infracción a las leyes antitrust. El más citado de dichos casos es probablemente “Theatre Enterprises c/ Paramount y otros” (1954), en el cual la Corte Suprema estadounidense consideró que la actitud conjunta de los distribuidores cinematográficos de estrenar sus películas en los cines del centro de la ciudad de Baltimore y ceder los filmes a los cines de los suburbios sólo después de que bajaban de cartel en las salas céntricas no era una evidencia suficiente de colusión, sino que podía explicarse como una política racional de competidores que actuaban en el mercado de manera independiente⁵².

El caso más reciente de paralelismo que llegó a la Corte Suprema de EEUU, y que se resolvió de manera semejante al de Theatre Enterprises, fue “Towmbly c/ Bell Atlantic y otros” (2007). En dicho caso, un grupo de empresas proveedoras de servicios de telefonía fija fue acusado de colusión por haberse repartido entre ellas los mercados de manera geográfica, y virtualmente el único elemento de prueba disponible era el paralelismo de conductas que estas empresas exhibían luego del proceso de desregulación de las telecomunicaciones que había tenido lugar en los Estados Unidos a partir de 1996. En efecto, lo que se veía era que cada una de las empresas, a pesar de estar autorizada a ofrecer sus servicios en diferentes áreas geográficas, sólo se introducía de manera marginal en las zonas que habían sido tradicionalmente monopolizadas por otras empresas, y en cambio buscaba muy fuertemente mantener su

⁵² Más fuerte aún resultó la sentencia que cerró el caso “EEUU c/ Pfizer y otros” (1973), en el cual un tribunal federal de primera instancia decidió no sancionar a un conjunto de laboratorios que elaboraban tetraciclina (que es un antibiótico cuyo costo de producción apenas excedía los \$3, y se vendía al por mayor a más de \$30 por caja) y que habían mantenido precios virtualmente idénticos durante siete años. En dicho caso los laboratorios sostuvieron explícitamente que cada uno de ellos fijaba sus precios teniendo en cuenta los precios de los demás, pero afirmaron que dicha política no implicaba concertación alguna sino una estrategia comercial que le convenía individualmente a cada uno, dado el tipo de competencia que regía en el mercado en cuestión.

posición en las áreas en las cuales ella había sido la monopolista. Sin embargo, por la ausencia de otros elementos de prueba (directos o indirectos) que mostraran la existencia de colusión explícita, la Corte Suprema de EEUU consideró que en este caso no estaba acreditada la comisión de un acto violatorio de las leyes antitrust, debido a que no existían “hechos que sugirieran la existencia de un acuerdo” y a que el mercado partía de una situación en la cual los antiguos monopolistas de cada área geográfica veían natural tratar de conservar su posición en su segmento tradicional, “esperando que sus vecinos hicieran lo mismo”.

Otro tema que en su momento generó cierta controversia en Estados Unidos fue la tipificación de las restricciones horizontales impuestas entre empresas controladas por el mismo grupo económico. La solución al tema llegó con la sentencia de la Corte Suprema en el caso “Copperweld c/ Independence Tube” (1984), en la cual quedó firmemente establecido que una empresa controlante y otra controlada eran una sola entidad, incapaz de coludir y por lo tanto de violar el artículo 1 de la ley Sherman. Esta interpretación se conoce a partir de entonces como “doctrina Copperweld”, y ha hecho que todos los casos subsiguientes que implicaban concertaciones dentro de un mismo grupo económico fueran tratados como conductas unilaterales.

La aplicación de sanciones por prácticas colusivas imputables a cámaras y asociaciones empresarias tiene una larga historia en la jurisprudencia estadounidense, y al respecto son ejemplos los casos ya mencionados de Trans-Missouri y Trenton Potteries. En cambio, la aplicación de las leyes antitrust a asociaciones profesionales resulta bastante más reciente. El caso líder sobre este tema fue “Goldfarb c/ Virginia State Bar” (1975), en el cual la Corte Suprema condenó a la asociación de abogados del estado de Virginia por fijar aranceles mínimos para sus asociados por tareas de intermediación en la compraventa de inmuebles, y controlar el cumplimiento de dichos mínimos a través de sanciones de su tribunal de ética. Similar criterio se adoptó en “EEUU c/ National Society of Professional Engineers” (1978), que fue un caso en el cual la entidad que nuclea a los ingenieros de Estados Unidos fue condenada por establecer normas de ética que prohibían a sus asociados participar en licitaciones competitivas y que establecían la obligación de cobrar ciertos aranceles fijados por la propia asociación.

Si bien los casos mencionados en el párrafo anterior eran situaciones claramente

enmarcables como acuerdos de precios de naturaleza colusiva, los mismos generaron dudas respecto de si las restricciones horizontales impuestas por las asociaciones profesionales debían ser tratadas como anticompetitivas *per se* o si correspondía analizarlas bajo la regla de la razón. La situación sigue siendo aún ambigua, ya que en casos como “FTC c/ Indiana Federation of Dentists” (1986) la Corte Suprema condenó el boicot de una asociación de odontólogos contra varios seguros de salud utilizando la regla de la razón, en tanto que en “Arizona c/ Maricopa County Medical Society” (1982) se declaró ilegal *per se* a un convenio entre una asociación médica y varios seguros de salud porque el mismo fijaba los precios de los servicios (si bien quedó claro que el convenio tenía ventajas de eficiencia, que los precios habían surgido de una negociación, y que los mismos eran inferiores a los precios promedio de mercado que los médicos afiliados a la asociación cuestionada les cobraban a sus pacientes particulares). En un caso más reciente (“FTC c/ California Dental Association”, 1999), por último, la aplicación de la regla de la razón llevó a la Corte Suprema a revocar una sentencia de la cámara de apelaciones por la cual se condenaba a una asociación de dentistas por prohibirles a sus asociados realizar publicidad relacionada con la calidad o el precio de sus servicios⁵³.

Un cambio muy importante que tuvo lugar en la aplicación del derecho antitrust estadounidense a partir de la década de 1990 fue la implementación de políticas de clemencia, en especial a partir del programa para empresas aplicado por el Departamento de Justicia desde 1993. Como consecuencia de este programa se incrementó de manera muy fuerte la actividad relacionada con el seguimiento de carteles internacionales, y esto devino además en un aumento notable del monto de las multas pagadas por las empresas implicadas. Tres grandes casos se destacan en este punto. El primero de ellos fue “EEUU c/ ADM y otros” (1996), y se trató de una concertación entre los cinco mayores productores mundiales de lisina, que es un aditivo utilizado en la producción de alimentos para el ganado⁵⁴. La misma consistía en un acuerdo que establecía los precios que cada compañía cobraba en distintas regiones del mundo y asignaba volúmenes de venta entre ellas, y cuyo efecto fue incrementar los precios del producto alrededor del 70% en pocos meses. El caso concluyó con una sentencia de prisión para tres personas y multas por un total de U\$S 91,5 millones. Esto

⁵³ Para un análisis más pormenorizado de estos casos, véase Elhauge y Geradin, capítulo 2.

implicó un cambio sustancial en el nivel de las multas, las cuales por primera vez en la historia superaron el límite de los U\$S 10 millones⁵⁵.

El siguiente caso importante de sanción a un cartel internacional es “EEUU c/ UCAR y otros” (1998), referido al mercado de los electrodos de grafito. En este caso el acuerdo implicaba no sólo la fijación de precios y el reparto del mercado, sino que también incluía provisiones relativas al intercambio de información, la reducción de la capacidad instalada de producción y la obstaculización del acceso de competidores del cartel a cierta tecnología de producción. Cuatro empresas fueron multadas por un total de U\$S 283,5 millones y hubo además dos personas que terminaron con condenas de prisión. Por último, “EEUU c/ Hoffmann-La Roche y otros” (1999) finalizó con un nivel de multas de U\$S 875 millones (incluyendo una multa de U\$S 500 millones para la principal empresa involucrada, Hoffmann-La Roche) y penas de prisión para cinco personas, como consecuencia de un caso de colusión entre los principales productores mundiales de vitaminas. El mismo sancionó un acuerdo que comprendía precios, cantidades y división de la clientela por parte de siete laboratorios internacionales.

3.2.2. Pautas sobre colaboración entre competidores

En el mes de abril del año 2000, las dos principales agencias estadounidenses de defensa de la competencia publicaron un documento conjunto titulado “Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors” (Pautas de defensa de la competencia para la evaluación de actos de colaboración entre competidores). El mismo tiene por objeto explicar los criterios utilizados por la Comisión Federal de Comercio (FTC) y el Departamento de Justicia (DOJ) para analizar el impacto competitivo de una serie de prácticas horizontales concertadas, a fin de “... estimular las colaboraciones procompetitivas, disuadir las colaboraciones que probablemente dañen a la competencia y a los consumidores y facilitar las investigaciones que las propias agencias realizan cuando tienen que analizar un acto de colaboración entre competidores”⁵⁶.

Siguiendo la jurisprudencia norteamericana sobre el tema, las pautas realizan

⁵⁴ Para un análisis más detallado de este caso, véase Connor (2003).

⁵⁵ Ese es el límite máximo que establece la ley Sherman para situaciones en las cuales no puede estimarse objetivamente el daño ocasionado. La provisión alternativa utilizada en este caso y otros posteriores permite imponer multas de hasta dos veces la ganancia ilícita del cartel o dos veces las pérdidas sufridas por las víctimas. Véase US Department of Justice (1999).

⁵⁶ Véase Federal Trade Commission y US Department of Justice (2000), página 2.

una clasificación tajante entre acuerdos que se consideran anticompetitivos *per se* y acuerdos que se analizan utilizando la regla de la razón. Dentro del primero de tales grupos ubican a aquellos acuerdos que implican compromisos de no competir en precio o en cantidad, y citan como ejemplos típicos a los convenios entre competidores para fijar precios o cantidades, coordinar posturas en las licitaciones, o compartir o dividir mercados a través de la asignación de clientes, proveedores, territorios o líneas de productos. Sin embargo, si este tipo de acuerdos es auxiliar de una actividad que implica cierta integración económica y cierta ganancia de eficiencia, el mismo se analiza utilizando la regla de la razón. Ambos requisitos deben aparecer conjuntamente para poder eludir la condena *per se*, por lo cual es necesario que la práctica bajo análisis implique cierto esfuerzo comercial o productivo conjunto y que además traiga aparejada reducciones de costos imputables a dicho esfuerzo.

La regla de la razón se utiliza también para analizar aquellos acuerdos en los cuales la concertación horizontal tiene lugar en temas distintos de la coordinación de precios y cantidades (por ejemplo, acuerdos sobre investigación y desarrollo, distribución conjunta, control de calidad, etc). Para llevar a cabo el análisis basado en la regla de la razón, las pautas de la FTC y el DOJ separan los potenciales beneficios procompetitivos de los acuerdos de sus potenciales daños anticompetitivos. En el primero de tales grupos ubican las ganancias de eficiencia originadas en el aprovechamiento conjunto de los activos disponibles, en la división de tareas entre las empresas que colaboran entre sí, en la obtención de economías de escala o de alcance, etc. Estos factores pueden resultar procompetitivos cuando son susceptibles de generar reducciones de precios, incrementos de calidad o aparición de nuevos productos en el mercado.

En lo que se refiere a los potenciales daños anticompetitivos, los mismos surgen de la potencialidad de los acuerdos para incrementar la capacidad o los incentivos de las empresas para que éstas aumenten sus precios o reduzcan la cantidad, la calidad, el servicio o el nivel de innovación de sus productos por debajo de lo que prevalecería en una situación sin acuerdo. La relación entre beneficios procompetitivos y daños anticompetitivos permite clasificar a este tipo de prácticas concertadas en tres grupos:

- a) Acuerdos que no son anticompetitivos *per se* y que llevan a cabo empresas que no tienen poder de mercado: no son objetados por entenderse que los mismos no tienen

- capacidad de generar daños anticompetitivos;
- b) Acuerdos que traen aparejados daños anticompetitivos evidentes (reales o potenciales) y no generan beneficios procompetitivos: son objetados sin necesidad de efectuar un estudio de mercado detallado;
 - c) Acuerdos que no entran en ninguna de las dos categorías anteriores: son objeto de un estudio de mercado detallado antes de definir si van a ser objetados o no.

La mayor parte del texto de las pautas de la FTC y el DOJ sobre actos de colaboración entre competidores se aboca a describir el tipo de análisis que se efectúa cuando los acuerdos horizontales son objeto de un estudio de mercado detallado. El primer elemento que señalan es la naturaleza del acuerdo y del daño anticompetitivo que el mismo puede generar, el cual se origina en una limitación a la toma de decisiones independientes por parte de las empresas o en una mayor facilidad para coludir. El segundo elemento bajo análisis es la definición de los mercados relevantes sobre los cuales tiene efecto el acuerdo. Los mismos pueden ser mercados convencionales de bienes o servicios, mercados de derechos de propiedad intelectual sobre productos o procesos (denominados “mercados tecnológicos”) o actividades de investigación y desarrollo dirigidas a crear o mejorar un determinado producto o proceso (“mercados de innovación”). Para llevar a cabo esta definición las agencias estadounidenses siguen una serie de criterios desarrollados en lineamientos anteriores, referidos a fusiones horizontales y a temas de propiedad intelectual⁵⁷.

Una vez definidos los mercados sobre los que puede impactar el acuerdo de colaboración bajo análisis, las pautas se abocan a la consideración de tres elementos que hacen a la evaluación de la magnitud de los posibles daños anticompetitivos que el acuerdo puede generar. Estos son las participaciones de mercado de las empresas implicadas (y, en general, la concentración de los mercados afectados por el acuerdo), los factores que hacen a la capacidad y a los incentivos de los participantes en el acuerdo para competir entre sí (duración del acuerdo, exclusividad, control sobre los activos, intereses financieros cruzados, intercambio de información), y la factibilidad de que puedan ingresar nuevos competidores al mercado que no estén dentro del acuerdo de colaboración bajo análisis.

El paso siguiente es evaluar los potenciales beneficios procompetitivos de la

⁵⁷ Véase Federal Trade Commission y US Department of Justice (1992) y Federal Trade Commission y

colaboración, y sólo se lleva a cabo si las agencias de defensa de la competencia “... concluyen que el acuerdo ha causado, o es probable que cause, daño anticompetitivo”⁵⁸. Tales beneficios consisten en ganancias de eficiencia que la colaboración genera, las cuales deben ser verificables (es decir, probables y objetivamente cuantificables) y potencialmente procompetitivas (es decir, con capacidad para generar beneficios a los consumidores). Las mismas deben ser además consecuencia directa del acuerdo bajo análisis y no susceptibles de ser alcanzadas a través de alternativas sustancialmente menos restrictivas que dicho acuerdo. De la consideración conjunta de los daños anticompetitivos y los beneficios procompetitivos de un acto de colaboración entre competidores se llega por último a una apreciación del efecto competitivo global del acto en cuestión. Este genera la opinión final de las agencias sobre el caso, la cual representa necesariamente un “juicio aproximado” sobre el tema, que puede ser alterado por medio de propuestas de modificación del acuerdo bajo análisis.

3.3. Unión Europea

3.3.1. Legislación comunitaria

La norma europea básica aplicable a los casos de prácticas horizontales colusivas es el artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea (1999). Dicho artículo declara prohibidos e incompatibles con el mercado común a los “acuerdos entre empresas, decisiones de asociaciones de empresas y prácticas concertadas que puedan afectar el comercio entre estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común”. El mismo artículo 81 proporciona una lista de conductas que pueden caer dentro de la definición antedicha, de las cuales son claramente colusivas las tres primeras:

- a) fijación directa o indirecta de los precios de compra o de venta;
- b) limitación o control de la producción, los mercados, el desarrollo técnico o las inversiones;
- c) reparto de mercados o fuentes de aprovisionamiento.

Asimismo, el inciso 3 del artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea establece cuatro condiciones cuyo cumplimiento simultáneo permite eximir a los

US Department of Justice (1995).

⁵⁸ Véase Federal Trade Commission y US Department of Justice (2000), páginas 23-24.

convenios entre empresas y a las decisiones de las asociaciones de empresas de la aplicación de sanciones, que son que:

- 1) contribuyan a mejorar la producción o distribución de bienes o a promover el progreso técnico o económico;
- 2) permitan gozar a los consumidores de una participación justa en los beneficios resultantes;
- 3) no impongan restricciones que no sean imprescindibles para el logro de las dos condiciones anteriores;
- 4) no den a las empresas participantes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de la producción afectada.

La aplicación del artículo 81 por parte de las autoridades administrativas (Comisión Europea) y judiciales (Tribunal de Justicia de la Unión Europea) ha generado una serie de criterios que se utilizan para determinar si una determinada práctica comercial está prohibida o no. Dichos criterios pueden resumirse en una “lista de comprobación” de cuatro puntos, que es la siguiente⁵⁹:

- 1) Debe existir un acuerdo verbal o escrito, o una decisión adoptada por una asociación de empresas, o una práctica concertada, dirigidos a alinear las actividades de las empresas involucradas.
- 2) Deben intervenir varias empresas.
- 3) Debe tener lugar una restricción perceptible de la competencia originada en la práctica en cuestión.
- 4) La práctica debe tener un efecto perceptible, real o potencial, sobre el comercio entre los estados miembros.

Los criterios mencionados anteriormente son utilizados para la elaboración de declaraciones de exención por parte de la Comisión Europea. Hasta el año 2003, estas declaraciones se concedían en casos concretos en los cuales las partes notificaban sus acuerdos a la Comisión, existiendo también declaraciones de exención globales referidas a todo un grupo de actividades. Dentro de ellas continúa teniendo importancia la que se refiere a los “acuerdos, decisiones y prácticas concertadas de importancia menor que no entran en el ámbito de aplicación del artículo 81” (regla de los mínimos), que indica que no están prohibidos aquellos acuerdos entre empresas cuya cuota de

⁵⁹ Este listado está basado en Comisión Europea (1989).

mercado conjunta no supera el 5% en ningún sector y cuyo volumen de negocios anual conjunto no excede los 200 millones de euros.

Otra declaración de exención global de actividades empresarias conjuntas es la que se refiere a actividades de cooperación entre empresas, que enumera dieciocho tipos de acuerdos que no se consideran restrictivos de la competencia. Los mismos tienen que ver con prácticas cuyo objeto sea la realización de estudios industriales comparativos, estadísticas y modelos de cálculo, investigación de mercados, planes y sistemas contables, garantías de crédito, asociaciones para el cobro de deudas, asesoría fiscal, contratos y proyectos de investigación y desarrollo, uso de equipo productivo, publicidad conjunta y marcas de calidad conjunta, entre otras. Los acuerdos de especialización y los de investigación y desarrollo han merecido además el dictado de reglamentos específicos de exención por categorías. Dichos reglamentos autorizan toda una gama de acuerdos entre competidores, siempre y cuando los mismos cumplan con ciertas condiciones que aseguran que su impacto sobre la competencia es pequeño.

Los acuerdos horizontales de especialización son el objeto del Reglamento 2658/2000 de la Comisión Europea, y se refieren a casos en los cuales dos o más empresas se obligan a no fabricar por sí mismas ni hacer fabricar determinados productos (y autorizan a sus contrapartes para que sí lo hagan) o bien a casos en los que las empresas se comprometen a fabricar o hacer fabricar determinados productos únicamente de manera conjunta. Para que estos acuerdos puedan beneficiarse de una exención general a las normas del artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea, se les exige el cumplimiento de estas condiciones:

- 1) las empresas participantes no deben tener en conjunto más del 20% del mercado;
- 2) el compromiso de especialización debe ser recíproco y referirse únicamente a la naturaleza de los productos (no a las cantidades producidas ni a los mercados geográficos en los que el producto va a venderse);
- 3) el compromiso no debe referirse tampoco a los precios de venta de los productos, y sólo puede contener restricciones auxiliares cuando éstas resulten esenciales para llevar a la práctica la especialización convenida.

Los acuerdos horizontales de investigación y desarrollo, por su parte, disfrutan de una exención por categorías contenida en el Reglamento 2659/2000, que abarca acuerdos referentes a productos o procesos con y sin explotación común de los

resultados de la investigación, y a la explotación conjunta de los resultados de actividades de investigación y desarrollo llevadas a cabo previamente por las mismas empresas. La mencionada exención sólo se aplica si todas las partes del acuerdo tienen acceso a los resultados del mismo, libertad para explotar dichos resultados de manera independiente, y derecho a distribuir independientemente los productos creados o mejorados por la actividad de investigación y desarrollo. Al igual que los acuerdos de especialización, los acuerdos de investigación y desarrollo autorizados por el Reglamento 2659/2000 deben cumplir ciertos requisitos relacionados con la participación de mercado de las empresas intervinientes. Dicha participación no puede exceder del 25% en los productos a los que se refiere el acuerdo, medida en el momento de la firma del mismo y evaluada luego año a año una vez que el acuerdo empieza a regir. Esta última condición es aplicable en especial a los acuerdos para la introducción de nuevos productos, que son generalmente inocuos al principio pero pueden representar una restricción importante a la competencia una vez que el producto se ha impuesto en el mercado.

A partir del año 2002, comenzó también a tener importancia dentro de la legislación europea de competencia una norma referida a la posibilidad de otorgar inmunidad y reducción de multas en casos de colusión, que fue la que estableció el programa de clemencia de la Unión Europea⁶⁰. Dicha norma fue modificada en diciembre de 2006, y sus características principales son que ofrece inmunidad casi automática al primer miembro de un cartel que aporta información que sirve para iniciar un caso, así como también al primer miembro de un cartel que aporta información en un caso ya iniciado por la Comisión Europea, pero que sirve para probar una infracción en dicho caso.

3.3.2. Jurisprudencia comunitaria

La jurisprudencia europea sobre casos que involucran conductas de tipo colusivo ha tendido a seguir la práctica norteamericana de sancionar sin mayores excepciones todos los acuerdos de precios y cuotas, así como los repartos horizontales de mercados. La fundamentación de dichas sanciones, sin embargo, no se ha basado en la aplicación

⁶⁰ En rigor, desde 1996 existía una norma que permitía reducir las multas en los casos de colusión a las empresas que brindaban información, pero las condiciones que se preveían en ella era considerablemente

de reglas *per se*, sino más bien en el encuadramiento de las prácticas colusivas dentro del apartado 1 del artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea, y en el hecho de que las mismas no cumplen con las condiciones de eximición previstas en el apartado 3 de dicho artículo.

El primer caso de colusión abierta que llegó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea fue “Comisión Europea c/ Boheringer Mannheim y otros” (1970) y se refería a un cartel destinado a fijar precios, cuotas de compra de insumos y zonas de venta en el mercado de quinina, que es un producto químico que se utiliza en la industria farmacéutica. Este cartel de la quinina estaba instrumentado a través de acuerdos explícitos entre empresas de Francia, Alemania y Holanda, que rigieron durante un período de siete años entre 1958 y 1965. El mismo fue sancionado por la Comisión Europea con importantes multas, las cuales fueron confirmadas en su mayor parte por el Tribunal de Justicia. Idéntico criterio se adoptó unos años después en “Comisión Europea c/ Suiker Unie y otros” (1976), en el cual fueron multados los miembros de un cartel del azúcar que involucraba a la mayoría de los productores importantes de Francia, Bélgica, Holanda, Italia y Alemania. Si bien algunos de los acuerdos que habían tenido lugar en el marco de este cartel se hallaban amparados por políticas nacionales y europeas de protección a la actividad azucarera, la Comisión Europea halló que en este caso los productores involucrados habían concertado numerosas prácticas que limitaban aún más la poca competencia existente, y que implicaban esencialmente un reparto de los mercados nacionales entre las empresas de cada país y sendos acuerdos de precios dentro de cada mercado nacional.

El paralelismo de precios como evidencia de una concertación también ha aparecido en la jurisprudencia europea en una serie de casos. Así, en “Comisión Europea c/ ICI y otros” (1972), las principales empresas europeas productoras de colorantes fueron sancionadas en base a una serie de conductas paralelas que involucraron aumentos de precios idénticos y simultáneos durante un período de cuatro años. Dichos aumentos habían implicado además un intercambio de información entre las empresas, y ese intercambio fue considerado clave como elemento adicional constitutivo de una práctica colusiva, puesto que representaba “... una forma de coordinación ... que sustituía los riesgos de la competencia por la coordinación entre

restrictivas, y el mecanismo establecido había sido muy poco utilizado.

competidores”. Pero la doctrina de que la conducta paralela no basta por sí sola para inferir la existencia de un acuerdo también tiene su lugar en la experiencia europea, como lo demuestra el caso “Comisión Europea c/ Ahlstrom y otros” (1993), en el cual el Tribunal de Justicia de la Unión Europea revocó una decisión de la Comisión Europea condenando a un grupo de productores de pulpa de madera para fabricar papel. En dicho caso, cuya primera resolución tuvo lugar en 1984, cuarenta y dos empresas habían sido acusadas de colusión en virtud de que todas ellas utilizaban el mismo método de cotizar precios (por períodos trimestrales, en dólares estadounidenses y sin ofrecer bonificaciones ni descuentos). En su sentencia, el Tribunal de Justicia concluyó que este hecho no bastaba para constituir una práctica concertada, en virtud de que el mismo podía tener su origen en particularidades propias del mercado en cuestión (caracterizado por relaciones de largo plazo entre compradores y vendedores, y diferenciación de productos)⁶¹.

Dentro de los casos analizados en la Unión Europea respecto de prácticas horizontales colusivas en la década de 1990, y que han merecido sanción por aplicación del artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea, sobresale también “Comisión Europea c/ Cembureau y otros” (1994). Este caso, conocido también como el del “cartel del cemento”, trajo aparejadas multas para 42 empresas y asociaciones empresarias por un total de 193 millones de ecus, las cuales penalizaron una serie de conductas que tuvieron lugar a lo largo de un período de aproximadamente diez años, comenzando en 1983. El objetivo principal de los miembros del cartel del cemento era proteger los mercados nacionales de los distintos países europeos de las importaciones provenientes de otros países europeos, a fin de evitar que los precios se deprimieran y se redujeran por lo tanto los beneficios de las empresas cementeras. Para ello utilizaron a la asociación europea de productores de cemento (Cembureau) y acordaron un principio por el cual los productores de cada país tenían el derecho de determinar el volumen máximo admisible de importaciones de cemento que ingresarían a dicho país.

La jurisprudencia europea tiene también un caso en el cual se ha fijado el principio según el cual no es posible condenar por una práctica horizontal concertada a un conjunto de empresas que pertenece al mismo grupo económico. Dicho caso, denominado “Vilho Europe c/ Parker Pen” (1996), se refiere a una situación análoga a

⁶¹ Para un análisis económico de los argumentos utilizados por la Comisión Europea y por el Tribunal de

la que originó en Estados Unidos la doctrina Copperweld. En él, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea concluyó, de manera coincidente con lo que habían decidido la Comisión Europea y el tribunal de primera instancia, que no era posible considerar que las compañías subsidiarias de la empresa Parker Pen, dedicada a la fabricación y venta de lapiceras, pudieran ser culpables de un reparto horizontal de mercados, cuando lo que hacían no era otra cosa que implementar la decisión de su sociedad controlante de organizar la distribución de su producto en distintos países de Europa.

Siguiendo la tendencia iniciada por las autoridades estadounidenses de defensa de la competencia, la Unión Europea ha registrado en los últimos años un aumento significativo de las multas impuestas a las empresas halladas culpables de prácticas horizontales colusivas⁶². A partir del año 2002, dicho aumento se potenció como consecuencia de un incremento muy significativo en el número de casos por cartelización, originado en buena medida por la implementación de la política de clemencia establecida en ese año por la Comisión Europea⁶³.

Hasta fines del año 2008, la multa más elevada fijada por las autoridades europeas para una sola empresa era de 479 millones de euros, en tanto que la multa más alta para un cartel como un todo ascendía a 992 millones de euros⁶⁴. Ambas multas corresponden al mismo caso: “Comisión Europea c/ ThyssenKrupp y otros” (2007), referido a un cartel de empresas dedicadas a la provisión de ascensores y escaleras mecánicas, que operaba en Alemania, Bélgica, Holanda y Luxemburgo. Las empresas en cuestión (ThyssenKrupp, Otis, Schindler y Kone) fueron multadas porque, en cada uno de esos cuatro países, habían establecido un sistema de reparto de clientes por el cual definían previamente quién iba a ganar las grandes licitaciones de ascensores y

Justicia en este caso, véase Motta (2004), capítulo 4.

⁶² Al respecto es ilustrativo lo que expresa el informe anual de competencia del año 2001 (Comisión Europea, 2001), en el cual se registró lo que en su momento fue un récord de multas impuestas a un conjunto de carteles de distintas actividades. Los casos más resonantes de ese año fueron “Comisión Europea c/ Hoffman-La Roche y otros”, “Comisión Europea c/ UCAR y otros”, “Comisión Europea c/ SAS y Maersk” y “Comisión Europea c/ Arjo y otros”.

⁶³ De la información que aparece en el sitio de internet de la Comisión Europea, por ejemplo, puede extraerse el dato de que el récord de multas establecido en el año 2001 (que era de mil millones de euros) fue superado en el año 2006 (1846 millones de euros), y nuevamente en el año 2007 (3338 millones de euros). Entre los casos que finalizaron en esos años pueden citarse “Comisión Europea c/ Arkema y otros” (2006), “Comisión Europea c/ Eni y otros” (2006), “Comisión Europea c/ Siemens y otros” (2007) y “Comisión Europea c/ Pilkington y otros” (2007).

⁶⁴ La imposición de sumas de este tipo dentro del continente europeo representó un cambio muy importante respecto de lo que venía sucediendo hasta la década de 1990, ya que hasta ese momento las multas que se fijaban en Europa eran en general sustancialmente menores que las que se establecían, por

escaleras mecánicas, así como también los proyectos para la venta e instalación de nuevos equipos, y acordaban no competir entre sí por los contratos de mantenimiento de los ascensores y escaleras mecánicas (tanto nuevos como en funcionamiento)⁶⁵. Si bien este caso no se inició a través del programa de clemencia de la Unión Europea sino que comenzó como una investigación de oficio, durante su transcurso hubo varios implicados que solicitaron acogerse a dicho programa, y que brindaron evidencias directas de colusión que sirvieron para probar de manera acabada las conductas objetadas.

3.3.3. Legislación y jurisprudencia españolas

La ley antitrust española está netamente inspirada en las disposiciones sobre defensa de la competencia que aparecen en el Tratado de la Comunidad Europea. Esto lleva a que su tratamiento de las prácticas horizontales colusivas sea virtualmente idéntico al del artículo 81 de dicho tratado, prohibiéndose “... todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional” (artículo 1, apartado 1, ley 15/2007). Los ejemplos de conductas que entran dentro de esta definición son también muy similares a los de la norma comunitaria básica, destacándose los que aparecen en los siguientes tres incisos del apartado 1 del artículo 1:

- a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.
- b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.
- c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.

La ley española de defensa de la competencia contiene además una serie de disposiciones semejantes a las del apartado 3 del artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea, por las cuales ciertas prácticas concertadas resultan admisibles, siempre que “... permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas, ... no impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean

casos similares, en los Estados Unidos de América.

⁶⁵ En el caso de Holanda también resultó multada Mitsubishi, que no operaba en los otros tres países bajo

indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y ... no consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados” (artículo 1, apartado 3, ley 15/2007).

La mayor parte de la jurisprudencia española sobre prácticas horizontales colusivas se ha desarrollado por aplicación de la ley de defensa de la competencia que se hallaba vigente con anterioridad al año 2007 (ley 16/1989), cuya autoridad de aplicación era el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC). En lo que hace a sus aspectos de fondo aplicables a conductas de colusión, sin embargo, dicha norma es similar a la actualmente vigente, por lo cual puede inferirse que esa jurisprudencia sigue teniendo valor con posterioridad al dictado de la ley 15/2007.

Uno de los primeros casos españoles importantes de sanción por acuerdo de precios es “UPA c/ Federación Nacional de Industrias Lácteas y otros” (1997), en el cual la práctica bajo análisis era una colusión entre las empresas lácteas para fijar los precios de compra de la leche en el mercado mayorista, en la cual intervenía coordinando el acuerdo la federación que agrupa a las empresas lácteas en cuestión. El caso concluyó con una sanción menor para la federación denunciada (ya que sólo pudo probarse que la misma había sugerido la aplicación uniforme de un sistema de bonificaciones relacionado con la calidad de la leche) pero con importantes multas para las empresas lácteas (entre las cuales se encontró un significativo paralelismo de precios que se imputó a una conducta colusiva). En este caso el TDC realizó una distinción entre mercados no colusivos con un líder de precios y mercados en los cuales el liderazgo de precios cumple una función de concertación entre los participantes del mismo. Esta última conducta fue la que se consideró probada en esta circunstancia, en la cual el papel de líder de precios del cartel era cumplido por la empresa pública La Lactaria.

Otros casos de colusión sancionados en España se refieren a acuerdos para cotizar en licitaciones públicas. Entre ellos se destaca “SDC c/ Rhône Poulenc y otros” (1998), en el cual el Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) objetó la conducta de un conjunto de laboratorios por coordinar sus ofertas en cuatro licitaciones públicas para la adquisición de vacunas antigripales en la región de Andalucía, y el TDC le

análisis.

impuso a dichos laboratorios una multa. Similar conducta fue sancionada también en “SDC c/ Viajes Iberia y otros” (2000), en el cual el acuerdo era entre agencias de viajes y tenía que ver con licitaciones del Instituto Nacional de Servicios Sociales para la provisión de servicios turísticos destinados a personas de la tercera edad.

De los casos referidos a prácticas horizontales colusivas que existen en la jurisprudencia española, uno que sobresale por su complejidad y por el monto de las multas aplicadas es “Federación de Empresarios de Cine de España c/ Walt Disney y otros” (2006). Este es un caso en el cual lo que se objetó fue una concertación, por parte de las cinco principales empresas distribuidoras de películas cinematográficas que operaban en España (Walt Disney, Sony, Foxfilm, Universal y Warner), de las condiciones de exhibición. En dicha concertación participaba también la asociación que nuclea a las empresas distribuidoras (Fedicine), la cual facilitaba el intercambio de información entre las empresas a través de su base de datos (por medio de la cual las empresas conocían las fechas de los estrenos, y las cifras semanales desagregadas de la recaudación por película y por sala). Todo este intercambio de información era precisamente el que permitía que las empresas concertaran respecto de qué películas iban a estrenar, en qué salas y en qué momentos del tiempo, a fin de evitar la competencia directa entre ellas. Por haber considerado como probadas las conductas objetadas, el TDC fijó en este caso multas de 2,4 millones de euros para cada una de las cinco empresas involucradas, y de 900 mil euros para Fedicine.

La ley española de defensa de la competencia ha sido también aplicada en situaciones que implicaban repartos de mercados. Un caso que merece mencionarse al respecto es “AUSBANC c/ Caja de Ahorros de Baleares y otros” (1996), en el cual cuatro entidades financieras con poder de mercado local acordaban no competir unas con las otras en sus respectivas zonas de influencia y coordinar una expansión conjunta fuera de dichas zonas. Al decidir la aplicación de multas a las entidades financieras involucradas, el TDC se pronunció considerando que la simple existencia del acuerdo ya configuraba una práctica pasible de sanción, y que no resultaba válida la defensa basada en que cada una de las entidades era pequeña en relación al mercado nacional (ya que se trataba de entidades que ostentaban una posición de importancia en los mercados locales en los que actuaban).

El reparto de mercados fue también la conducta que se sancionó en el caso

“Rotary Club de Ceuta c/ Transmediterránea y otros” (2003), en el cual lo que se objetó fue un acuerdo entre los tres operadores del servicio de transporte marítimo de pasajeros que une las ciudades de Ceuta y Algeciras (Transmediterránea, Europa Ferrys y Buquebús España). El mismo tenía lugar principalmente a través de un sistema de intercambio de información denominado “sistema de intercambio de billetes y ordenación de horarios”, que aparentemente se complementaba con un acuerdo de precios, por el cual las tres empresas cobraban tarifas virtualmente idénticas por sus servicios. El caso concluyó con multas considerables para las tres empresas involucradas, que ascendieron a 600 mil euros a cada una, y también generó otras investigaciones por prácticas relacionadas con las conductas objetadas, que fueron a su vez objetadas en casos posteriores⁶⁶.

La doctrina de las restricciones auxiliares también ha tenido cierta aplicación en la práctica española de defensa de la competencia. Al respecto cabe mencionar el caso “SDC c/ Iberia y otros” (1999), en el cual las cuatro aerolíneas españolas principales (Iberia, Aviaco, Air España y Spanair) fueron sancionadas por ciertas disposiciones incluidas en una serie de acuerdos de interlínea celebrados entre ellas para numerosas rutas aéreas de cabotaje. En el análisis del caso, sin embargo, el TDC señaló específicamente que lo que se sancionaba era una serie de restricciones auxiliares de los acuerdos en cuestión (relacionadas con aspectos tarifarios), pero que el objeto principal de dichos acuerdos no era restringir la competencia sino aprovechar ciertas economías de integración susceptibles de generar efectos positivos sobre el funcionamiento del mercado.

En cuanto a los casos relacionados con asociaciones profesionales, cabe mencionar a “Dedalus c/ Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid” (1994). En él se sancionó a la asociación que nuclea a los arquitectos de la capital española por emitir una orden de abstención para que sus matriculados no participaran de un concurso de ideas para la realización de cierto edificio, a fin de imponer en dicho concurso las normas y tarifas elaboradas por el Colegio de Arquitectos. Otro caso relativo a asociaciones profesionales es “Unión de Consumidores c/ Asociación de Tocoginecólogos” (1995), en el cual la entidad que agrupa a los médicos tocoginecólogos de España fue sancionada por negociar colectivamente honorarios

⁶⁶ Tales casos fueron “FETEIA c/ Transmediterránea y otros” (2004), e “IMTC c/ Transmediterránea y

uniformes frente a las compañías de seguros médicos y por forzar a esas compañías para que acepten dichos honorarios, a través del cobro directo a los pacientes de la diferencia entre los mismos y las tarifas pagadas por las compañías de seguros.

Los casos del Colegio de Arquitectos de Madrid y de la Asociación de Tocoginecólogos se transformaron en los primeros de una larga lista de actuaciones de las agencias antitrust españolas que terminaron en sanciones contra entidades profesionales. Entre los casos finalizados en lo que va del siglo XXI, por ejemplo, pueden mencionarse a “J. Martínez-Gil c/ Colegio Notarial de Madrid” (2003), “EIA c/ Procuradores de Pontearreas” (2006) y “Colegio de Protésicos Dentales de Tenerife c/ Colegio de Odontólogos de Las Palmas” (2007). El hecho de que las asociaciones profesionales representen un porcentaje importante dentro del universo de las entidades sancionadas por el TDC y por la recientemente creada Comisión Nacional de la Competencia (CNC) ha sido también la causa por la cual esta última entidad ha publicado un documento en el cual analiza específicamente los problemas de competencia originados en la regulación de las profesiones por parte de las asociaciones profesionales⁶⁷. En dicho documento aparecen también sugerencias respecto de las normas que regulan a las asociaciones profesionales.

3.4. América Latina

3.4.1. México

La ley federal de competencia económica de México (1993) sigue la tradición estadounidense de distinguir entre “prácticas monopólicas absolutas” (*per se*) y “prácticas monopólicas relativas” (regla de la razón). Dentro del primero de tales grupos sólo se incluyen cuatro tipos de conductas, todas ellas de tipo colusivo:

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

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

otros” (2004).

⁶⁷ Al respecto, véase Comisión Nacional de la Competencia (2008).

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

IV. Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en las licitaciones, concursos, subastas o almonedas públicas.

Las cuatro prácticas monopólicas absolutas especificadas en el párrafo anterior aparecen enunciadas en el artículo 9 de la ley mexicana de competencia. El resto de las posibles prácticas anticompetitivas que no encuadra dentro de las definiciones mencionadas debe en cambio evaluarse de acuerdo con la regla de la razón, para cuya aplicación se exige que "... el presunto responsable tenga poder sustancial sobre el mercado relevante" y que "... se realicen respecto de bienes o servicios que correspondan al mercado relevante" (artículo 11). El artículo 10 de la ley federal de competencia económica enuncia once ejemplos de prácticas monopólicas relativas, pero sólo uno de ellos ("concertación entre varios agentes económicos ... para ejercer presión contra algún agente económico") entra dentro de la categoría de práctica horizontal concertada.

La aplicación de la ley antitrust mexicana a casos de prácticas colusivas por parte de la Comisión Federal de Competencia de México (CFC) se inició con "CFC c/ Canalava y Anilpe" (1993), que fue un caso en el cual la Cámara Nacional de la Industria de Lavanderías (Canalava) y la Asociación Nacional de Industriales de Limpieza Profesional (Anilpe) fueron sancionadas por fijar precios para los servicios que prestaban sus asociados (lavanderías y tintorerías) y contribuir a la uniformidad de los mismos. Idéntica situación aconteció en "CFC c/ Canacar" (1995), en el cual se sancionó a la Cámara Nacional de Autotransportes de Carga por elaborar y distribuir una guía de precios para los servicios de transporte de carga por parte de sus miembros, en la cual se establecía expresamente el propósito de fijar precios mínimos para la prestación de dichos servicios. También sentó jurisprudencia el caso "CFC c/ Banamex y otros" (1994), en el que se sancionó a un conjunto de entidades financieras por coordinar sus posturas en varias subastas de títulos públicos realizadas por el gobierno mexicano.

La relación entre la práctica de la defensa de la competencia en México y su equivalente en los Estados Unidos no sólo pasa por un paralelismo en cuanto a los

criterios normativos existentes. Desde la conformación de la CFC existe además una colaboración estrecha entre dicha comisión y las agencias antitrust estadounidenses, que se materializa en la realización de investigaciones paralelas en ambos países. Un caso de práctica horizontal colusiva que merece señalarse al respecto es “CFC c/ ADM y Kyowa Hakko” (1998), en el cual la autoridad mexicana le impuso multas a dos empresas productoras de lisina por acordar precios y repartirse mercados. Dicha sanción fue una consecuencia directa de las investigaciones efectuadas por el Departamento de Justicia de Estados Unidos para el caso “EEUU c/ ADM y otros” (1996), citado en la sección 3.2.1.

En su artículo sobre la política mexicana de defensa de la competencia, Pérez Miranda (2000) destaca otros tres casos de aplicación de la ley federal de competencia a la sanción de acuerdos de precios. Tales son “CFC c/ Asociación Mexicana de Agentes de Carga” (1996), “CFC c/ Alianza Nacional de Transportadores de Servicios de Turismo” (1997) y “Fábrica de Hielo y Cámaras de Refrigeración c/ Antartic y otros” (1997). Este último caso tuvo la particularidad de que el acuerdo de precios celebrado por tres productores de hielo de la ciudad de Puebla tenía por objetivo contrarrestar una política de precios bajos de otros dos productores. Si bien la práctica en cuestión fue sancionada como anticompetitiva *per se*, no puede decirse que se tratara de una conducta propiamente colusiva, sino más bien de una práctica horizontal concertada de naturaleza exclusoria.

En lo que va del siglo XXI, la CFC ha seguido analizando una serie de casos en los que se cuestionaron conductas relacionadas con acuerdos de precios. Uno de ellos fue “CFC c/ LATEX y otros” (2004), en el cual lo que se investigó fue un aumento de precios simultáneo e idéntico por parte de los únicos cuatro laboratorios de México que efectuaban análisis fitosanitarios de las importaciones de papas provenientes de Estados Unidos. Si bien en este caso sólo se contaba con pruebas indirectas de un paralelismo de conductas, las partes en cierto modo reconocieron la ilegalidad de su proceder, y el caso terminó con un compromiso de los laboratorios de establecer precios en función de sus costos y de no incurrir en prácticas que implicaran concertación de precios. En “SDE c/ Canacindra y otros” (2005), por su parte, lo que sancionó fue una colusión abierta entre varias empresas y asociaciones de empresas para concertar los precios de venta al público de las tortillas de maíz en el estado de Durango.

En lo que se refiere a casos de reparto de mercados, merece destacarse “CFC c/ Distribuidora de Combustóleo y otros” (1997), en el cual se multó a un grupo de transportistas y distribuidores de hidrocarburos por dividirse geográficamente el mercado y limitar concertadamente la oferta de sus servicios. En esta concertación participaba también la empresa refinadora Pemex, que aceptaba pasivamente la existencia del acuerdo y en cierto modo actuaba controlando su cumplimiento. Si bien Pemex no fue multada, sí se le ordenó que cesara dicho comportamiento. El caso fue también importante porque se distinguió entre el carácter paraestatal de Pemex como monopolista legal de ciertos segmentos del mercado petrolero y su participación en otros segmentos como oferente desregulado y sujeto a las normas generales de la ley federal de competencia económica.

Otra sanción de la CFC por reparto de mercados es la que aparece en “Tortillerías San Antonio c/ Canaco” (2000), en el cual la multada es la Cámara Nacional de Comercio del municipio de Angostura (Sinaloa) por establecer un esquema de reparto de mercados entre sus asociados en lo que se refiere a la instalación de comercios dedicados a la venta de tortillas. El reparto en cuestión se hallaba tácitamente convalidado por la autoridad municipal, la cual había delegado el tema en una comisión en la cual participaba directamente la asociación empresaria sancionada. La práctica objetada en este caso no era únicamente colusiva sino que también tenía elementos exclusivos, dados por el hecho de que el denunciado aprovechaba su posición para impedir el acceso al mercado de nuevos competidores⁶⁸.

La práctica horizontal concertada consistente en ejercer presión contra algún agente económico, que en México se analiza empleando la regla de la razón, también ha sido objeto de casos estudiados por la CFC. Uno de ellos es “CFC c/ Unión de Transportistas de Los Cabos y otros” (2006), en el cual lo que se sancionó fue la acción de las entidades que nuclean a los proveedores de servicios de transporte de la localidad turística de Los Cabos (Baja California), consistente en ejercer presiones para que los turistas no utilizaran los servicios prestados por los transportadores turísticos y usaran en cambio los servicios de transporte regular (taxis y automóviles de alquiler).

⁶⁸ En rigor, este caso fue el primero de una lista relativamente larga de procedimientos por temas parecidos en diferentes lugares de México. En el año 2004, por ejemplo, hubo tres casos similares: “CFC c/ Unión de Tortillerías y Molinos de Temixco”, “CFC c/ Unión de Molinos y Tortillerías de Salvador Alvarado”, y “Vendedores de Angostura c/ Unión de Vendedores Ambulantes de Angostura”. Al respecto, véase Comisión Federal de Competencia (2004), capítulo 2.

3.4.2. Brasil

La legislación brasileña sobre prácticas horizontales colusivas puede sintetizarse en cinco incisos del artículo 21 de la ley de defensa del orden económico (ley 8884, del año 1994). Dichos incisos enuncian las siguientes conductas anticompetitivas:

- I) fijar, imponer o practicar, en acuerdo con competidores, de cualquier forma, precios y condiciones de venta de bienes o de prestación de servicios;
- II) obtener o influir en la adopción de conductas comerciales uniformes o concertadas entre competidores;
- III) dividir los mercados de servicios o productos, terminados o semi-terminados, o las fuentes de abastecimiento de materias primas o productos intermedios;
- VIII) convenir previamente precios o ventajas en la competencia en licitaciones públicas;
- X) regular mercados de bienes o servicios, estableciendo acuerdos para limitar o controlar la investigación y el desarrollo tecnológico, la producción de bienes o la prestación de servicios, o para dificultar inversiones destinadas a la producción de bienes o servicios o su distribución.

En lo que se refiere a la práctica concreta de las autoridades administrativas y judiciales, la jurisprudencia brasileña sobre prácticas horizontales concertadas parece seguir el criterio norteamericano de considerar que la colusión lisa y llana es una infracción *per se*. Así, en “Elmo c/ Sindicato de Empresas de Seguridad y Vigilancia” (1992), el Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE) sancionó un acuerdo entre empresas para uniformar conductas y fijar una tabla de precios mínimos y consideró “... irrelevante si los precios acordados son justos o abusivos o si tienen por objeto prevenir prácticas predatorias”. Del mismo modo, en “CADE c/ Empel y otros” (1988), la misma autoridad antitrust consideró que la celebración de un contrato de cooperación entre competidores para limitar la producción y fijar precios configuraba un abuso de poder económico, “... independientemente de la dimensión de las empresas cartelizadas”⁶⁹. Sin embargo, al igual que en Estados Unidos y en la Unión Europea, ha

⁶⁹ Una excepción a este principio aparece sin embargo en la resolución del caso “Sunab c/ Sindicato de Hoteles, Restaurantes y Bares” (1983), en el cual no se sancionó la fijación conjunta de precios a través de una asociación empresaria, por entenderse que se trataba de un acuerdo entre empresas pequeñas que no poseían poder de mercado.

habido en Brasil una serie de casos en los cuales la hipótesis de colusión resultó descartada por falta de pruebas concretas, dando lugar a la interpretación de que el simple paralelismo en las conductas no basta para configurar una práctica colusiva. Son ejemplos de esto el caso “Codima c/ Ibemep y otros” (1990), en el cual fueron denunciados varios productores de material eléctrico pesado, y el caso “Asbeg c/ Sitran y otros” (1988), en el cual varias empresas de limpieza fueron acusadas de concertar sus posturas en una serie de licitaciones públicas.

Los casos citados en el párrafo anterior corresponden a la época en la cual regía en Brasil la anterior ley de defensa de la competencia (ley 4137, del año 1962). De entre los casos resueltos a partir de la sanción de la actual ley cabe mencionar a “CIEFAS c/ SINDILAC y otros” (1998), en el cual una serie de asociaciones de laboratorios de análisis clínicos y hospitales privados de los estados de Río Grande do Sul, Matto Grosso y Alagoas fueron sancionados por elaborar tablas de precios mínimos para sus respectivos servicios, en situaciones en las cuales dichas tablas eran luego aplicadas por la generalidad de los prestadores de una determinada actividad y zona geográfica. Otro caso de colusión que el CADE menciona como significativo en su informe anual es “Metropolitan c/ Sindicato de Despachantes Aduaneros de Santos” (1998), en el cual también se aplicó una multa por fijar honorarios mínimos destinados a uniformar los precios de los servicios de los despachantes de aduana que operaban en el puerto brasileño de Santos⁷⁰.

Otro caso de suma importancia dentro de la jurisprudencia brasileña sobre el tema de prácticas colusivas es “SDE c/ CSN, Usiminas y Cosipa” (1999), que se originó en un procedimiento de oficio de la Secretaría de Derecho Económico (SDE). Dicho caso implicó una sanción de multa para los tres únicos productores brasileños de aceros planos por concertación de precios, que ascendió a un total de 58 millones de reales. Las conductas sancionadas por la decisión del CADE consistieron en dos acuerdos para reajustar los precios de los aceros planos que tuvieron lugar respectivamente en julio de 1996 y en abril de 1997. Tales acuerdos no pudieron ser probados de manera directa, pero sí lo fueron (a criterio del CADE) de manera indirecta a través de la actitud de las empresas involucradas en una reunión efectuada en el Instituto Brasileño de la Siderurgia en julio de 1996, y a través de una conducta caracterizada como “paralelismo

⁷⁰ Para acceder a un resumen de estos dos casos, véase Conselho Administrativo de Defesa Econômica

de precios”.

Un elemento económico adicional que aparece en la decisión del CADE tiene que ver con la existencia de factores externos que pudieran limitar el ejercicio del poder de mercado de las empresas oferentes. En tal sentido, el fallo señala que las barreras de entrada son elevadas en virtud de la presencia de fuertes economías de escala y de altos costos hundidos. Menciona también que la estructura de demanda es tal que solo unos pocos clientes (los fabricantes de automóviles y de electrodomésticos) tienen algún poder de compra que les permite contrarrestar el poder de mercado de los oferentes, y que su peso dentro de la demanda total es relativamente reducido. Todo esto se liga después con la idea de que el mercado brasileño de aceros planos cumple con las condiciones clásicas para la formación de un cartel, que el CADE identifica como las siguientes: número pequeño de empresas, producto homogéneo, elevadas barreras de entrada, bajo costo de supervisión del cartel, pocos estímulos para desviarse del comportamiento colusivo, estructuras de costos semejantes, tecnología de producción madura y parecida, y participaciones de mercado estables. Los dos elementos determinantes en el razonamiento del CADE para sancionar a CSN, Usiminas y Cosipa fueron por un lado el paralelismo de precios (tanto en su nivel absoluto como en la magnitud de sus ajustes como en los momentos en los que se produjeron dichos ajustes) y por otro lado la “falta de racionalidad económica y de explicación de la conducta de las empresas involucradas”.

Una de las características más salientes de la legislación brasileña aplicable al tema de las prácticas horizontales colusivas es que Brasil es virtualmente el único país latinoamericano que ha incorporado a su ley de competencia la posibilidad de celebrar acuerdos de clemencia entre las agencias antitrust y los miembros de un cartel (artículo 35 de la ley 8884, modificado por la ley 10.149). En el caso brasileño dicha posibilidad apareció explícitamente a través de una reforma a la ley de defensa del orden económico que se hizo en el año 2000, y desde el año 2003 han comenzado a celebrarse este tipo de acuerdos entre algunas empresas y la Secretaría de Derecho Económico⁷¹. De los asuntos finalizados hasta fines del año 2008 en los que los acuerdos de clemencia tuvieron un papel importante se destaca el de “SDE c/ Assevirs y otros” (2007), que

(1999), páginas 40-67.

⁷¹ Para una referencia más detallada acerca del programa brasileño de clemencia, véase Secretaria de Direito Econômico (2008).

fue justamente el caso en el cual se celebró el primer acuerdo de clemencia (cuyos signatarios fueron la SDE y la empresa Vigilância Antares). En ese caso, uno de los integrantes de un cartel de empresas de vigilancia del estado de Río Grande do Sul aportó evidencias que permitieron probar la existencia de acuerdos colusivos para repartirse las licitaciones celebradas por la Superintendencia de Ingresos Públicos de Río Grande do Sul y por la Secretaría Municipal de Salud de Porto Alegre, y el proceso terminó con multas por un total de 40 millones de reales para cinco empresas⁷².

Otros casos de sanción por prácticas horizontales colusivas resueltos en lo que va del siglo XXI son “SDE c/ Estaleiro Ilha y Eisa” (2001), “Unimed da Baixada Santista c/ Unimed de Santos” (2001), “Estado de Santa Catarina c/ Sindicato del Comercio Minorista de Combustibles Minerales de Florianópolis” (2002) y “SDE c/ Sindiposto y otros” (2002). En el primero de dichos casos los denunciados fueron multados por concertar posturas en una serie de licitaciones públicas del gobierno nacional brasileño, en tanto que el segundo caso se trató de una situación de colusión en la provisión de servicios médicos. La entidad sancionada en este último episodio era una cooperativa que nucleaba a numerosos profesionales médicos, a la cual se le imputó una conducta que involucraba fijación de precios, reparto de mercados y prácticas tendientes a excluir a otros profesionales del mercado o impedirles su acceso al mismo. Por la multa establecida (127 mil reales), este caso fue el más importante de los sancionados en el año 2001 contra entidades médicas y hospitalarias, pero en ese mismo año hubo otros once casos similares que terminaron con multas contra las asociaciones denunciadas⁷³.

Finalmente, en lo que se refiere a los otros dos casos mencionados en el párrafo anterior, se trata de dos procesos en los cuales los denunciados eran grupos de estaciones de servicio de las ciudades de Florianópolis y Goiania, que se habían puesto de acuerdo para fijar de manera conjunta los precios y condiciones de venta de los combustibles líquidos en dichas ciudades. En ambos casos los carteles se hallaban monitoreados e incentivados por las respectivas asociaciones de propietarios de estaciones de servicio de las ciudades en las que tuvieron lugar las prácticas anticompetitivas sancionadas, por lo cual dichas asociaciones también fueron multadas,

⁷² Para un análisis de este caso, véase Lubambo (2008).

⁷³ Al respecto, véase Conselho Administrativo de Defesa Econômica (2001), páginas 131-140.

junto con las estaciones de servicio en ellas representadas⁷⁴.

Otros tres casos brasileños recientes de sanción por cartelización son “SDE c/ Varig, TAM y Vasp” (2004), “SDE c/ Sindipedras y otros” (2005) y “SDE c/ Hoffmann-La Roche y otros” (2007). El primero de ellos finalizó con una multa contra las tres empresas aéreas que cubrían la ruta San Pablo-Río de Janeiro, por acordar los precios y otras condiciones comerciales de sus pasajes. El segundo involucró a 18 proveedores de piedras para la industria de la construcción (*britas*) y a la asociación que las nucleaba (Sindipedras) por prácticas de fijación de precios, reparto de mercados y acuerdos para cotizar en licitaciones, y culminó con una multa que ascendió a un total de 33 millones de reales. El último de los casos mencionados, finalmente, se refiere al mercado de vitaminas y es en cierto modo una consecuencia de las sanciones que las mismas empresas imputadas (Hoffmann-La Roche, Basf y Aventis) habían sufrido en casos similares en Estados Unidos y Europa⁷⁵. Como dichas conductas habían tenido repercusión mundial y habían generado también daños a la competencia y perjuicios al orden económico en Brasil, el CADE entendió que correspondía la aplicación de multas por dichos daños y perjuicios, que ascendieron a un total de 18 millones de reales.

3.4.3. Argentina

En la Argentina, la ley 25.156 de defensa de la competencia penaliza las prácticas horizontales colusivas a través de sus artículos 1 y 2. De las acciones definidas de modo general en el artículo 1, las prácticas colusivas se encuadran como “actos o conductas ... que tengan por objeto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia”, y que la ley argentina sanciona siempre y cuando “pueda resultar perjuicio para el interés económico general”. De modo más particular, el artículo 2 define una serie de “prácticas restrictivas de la competencia” que la ley penaliza “en la medida que configuren las hipótesis del artículo 1”. Entre ellas tienen particular relevancia como ejemplos de conductas colusivas los incisos siguientes:

a) fijar, concertar o manipular en forma directa o indirecta el precio de venta o compra de bienes o servicios al que se ofrecen o demanden en el mercado, así como

⁷⁴ Para un análisis más detallado de estos casos, véase Oliveira y Rodas (2004), parte II.

⁷⁵ Tales casos son, respectivamente, “EEUU c/ Hoffmann-La Roche y otros” (1999) y “Comisión Europea c/ Hoffman-La Roche y otros” (2001), mencionados en las secciones 3.2 y 3.3 del presente capítulo.

- intercambiar información con el mismo objeto o efecto;
- b) establecer obligaciones de producir, procesar, distribuir, comprar o comercializar sólo una cantidad restringida o limitada de bienes, o prestar un número, volumen o frecuencia restringido o limitado de servicios;
 - c) repartir en forma horizontal zonas, mercados, clientes y fuentes de aprovisionamiento;
 - d) concertar o coordinar posturas en licitaciones o concursos;
 - e) concertar la limitación o control del desarrollo técnico o las inversiones destinadas a la producción o comercialización de bienes y servicios;
 - h) regular mercados de bienes o servicios, mediante acuerdos para limitar o controlar la investigación y el desarrollo tecnológico, la producción de bienes o prestación de servicios, o para dificultar inversiones destinadas a la producción de bienes o servicios o su distribución.

La exigencia de la ley 25.156 de que las conductas anticompetitivas deban, para ser sancionables, originar un perjuicio real o potencial al interés económico general, se interpreta en la práctica como un requisito de aplicabilidad de la regla de la razón a todas las conductas violatorias de la competencia. Pero aunque la legislación argentina no tipifica prácticas anticompetitivas *per se*, la jurisprudencia que se ha ido desarrollando en una serie de casos concretos muestra una tendencia bastante clara a sancionar todas aquellas prácticas horizontales concertadas que han sido suficientemente probadas y representan casos de colusión abierta. Si bien la mayor parte de esa jurisprudencia se generó como una aplicación de la ley de defensa de la competencia anteriormente vigente (ley 22.262, del año 1980), la coincidencia de criterios entre dicha ley y la actual permite inferir que los precedentes desarrollados siguen teniendo importancia para analizar prácticas horizontales colusivas. Esto implica que, en los casos de colusión abierta, la afectación del interés económico general se produce prácticamente siempre, dado que dicha práctica tiene como objeto o efecto incrementar los precios o reducir las cantidades comerciadas respecto de las que regirían en una situación de competencia.

3.4.3.1. Colusión abierta

La jurisprudencia de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

(CNDC) sobre colusión abierta ha sido elaborada en una serie de casos que involucraron, entre otros, al mercado de producción y comercialización de arena, al mercado de fraccionamiento de gas licuado, al mercado de estiba portuaria y al mercado de producción y comercialización de oxígeno líquido. En el primero de dichos mercados, la ley 22.262 tuvo su aplicación inicial en “Silos Areneros de Buenos Aires c/ Arenera Argentina y otros” (1986), en el cual la conducta analizada fue una concertación entre las empresas productoras de arena del área de Buenos Aires que contaba con el apoyo de entidades sindicales que nucleaban a los conductores navales que efectuaban el transporte de la arena. En este caso la concertación tenía lugar a través del establecimiento de cupos de producción para las distintas empresas, los cuales se determinaban en el seno de una comisión integrada por las empresas areneras y los sindicatos. De la investigación realizada surgió que la concertación pactada había regido efectivamente entre 1982 y 1985, y que el efecto de la misma sobre el mercado había sido una disminución del promedio de viajes realizados por los buques areneros y un aumento del precio de la arena. Ante estas evidencias, tanto las empresas como los sindicatos involucrados recibieron como sanción una multa que resultó más elevada para las empresas areneras y más baja para los sindicatos de conductores navales.

La investigación del caso de las areneras de Buenos Aires hizo que la CNDC se anoticiara de que existían situaciones semejantes en otros puntos del país, y abriera investigaciones paralelas al respecto. En una de ellas (“CNDC c/ Areneras del Litoral y otros”, 1988) el procedimiento llevó a idénticas conclusiones que en el caso anterior, finalizando también con multas para una serie de empresas productoras de arena y sindicatos de conductores navales que operaban en la provincia de Corrientes. Por último, en “M. Altamirano c/ Arenera de la Cruz y otros” (1991), el caso tuvo lugar en el área de Rosario y presentó ribetes similares a los dos anteriores. Una vez más la investigación terminó con una sanción de multa para una serie de empresas areneras que estaban coludiendo y con una multa menor para las entidades sindicales que actuaban como vigilantes del cartel, apareciendo como novedad que un grupo de empresas que originalmente habían participado de la concertación fue absuelto. Dichas empresas no sancionadas habían reconocido desde un principio su participación en los acuerdos colusivos, pero habían denunciado a su vez la existencia de presiones ejercidas por los miembros principales del cartel arenero y habían aportado una serie de pruebas que

permitieron demostrar más acabadamente la existencia de las prácticas anticompetitivas bajo análisis.

Un último caso que involucró el mercado de la arena, pero que tuvo lugar varios años después, fue “Cámara Argentina de la Construcción c/ Cooperativa Entrerriana de Productores Mineros y otros” (2003), en el cual lo que se sancionó fue una concertación de precios entre las empresas areneras de la ciudad de Paraná (Entre Ríos), a través de la formación de una cooperativa creada a tal fin. Dicha cooperativa concentró toda la venta de la arena provista por las empresas de Paraná para actividades ligadas con la construcción, impidiendo la existencia de competencia entre sus integrantes. El caso terminó con una orden de cese de la conducta objetada y con multas para la cooperativa denunciada y para las empresas que la conformaban.

En lo que se refiere al gas licuado, el principal caso argentino de sanción a un cartel por prácticas horizontales colusivas es “Lara Gas y otros c/ Agip y otros” (1993), en el cual el conjunto de los fraccionadores de gas licuado de petróleo (GLP) que manejaban el 85% de la oferta total de dicho producto fue hallado culpable de acordar entre sí las condiciones de venta del bien, tanto en lo que se refería a clientela como a precios⁷⁶. En este caso, la concertación tenía lugar a través de la Cámara de Empresas Argentinas de Gas Licuado (CEAGL), que había organizado un servicio de información, control e inspecciones del acuerdo colusivo. Dicho acuerdo implicaba tanto la existencia de un paralelismo de precios liderado aparentemente por las cuatro empresas más grandes (Agip, Algas, Autogas y Argón) como un reparto de clientes, instrumentado a través de un sistema de *clearing* de envases entre empresas y de normas de conducta que llevaban a los fraccionadores involucrados a negarse a venderle GLP a clientes de otros fraccionadores. Las sanciones aconsejadas por la CNDC y luego ratificadas por el Secretario de Comercio y por los tribunales de apelación que analizaron el caso (que llegó hasta la Corte Suprema de Justicia de la Nación) fueron multas para las empresas involucradas y para la CEAGL, graduadas en base al número de hechos ilícitos cometidos por cada una, así como también una orden de cese del reparto de clientes instrumentado por el cartel.

La sentencia de la Corte Suprema en el caso Agip tuvo también importancia

⁷⁶ De hecho, el sector de fraccionamiento de gas licuado ha generado también otros casos de sanción por prácticas colusivas, pero limitadas a mercados locales. Entre esos casos puede mencionarse “Juntas vecinales de Bariloche c/ Coopetel y otros” (2003).

como aclaración del tipo de afectación del interés económico general que se requiere para sancionar una práctica colusiva. En efecto, al revés del caso de las areneras en el cual el aumento de los precios y la reducción de las cantidades habían quedado probadas y podían de algún modo relacionarse con la implantación de la concertación en un momento del tiempo, en este caso no había evidencia concreta de cuáles podrían haber sido los precios y las cantidades de equilibrio de no mediar la acción restrictiva del cartel de fraccionadores de GLP. Sin embargo, la Corte Suprema se valió del argumento de que los acuerdos horizontales de precios y cuotas y los repartos de mercados tienen de por sí capacidad para afectar dicho interés general de manera potencial, pues privan a los compradores del producto de los beneficios que podrían obtener si las condiciones imperantes fueran las de competencia en precios y cantidades.

Otro caso significativo de colusión que concluyó con una multa es “AGP c/ CCAP y otros” (1996). En ese expediente, la Administración General de Puertos denunció una concertación entre las principales empresas de estiba del puerto de Buenos Aires, instrumentada a través del Centro Coordinador de Actividades Portuarias (CCAP), que consistía en el establecimiento de un sobrecargo uniforme de \$30 por cada contenedor cargado o descargado en dicho puerto. Aparentemente el sobrecargo se originaba en un incremento del costo laboral de las empresas, proveniente de un conflicto gremial que afectaba a los trabajadores de la estiba, y en tal sentido los denunciados sostuvieron que el mismo se justificaba por dicho aumento en los costos. La CNDC, sin embargo, dictaminó que esa circunstancia no era excusa para justificar un comportamiento horizontal explícitamente paralelo de aumento de precios. Una vez más el argumento de afectación del interés económico general fue de tipo potencial: en una situación de competencia, las empresas podrían haber optado “por una pugna competitiva, trasladando total o parcialmente o aun absorbiendo un incremento en los costos”. La graduación de las multas impuestas en este caso presentó una novedad respecto de los anteriores, ya que se basó en los beneficios obtenidos por cada empresa infractora como consecuencia de la práctica colusiva. De ese modo, la empresa que había aplicado el sobrecargo sobre un número mayor de contenedores (Terminal Murchison Román) soportó una multa varias veces superior a las que sufrieron el CCAP y las otras tres empresas menores involucradas.

El último caso importante de colusión abierta sancionado por la autoridad

antitrust argentina es “CNDC c/ Air Liquide y otros” (2005), que se refiere a una concertación entre las principales empresas productoras de oxígeno líquido de la Argentina para repartirse clientes, en especial en lo referido a los hospitales públicos del área de Buenos Aires durante el período 1997-2002⁷⁷. El caso comenzó en base a información suministrada por las autoridades sanitarias de la Capital Federal, pero luego continuó con una serie de audiencias testimoniales y allanamientos de los cuales surgieron pruebas documentales que revelaban la existencia de numerosas situaciones en las cuales las empresas involucradas (Air Liquide, Praxair, AGA e Indura) pactaban entre sí para no ofertar (o para cotizar precios superiores) en diversas licitaciones organizadas por diferentes hospitales, con el objetivo de no competir entre ellas y repartirse los clientes.

Si bien el caso del oxígeno líquido comenzó como una investigación limitada a la zona de Buenos Aires y sus alrededores, de la evidencia recolectada surgió que algunos de los episodios habían tenido lugar fuera de esa área, por lo cual se interpretó que se trataba de una conducta de alcance nacional. También se vio que, si bien la misma no implicaba una cartelización absoluta (en el sentido de que las empresas denunciadas adoptaban en otros segmentos conductas que podían considerarse competitivas), la colusión se extendía también a situaciones que involucraban sanatorios privados y no sólo hospitales públicos. Debido al carácter relativamente extendido de la práctica y a la existencia de numerosas pruebas que la acreditaban, este caso terminó con una sanción muy importante en términos del monto de las multas fijadas por el Secretario de Coordinación Técnica, que entre las cuatro empresas involucradas sumó más de 70 millones de pesos.

3.4.3.2. Colusión encubierta y restricciones auxiliares

Así como la jurisprudencia de la CNDC resulta bastante homogénea cuando se trata de casos de colusión abierta, surge también de ella la conclusión relativamente clara de que, en los casos en los que se invocan colusiones encubiertas, el paralelismo

⁷⁷ Otro caso que también podría encuadrarse dentro del concepto de colusión abierta es el de “CNDC c/ TRISA, TSC y otros” (2007), en el cual los tres operadores de televisión por cable de la ciudad de Buenos Aires habían pactado cobrar precios uniformes por sus servicios de transmisión de los partidos de fútbol del torneo argentino de primera división. Sin embargo, como el caso tuvo también elementos referidos a prácticas verticales, y dichos elementos fueron los que tuvieron más peso en su resolución en instancias judiciales, postergaremos su análisis para el capítulo 5.

de precios no basta para probar por sí sólo una práctica horizontal sancionable. El precedente más importante en este punto es “Secretaría de Energía c/ YPF, Esso y Shell” (1994), en el cual la autoridad energética nacional denunció a los tres refinadores de petróleo más grandes del país por actitudes concertadas en sus políticas de precios, ya que ninguno de ellos había disminuido sus precios al público cuando el precio del petróleo crudo había bajado y los tres habían trasladado de manera total un incremento en el impuesto a la transferencia de combustibles. Del dictamen de la CNDC surge sin embargo que, en el caso analizado, no se advierte que las variaciones de precios de las tres empresas denunciadas hayan tenido un grado de concordancia y simultaneidad que prueben una actitud concertada. Esto último justifica la recomendación de concluir las actuaciones sin sancionar a los denunciados, si bien el dictamen contiene un consejo general dirigido a la Secretaría de Energía para la adopción de medidas estructurales tendientes a incrementar la competencia en el mercado de combustibles líquidos.

Similar conclusión a la anterior es la que surge del dictamen que aconseja el archivo de las actuaciones en el caso “Fecliba c/ Roux Ocefa, Rivero y Fidex” (1998), en el cual la Federación de Clínicas de la Provincia de Buenos Aires había acusado a tres laboratorios de concertar entre sí para elevar el precio de los sueros fisiológicos. Como la única prueba objetiva del caso era un supuesto paralelismo de precios (que resultó ser real en términos cualitativos pero inexistente en términos cuantitativos, ya que los incrementos porcentuales habían sido muy distintos en las tres empresas), la CNDC elaboró su dictamen apelando a conceptos teóricos respecto de la razonabilidad de imputar el aumento de precios a una concertación entre los denunciados. La conclusión resultó ser negativa, debido básicamente a la existencia de otros competidores en el mercado, a la relativa facilidad de producir e importar el producto, y al momento en el cual se había producido el incremento de precios denunciado, signado por una situación de incertidumbre económica y aumento de los costos financieros que volvía menos atractivo para las empresas un intento de colusión.

Un caso más reciente de supuesta colusión encubierta que también terminó sin sanción es “Aviabue c/ American Airlines y otros” (2001), en el cual la Asociación de Agencias de Viajes de Buenos Aires denunció a tres líneas aéreas (American Airlines, United Airlines y British Airways) por concertar una baja en las comisiones que les pagaban a las agencias de viajes por sus servicios de venta de pasajes. El argumento

utilizado en este caso por la autoridad antitrust argentina para aceptar las explicaciones de las empresas denunciadas fue que, mientras American Airlines y United Airlines operaban en las rutas que conectaban a la Argentina con Estados Unidos, British Airways lo hacía en una ruta que unía a la Argentina con Europa. Esto llevaba a que no tuviera sentido que esta última línea aérea concertara con las otras dos, cuando claramente no lo estaba haciendo con sus competidores más directos (que eran Aerolíneas Argentinas y las aerolíneas de los países europeos). Asimismo, tampoco resultaba razonable suponer que la actitud de American Airlines y United Airlines fuera producto de una concertación en la cual participara British Airways y no las restantes empresas que cubrían las rutas entre la Argentina y Estados Unidos, ya que dicha concertación habría carecido completamente de efectividad para restringir la competencia. Un último factor que contribuyó a cerrar el caso sin sanción, además, fue que la reducción en las comisiones no tuvo ningún efecto visible sobre el comportamiento del mercado aéreo en sí, el cual parecía hallarse en una época en la cual la intensidad de la competencia entre las empresas estaba aumentando en vez de disminuir.

Un elemento adicional que la CNDC ha tenido en cuenta para descartar hipótesis colusivas es el hecho de que los precios experimenten una tendencia decreciente en el tiempo. En efecto, dado que los acuerdos de precios que pueden producir perjuicio al interés económico general son aquéllos que implican incrementos en los precios que pagan los consumidores, la existencia de una evolución declinante en dichos precios puede servir como prueba de ausencia de colusión. Dicho argumento fue recogido explícitamente en el dictamen que cierra el caso “CNDC c/ Duperial y Compañía Química” (1985), en el cual la hipótesis de colusión entre las dos únicas empresas productoras de anhídrido ftálico se descartó, por la presencia de “... elementos competitivos, como diferentes condiciones de pago o bonificaciones otorgadas por mayores volúmenes de compra, la ausencia de restricciones en la elección y cambio de proveedores por parte de los clientes y la tendencia declinante de los precios expresados en moneda constante”.

Un tercer elemento que ha sido considerado como un indicio significativo de colusión encubierta es la estabilidad de las participaciones de mercado de las empresas en el tiempo. La ausencia de dicha estabilidad ha sido, por ejemplo, el factor clave que

se tuvo en cuenta para aceptar las explicaciones de los presuntos responsables en el caso “La Casa del Grafito c/ Rich Klinger y Bruno Cape” (1989), en el cual se había denunciado un reparto del mercado entre los dos únicos productores de planchas de amianto comprimido. En su dictamen sobre dicho caso, la CNDC manifiesta que “... Rich Klinger SA sobrellevó mejor la recesión del 81/82 y en 1984 había superado su volumen de ventas de 1980 en 200 toneladas, mientras que Bruno Cape SA lo había reducido en 100 toneladas. Esta modificación en la estructura de mercado es indicativa de un comportamiento competitivo entre los operadores del mismo”.

El test del comportamiento del mercado ante la aparición de una presión competitiva local ha sido también utilizado para opinar sobre la existencia de acuerdos colusivos. En “R. Diez c/ Argón y otros” (1995), por ejemplo, se aceptaron las explicaciones de un grupo de empresas denunciadas por acordar precios en el mercado de gas licuado envasado. Además de aplicarse el argumento de que el comportamiento de los precios de las distintas empresas era diferente, la CNDC analizó el caso particular de la provincia de Mendoza, en la cual se habían incorporado al mercado una serie de cooperativas que contaban con ventajas fiscales, y que habían entrado al mercado con niveles de precios menores a los que regían con anterioridad. En el dictamen, este hecho se valora afirmando que “en referencia al ... impacto de este fenómeno en la política comercial de las empresas fraccionadoras, tampoco se ha acreditado hecho alguno ... que pueda ser encuadrable en las disposiciones de la Ley 22.262. ... la nueva competencia de este tipo de empresas hizo que los precios en definitiva experimentaran una baja, pero de ello no puede inferirse en modo alguno conductas violatorias a la norma legal aplicable por parte de las empresas fraccionadoras, enfrentadas desde entonces a nuevos concurrentes al mercado”.

La idea de que ciertos mercados son proclives a situaciones de competencia espacial, y de que dicha situación no debe confundirse con repartos de mercado de carácter colusivo, ha aparecido también de manera explícita en por lo menos un caso sobre el cual la CNDC dictaminó. En efecto, en “A. Dupuy c/ VCC y Cablevisión” (1995) dos operadores de televisión por cable fueron denunciados por “acuerdos de no competencia ni en precios, ni superposición de zonas de instalación”. Luego de comprobar que la conducta denunciada no era verdadera (ya que existían numerosas áreas en las cuales el servicio de ambas empresas se superponía), la CNDC aceptó el

argumento de los presuntos responsables en el sentido de que en ciertos mercados la localización resulta una variable que determina que resulte inconveniente que las empresas se ubiquen en la misma área. En su dictamen, dicho organismo expresa que “... la elección de la zona para la prestación del servicio es un derecho individual de cada prestador, quien no puede ser obligado a la misma si le resulta antieconómico, máxime cuando no se trata de un servicio público ni de máxima necesidad”.

Tampoco finalizó con una sanción el caso “Cámara de Producción y Comercio de Calzado c/ Exolgan y otros” (2003), en el cual una asociación que nucleaba a las principales empresas productoras e importadoras de calzado denunció una supuesta colusión entre los concesionarios de las terminales del puerto de Buenos Aires, que se materializaba a través del cobro de una tarifa homogénea. Para aceptar las explicaciones de las empresas denunciadas, la CNDC ponderó el hecho de que dicha tarifa homogénea era en rigor la tarifa máxima autorizada por Administración General de Puertos. Que todas las empresas estuvieran cobrando dicha tarifa máxima, por lo tanto, no implicaba en este caso una concertación sino simplemente la aceptación de que esa tarifa era la que resultaba individualmente más conveniente dada la existencia de una regulación específica por parte de la autoridad pública.

Otro caso que terminó sin sanción y que es interesante destacar como ejemplo de posible práctica colusiva es el que se planteó en “American Tool y Twill c/ Ezeta” (2004), en el cual dos empresas brasileñas productoras de herramientas denunciaron a una empresa argentina dedicada al mismo rubro por haber intentado convencerlas de acordar precios para el mercado argentino del producto que dichas empresas comercializaban. El dictamen de la CNDC que aconsejó archivar la denuncia destacó el hecho de que la concertación no se había producido (y que, por lo tanto, sólo había operado en el grado de “tentativa”), pero también la circunstancia de que lo que había intentado hacer la empresa denunciada era pactar un acuerdo de comercio administrado entre la Argentina y Brasil, en el cual se pretendía que también participaran las autoridades de la Secretaría de Industria y Comercio de la Argentina. Si dicho acuerdo hubiera tenido lugar, por lo tanto, el mismo habría estado probablemente refrendado por una autoridad pública en el ejercicio de sus funciones, con lo cual su ilegalidad habría podido discutirse precisamente por ese hecho⁷⁸.

⁷⁸ Cabe destacar, sin embargo, que en este caso uno de los vocales de la CNDC firmó un dictamen en

La jurisprudencia argentina sobre casos de colusión encubierta, sin embargo, tiene también un antecedente reciente en el cual el paralelismo de conductas fue sancionado con multas muy elevadas, en virtud de que el mismo se presentó en una situación en la cual existía un número importante de evidencias indirectas que convencieron a las autoridades antitrust de que la colusión analizada era real y había tenido efectos sobre el mercado. El caso en cuestión es “CNDC c/ Loma Negra y otros” (2007), y se refiere al funcionamiento del mercado nacional de producción y comercialización de cemento durante el período 1981-1999.

El caso del cartel del cemento comenzó a raíz de la publicación de un artículo periodístico en el que se denunciaba la existencia de un acuerdo global de cuotas de mercado entre todas las empresas cementeras que operaban en la República Argentina (Loma Negra, Juan Minetti, Cementos Avellaneda, Cementos San Martín y Petroquímica Comodoro Rivadavia). En un principio, se partió del análisis de las pruebas que había utilizado el artículo periodístico en cuestión, pero la autenticidad de las mismas fue rápidamente puesta en duda y lo que la CNDC hizo entonces fue buscar pruebas indirectas que avalaran o desmintieran lo que el artículo periodístico afirmaba. Luego de una larga investigación, terminó concluyendo que existía un fuerte paralelismo de conductas que resultaba consistente con lo que el artículo decía en lo referido a las cuotas de mercado de las empresas a nivel nacional, y comprobó también la veracidad de ciertos episodios puntuales de supuesta concertación de precios entre algunas empresas en algunas ciudades de la Argentina.

El elemento de prueba más importante que se utilizó para complementar las evidencias de paralelismo, sin embargo, no surgió de la investigación original sino del análisis posterior de un sistema de información que era operado por la Asociación de Fabricantes de Cemento Pórtland (AFCP), que es una entidad que nuclea a todas las empresas denunciadas. Dicha asociación llevaba una información sumamente detallada de la producción y las ventas por ciudad de cada una de las empresas, que podía servir tanto para facilitar la colusión tácita entre las firmas como para monitorear el cumplimiento de pactos explícitos entre ellas. Con la evidencia de la existencia de este sistema, y de numerosas comunicaciones que hacían referencia a su uso para

disidencia, en el cual sostuvo que, pese a los elementos atenuantes señalados, la conducta de Ezeta debía considerarse como una restricción a la competencia en grado de tentativa, y que por lo tanto correspondía aplicarle una sanción de multa.

“intercambiar información competitivamente sensible”, la CNDC consideró probada la existencia de colusión entre las empresas involucradas, y aconsejó la aplicación de multas para dichas empresas y para la AFCP.

La importancia del caso del cemento en la aplicación de la ley de defensa de la competencia radica además en el monto de las multas aplicadas (más de 300 millones de pesos en total), que lo convierte en el caso récord dentro de la jurisprudencia antitrust argentina. Cabe destacar, además, que dichas multas fueron confirmadas casi en su totalidad por la Cámara Nacional Penal Económica, que sólo las redujo de un monto de \$309 millones a uno de \$308 millones. También es interesante mencionar que se trata del primer caso en el cual las multas fueron calculadas aplicando el concepto de “beneficio ilícito obtenido”, sin que fuera posible calcular dicho beneficio ilícito de manera directa⁷⁹. Lo que la CNDC hizo, en cambio, fue estimar que el beneficio ilícito correspondiente al caso no podía haber sido inferior al 1% de la facturación actualizada de las empresas involucradas durante el período analizado de 18 años, y aplicó ese monto para calcular las multas.

Un último tema que mencionaremos en esta sección referida a casos de colusión encubierta y pruebas indirectas es el que tiene que ver con la doctrina de las restricciones auxiliares. Esta idea ha sido aplicada por la CNDC en algunas circunstancias, entre las cuales puede mencionarse la que corresponde al caso “CNDC c/ Axle y otros” (1997). En dicho caso, los cinco productores principales de válvulas para envases de gas licuado se habían puesto de acuerdo en utilizar un único representante comercial, que se encargaba de informar –ante cada pedido concreto de un cliente– las condiciones de venta, la empresa proveedora y el precio a pagar por el producto. El caso terminó con una sanción de multa para las empresas implicadas (es decir, los cinco fabricantes y el representante comercial), entendiéndose que el sistema de distribución impuesto sentaba las bases para una política concertada de precios. El perjuicio para el interés económico general tuvo en este caso además un indicador objetivo, ya que en cierto momento del tiempo se produjo el ingreso al país de una fuerte competencia de válvulas importadas, y ese hecho coincidió con una baja en los

⁷⁹ En algunos casos anteriores el concepto de beneficio ilícito obtenido había sido utilizado para calcular multas por infracciones a la ley de defensa de la competencia, pero siempre en situaciones en las cuales dicho beneficio ilícito podía ser estimado de manera directa (por ejemplo, a través de una medida del sobreprecio cobrado por las empresas imputadas).

precios y con el abandono del esquema comercial acordado entre las empresas denunciadas.

3.4.3.3. Asociaciones empresarias y profesionales

Al igual que en otros países del mundo, en la Argentina muchas sanciones por prácticas horizontales colusivas han tenido lugar en casos que implicaban a alguna cámara o asociación empresaria o profesional. A los ejemplos ya mencionados de la Cámara de Empresas Argentinas de Gas Licuado, del Centro Coordinador de Actividades Portuarias, y de la Asociación de Fabricantes de Cemento Pórtland pueden agregarse una serie de casos que involucraron a círculos de panaderos, cámaras inmobiliarias y asociaciones de productores agropecuarios. Dos casos que revisten algún interés son en ese sentido “L. Tripicchio c/ Centro de Industriales Panaderos de Lanús” (1997) y “CNDC c/ CAESI” (1998), en los cuales las entidades denunciadas terminaron ofreciendo compromisos de cesar en sus conductas anticompetitivas que fueron aceptados por la CNDC y homologados por el Secretario de Industria y Comercio. En el primero de ellos, el centro de panaderos de Lanús sugería precios de venta del pan que eran más elevados que los que regían en jurisdicciones vecinas, y (a manera de sanción para las panaderías que se rehusaban a respetar dichos precios) instalaba puestos callejeros de venta en las inmediaciones de dichas panaderías. Estos puestos vendían el pan mucho más barato y desviaban la clientela del negocio que se había apartado de los dictados del Centro. En el otro caso, la Cámara Argentina de Empresas de Seguridad e Investigación (CAESI) publicaba índices de costos de provisión de los servicios de vigilancia, y había logrado incluir en el convenio colectivo de trabajo de su actividad una cláusula que impedía a sus asociados cotizar precios por debajo de dichos índices. El compromiso de los panaderos de Lanús implicó la obligación por parte de éstos de cesar en la conducta de fijación de precios e impedir que sus asociados adoptaran nuevas prácticas anticompetitivas; el de CAESI consistió en no hacer uso de la cláusula convencional objetada y en gestionar su derogación ante el Ministerio de Trabajo.

En lo que se refiere a asociaciones profesionales, buena parte de los casos de colusión analizados por la CNDC tienen que ver con los mercados de servicios para la salud. El caso más importante que involucró a una entidad de este tipo fue “CNDC c/

Asociación Argentina de Anestesiología” (1983), que concluyó con una orden de cese y una multa que fueron posteriormente ratificadas por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico. Las consideraciones del dictamen de la CNDC en este caso equipararon la actitud de la entidad denunciada con una concertación formal de precios, y sostuvieron que el interés económico general se hallaba concretamente dañado por los efectos que la práctica tenía sobre los usuarios del servicio de anestesiología. Se llegó asimismo a la conclusión de que la Asociación Argentina de Anestesiología ocupaba en los hechos una posición de dominio en el mercado y que los aumentos de precios fijados habían sido muy significativos, ya que en el período analizado habían superado a los índices generales de precios en proporciones que iban del 48% al 88%.

Bien diferente del anterior fue el análisis que concluyó con la aceptación de las explicaciones en el caso “ISSN c/ Colegio Médico de Neuquén” (1988), en el cual una asociación profesional fue denunciada por el Instituto de Seguridad Social de Neuquén por imponer aranceles por encima del nomenclador nacional entonces vigente. Para cerrar el caso sin sanción, la CNDC consideró que, si bien el colegio médico había fijado los precios a cobrar por sus asociados y controlaba el cumplimiento de los mismos, los honorarios en cuestión habían surgido de la puja entre partes que representaban franjas considerables de la oferta y la demanda, y que además no afectaban al resto del mercado de prestaciones médicas.

La cantidad relativamente grande de casos que involucraban conflictos entre oferentes y demandantes de servicios médicos y hospitalarios motivó en su momento a la CNDC a elaborar un documento de pautas de aplicación de la ley de defensa de la competencia a los mercados de servicios de salud (Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, 1997b). Además de los dos precedentes mencionados, el documento en cuestión menciona varios casos más de fijación de precios, entre los que se destacan “CNDC c/ Colegio de Farmacéuticos y Bioquímicos de la Capital Federal” (1982), “INOS c/ Asociación Urológica de Rosario” (1989) e “INOS c/ Círculo Médico de Tandil” (1995). De toda esa jurisprudencia, la CNDC concluye que resulta posible enunciar dos pautas básicas para evaluar la procedencia de las conductas de las asociaciones de prestadores de servicios para la salud en lo que se refiere a la fijación de precios. Dichas pautas son las siguientes:

1) Las asociaciones de prestadores y los conjuntos de asociaciones de prestadores que

nucleen más del 25% de los prestadores de alguna especialidad en algún mercado relevante no deberán fijar honorarios mínimos ni precios de sus servicios.

2) Las asociaciones y conjuntos de asociaciones sí podrán convenir precios para los servicios de sus asociados y/o cuotas para sistemas de capitación cuando los mismos surjan de negociaciones con administradores de fondos para la salud o con sus representantes. Dichos precios podrán surgir también de negociaciones entre dichos administradores de fondos (o sus representantes) y prestadores independientes.

Menos feliz y clara resulta la jurisprudencia referida a la fijación de honorarios mínimos por parte de asociaciones profesionales fuera del mercado de la salud. En un principio, la CNDC interpretó que dicha fijación violaba la ley de defensa de la competencia, y fue así como resolvió simultáneamente tres casos de oficio en los que aconsejó imponer multas a entidades que nucleaban a graduados en ciencias económicas, traductores y martilleros (“CNDC c/CGCE y CPCE de la Capital Federal”, “CNDC c/ Colegio de Traductores Públicos de Buenos Aires” y “CNDC c/ Colegio de Martilleros y Corredores Públicos de Mar del Plata”, 1983). Sin embargo, cuando las resoluciones que establecían dichas sanciones fueron apeladas, los tribunales superiores entendieron que la fijación de honorarios por parte de esas entidades con control de la matrícula estaba amparada por leyes específicas que las facultaban para hacerlo, en su carácter de personas públicas no estatales. Este criterio hizo que la CNDC desistiera con posterioridad de inmiscuirse en este tipo de casos, los cuales tampoco han sido planteados desde entonces por denunciante particulares.

4. Prácticas horizontales exclusorias

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 capítulo nos abocaremos al estudio de las normas y casos de defensa de la competencia referidos a prácticas exclusorias de naturaleza horizontal, es decir, prácticas que sólo involucran a empresas que se encuentran en el mismo eslabón de la cadena de producción y distribución. Las prácticas verticales serán objeto de un capítulo posterior, lo mismo que las prácticas que se implementan a través de la discriminación entre clientes o proveedores.

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 capítulo se referirá a las principales teorías económicas y jurídicas 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.

4.1. Conceptos básicos

4.1.1. 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) llevan 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 estadounidense 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 Superior de Justicia 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 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 competidores⁸⁰. 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 exclusorios de posición dominante⁸¹.

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

⁸⁰ Al respecto, véase Posner (1976), capítulo 9.

unilaterales. En esta última línea entra también la legislación española (ley 15/2007), que prohíbe las concertaciones anticompetitivas en su artículo 1 y los abusos de posición dominante en su artículo 2. 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)⁸². 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, artículo 20, incisos I a IV).

La práctica horizontal exclusoria que ha sido objeto de mayor análisis por parte de la literatura económica es probablemente la que tiene que ver con la obstaculización de la entrada (*entry deterrence*). Dicha práctica es una estrategia por la cual una empresa o grupo de empresas intenta evitar el ingreso al mercado de uno o más competidores. El modelo básico que se utiliza para analizar una decisión de obstaculización de la entrada supone que en un determinado mercado existe una empresa establecida (que puede ser monopolista o líder de precios), y que fuera de dicho mercado hay un competidor potencial que está evaluando la posibilidad de ingresar. La empresa establecida sabe que, si efectivamente se produce la entrada del competidor potencial, su situación en el mercado se modificará a consecuencia de la mayor competencia, y por lo tanto sus beneficios disminuirán. Sin embargo, la empresa establecida sabe también que (por su posición actual dentro del mercado) tiene alguna capacidad de erigir una barrera de entrada artificial, a través de la realización de un gasto específicamente destinado a evitar que el competidor potencial pueda ingresar al mercado en cuestión.

Según cómo sea el impacto de las barreras de entrada que puede crear la empresa establecida sobre los beneficios del competidor potencial y sobre los suyos propios, una situación como ésta puede tener tres resultados: o bien la disuasión es

⁸¹ Esto ha sido señalado ya por Cabanellas (2005), capítulo 5.

⁸² En rigor, el artículo en cuestión también prohíbe “los monopolios y estancos”, pero dicha prohibición es mucho menos operativa que la que se refiere a las prácticas anticompetitivas, 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.

innecesaria (entrada bloqueada), o bien es necesaria y cumple con su objetivo (entrada efectivamente impedida) o bien es inútil o excesivamente costosa para la empresa establecida. En este último caso se dice que la mejor estrategia para la empresa establecida es una estrategia de acomodamiento, que deje ingresar al mercado al competidor potencial⁸³. De todos estos casos posibles, sólo la entrada efectivamente impedida conlleva una situación de exclusión anticompetitiva, puesto que implica que un competidor que en condiciones normales hubiera ingresado al mercado se abstendrá de hacerlo, en respuesta a la estrategia obstaculizadora de la empresa establecida.

Otra práctica exclusoria particular que ha merecido el interés de la doctrina jurídica y económica 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 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 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 competidor⁸⁴.

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

⁸³ Esta terminología tiene su origen en Bain (1956), y ha sido desarrollada de manera analítica en los trabajos de Spence (1977) y Dixit (1980). Para una explicación más detallada de estos temas, véase Coloma (2005), capítulo 6.

⁸⁴ Estas condiciones fueron enunciadas en la sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones correspondiente al caso “MCI c/ AT&T” (1983).

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 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 pueden incluirse 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 costos⁸⁵.

En su artículo sobre prácticas exclusorias horizontales y verticales, Rey y Tirole (2007) mencionan una lista de medidas posibles que pueden adoptarse para resolver los problemas de competencia generados por este tipo de prácticas. Dicha lista comprende las denominadas “políticas estructurales” (por ejemplo, desmembramiento de empresas para que no operen en distintos mercados, o separación vertical entre segmentos monopólicos y competitivos), las políticas de control de precios de acceso (que es más una medida de regulación directa que una alternativa de política de competencia), las políticas de control de cantidad (por ejemplo, el requerimiento de que cierto porcentaje de la capacidad instalada sea cedido a otras empresas), el establecimiento de relaciones entre los precios (por ejemplo, los requerimientos de no discriminación de precios entre clientes de distinto tipo) y los requerimientos de información (por ejemplo, la publicidad de los precios mayoristas que se pactan en los contratos de provisión de insumos).

4.1.2. Depredación y ventas por debajo del costo

Tal como hemos mencionado al comienzo de este capítulo, la depredación consiste en una conducta por la cual una empresa intenta expulsar del mercado a uno o varios competidores. El instrumento más usual para llevar a cabo esta conducta es la política de precios, la cual recibe en estos casos el nombre de “política de precios predatorios”. Un precio predatorio puede definirse como aquél que cierta empresa (depredador) cobra por debajo de los costos de provisión de un bien, con el objetivo de lograr que sus competidores (presas) abandonen el mercado. Para que una política de precios predatorios sea racional, suelen enumerarse tres requisitos básicos: que los precios bajos no se deban a ventajas de costos asociadas con mayor eficiencia; que, a

⁸⁵ Para un análisis más completo de este tema, véase Church y Ware (2000), capítulo 20.

consecuencia de tales precios, el depredador pueda ganar *market share* y obtener un mayor poder de mercado, y que, si consigue dicho poder de mercado, pueda luego ejercerlo efectivamente e impedir la entrada de otros competidores futuros⁸⁶.

El cumplimiento simultáneo de todos estos requisitos resulta virtualmente imposible en un contexto de información y empresas simétricas. Esto es así porque, en principio, las estrategias de venta por debajo del costo le generan una pérdida mayor al depredador que a la presa, debido a que es precisamente el depredador el que pasa a vender una cantidad mayor con una margen de beneficio negativo. En efecto, si las empresas son relativamente equivalentes, resulta más probable que quien intenta una estrategia de precios predatorios tenga menor resistencia a mantenerla que la resistencia que puede tener la víctima de dicha estrategia a permanecer en el mercado y esperar que dicha situación desaparezca. También suele resultar contradictorio el hecho de que una empresa tenga la capacidad de expulsar competidores y que al mismo tiempo pueda asegurarse que, cuando quiera ejercer su poder de mercado incrementando nuevamente sus precios, ningún nuevo competidor le ingrese. Esto es así porque, en general, los mercados que presentan altas barreras de entrada tienen también implícitos altos costos de salida, lo cual vuelve más dificultosa una baja de precios que resulte efectiva para eliminar competidores existentes.

Existe un relativo consenso en la literatura económica de que una estrategia de precios predatorios sólo puede verificarse en un contexto en el cual el depredador actúa como líder y la presa actúa como seguidora. Esto puede obedecer a varios factores, pero hay dos que resultan relativamente esenciales: por un lado, el depredador debe ser una empresa de mayor tamaño que la presa (por ejemplo, debe ser una empresa que opera en varios mercados y que está tratando de eliminar un competidor que sólo actúa en uno de ellos); por otro, debe tener un horizonte temporal más largo, una menor aversión al riesgo y una tasa de descuento del futuro más pequeña. Una manera de modelar esto es suponer que el depredador es un jugador “de largo plazo” y que la presa es un jugador “de corto plazo”. Esto implica que el depredador valora relativamente más la ganancia futura que puede obtener por eliminar a la presa que la pérdida presente que le acarrea su actividad predatoria, en tanto que la presa valora relativamente más la pérdida presente que le ocasiona el depredador que la ganancia futura que puede obtener una

⁸⁶ Para un análisis más detallado de estos requisitos, véase Burgess (1995), capítulo 10.

vez que la estrategia predatoria finalice⁸⁷.

En su caracterización como una práctica anticompetitiva, los precios predatorios 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 presumiblemente predatorio⁸⁸. 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 las ventas por debajo del costo que tienen por objeto 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)⁸⁹.

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 estas explicaciones, Joskow y Klevorick (1979)

⁸⁷ Para un análisis más detallado de este tema, véase Motta (2004), capítulo 7.

⁸⁸ 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.

⁸⁹ Al respecto, véase Organization for Economic Cooperation and Development (1989).

han propuesto la utilización de una metodología en dos etapas, que requiere evaluar primero si la estructura de mercado existente facilita la implementación 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 Canadá⁹⁰.

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.

Otra fuente comúnmente utilizada por los organismos de defensa de la competencia para evaluar prácticas predatorias es la literatura propiamente económica. Dicha literatura ha resultado útil, por ejemplo, para ayudar en la implementación del test propuesto por Areeda y Turner, precisando de manera más rigurosa cuáles son los conceptos que deben utilizarse para medir si los precios que está cobrando una empresa están o no por debajo del costo. En un artículo de Dorman (2004), por ejemplo, se plantea que, con independencia del concepto de costo que se utilice para realizar la comparación, existen por lo menos cuatro temas que son centrales para cualquier test de precios predatorios, que son la unidad de medida apropiada de cantidad de producto que

⁹⁰ Véase Canadian Competition Bureau (1992).

va a utilizarse⁹¹, el período de tiempo apropiado para analizar si las ventas se hicieron o no por debajo del costo, la existencia de ingresos adicionales generados por la venta (a través, por ejemplo, de productos complementarios) y la diferencia entre los costos reales y los costos de oportunidad de los bienes y servicios vendidos.

Basándose en razonamientos de la teoría de los juegos, la literatura económica también 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

⁹¹ Este tema resulta relevante cuando los compradores pagan el bien o servicio de determinada manera (por ejemplo, por cada pasaje que adquieren) pero los costos varían en base a una unidad de medida distinta (por ejemplo, por cada ómnibus o avión que la empresa despacha). En ese caso resulta posible que existan ventas por debajo del costo medidas desde el punto de vista de algunos compradores pero que no las haya cuando se las analiza desde el punto de vista de la empresa oferente.

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 Ten 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.

4.2. Estados Unidos

4.2.1. Jurisprudencia sobre monopolización y exclusión de competidores

La jurisprudencia norteamericana sobre monopolización y exclusión de competidores tiene sus primeros ejemplos importantes en las sentencias de la Corte Suprema que en 1911 cerraron dos casos de gran repercusión pública: “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 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 aparejadas,

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, y porque 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 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 estadístico 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 partió 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”⁹². Otra visión es que lo que se consideró anticompetitivo fue la obstaculización del acceso de competidores 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

⁹² Véase, por ejemplo, Gellhorn y Kovacic (1994), capítulo 4.

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 de Nemours” (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 instalada, destinada a satisfacer todo el crecimiento previsto en la demanda del mercado y a aprovechar 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”⁹³.

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 exclusoria. 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

⁹³ Para un análisis más completo de este caso, véase Dobson, Shepherd y Stoner (1994).

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 beneficiar a los productores de equipos periféricos⁹⁴.

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 décadas de 1970 y 1980. Uno de los que llegó a la Corte Suprema en ese período fue “EEUU c/ Otter Trail” (1973), que puede verse como una aplicación de la doctrina de las instalaciones esenciales. En él, una empresa transportista y distribuidora de electricidad fue sancionada por negarse a suministrarle electricidad a sistemas de distribución independientes operados por las municipalidades de diferentes ciudades, con el fin de evitar que dichas ciudades establecieran sus propios sistemas de distribución y dejaran de tener a Otter Trail como operador del sistema de distribución de electricidad.

Otro caso significativo (y en algún sentido más complejo) es “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 por la Corte Suprema 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

⁹⁴ 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.

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 conjuntos⁹⁵.

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

⁹⁵ 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 colusión.

El sector de las telecomunicaciones fue también el que dio origen al último caso importante de monopolización que llegó a la Corte Suprema norteamericana, que es el de “C. Trinko c/ Verizon” (2004). Este caso puede verse como una delimitación del uso de la doctrina de las instalaciones esenciales en circunstancias en las cuales dichas instalaciones están sujetas a una regulación específica. En efecto, lo que aquí acontecía era que un cliente del servicio telefónico de la ciudad de Nueva York (Curtis Trinko) demandaba a la antigua monopolista del servicio de telefonía fija de esa ciudad (Verizon) por prácticas destinadas a disuadir a sus competidores recientemente ingresados a dicho servicio, y que estaban relacionadas con supuestas maniobras referidas a los sistemas de interconexión existentes entre las líneas las distintas compañías. En su sentencia absolutoria de la conducta de Verizon, la corte estadounidense ponderó el hecho de que dicha interconexión se hallaba específicamente regulada por la Comisión Federal de Comunicaciones, la cual había ya actuado estableciendo obligaciones de interconexión, cargos de acceso específicos y multas por incumplimiento, por lo cual el tema había salido de la esfera del derecho antitrust y había sido reemplazado por un esquema regulatorio más específico y completo.

4.2.2. 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 será analizada con mayor detenimiento en el capítulo 6, cuando nos

refiramos a las prácticas anticompetitivas de tipo discriminatorio.

En su artículo sobre el tema de los precios predatorios, Niels y Ten Kate (2000) señalan que la jurisprudencia estadounidense ha ido definiendo una línea de interpretación de esta práctica 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 al costo medio variable, y consideró además que era necesario considerar no sólo al producto cuyo precio era objeto de denuncia (que en dicho 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 ese 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 (desistiendo por ende de sancionar a las empresas denunciadas). 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 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 instalada 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 una situación en que el depredador 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 monopolístico.

En el caso “Brooke c/ Brown & Williamson” (1993), por su parte, 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 monopolísticos. 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 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.

En el caso más reciente de “Ross-Simmons *c/* Weyerhaeuser” (2007), la Corte Suprema de EEUU concluyó que los requerimientos para probar una violación a las normas antitrust en casos de precios predatorios también debían aplicarse en situaciones en las cuales lo que se objetaba era la conducta de elevar los precios de compra de un insumo para depredar a un competidor que también adquiriría dicho insumo (*predatory bidding*). El caso en cuestión se refería a una empresa maderera del noroeste de Estados Unidos (Weyerhaeuser), en relación con sus compras de troncos de madera de abedul, los cuales también eran utilizados por sus competidoras, entre ellas la demandante Ross-Simmons. Weyerhaeuser tenía una participación de mercado del 65% como comprador de abedul en la zona bajo análisis, y dicho insumo representaba un porcentaje muy importante de los costos de Ross-Simmons. Si bien en el caso había quedado probado que la conducta de Weyerhaeuser había hecho que Ross-Simmons debiera abandonar el mercado (y por tal hecho Weyerhaeuser había sido condenada por los tribunales inferiores por los cuales el caso había pasado), la Corte Suprema concluyó que lo que no había quedado probado era que la parte demandada hubiera tenido una intención predatoria ni que tuviera tampoco la posibilidad futura de recuperar las pérdidas incurridas en la supuesta depredación⁹⁶.

La idea de que la depredación puede aparecer como consecuencia de la elevación artificial de un precio de compra y no sólo como resultado de la reducción del precio de venta es también la base de otro tipo de conducta que ha merecido la categorización de intento de monopolización, y que se conoce con el nombre de “estrangulamiento de precios” (*price squeeze*). Dicha práctica 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 conducta puede englobarse dentro de la teoría más general de incremento de los costos de los rivales, y ha sido explícitamente considerada como un elemento constitutivo de la conducta sancionada en el caso Alcoa, al que nos hemos referido en la sección anterior.

⁹⁶ Para un análisis más detallado de este caso, véase Hylton (2008).

Un caso más reciente en el cual también fue condenada (y que, curiosamente, involucró a una de las empresas creadas en su momento 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”,⁹⁷.

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 haya 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,

⁹⁷ El estrangulamiento de precios ha aparecido también como una conducta sancionable en varios casos recientes que involucraron mercados de telecomunicaciones en los cuales empresas verticalmente integradas compiten contra otras empresas que sólo operan en un segmento del mercado (por ejemplo, el de telefonía de larga distancia). De la jurisprudencia que surge de dichos casos (“Cavalier c/ Verizon Virginia”, 2003; “Covad c/ BellSouth”, 2004; “Covad c/ Bell Atlantic”, 2005) puede extraerse la idea de que, para que una conducta de este tipo resulte sancionable, el margen entre el precio mayorista y el precio minorista que cobra la empresa verticalmente integrada debe ser incapaz de cubrir los costos en los que dicha empresa incurre en su actividad habitual.

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 había 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 peticionaron 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 competidor⁹⁸.

4.3. Unión Europea

4.3.1. Jurisprudencia comunitaria

Tal como hemos visto en la sección 4.1.1, 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, sin embargo, es un producto de la

⁹⁸ Al respecto, cabe mencionar la sentencia correspondiente al caso “Professional Real Estate Investors c/ Columbia Pictures” (1993).

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 a una práctica exclusoria de carácter estrictamente horizontal.

El primer caso europeo de importancia sobre prácticas horizontales exclusorias 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 que se le había fijado a la empresa Comercial Solvents Corporation y a su subsidiaria italiana (Istituto Chemioterapico Italiano), por negarse a proporcionarle insumos a un fabricante de un producto químico (llamado etambutol) que competía contra ella. Unos años más tarde, sin embargo, el propio tribunal revirtió una sanción parecida 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 también 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” (1990), en cambio, la negativa a suministrar azúcar industrial por parte 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/ Deutschebundesbahn” (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 Dublín-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.

La doctrina de las instalaciones esenciales ha servido también para sancionar otras conductas referidas a activos menos tangibles que los puertos, los aviones y las vías férreas. 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), a fin de que los cigarrillos extranjeros no pudieran ingresar fácilmente a Italia.

Otro activo intangible cuya negativa de acceso fue objeto de un caso que se encuadró como un abuso exclusorio de posición dominante fue cierto sistema de clasificación del mercado farmacéutico alemán (denominado “estructura 1860”) creado por la consultora IMS Health para la elaboración de informes sobre ventas y estudios de mercado. En el caso “NDC Health c/ IMS Health” (2004), un competidor de dicha consultora (NDC Health) objetó que IMS Health se negara a otorgarle una licencia para utilizar su sistema de clasificación en la elaboración de sus propios informes, considerando que dicha negativa implicaba de hecho una exclusión del mercado. Esto se debía a que el sistema de clasificación creado por IMS Health se había vuelto estándar dentro del sector farmacéutico alemán, y a que no existían argumentos de eficiencia que justificaran que su uso debía limitarse exclusivamente a su creador. En su sentencia condenatoria, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ponderó el hecho de que NDC Health no estaba ofreciendo un producto que simplemente replicaba el original ofrecido por IMS Health, sino que se trataba de un servicio adicional que podía beneficiar a los propios clientes de IMS Health, con lo cual la negativa de acceso al sistema de clasificación le generaba un perjuicio adicional a los posibles usuarios del sistema.

Pero el caso más significativo de la jurisprudencia europea sobre obstaculización al acceso de un activo intangible, que pueda considerarse como una instalación esencial para competir en un mercado, es casi con seguridad “Morgan Stanley c/ Visa” (2007). En él, una de las empresas emisoras de tarjetas de crédito más importantes del mundo (Visa) fue multada por 10 millones de euros por negarse a admitir en su sistema a un banco (Morgan Stanley), aparentemente en virtud de que dicho banco operaba en los Estados Unidos con otra tarjeta de crédito rival (Discover). El hecho de que Morgan Stanley no pudiera emitir tarjetas de crédito Visa en Europa importaba en este caso una fuerte restricción para competir en el mercado de captación de comercios que aceptan tarjetas de crédito, ya que dichos comercios hallan mucho más conveniente contratar

con bancos que ofrecen varias tarjetas de crédito (especialmente Visa y MasterCard, que son las más difundidas) y no con bancos que no trabajen con alguna de dichas tarjetas.

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” (1993) 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 esos 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 los 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 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 recientemente⁹⁹.

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 de 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, si bien dichas operaciones se realizaban en un contexto en el cual el cartón se vendía por encima de su costo y la

⁹⁹ El caso AKZO ha sido objeto de análisis por parte de varios artículos dentro de la literatura económica.

transacción en su conjunto era en sí rentable para el vendedor.

Otro 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 alemana de correos fue sancionada, entre otras prácticas, por vender 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).

Con el avance de la desregulación en el sector de las telecomunicaciones en Europa, en el siglo XXI comenzaron a aparecer también casos de depredación que involucraron a dicho sector. Uno de ellos, referido al mercado francés de internet de banda ancha por vía telefónica, es “Comisión Europea c/ Wanadoo” (2007), en el cual una subsidiaria de la empresa de telecomunicaciones francesa France Telecom (denominada Wanadoo) fue multada en más de 10 millones de euros por cobrar precios predatorios en sus servicios de internet de banda ancha. Dicha multa, que fue confirmada por los tribunales europeos de primera instancia, sancionaba una conducta cuyo objetivo era eliminar a otras empresas que operaban en el mercado utilizando la misma red telefónica, que era propiedad de France Telecom.

Otros dos casos recientes que se refieren a mercados de telecomunicaciones concluyeron con multas para los operadores dominantes por conductas de estrangulamiento de precios. En el primero de ellos, “Comisión Europea c/ Deutsche Telekom” (2003), el estrangulamiento se producía por la exigua diferencia que la empresa alemana de telecomunicaciones Deutsche Telekom establecía entre el precio que le cobraba a sus propios clientes y el que le cobraba a las otras empresas de telefonía que le solicitaban acceso al por mayor a su “bucle local”. Dicha diferencia era insuficiente para cubrir tanto los costos de Deutsche Telekom como los de sus competidores, y servía como un elemento para excluir a estos últimos del mercado. En

Un ejemplo importante de esa literatura es Philips (1994).

“Comisión Europea c/ Telefónica” (2007), por su parte, el estrangulamiento tuvo lugar en el mercado español de internet de banda ancha, en el cual Telefónica establecía un precio sumamente elevado para brindar acceso a sus competidores a su red telefónica, con lo cual virtualmente se garantizaba su exclusión del mercado.

Un último tipo de práctica horizontal exclusoria que ha merecido sanción por parte de la Comisión Europea es el abuso de procedimientos administrativos y judiciales, que fue la conducta objetada en el caso “Comisión Europea c/ AstraZeneca” (2005). Dicho caso, que concluyó con una multa de 60 millones de euros para la empresa denunciada, se refería a una estrategia que el laboratorio farmacéutico que tenía la patente de invención del principal medicamento contra la úlcera (denominado Losec) había llevado a cabo para retrasar el ingreso al mercado de otros medicamentos genéricos que se disponían a competir contra él una vez que la mencionada patente hubo expirado. Dicha estrategia implicaba el uso de información falsa para obtener una extensión de la patente en distintos países miembros de la Unión Europea, y la implementación de cambios en la presentación del Losec (cuyo único objetivo, aparentemente, era retrasar los procedimientos de aprobación de medicamentos genéricos que utilizaban el mismo principio activo). Con todo esto, AstraZeneca había logrado prolongar de hecho su posición monopólica en varios mercados europeos de medicamentos contra la úlcera, durante un período mucho mayor que el que le confería la patente de invención que poseía¹⁰⁰.

4.3.2. El documento de la Comisión Europea sobre abusos exclusorios

En el mes de diciembre de 2005, la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea publicó un documento de trabajo de 72 páginas sobre la aplicación del artículo 82 del Tratado de la Comunidad Europea al tema de los abusos exclusorios de posición dominante (Comisión Europea, 2005b). Si bien el documento en cuestión no es una norma legal vinculante para ningún órgano de la Unión Europea, puede considerarse que el mismo fija la posición que las autoridades europeas de competencia tienen en este momento respecto del tratamiento de las prácticas anticompetitivas exclusorias, con lo cual resulta posible inferir de él una serie de principios de aplicación

¹⁰⁰ Para una explicación más detallada de los hechos de este caso, véase Comisión Europea (2005a), capítulo 1.

que pueden ser útiles para el análisis antitrust.

El documento de la Comisión Europea se divide en diez capítulos. Luego de una introducción (capítulo 1) y de un análisis de la relación entre el artículo 82 del Tratado de la Comunidad Europea y otras disposiciones (capítulo 2), viene un capítulo acerca de la definición de mercados relevantes en casos de abusos de posición dominante (capítulo 3). El capítulo 4, por su parte, se refiere al concepto de posición dominante, tanto en las situaciones en las cuales se lo utiliza para analizar conductas unilaterales como cuando se lo emplea en casos de “posición dominante colectiva”. El capítulo 5, en cambio, trata el tema del encuadramiento de los casos de abuso exclusorio de posición dominante, tanto para situaciones horizontales como verticales, y para casos en los cuales el instrumento utilizado es o no una política de precios. Los restantes cinco capítulos del documento se refieren a prácticas específicas que pueden entrar dentro de la categoría de abuso exclusorio de posición dominante. Aparecen así los precios predatorios (capítulo 6), los descuentos por exclusividad (capítulos 7), las ventas atadas y en bloque (capítulo 8), las negativas de venta (capítulo 9) y la monopolización de mercados de insumos y accesorios (capítulo 10).

El principio más importante que el documento de trabajo de la Comisión Europea establece en sus primeros capítulos es la idea de que el artículo 82 del Tratado de la Comunidad Europea puede y debe ser utilizado en conjunto con el artículo 81, por lo cual las conductas exclusorias originadas en acuerdos entre empresas deben regirse por los mismos principios generales que las conductas exclusorias unilaterales, y las excepciones establecidas en el apartado 3 del artículo 81 son también aplicables a los casos de abuso de posición dominante del artículo 82. Otro tema que aparece en el comienzo del documento es la diferencia entre la definición de mercado relevante que se utiliza en casos de abuso de posición dominante y la que se utiliza comúnmente en casos de concentraciones económicas. Al respecto, el documento señala que, si bien en principio ambos conceptos son similares, es posible que en numerosos casos de abuso de posición dominante no sea posible utilizar de manera directa el test del monopolista hipotético, puesto que es más probable que estemos en una situación en la cual el mercado relevante esté ya monopolizado por una empresa, y corramos por lo tanto el riesgo de caer en la falacia del celofán.

En lo que se refiere al concepto en sí de posición dominante, el capítulo 4 del

documento de la Comisión Europea parte de la idea de que una empresa tiene posición dominante en un mercado si está en una situación tal que puede evitar que exista competencia efectiva en dicho mercado, y comportarse de manera relativamente independiente respecto de las otras empresas que operen en el mismo. Dicha idea es rápidamente relacionada con los conceptos económicos de liderazgo y poder de mercado, en el sentido de que una empresa con posición dominante debe tener poder de mercado y debe también ejercer cierto liderazgo en relación a las otras empresas que puedan estar en el mercado. El capítulo 4 le dedica también una sección al tema de la posición dominante colectiva, que aparece cuando dos o más empresas se presentan o actúan como si fueran una sola entidad. Esto puede acontecer si dichas empresas están vinculadas entre sí por algún tipo de acuerdo explícito o asociación que las nuclea, pero también puede aparecer si en el mercado en cuestión existe algún tipo de coordinación entre empresas o colusión tácita.

El capítulo 5 del documento de la Comisión Europea, por su parte, se aboca a analizar el encuadramiento de una conducta como un abuso exclusorio de posición dominante. Como principio rector para dicho encuadramiento, el documento menciona la idea de que un abuso de posición dominante sólo es tal si limita la competencia en el mercado creando un perjuicio para los consumidores, y que por lo tanto son éstos, y no los competidores de la entidad con posición dominante, los que deben ser protegidos por las normas de defensa de la competencia. Otro principio importante que aparece en este capítulo es la idea de que la exclusión de competidores no tiene por qué ser completa para que se configure un abuso exclusorio de posición dominante, sino que basta con que la conducta objetada sea capaz de hacer que los competidores se comporten de manera menos agresiva.

El capítulo 5 del documento bajo análisis les dedica también varias secciones a las posibles defensas que una empresa con posición dominante puede esgrimir en casos de abuso exclusorio. Una de ellas es la defensa por “necesidad objetiva”, que es la que tiene lugar cuando una conducta de tipo exclusorio está originada en razones de seguridad del suministro, salubridad u otras parecidas. Otra posible defensa es la que acontece cuando la conducta exclusoria obedece a la necesidad de igualar las ofertas de los competidores (*meeting competition defence*), lo cual puede acontecer en casos en los cuales una empresa dominante baja sus precios luego de que otras empresas no

dominantes lo han hecho, para contrarrestar la pérdida de clientes originada en dicha acción anterior. El último tipo de defensas que menciona el documento de la Comisión Europea es el que tiene que ver con argumentos de eficiencia, el cual puede esgrimirse cuando acontecen simultáneamente las siguientes cuatro condiciones:

- i) las eficiencias se producen o es probable que se produzcan como resultado de la conducta bajo análisis;
- ii) la conducta en cuestión es indispensable para que se produzcan dichas eficiencias;
- iii) las eficiencias benefician a los consumidores; y
- iv) la competencia con otras empresas no desaparece respecto de una parte sustancial del mercado.

A partir del capítulo 6, el documento de trabajo de la Comisión Europea se aboca a analizar una serie de prácticas específicas. La primera de ellas es la de los precios predatorios, que el documento define como aquellos precios que permiten que una empresa dominante elimine o discipline a uno o más competidores, o impida la entrada de uno o más competidores potenciales. En su análisis de los precios predatorios, el documento de la Comisión Europea toma como criterio básico de costo por debajo del cual deberían fijarse los precios para poder ser considerados predatorios al llamado “costo medio evitable” (*average avoidable cost*), al cual define como el costo que podría ser evitado si no se produjera el producto bajo análisis. Dicho costo es en algunos casos equivalente al costo medio variable, pero puede incluir también una serie de costos fijos no hundidos.

Otro punto original que el documento de la Comisión Europea señala en su análisis de los precios predatorios es el de las posibles evidencias de una conducta exclusoria de este tipo. Se menciona así que es posible que existan pruebas directas de esta conducta, tales como documentos en los que se describan planes estratégicos de las empresas para depredar competidores del mercado. También se señala que los precios predatorios pueden probarse de manera indirecta, cuando lo que existen son evidencias tales como la inexistencia de justificaciones comerciales que puedan explicar los precios bajos con argumentos no predatorios, la concurrencia de los precios bajos con otras estrategias de tipo exclusorio tales como la obstaculización de la entrada, y la existencia de fuentes de financiamiento que le permiten al depredador cubrir las pérdidas en las que incurre a consecuencia de los precios predatorios con beneficios obtenidos en otros

mercados.

Otra conducta que el documento de la Comisión Europea analiza con cierto detalle es la que consiste en negarse a vender cierto bien o servicio (capítulo 9). La potencialidad exclusoria de esta práctica puede tener lugar cuando una empresa dominante se niega a venderle a un cliente que también le compra productos a un competidor, o a un cliente que se niega a entrar en un acuerdo de exclusividad o de venta atada. También aparece cuando el cliente es al mismo tiempo un competidor de la empresa dominante, y lo que se genera es una situación de incremento en el costo de los rivales o de negativa de acceso a una instalación esencial (sea ésta un activo tangible o intangible). En este último grupo de conductas, el documento de la Comisión Europea realiza un análisis diferenciado según la práctica implique la terminación de una relación comercial preexistente, la negativa a comenzar a proveer un insumo, o la negativa a suministrar información necesaria para posibilitar la compatibilidad o interconexión de productos o servicios. En todos los casos resulta central en el análisis establecer el carácter dominante de la empresa a la cual se le objeta la conducta, así como también la indispensabilidad del insumo o activo cuya venta o suministro se está negando.

El último tipo de conducta exclusoria que analiza el documento europeo sobre abusos exclusorios de posición dominante es la monopolización de mercados de insumos y accesorios (*aftermarkets*). En este punto, el documento de la Comisión Europea establece un principio importante, que es que dicha monopolización sólo puede considerarse un abuso de posición dominante cuando la empresa cuestionada tiene posición dominante en el mercado del producto principal al cual sirven los insumos y accesorios bajo análisis. Si tal cosa no se da, entonces lo que se presume es que la competencia en el mercado del producto principal (por ejemplo, en el mercado de automóviles) es suficiente para garantizar el funcionamiento adecuado de los mercados de insumos y accesorios de dicho producto principal (por ejemplo, los mercados de autopartes), por más que en estos últimos cada productor del producto principal monopolice sus propios insumos y accesorios. Si, en cambio, el mercado del producto principal está monopolizado o fuertemente concentrado en una empresa con posición dominante, entonces lo que se presume es que sí es un abuso que dicha empresa con posición dominante quiera reservarse para sí el mercado de insumos y accesorios. Dicha

presunción, sin embargo, admite prueba en contrario si la empresa puede demostrar que existen justificaciones objetivas (por ejemplo, garantía de calidad en los insumos y accesorios) o ganancias de eficiencia (por ejemplo, ahorros en los costos de producción, distribución o transacción).

4.3.3. Legislación y jurisprudencia españolas

La legislación española sobre defensa de la competencia (ley 15/2007) sigue la línea establecida por la práctica comunitaria europea de considerar a las conductas horizontales exclusorias como abusos de posición dominante. El artículo 2 de dicha ley establece así algunos ejemplos de dicha figura jurídica, dentro de los cuales puede considerarse horizontal y exclusorio al contenido en su apartado 2 inciso “c” (negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios).

La mayor parte de la jurisprudencia española sobre este tema ha sido elaborada durante el período en el cual rigió la anterior ley de defensa de la competencia (ley 16/1989). La misma es relativamente poco abundante, pero tiene la particularidad de que 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. 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 Tribunal de Defensa de la Competencia (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 estrangulamiento 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 el acceso al mercado de un nuevo operador de servicios telefónicos a través de una estrategia de estrangulamiento 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.

Telefónica fue también objeto de sanción en el caso “ASTEL c/ Telefónica” (2004), en el cual la conducta objetada fue la obstaculización del acceso al mercado de nuevos operadores de telefonía fija, a través de la creación de dificultades para que los usuarios de Telefónica pudieran optar por contratar con otras empresas, de la difusión de información falsa respecto de dichas empresas y de la realización de prácticas de recuperación de clientes basada en dicha información falsa. Por interpretar que dichas conductas habían afectado no sólo a la empresa denunciante sino que habían tenido una amplitud que abarcaba todos los mercados españoles de telefonía fija local, el TDC le impuso a Telefónica una multa de 57 millones de euros.

Otro caso de abuso de posición dominante sancionado por el TDC que encuadra dentro de la categoría de práctica horizontal exclusoria es “CNE c/ Enagás y GNC” (2005), en el cual la Comisión Nacional de la Energía de España (CNE) denunció un convenio entre la empresa Enagás y la empresa Gas Natural Comercializadora (GNC) para garantizar que esta última fuera la única que tuviera acceso a ciertas instalaciones esenciales de la primera, necesarias para competir en el mercado mayorista español de gas natural. Por su parte, en “Tubogas c/ Repsol Butano” (2002), 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 reparaciones¹⁰¹.

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 sus 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 integrada 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

¹⁰¹ Una conducta similar a la del caso de Repsol Butano, pero aplicada al mercado de instalaciones eléctricas domiciliarias de la isla de Mallorca, es la que se sancionó en el caso “ASINEM c/ Endesa”

hacerlo en condiciones desventajosas) a la propia empresa denunciante.

4.4. América Latina

4.4.1. 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. En su redacción original, ninguno de los ejemplos contenidos en dicho artículo era propiamente horizontal, si bien en ciertos casos podía serlo el mencionado en el inciso V, consistente en “rehusarse a vender o proporcionar a personas determinadas bienes o servicios disponibles y normalmente ofrecidos a terceros”.

Con la modificación de la ley mexicana de competencia que tuvo lugar en el año 2006, sin embargo, se incorporaron una serie de nuevos incisos al artículo 10 que sí pueden considerarse ejemplos de prácticas horizontales exclusorias. Tales son el actual inciso VII (“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, cuando existan elementos para presumir que estas pérdidas serán recuperadas mediante incrementos futuros en precios”), el actual inciso IX (“uso de las ganancias que un agente económico obtenga de la venta, comercialización o prestación de un bien o servicio para financiar las pérdidas con motivo de la venta, comercialización o prestación de otro bien o servicio”) y el actual inciso XI (“acción de uno o varios agentes económicos cuyo objeto o efecto, directo o indirecto, sea incrementar los costos u obstaculizar el proceso productivo o reducir la demanda que enfrentan sus competidores”)¹⁰².

Entre los 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

(2006), en el cual la empresa denunciada terminó multada en la suma de 900 mil euros.

¹⁰² Cabe aclarar, sin embargo, que con anterioridad a la reforma de la ley de competencia económica del año 2006, estas conductas habían sido incorporadas al derecho antitrust mexicano a través del reglamento de dicha ley. En efecto, en su redacción anterior, el artículo 10 de la ley federal de competencia contenía un inciso que definía de manera general un conjunto amplio de prácticas anticompetitivas, y dicho conjunto había sido precisado a través de la reglamentación, que justamente ponía como ejemplos de dichas prácticas a las conductas que hoy aparecen en los incisos VII, IX y XI de la ley.

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.

Dos casos importantes resueltos en lo que va del siglo XXI, que sí terminaron con multas por la comisión de prácticas horizontales exclusorias, tuvieron como denunciada a la principal empresa telefónica de México (Telmex). En el primero de ellos, “Avantel y Alestra c/ Telmex” (2002), dicha empresa fue multada con una suma de casi 7 millones de pesos mexicanos por conductas consistentes en obstaculizar los servicios de interconexión telefónica con otras empresas competidoras y desplazar a dichas empresas de los mercados de acceso e interconexión. En el segundo caso, “SCE c/ Telmex” (2004), la multa fue de 4,5 millones de pesos mexicanos, y la conducta objetada consistía en la negativa de Telmex de facturar y cobrar el servicio brindado por SCE (que consistía en la instalación de sistemas de emergencia a través de teléfonos, radio y televisión).

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 los precios predatorios sirvió para que en otro caso posterior 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 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 ese 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.

También terminó sin sanción la denuncia por precios predatorios correspondiente al caso “Líneas Aéreas Azteca c/ Volaris y Avolar” (2007), en el cual una empresa aérea mexicana denunció a dos competidoras por ofrecer tarifas sumamente reducidas en las rutas que unían la ciudad de Hermosillo con las de Toluca, Monterrey y Tijuana. En este caso, la CFC consideró que no correspondía aplicar ninguna sanción porque las empresas denunciadas (Volaris y Avolar) distaban de tener poder sustancial en los mercados investigados y, antes bien, sus políticas de precios parecían ser una consecuencia de la mayor competencia que estaba habiendo en los

mercados aéreos mexicanos como consecuencia de la política de liberalización de los mismos.

El caso que sí concluyó con una sanción por depredación fue “TFM c/ Ferromex” (2004), en el cual el principal operador de transporte de carga por ferrocarril de México (Ferromex) fue sancionado por una conducta de estrangulamiento de precios respecto de uno de sus competidores (TFM). La conducta en cuestión consistía en cobrar precios elevados en los segmentos en los cuales el transporte se realizaba por combinación entre las líneas de Ferromex y TFM, y precios más bajos en las rutas alternativas operadas exclusivamente por Ferromex. Asimismo, Ferromex le cobraba a TFM tarifas relativamente elevadas por el servicio de alquiler de vagones, todo lo cual hacía que esta última empresa se viera imposibilitada de competir en el mercado mexicano de transporte ferroviario de carga. Si bien el caso no terminó con una multa, sí lo hizo con una orden de cese de las conductas objetadas, y con la imposición de que Ferromex no cobrara tarifas por kilómetro más elevadas en las rutas que compartía con TFM que en sus rutas exclusivas.

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 presencia 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.

4.4.2. 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”¹⁰³. Un motivo semejante sirvió también para 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

¹⁰³ 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

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 tomara medidas tendientes a restablecer la libre competencia en el mercado analizado.

Otro caso brasileño importante de exclusión de un competidor del mercado que sí concluyó con una multa impuesta por el CADE es “Power Tech c/ Matel” (2003), en el cual un proveedor de servicios de mantenimiento y reparación de centrales telefónicas (Power Tech) denunció al distribuidor exclusivo de dichas centrales en Brasil (Matel) por negarse a venderle los repuestos de las mencionadas centrales telefónicas, con el objetivo de excluirlo del mercado y de monopolizar él mismo dicho mercado. Si bien en este caso Matel argumentó que su conducta no era anticompetitiva porque existía suficiente competencia entre su producto (las centrales telefónicas de marca Ericsson) y otros productos similares, el CADE entendió que impedir el acceso a los repuestos a

de las prácticas horizontales exclusorias.

empresas independientes generaba una restricción a la competencia en el mercado de mantenimiento de las centrales que era innecesaria y anticompetitiva, y cerró el caso con una multa que ascendió a 620 mil reales¹⁰⁴.

Además de los casos mencionados en los párrafos anteriores, en los cuales se imputaron conductas de carácter unilateral, la jurisprudencia brasileña cuenta 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 subsiguientes¹⁰⁵.

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” (1987) 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 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

¹⁰⁴ Para una descripción más completa de los hechos de este caso, véase Oliveira y Rodas (2004), parte II.

¹⁰⁵ Véase, por ejemplo, “Cabesp c/ Unimed São João” (1998), “Hapvida c/ Unimed Mossoró” (1999), “ANS c/ Unimed de Ourinhos” (2005) y “ANS c/ Unimed de Assis” (2007).

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 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 refería a 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.

Entre los casos sobre precios predatorios que han sido resueltos en lo que va del siglo XXI, finalmente, cabe destacar a “Labnew c/ Merck y MB” (2001). En la resolución de este caso, el CADE enunció una serie de principios generales que resultan de importancia para el análisis de este tipo de prácticas, que son la idea de que los precios predatorios, para ser tales, tienen que tener cierta permanencia en el tiempo (y que por lo tanto no pueden ser una conducta esporádica o de pequeño alcance), y la idea de que la comparación entre costos y precios debe hacerse teniendo en cuenta toda la línea de productos de la empresa denunciada y no un único producto solamente. Este caso tuvo lugar en el mercado de tubos para análisis de sangre, y lo que el denunciante le objetó al grupo denunciado fue que en, ciertas licitaciones públicas, había cotizado precios por debajo de sus costos medios variables. De la investigación efectuada por las agencias antitrust brasileñas surgió que dicha acusación era cierta para un grupo limitado de ventas, pero que en general los márgenes de beneficio obtenidos por Merck y MB habían sido positivos, y que el peso relativo de las ventas por debajo del costo

había sido muy pequeño (e incapaz de influir en el mercado como un todo). Como tampoco pudo probarse que hubiera habido una intención predatoria, ni que el grupo Merck/MB tuviera posición dominante en el mercado, el caso se cerró sin sanción.

Tampoco terminó con sanción un caso reciente en el cual el CADE analizó una denuncia por estrangulamiento de precios: “Bérkel c/ Unigel y otros” (2007). En él, un productor de chapas acrílicas denunció a un grupo empresario integrado que no solamente competía con él en el mercado de chapas acrílicas sino que también era proveedor de uno de los principales insumos para la fabricación de las mismas (metacrilato de metila). En este caso, el CADE aplicó diversos tests de estrangulamiento de precios basados en jurisprudencia internacional, pero concluyó que con ninguno de ellos era posible demostrar la existencia de un perjuicio al orden económico basado en la exclusión de competidores del mercado.

4.4.3. 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.

4.4.3.1. Obstaculización del acceso al mercado

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 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 (provincia de Santa Fe) fue multado por negarse a prestar el servicio de faena de ganado a un productor pecuario que era al mismo tiempo propietario de un negocio de carnicería, impidiéndole de ese modo el acceso al mercado en cuestión. Por la condición del denunciado de ser el monopolista de un activo difícilmente replicable, la sanción implicó también una orden de cese de la práctica exclusoria, y se aplicó encuadrando la conducta objetada como un abuso de posición dominante¹⁰⁶.

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 4.4.1. 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 bancario¹⁰⁷.

También puede leerse como una aplicación de la doctrina de las instalaciones esenciales la orden de cese dictada por el Secretario de Industria y Comercio en el caso “Fabimet c/ ASISF y otros” (1998). En este caso, un fabricante de cajas metálicas para ataúdes denunció a la asociación que nucleaba a la mayoría de sus competidores y a la asociación que agrupaba a los soldadores de dichas cajas metálicas por negarse a incorporarlo a un sistema de garantías que esas asociaciones le ofrecían a las empresas fúnebres que utilizaban sus productos y servicios. Aparentemente, dicho sistema se

¹⁰⁶ 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.

¹⁰⁷ Para un comentario más extenso respecto de este caso, véase Dromi (1999), capítulo 10.

había vuelto un requisito de calidad muy importante en el mercado, en virtud de que los cementerios oficiales exigían el otorgamiento de una garantía de ese tipo para autorizar los correspondientes servicios fúnebres, y la misma era muy difícil de instrumentar por parte de una empresa individual. Por ese hecho, la CNDC entendió que la pertenencia al sistema de garantías representaba un activo esencial para competir en el mercado de cajas metálicas para ataúdes, y consideró anticompetitiva la conducta de las asociaciones denunciadas de negarle al denunciante la posibilidad de ingresar al sistema en cuestión en igualdad de condiciones con las otras empresas que competían con ella en el mercado.

Una serie de otros casos de sanción por conductas de obstaculización del acceso de competidores se refirieron a mercados locales de bebidas gaseosas, y penalizaron conductas de tipo delictivo relacionadas con la sustracción y robo de envases. Entre ellos pueden mencionarse “Calliera c/ Embotelladora del Norte” (1986) y “Refrescos del Litoral c/ Frontera” (1991). En ambos casos quienes resultaron sancionadas fueron embotelladoras de bebidas de la marca Pepsi. En el primero de ellos el denunciado operaba en las provincias de Salta y Jujuy, y fue multado por acciones relacionadas con la apropiación de envases de una de sus competidoras (la embotelladora de bebidas de la marca Seven Up). En el segundo, en cambio, la multa recayó sobre un distribuidor de Pepsi de la provincia del Chaco, y la principal perjudicada era la embotelladora de la marca Coca-Cola. En este último caso la conducta sancionada no tuvo sólo que ver con la sustracción de envases sino también con la destrucción de los mismos.

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 cuestión¹⁰⁸.

Otro caso de interés, originado en una denuncia por obstaculización del acceso al mercado y que también terminó con la aceptación de las explicaciones ofrecidas por la empresa denunciada, fue “Sensormatic c/ Checkpoint” (2000). En él se analizó una conducta por parte del principal oferente de sistemas de vigilancia electrónica para locales comerciales tendiente a impedir que su principal competidor ofreciera ciertos insumos (denominados “etiquetas de radiofrecuencia”) compatibles con su sistema. La misma consistió en informar a sus clientes que dichos insumos tenían una calidad inferior a los que proveía directamente Checkpoint, y ofrecerles retirarlos en su totalidad (cambiándolos por los suyos propios). El hecho de que este caso terminara sin sanción se basó esencialmente en dos factores: por un lado se consideró que la principal competencia entre Sensormatic y Checkpoint se daba a nivel de los sistemas que comercializaba cada una de las empresas (y no a nivel de las etiquetas de radiofrecuencia compatibles con uno de dichos sistemas); por otro, se entendió que la información difundida por Checkpoint, si bien tenía como objetivo disuadir a los compradores a adquirirle las etiquetas a Sensormatic, no era enteramente falsa, ya que efectivamente los insumos originales de Checkpoint tenían un grado de compatibilidad mayor con su propio sistema que los productos alternativos comercializados por Sensormatic.

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-

¹⁰⁸ La empresa Unilever fue también objeto de denuncia por obstaculizar el acceso al mercado de un competidor a través de una campaña publicitaria en el caso “Clorox c/ Unilever” (2001). El mismo también terminó con la aceptación de las explicaciones del denunciado por entenderse que la campaña en cuestión no tenía la potencialidad de restringir la competencia y que, de infringir alguna norma, la misma tenía que ser evaluada por la autoridad encargada del tema de publicidad engañosa (que en la Argentina es la Dirección Nacional de Lealtad Comercial).

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 se cuestionaba la conducta de la Fuerza Aérea (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 sanción¹⁰⁹.

Pero un caso en cierta medida semejante al del aeropuerto de Ezeiza y que sí terminó con una sanción de multa es “Almirante Brown c/ Terminal Salta y La Veloz del Norte” (2006), en el cual una empresa prestadora del servicio de ómnibus (Almirante Brown) denunció al concesionario de la terminal de la ciudad de Salta (Terminal Salta) por una conducta consistente en negarse a otorgarle un espacio adecuado para la venta de sus pasajes, y otorgarle en cambio un espacio preferencial a otra empresa (La Veloz del Norte) con la cual tenía vinculaciones societarias. En este caso, sin embargo, la situación de la concesionaria denunciada era diferente a la de la Fuerza Aérea en el caso del aeropuerto de Ezeiza, ya que aquí se trataba de una empresa cuya actividad económica era la explotación de la terminal de ómnibus, y que estaba impidiéndole a un competidor de otra empresa de su mismo grupo económico acceder a una instalación que podía considerarse esencial para la prestación del servicio de transporte.

4.4.3.2. Prácticas exclusorias concertadas

Un número importante de casos de exclusión horizontal que han merecido sanción en la Argentina se refiere a prácticas concertadas entre competidores para impedir el acceso de otros participantes al mercado. Buena parte de esos casos tienen

¹⁰⁹ Cabe mencionar que este dictamen generó cierta controversia y algunas opiniones contrarias. Al respecto, véase Abdala (1999).

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 concentraba 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 recomendó 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, 1997b), 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 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.

Las pautas sobre exclusión y obstaculización del acceso al mercado en el sector de la salud han sido aplicadas por la CNDC de manera bastante consistente en una serie de casos posteriores. Por ejemplo, en “CEAF c/ Colegio de Farmacéuticos de Buenos Aires” (1999), la entidad que nuclea a los farmacéuticos de la provincia de Buenos Aires fue multada por imponerle a sus asociados la obligatoriedad de utilizar su propio sistema de intermediación farmacéutica y prohibirle la utilización simultánea de sistemas alternativos, lo cual tenía el efecto de excluir a varias empresas competidoras de numerosas zonas del mercado relevante. En “CODESA c/ Asociación de Clínicas de Tucumán” (2000), por su parte, quien resultó sancionada fue una asociación de sanatorios que había decidido que sus entidades asociadas (que representaban la mayor parte de la oferta de servicios médicos en la ciudad de Tucumán) no contrataran con una entidad de intermediación médica (CODESA) ni atendieran a los pacientes cuyos seguros de salud hubieran contratado con dicha entidad, a efectos de forzar a tales seguros de salud a utilizar únicamente los servicios de intermediación de la asociación denunciada.

Otros casos de exclusión más recientes referidos a los mercados de salud, que terminaron en sanciones contra entidades profesionales con altas participaciones de mercado, fueron “CNDC c/ Círculo Médico de Resistencia” (2001), “IMPRU c/ ACLER” (2002), “Medinea c/ IAMIP y otros” (2005), “Asociación Pampeana de Anestesiología c/ Colegio Médico de La Pampa” (2005) y “M. Airasca y otros c/ AMPS” (2005). Pero el caso de este tipo que alcanzó una importancia mayor fue sin duda “R. Barisio c/ Círculo Odontológico de Venado Tuerto” (2005), que fue apelado ante la Cámara Federal de Rosario y luego ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y en el cual dichos tribunales confirmaron de manera total la resolución condenatoria del Secretario de Defensa de la Competencia.

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 misma 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 por dicho organismo, e interpretando que por ese hecho resultaban violatorias de la ley de defensa de la competencia.

La importancia del fallo de la Corte Suprema en este caso 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 de que la negativa de acceso de competidores a una instalación esencial es ilegal. 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. 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)¹¹⁰.

4.4.3.3. Precios predatorios y estrangulamiento de precios

Desde su creación, la CNDC ha intervenido en numerosas denuncias sobre precios predatorios. Sin embargo, 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 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 colusión. 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 al denunciante y a otros proveedores. 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.

Los otros casos de denuncias sobre precios predatorios dictaminados por la CNDC terminaron en la desestimación de las denuncias, en la aceptación de las explicaciones de los denunciados o en el archivo de las actuaciones, sin que mediara ninguna sanción. El primero de ellos fue “Eolo c/ La Platense” (1981) y tuvo lugar en el mercado de oxígeno industrial y medicinal de la provincia de San Juan. Ese caso sirvió para que la CNDC fijara por primera vez un criterio para evaluar si una determinada política de precios podía considerarse predatoria, que consistía en una doble condición según la cual los precios de venta debían fijarse “por debajo de los costos de producción” y la empresa depredadora debía “mejorar su participación en el mercado como consecuencia de esa política”. En este primer caso lo que se consideró fue que los precios se habían mantenido dentro de los niveles de los principales mercados de

¹¹⁰ Para un análisis un poco más detallado de este caso, véase Coloma (2008b).

oxígeno del país, de lo cual se infirió que los mismos no se hallaban por debajo del costo. A idéntica conclusión se llegó en el caso “Federación de Viñateros de San Juan c/ Giol” (1985), en el cual se descartó además que la empresa denunciada hubiera aumentado sensiblemente su participación en el mercado como consecuencia de su política de precios y se tuvo en cuenta como elemento adicional el hecho de que la misma había sido siempre inferior al 10%.

Bastante diferente resultó el caso “Avicena c/ Hughes Tool Company” (1986), en el cual el denunciado había sido el único proveedor de un insumo para la exploración petrolera (trépanos de aletas) y fue acusado de intentar eliminar a un nuevo competidor que había ingresado al mercado (el denunciante). En este caso, la aceptación de las explicaciones de Hughes Tool Company se basó en que el comportamiento observado se interpretó como resultado de un incremento de la competencia más que de una estrategia predatoria, ya que las rebajas de los precios de venta comenzaron precisamente por el lado de Avicena. Otro factor importante que se tuvo en cuenta fue la gran concentración en la demanda del producto (ya que virtualmente había un único comprador, YPF), que servía para contrarrestar los posibles efectos negativos que podía tener una supuesta posición dominante por parte del denunciado.

Un argumento similar relacionado con la posibilidad de contrarrestar el poder de mercado también fue utilizado para aceptar explicaciones en el caso “Acindar c/ Fabricaciones Militares” (1986), en el cual la empresa estatal que en ese entonces era dueña de los Altos Hornos Zapla fue denunciada por vender por debajo del costo una serie de productos siderúrgicos que supuestamente tenía prohibido comercializar de acuerdo con regulaciones específicas del sector. En ese caso la CNDC decidió aceptar las explicaciones de Fabricaciones Militares por dos causas: en primer lugar, no quedó probado que se hubieran realizado ventas por debajo del costo medio variable de producción; en segundo lugar, se consideró que la intervención de Altos Hornos Zapla en los mercados analizados había tenido un efecto benéfico sobre el funcionamiento de los mismos, impidiendo que (como ocurrió años más tarde) Acindar quedara operando en una situación de virtual monopolio.

La misma idea de que la ley de defensa de la competencia no debe emplearse para defender la posición de dominio de una empresa monopólica hizo también que se aceptaran las explicaciones en el caso “Diario Los Andes c/ Diario Hoy” (1988). Lo que

se denunciaba allí era una política de publicar sin cargo todos los avisos clasificados y fúnebres por parte de un periódico de la ciudad de Mendoza que se encontraba en estado de quiebra, en un intento por reactivar su circulación e incrementar su publicidad de avisos notables (que sí se seguían vendiendo). La ausencia de una sanción en este caso se basó en que la participación de mercado del denunciante era considerablemente superior a la del denunciado, en que la campaña en cuestión había tenido una duración de solamente un mes, y en que la política de precios llevada a cabo por el diario Hoy tenía básicamente por objeto incrementar su rentabilidad y sus posibilidades de supervivencia en un mercado en el cual la única opción alternativa era el diario Los Andes.

En varios casos en los cuales los denunciantes invocaron precios predatorios, la CNDC descartó la hipótesis de violación de la ley de defensa de la competencia por entender que no resultaba razonable pensar que el supuesto depredador fuera capaz de obtener un poder de mercado que le permitiera luego recuperar las pérdidas en las que había incurrido en virtud de su supuesta actitud predatoria. Un ejemplo de esto es “J. Aja c/ J. Ramos” (1992), en el cual volvió a aparecer el tema de las guerras de precios en el mercado de soda (en este caso, en la ciudad de Buenos Aires). El principal argumento para descartar la hipótesis predatoria como explicativa de una conducta de precios bajos y captación de clientes por parte del denunciado fue aquí que el mercado estaba altamente atomizado y que ninguna de las empresas participantes tenía la capacidad de monopolizarlo ni de impedir la entrada de futuros competidores. Algo parecido sucedió en el caso “Inflex c/ Sistemas Tecnológicos Aeronáuticos” (1996), relativo al mercado de cilindros para gas natural comprimido, y en el caso “Cooperativa Río Uruguay c/ La Buenos Aires” (1996), referido al mercado de seguros para automotores de la provincia de Entre Ríos.

Similares consideraciones a las del párrafo anterior son las que pueden hacerse para interpretar la opinión de la CNDC en el caso “Cámara Argentina de Papelerías y Librerías c/ Supermercados Makro” (1997). Lo que tuvo lugar aquí fue una política de promoción de una cadena de supermercados que consistía en vender un producto de librería a un precio bajo durante un período de 15 días. En este caso quedó claro desde el principio que la venta en cuestión había tenido lugar a un precio por debajo del costo, ya que los artículos se habían vendido a valores inferiores a los que el denunciado había

pagado por los mismos. Sin embargo, surgió también claramente que la empresa denunciada no ostentaba posición dominante en el mercado en cuestión (su participación era inferior al 1%) ni tenía ninguna posibilidad razonable de excluir competidores ni de transformarse en monopolista. La estrategia de precios empleada parecía ser por lo tanto una política competitiva por parte de un oferente relativamente pequeño que se articulaba dentro de una campaña publicitaria mayor, y que no podía considerarse en modo alguna como predatoria.

El caso Makro tiene importancia en la jurisprudencia argentina sobre defensa de la competencia porque la resolución que lo cerró estableció ciertos criterios respecto de qué elementos debían tenerse en cuenta para que una conducta pudiera considerarse predatoria. Dichos criterios se basan esencialmente en la jurisprudencia norteamericana sobre el tema, y establecen un procedimiento en dos etapas semejante al propuesto por Joskow y Kevorick (1979). Los mismos se han aplicado en algunos casos posteriores de denuncias por precios predatorios, tales como “CICC c/ Carrefour” (1999), en el cual la Cámara de la Industria del Calzado de Córdoba denunció a una cadena de supermercados por vender ciertas líneas de calzado deportivo importado a precios por debajo del costo, y estar presumiblemente evadiendo los aranceles de importación. Para aconsejar que el caso se cerrara sin sanción, la CNDC tuvo en cuenta que Carrefour tenía una participación muy escasa en las ventas y en las importaciones de calzado deportivo, y que no existía ningún elemento que permitiera suponer que su estrategia comercial tuviera como objetivo expulsar competidores del mercado, por lo que su política de precios no podía ser encuadrada como predatoria¹¹¹.

Un caso en el cual sí resulta posible encuadrar una política de precios como predatoria (pero que de todos modos culminó sin sanción) fue “R. Díaz c/ Cooperativa San Bartolomé y Cablevisión San Bartolomé” (1997), referido a una práctica de precios bajos por parte de un operador de televisión por cable asociado a la prestadora del servicio de electricidad en una localidad de la provincia de Córdoba. En este caso, el denunciado ostentaba el monopolio de su servicio y se valía asimismo de la posición favorable que derivaba de poseer los postes de la red del servicio eléctrico. Cuando se produjo el ingreso en el mercado de un nuevo operador (el denunciante), redujo de

¹¹¹ Cabe aclarar, sin embargo, que en este caso la CNDC no opinó explícitamente sobre la procedencia o no de la acusación sobre evasión impositiva, sino que remitió las actuaciones a la Subsecretaría de Comercio Exterior y a la autoridad tributaria para que las mismas investigaran el tema.

manera muy significativa sus precios pero fracasó en su intento de impedir el asentamiento de dicho competidor en el mercado. Este hecho fue determinante para que la CNDC decidiera cerrar el caso sin aplicar ninguna sanción, y a esto se le sumó la circunstancia de que el organismo que sí sancionó a Cablevisión San Bartolomé fue el Comité Federal de Radiodifusión, en virtud de no poseer la autorización necesaria para operar un servicio de televisión por cable.

Otro caso similar que involucró a los servicios de televisión por cable y que implicó una denuncia por precios predatorios fue “SRT c/ Cable Charlone y otros” (2002). En él, se denunció que una empresa proveedora de televisión por cable (Cable Charlone), a través de un acuerdo con una cooperativa de servicios públicos, habría estado ofreciendo sus servicios en forma gratuita con propósitos predatorios. En su dictamen, la CNDC concluyó sin embargo que los precios bajos cobrados por el denunciado en el inicio de sus actividades obedecían básicamente a una oferta de lanzamiento, que tuvo lugar durante sólo dos meses. Como, con posterioridad a esa etapa, Cable Charlone había fijado sus precios a un nivel similar a los de su competidor SRT, el caso finalizó sin sanción, por entenderse que no encuadraba dentro de la figura de precios predatorios.

Un último caso importante sobre precios predatorios, que también concluyó sin sanción, fue “Impsat c/ Telefónica y Telecom” (2004), en el cual un proveedor de servicios de transmisión de datos (Impsat), que contaba con una red propia, denunció a las dos principales empresas telefónicas de la Argentina por cobrar precios excesivamente bajos por sus servicios de transmisión de datos, aprovechando que los mismos se brindaban a través de sus redes de telefonía. Como en este caso el denunciante no utilizaba las redes de Telefónica ni de Telecom para ofrecer su propio servicio, el problema no podía encuadrarse como una negativa de acceso a una instalación esencial, y lo que la CNDC analizó fue si efectivamente las empresas denunciadas estaban ofreciendo su servicio por debajo del costo. La respuesta a esta inquietud fue claramente negativa, debido a que los costos incrementales que los servicios de transmisión de datos tenían para las empresas de telefonía eran sumamente bajos, en especial cuando se trataba de clientes que ya estaban abonados al servicio telefónico básico. Fue por este hecho, y porque además se entendió que en el mercado de transmisión de datos existían otros competidores efectivos (por ejemplo, los

operadores de televisión por cable y otras redes independientes), que el caso se cerró sin sanción.

Así como puede considerarse que los casos de Makro e Impsat representan el estándar sobre el cual se asienta la jurisprudencia vigente en la Argentina sobre precios predatorios, el tema del estrangulamiento de precios tiene su caso líder en “Ventachap y otros c/ Siderar” (2004). En este caso, el principal problema de competencia analizado fue el posible estrangulamiento que la empresa Siderar habría realizado en su doble carácter de oferente monopólico de un insumo (chapa laminada en frío *full-hard*) y de productor competitivo de un producto (chapa revestida) en cuya producción se utilizaba dicho insumo. La víctima directa de dicho estrangulamiento habría sido la empresa Comesi, que fue posteriormente adquirida por Siderar, y las víctimas indirectas habrían sido otras empresas siderúrgicas (entre las que se encontraban los denunciados) que a su vez adquirirían las chapas revestidas para utilizarlas en la producción de otros bienes.

Cabe destacar que, como la adquisición de Comesi por Siderar tuvo lugar antes de que en la Argentina existiera el control previo de concentraciones económicas, la operación en cuestión no fue en su momento analizada por la CNDC. Lo que la CNDC sí analizó en este caso, en cambio, fue la conducta previa de Siderar de estrangular a Comesi a través de la fijación de un precio elevado para la chapa *full-hard* y de un precio relativamente bajo para la chapa revestida. A efectos de llevar a cabo dicho análisis, la CNDC recurrió a un criterio que la jurisprudencia estadounidense había aplicado ya en el caso “EEUU c/ Alcoa” (1945), que consistía en evaluar cuatro elementos básicos:

- a) si la empresa denunciada tenía poder monopólico sobre el insumo;
- b) si cobraba un precio excesivo por dicho insumo;
- c) si el insumo era necesario para competir en un segundo mercado en el cual la empresa denunciada también operaba; y
- d) si el precio de la empresa denunciada en el segundo mercado era tan bajo que sus competidores no podían subsistir si lo igualaban.

La aplicación de estos cuatro criterios al caso de Siderar y Comesi dio resultados ambiguos, que no alcanzaron para acumular una evidencia suficiente como para condenar a Siderar por una conducta de estrangulamiento de precios. Esto se debió a que, si bien Siderar era el único productor argentino de chapa *full-hard*, dicho insumo

podía ser importado (y de hecho lo fue, y en cantidades significativas, por Comesi) desde otros países. Además, si bien el precio que Siderar cobraba por el insumo era relativamente elevado (y en algunos momentos había excedido la paridad de importación del producto), el mismo no alcanzaba a ser tan alto como para generar un margen de beneficios negativo en la producción de chapa revestida. Por ello, si bien Siderar competía con Comesi en el mercado de chapa revestida y había sido durante bastante tiempo su proveedor principal de chapa *full-hard*, no quedaba claro si la declinación y posterior absorción de Comesi se había debido a una práctica exclusoria de Siderar o a otros elementos originados en una mayor eficiencia productiva por parte de la empresa denunciada. Esta última hipótesis, asimismo, no podía ser descartada, puesto que la adquisición de Comesi por Siderar no implicó un incremento perceptible en el precio de la chapa revestida. Por ello, tampoco fue posible determinar un perjuicio evidente al interés económico general, tutelado por la ley argentina de defensa de la competencia¹¹².

¹¹² Para un análisis más detallado de este caso, véase Delgobbo (2004).

5. Prácticas verticales

Las prácticas verticales son aquellas que para su consecución exigen del concurso de empresas ubicadas en distintos eslabones de una cadena de producción y comercialización. Dichas prácticas implican por lo general la existencia de contratos explícitos o tácitos que establecen restricciones al comportamiento de las unidades económicas que los celebran. Tales restricciones no son necesariamente anticompetitivas, pero suelen implicar algún tipo de limitación en lo que al proceso de competencia se refiere. La legislación y la jurisprudencia antitrust son una fuente muy rica de ejemplos de aplicación del análisis económico al estudio de las prácticas verticales. Es por eso que en este capítulo nos abocaremos a analizar el modo en el cual la defensa de la competencia ha encuadrado las distintas restricciones verticales, refiriéndonos a las experiencias estadounidense, europea y latinoamericana.

5.1. Conceptos básicos

5.1.1. Caracterización de las restricciones verticales

Los contratos verticales entre proveedores y clientes que se encuentran en distintas posiciones en la cadena de elaboración de un bien o servicio pueden clasificarse de acuerdo con criterios diferentes. Una primera tipología tiene que ver con la etapa en la cual se encuentran las empresas involucradas, y que determina la existencia de contratos de provisión de insumos (en los cuales el cliente le compra al proveedor un bien que luego transformará en otro) y contratos de distribución (en los cuales el bien adquirido no cambiará sus cualidades físicas pero sí su ubicación en el espacio). Otra clasificación posible tiene que ver con la forma de pago que adopta la transacción que se efectúa entre el proveedor y el cliente. En este caso, resulta útil distinguir entre contratos que especifican precios lineales (es decir, importes que varían proporcionalmente con las cantidades compradas, y que en ciertas circunstancias pueden incluir además bonificaciones, descuentos, recargos, etc), contratos que establecen pagos de suma fija (por ejemplo, cánones por concesiones o franquicias) y contratos que establecen remuneraciones basadas en porcentajes o comisiones sobre otros precios (como son los llamados “contratos de agencia”, en los que una parte se obliga a vender productos por cuenta de otra, y recibe una cierta proporción de lo que

recauda).

Para que pueda hablarse de la aparición de una restricción vertical, el contrato que vincula al proveedor con el cliente de un bien o servicio debe incluir algún tipo de compromiso por parte de alguna de las partes de limitar su accionar en ciertos aspectos (es decir, de limitar su discrecionalidad respecto de la disposición de los bienes o servicios en el momento en que le pertenezcan). La literatura sobre defensa de la competencia suele distinguir tres casos clásicos:

a) Fijación de precios de reventa (*resale price maintenance*): Es una situación que se da cuando el proveedor le impone al cliente el precio al cual deberá revender el producto que le compra. En cierto sentido, esta restricción sirve para transformar un contrato de distribución en un contrato de agencia, ya que el beneficio bruto del cliente queda determinado directamente como una comisión implícita que surge de restar el precio de compra al precio de reventa.

b) Exclusividad horizontal (*exclusive territories*): Se da cuando el proveedor le garantiza al cliente que él será el único revendedor de su producto en una determinada área geográfica o a un determinado grupo de clientes, y éste se compromete a su vez a no vender fuera de dicha área o grupo.

c) Exclusividad vertical (*exclusive dealing*): Surge cuando el cliente se compromete a adquirir solamente los bienes que le suministre un determinado proveedor o, por lo menos, a no comprar productos suministrados por competidores de dicho proveedor.

La fijación de precios de reventa admite por lo menos dos tipos de situaciones diferentes, que son la fijación de precios máximos (que impiden que los distribuidores revendan el producto por encima de cierto precio) y la fijación de precios mínimos (que impiden que los distribuidores revendan el producto por debajo de cierto precio). También entran dentro de la categoría de fijación de precios de reventa ciertos contratos que especifican “precios sugeridos de reventa” por parte del proveedor, en especial cuando el cumplimiento de los mismos es una exigencia para acceder a algún otro beneficio (por ejemplo, a una bonificación en el precio mayorista).

En lo que se refiere a las prácticas relacionadas con la exclusividad, las mismas también admiten subdivisiones. Las pautas sobre prácticas verticales de la Unión Europea (Comisión Europea, 2000) distinguen por ejemplo entre acuerdos de marca única, distribución exclusiva, suministro exclusivo, asignación de cliente exclusivo,

distribución selectiva y franquicias. Los primeros tres son casos específicos de exclusividad vertical, en tanto que la asignación de clientes exclusivos y la distribución selectiva son prácticas que implican exclusividad horizontal. Los contratos de franquicia, por último, son acuerdos que establecen cierta integración parcial entre proveedor y cliente, y suelen contener cláusulas suplementarias que especifican algún tipo de exclusividad.

Algunas legislaciones de defensa de la competencia hacen una distinción entre las restricciones verticales que surgen de un acuerdo entre empresas y aquellas que surgen de la decisión unilateral de una de las partes. En el derecho europeo, por ejemplo, las primeras entran dentro de las prácticas que pueden violar el artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea, en tanto que las segundas, si se las considera anticompetitivas, deben encuadrarse dentro de las conductas prohibidas por el artículo 82 de dicho tratado (que penaliza los abusos de posición dominante). En el derecho estadounidense, en cambio, la diferencia entre prácticas verticales unilaterales y concertadas ha tenido importancia para categorizar algunas conductas como anticompetitivas *per se* (por ejemplo, acuerdos verticales sobre fijación de precios mínimos de reventa) y dejar que otras conductas similares sean en cambio evaluadas de acuerdo con la regla de la razón (por ejemplo, imposiciones unilaterales de precios mínimos de reventa).

En su manual de derecho antitrust, Sullivan y Harrison (1994) agrupan a las prácticas verticales en dos categorías, según el efecto que las mismas tienen sobre el proceso competitivo. Por un lado aparecen las restricciones “dentro de la misma marca” (*intra-brand restraints*), que implican acuerdos bilaterales o imposiciones unilaterales por las cuales una empresa busca controlar un factor relacionado con la eventual reventa de sus productos. Por otro lado están las restricciones “entre marcas” (*inter-brand restraints*), que consisten en impedimentos para que determinados agentes económicos comercien productos provistos por empresas competidoras. Dentro del primero de tales grupos suele distinguirse además entre restricciones de precios (*price restraints*) y restricciones sobre elementos distintos del precio (*nonprice restraints*), identificándose a las primeras con la fijación de precios de reventa y a las segundas con restricciones de exclusividad horizontal. La principal restricción vertical entre marcas es en cambio la

exclusividad vertical, que se efectúa a través de instrumentos distintos de los precios¹¹³.

En un artículo sobre el análisis económico de las restricciones verticales, Rey y Vergé (2008) distinguen dos efectos básicos que dichas restricciones pueden tener. El primero de ellos es el efecto de coordinación vertical entre empresas que están en la misma cadena de producción y distribución, que dichos autores consideran que en general resulta beneficioso para la competencia, porque sus motivaciones están usualmente asociadas con el aprovechamiento de ciertas eficiencias generadas por una mayor integración económica entre las empresas. El otro efecto es el que se genera sobre la competencia entre distintas cadenas de producción y distribución, que en ciertos casos puede ser positivo para incrementar dicha competencia pero que en otros puede resultar perjudicial (sobre todo cuando lo que se produce es un fenómeno de facilitación de la colusión tácita entre las cadenas o de exclusión de una de dichas cadenas por parte de otra).

Cuando se analiza el efecto de las restricciones verticales sobre la competencia entre distintas cadenas de producción y distribución, suele decirse también que ciertas restricciones verticales disminuyen la “competencia dentro de una misma marca” (*intra-brand competition*) pero pueden aumentar la “competencia entre marcas” (*inter-brand competition*). Puede ser, por ejemplo, que la exclusividad vertical sirva en ciertos casos para especializar a los distribuidores en la venta de un determinado producto, y que esto los vuelva más agresivos cuando tienen que competir contra otros distribuidores que venden otro producto similar producido por otra empresa. Del mismo modo, la fijación de precios de reventa puede servir para que el productor controle de manera más directa la comercialización de su producto, y consiga de este modo competir de manera más efectiva contra otros productores. Por todo esto, la distinción entre los efectos de una restricción vertical en la competencia entre marcas y dentro de una misma marca se ha vuelto clave para analizar este tipo de prácticas en casos de defensa de la competencia, ya que muchas veces es eso lo que determina si la práctica en cuestión resulta anticompetitiva o no.

En un artículo sobre el análisis antitrust de las restricciones verticales, Pitofsky (1997) menciona dos causas básicas por las cuales dichas restricciones pueden resultar

¹¹³ Existen también restricciones verticales entre marcas que se instrumentan a través de los precios. Las mismas tienen generalmente lugar a través de esquemas de discriminación relacionados con el concepto de “descuento por lealtad”, y serán analizadas en el capítulo 6.

anticompetitivas. Por un lado, las mismas pueden servir para facilitar la colusión entre competidores a través de la remoción de ciertos obstáculos que la existencia de cadenas de distribución pueden crear (esto sucede, por ejemplo, en ciertos casos en los cuales la fijación de precios de reventa permite acordar precios de manera más precisa, o cuando varios productores utilizan un único distribuidor que controla la asignación de cuotas de producción). El otro efecto anticompetitivo posible, que es el que aparece en la mayoría de los casos que se analizan en la jurisprudencia, tiene que ver con incrementar los costos de los rivales, a través de prácticas que tienden a su exclusión total o parcial (por ejemplo, impidiendo el acceso a las cadenas de distribución existentes).

Una tercera causa que en algunas legislaciones puede hacer que determinadas prácticas verticales se consideren anticompetitivas tiene que ver con el ejercicio unilateral de poder de mercado por parte de una empresa no integrada (por lo cual dichas prácticas pueden representar abusos explotativos de posición dominante). En esos casos lo que la restricción vertical permite es trasladar el poder monopólico que alguien posee en determinado segmento hacia otro segmento de la cadena de producción y distribución, incrementando de ese modo los beneficios de dicho monopolista y reduciendo los de los consumidores.

5.1.2. Fundamentos de las restricciones verticales

Al igual que otros temas ligados con el comportamiento de los mercados, el surgimiento de restricciones verticales entre proveedores y clientes admite explicaciones basadas en argumentos de eficiencia y explicaciones basadas en el ejercicio del poder de mercado¹¹⁴. El principal argumento basado en la eficiencia que puede utilizarse para explicar la aparición de restricciones verticales es el que las relaciona con el ahorro de costos de transacción. La idea básica es que, según el tipo de transacción de que se trate, los costos que trae aparejado utilizar mecanismos de mercado (por ejemplo, costos de búsqueda del proveedor o del cliente, costos de negociación del contrato entre las partes, costos ligados con la incertidumbre acerca de posibles incumplimientos, etc) pueden ser mayores o menores que los costos de administración interna que se generan cuando los procesos se llevan a cabo dentro de una misma organización. Esto lleva a que ciertas operaciones tomen la forma de

transacciones entre empresas independientes y otras sean simplemente traspasos entre divisiones de la misma empresa o grupo económico.

En muchas circunstancias, sin embargo, puede darse que la solución que minimiza la suma de los costos de transacción y de los costos de administración interna sea algún tipo de “integración parcial”, instrumentada a través de una relación vertical en la que las partes permanecen como empresas independientes pero se comprometen a realizar ciertas actividades por medio de contratos de largo plazo. Dichos compromisos no son otra cosa que restricciones verticales que limitan la independencia de cada parte, y que son el modo de lograr ese grado intermedio de integración. Para ciertas transacciones repetitivas, por ejemplo, resulta importante que las partes intervinientes se protejan de comportamientos oportunistas que pueden acaecer si las mismas mantienen una libertad de contratación total. Así, un contrato de provisión de insumos de largo plazo puede ser necesario para lograr que cierto proveedor adquiera el equipamiento necesario para producir el insumo en cuestión, sin temer que el cliente deje luego de demandarle el bien para el cual se efectuó la inversión. De la misma manera, un contrato de exclusividad vertical puede ser necesario para que un productor acceda a efectuar ciertas inversiones en capacitación y equipamiento en la empresa distribuidora, cerciorándose de ese modo que esta última no va a aprovechar esas inversiones para encarar la distribución de otros productos que compiten con los suyos.

La teoría de las relaciones verticales basada en el ahorro de costos de transacción tiende a explicar la naturaleza de dichas relaciones de acuerdo con la probabilidad de que surja el llamado “problema de la cautividad” (*hold-up problem*). Dicho problema ocurre cuando, como consecuencia de una transacción o de una serie de transacciones regidas por un contrato, se vuelve posible que una de las partes quede cautiva del oportunismo de la otra. Esta cautividad puede originarse en la naturaleza de las inversiones específicas que una de las partes deba realizar, pero también puede surgir como consecuencia de cambios en variables exógenas que no son responsabilidad de las partes pero que sí afectan el resultado de las operaciones¹¹⁵.

Aparte de los costos de transacción, las restricciones verticales encuentran explicación en una serie de otros fenómenos que tienen más o menos que ver con la

¹¹⁴ Para una explicación más analítica de estos temas, véase Coloma (2005), capítulo 7.

¹¹⁵ El estudio del problema de la cautividad aplicado a los contratos verticales se originó en la literatura sobre economía institucional. En ese campo el trabajo pionero es el de Klein, Crawford y Alchian (1978).

existencia de competencia y de poder de mercado entre productores y distribuidores. Tales fenómenos se relacionan con la aparición de externalidades verticales (entre empresas ubicadas en distintos eslabones de la cadena de producción y comercialización), de externalidades horizontales (entre empresas ubicadas en el mismo eslabón de la cadena) y de ejercicio directo del poder de mercado (en circunstancias en las cuales la existencia de eslabones intermedios en la cadena de producción y comercialización genera oportunidades o impedimentos para crear o aprovechar una posición dominante).

La externalidad vertical más sencilla cuya solución puede hallarse a través de restricciones verticales es el fenómeno conocido como “doble marginalización”. Este efecto acontece cuando el productor de un bien o servicio sobre el cual ejerce cierto poder de mercado comercializa su producto a través de un distribuidor que también tiene cierto margen para influir sobre los precios. En un extremo, esta situación se da en el caso de un “monopolio sucesivo” (es decir, cuando tanto el productor como el distribuidor son monopolistas en el mercado relevante). En circunstancias como esas, el productor y el distribuidor tienen incentivos para restringir su oferta con el objeto de elevar su precio de venta, y el poder de mercado de uno de ellos no contrarresta el efecto que tiene el poder de mercado del otro, sino que más bien lo potencia. Esto tiene como efecto elevar aún más el precio de venta del bien a los consumidores finales, restringiendo en consecuencia el volumen total comercializado¹¹⁶. La solución al problema de la doble marginalización pasa por imponer una restricción vertical, que puede ir desde la integración total entre el productor y el distribuidor hasta la celebración de un contrato de agencia por el cual el productor sea el que vende directamente a los consumidores finales y el distribuidor sólo cobre una comisión sobre el precio final. Una solución semejante a esta última es mantener separadas las transacciones entre productor y distribuidor y entre distribuidor y consumidor, pero permitir que sea el productor quien fije los precios máximos de reventa del distribuidor.

La otra externalidad vertical clásica que las decisiones tomadas por los distribuidores le generan a los productores es el “riesgo moral en la provisión de servicios de venta”¹¹⁷, y tiene lugar cuando los distribuidores tienen a su cargo ciertos

¹¹⁶ El problema del monopolio sucesivo como una externalidad y su posible solución a través de la imposición de restricciones verticales fueron analizados por primera vez por Spengler (1950).

¹¹⁷ Este nombre hace referencia a que los distribuidores realizan ciertas actividades que no pueden ser

servicios (publicidad, promoción, asesoramiento al cliente, etc) que benefician a los productores. En esas circunstancias lo que ocurre es que una parte del beneficio marginal de la actividad a cargo del distribuidor va a parar a las arcas del productor, en tanto que (al menos en principio) la totalidad del costo marginal corre por cuenta del distribuidor. La existencia de esa externalidad vertical positiva hace que, de no existir ningún tipo de contrato vertical entre productor y distribuidor, los servicios de venta se provean en cantidades menores que las que maximizan los beneficios conjuntos.

Las soluciones posibles al problema de la externalidad positiva que le generan a los productores los servicios de venta de los distribuidores pasan en todos los casos por alinear los beneficios marginales de las actividades de distribución con los costos marginales de las mismas. Una de estas soluciones es establecer un sistema por el cual el distribuidor se apropie de todo el beneficio marginal de su acción y le pague al productor una suma fija (por ejemplo, un canon por la concesión de su marca). Otra alternativa es que el productor subsidie ciertos servicios que presta el distribuidor (por ejemplo, que lo provea de letreros publicitarios, estanterías, equipos de refrigeración, medios de transporte, o le “compre” espacio de exhibición de sus productos), de modo de que parte del costo marginal de distribución se traslade del distribuidor al productor.

La externalidad horizontal más estudiada por la literatura económica, por su parte, es la generada por el llamado “problema del aprovechamiento gratuito” (*free-riding*). Aplicada a las relaciones entre distribuidores, este problema tuvo su primer tratamiento teórico en un trabajo de Telser (1960), que analizó el caso de ciertos servicios de venta (por ejemplo, publicidad informativa o asesoramiento técnico al potencial comprador) que pueden ser provistos por un distribuidor y beneficiar luego a otro. En efecto, si los compradores pueden obtener gratuitamente ciertos servicios en un comercio (por ejemplo, en un negocio con vendedores especializados) y luego comprar el producto en otro (por ejemplo, en un supermercado), este hecho puede tener un efecto disuasivo sobre los incentivos del primero de tales comercios para la prestación de los servicios en cuestión.

La existencia del problema del aprovechamiento gratuito puede llevar al

monitoreadas perfectamente por los productores, y tienen por ende un incentivo a esforzarse menos cuando encaran dichas actividades. La expresión “riesgo moral” proviene de la economía de la información, y se emplea en aquellos casos en los que la asimetría informativa entre dos agentes económicos hace que uno de ellos se vea inducido a elegir un nivel de esfuerzo ineficiente.

productor a imponer restricciones verticales que limiten la competencia entre los distintos comercios que venden su producto, a efectos de incentivar la prestación de servicios de venta y de evitar que los distribuidores que no los prestan se apropien de los beneficios generados por los distribuidores que sí los prestan. El caso más citado al respecto es el de la fijación de precios de reventa, que en estas circunstancias tiene por objeto proteger las rentas del comercio que presta servicios de venta especializados e impedir que el comercio que no los presta pueda “robarle clientes” a través de una reducción de precios. Otra posibilidad es que el productor le otorgue exclusividad horizontal a sus distintos distribuidores (por ejemplo, a través de la asignación de un territorio exclusivo a cada uno de ellos), a efectos de evitar que dentro de una misma área se desate una competencia de precios entre distribuidores que repercuta negativamente sobre el nivel de prestación que éstos realizan de sus servicios de venta.

Nótese que en este caso los precios de reventa que el productor querrá fijarle al distribuidor son “precios mínimos”, en tanto que para evitar el problema de doble marginalización lo que se requería era fijar “precios máximos”. Esto se debe a que, si existen externalidades horizontales entre distribuidores, los incentivos de estos tienden a llevarlos a ofrecer menos servicios de venta que lo eficiente, ya que ven que parte de los mismos terminan beneficiando a otros distribuidores que no los prestan y que venden el producto a un precio menor. Si el productor prohíbe que tales distribuidores compitan en precios (a través de la fijación de precios mínimos), logra eliminar el instrumento que tienen los distribuidores para robarse clientes entre sí, y alinean de manera más cercana los beneficios y los costos marginales de los servicios de venta prestados por cada distribuidor.

Si bien los argumentos que justifican las restricciones verticales sobre la base de su capacidad para resolver externalidades presuponen en todos los casos la existencia de algún tipo de poder de mercado por parte de los productores o los distribuidores, los mismos descansan en la idea de que dichos mercados terminan funcionando más eficientemente con restricciones verticales que sin ellas. A esas explicaciones basadas en la eficiencia de los contratos verticales, sin embargo, pueden contraoponerse otras que interpretan a las restricciones como instrumentos utilizados por las empresas para incrementar su poder de mercado o para efectuar un ejercicio abusivo de éste que termina perjudicando a los consumidores.

El uso de las restricciones verticales como instrumento para el ejercicio del poder de mercado puede verificarse en dos tipos de situación diferentes. Una posibilidad es que lo que se intente sea influir sobre los precios de modo de obtener márgenes mayores entre precio y costo marginal, creando de ese modo poder de mercado o ejerciéndolo de manera más efectiva. La otra posibilidad es que se intente excluir a competidores reales o potenciales, a los efectos de evitar que dichos competidores limiten el poder de mercado de las empresas que instrumentan la restricción en cuestión.

Un ejemplo de cómo una restricción vertical puede servir para incrementar el poder de mercado de una empresa que ya lo posee se da cuando un productor monopolista establece un esquema de exclusividad horizontal entre sus distribuidores, con el objetivo de implementar una política de discriminación de precios entre los distintos consumidores finales de su producto. Esto se materializa otorgándole a cada distribuidor un territorio exclusivo, y vendiendo a diferentes precios en los distintos territorios.

El otro efecto anticompetitivo de las restricciones verticales relacionado con el ejercicio del poder de mercado tiene que ver con casos en los cuales dichas restricciones operan como mecanismos de exclusión de competidores. En la literatura sobre defensa de la competencia dicho fenómeno suele aparecer con la denominación de “cierre del mercado” (*foreclosure*), y es visto en general como un problema que ciertas relaciones verticales le crean al ingreso de nuevas empresas a los mercados. Un ejemplo de esto se da cuando un productor que por alguna causa tiene una participación mayoritaria en las ventas de un determinado bien le impone exclusividad a los distribuidores con los que opera. Si dicha exclusividad se extiende a la generalidad de los distribuidores disponibles en ese mercado, entonces esa práctica puede tener como resultado obstaculizar el acceso de otras empresas, que no pueden utilizar la red de distribución existente y deben montar su propia red de distribuidores. Dicha exigencia en cuanto a la necesidad de ingresar al mismo tiempo en la producción y en la distribución puede en ciertos mercados dificultar la aparición de competidores, y aumentar las posibilidades del productor mayoritario de ejercer su poder de mercado en el largo plazo.

5.2. Estados Unidos

5.2.1. Fijación de precios de reventa

Como ninguna de las leyes antitrust norteamericanas tiene disposiciones específicas relacionadas con la fijación de precios de reventa, los tribunales han interpretado que la misma, cuando resulta anticompetitiva, se encuadra como un “acuerdo para restringir el comercio” penado por el artículo 1 de la ley Sherman o como un “acto de monopolización” penado por el artículo 2 de dicha ley. En su análisis de este tema, la jurisprudencia estadounidense ha elaborado una distinción entre acuerdos verticales de precios e imposiciones unilaterales de precios de reventa, y frecuentemente se ha mostrado más dura con los primeros que con las segundas. Así, siguiendo una analogía entre acuerdos horizontales y acuerdos verticales de precios, existió en la historia antitrust norteamericana una tendencia muy fuerte a considerar que estos últimos eran anticompetitivos *per se*, y que por lo tanto siempre resultaban punibles como restricciones al comercio. Dicha tendencia, sin embargo, sufrió una modificación muy importante en el año 2007, como consecuencia de la sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos correspondiente al caso “PSKS *c/* Leegin”.

La penalización de los acuerdos de fijación de precios de reventa como una práctica anticompetitiva absoluta se remonta a uno de los primeros casos de aplicación de la ley Sherman tratados por la Corte Suprema norteamericana: “Dr. Miles *c/* John Park” (1911). En ese caso, un fabricante de medicamentos fue sancionado por celebrar acuerdos en los que se fijaban precios mínimos de reventa a los distribuidores, y por dejar de venderle a aquellos distribuidores que revendían sus productos a precios inferiores a tales mínimos. En su sentencia, el tribunal consideró que el fabricante, una vez que había vendido su producto al distribuidor, perdía el derecho de privar a los consumidores de “cualquier ventaja derivada de la competencia en el comercio subsiguiente”.

Sin embargo, ocho años después de su sentencia en el caso Dr. Miles, la Corte Suprema estadounidense halló inocente a la parte acusada en “EEUU *c/* Colgate” (1919), cuya conducta se encuadró como una negativa de venta a un distribuidor. En el caso en cuestión Colgate había adoptado una regla por la cual no les vendía sus productos a aquellos distribuidores que no estaban dispuestos a revenderlos por encima de determinados precios fijados de antemano por la empresa, pero sin que existiera un

acuerdo explícito entre Colgate y los distribuidores que respetaban dichos mínimos. El razonamiento de la Corte Suprema en este caso fue que, si no había una conducta concertada para fijar precios, la práctica debía ser evaluada como un posible acto de monopolización, y exculpada “en ausencia de un propósito de crear o mantener un monopolio”.

Otra conducta equivalente a un acuerdo de fijación de precios de reventa que ha sido considerada válida por la justicia norteamericana desde hace muchos años es la celebración de contratos de agencia o de consignación, por los cuales el productor sigue teniendo la propiedad del bien que se comercia y el distribuidor actúa como un “agente de ventas”. En tal caso, quien fija el precio de reventa es el productor, y el distribuidor recibe una comisión como remuneración por su actividad. El reconocimiento de la validez de este tipo de acuerdos tiene su primer antecedente importante en el caso “EEUU c/ General Electric” (1926), en el cual se le reconoció al principal productor de lámparas eléctricas el derecho de organizar la comercialización de las mismas a través de contratos de agencia con los distribuidores, según los cuales los mismos actuaban como consignatarios y respetaban los precios de venta que General Electric les fijaba.

La inconsistencia económica entre los tres fallos mencionados (en el sentido de que tres prácticas esencialmente similares eran analizadas aplicando reglas diferentes) generó una serie de contradicciones que fueron apareciendo posteriormente en numerosos casos. Así, por ejemplo, en “Simpson c/ Union Oil” (1964), se sancionó a un refinador de petróleo por fijación de precios de reventa (considerándose la conducta ilegal *per se*), a pesar de que los contratos entre dicho refinador y sus estaciones de servicio eran contratos de consignación, y a pesar de que Union Oil no era una empresa que pudiera ser considerada dominante en su rama de actividad. En su sentencia, la Corte Suprema estadounidense entendió que en ese caso las estaciones de servicio no eran propiamente agentes de Union Oil sino “pequeños competidores que pugnaban por conseguir compradores de gasolina” y que, por lo tanto, la relación entre el proveedor y dichas estaciones de servicio era equivalente a la que existía en una situación de productor-distribuidor en la cual se estaba celebrando un acuerdo vertical de fijación de precios de reventa. Otro caso importante en el que se relativizó la diferencia entre acuerdos verticales de precios e imposiciones unilaterales fue “EEUU c/ Parke Davis” (1960), en el cual se consideró que un laboratorio que había establecido un plan

unilateral para fijar precios de reventa había entrado implícitamente en un acuerdo con sus distribuidores porque había negociado con ellos a fin de que los mismos se adhirieran a dicho plan. Este hecho bastaba para transformar la conducta del laboratorio en parte de un acuerdo vertical de fijación de precios mínimos, que se consideró ilegal en sí mismo.

Los casos de Union Oil y Parke Davis pueden verse como parte de una tendencia que abarcó toda la década de 1960, por la cual los tribunales norteamericanos adoptaron una postura particularmente dura respecto de la fijación de precios de reventa. Esto llevó, inclusive, a ciertas interpretaciones manifiestamente alejadas de la lógica económica, como la que sobrevuela la sentencia de la Corte Suprema en el caso “Albretch c/ Herald” (1968). En ella, se sancionó como anticompetitiva *per se* a la conducta de la editora de un periódico que le imponía precios máximos a sus distribuidores, aun cuando el objetivo de esa restricción era evitar que dichos distribuidores vendieran el producto a precios demasiado altos (en vez de demasiado bajos). Tampoco importó allí que dicha restricción fuera básicamente unilateral, ya que se interpretó que existía un acuerdo por el solo hecho de que los distribuidores estaban adhiriendo tácitamente a la política de precios del editor del periódico.

En la década de 1990, la postura manifiestamente hostil de la jurisprudencia norteamericana respecto de la fijación de los precios de reventa tendió a suavizarse, y aparecieron ejemplos en los cuales la misma fue tratada con mayor consideración por parte de los tribunales y de las agencias antitrust estadounidenses¹¹⁸. Así, en el fallo que cerró el caso “USA Petroleum c/ Arco” (1990), la Corte Suprema desistió de condenar la fijación de precios máximos de reventa por parte de una empresa refinadora de combustibles líquidos por considerar que el demandante no había podido probar la existencia de “daño a la competencia” (*antitrust injury*). Finalmente, en otro caso relacionado con combustibles, el mismo tribunal revirtió expresamente el precedente del caso Albretch y consideró lícito que un refinador le fijara precios de reventa máximos a sus estaciones de servicio. Con su sentencia en el caso en cuestión (“Khan c/ State Oil”,

¹¹⁸ Al respecto, resulta ilustrativo el hecho de que tanto el Departamento de Justicia como la Comisión Federal de Comercio hayan virtualmente abandonado la costumbre de iniciar casos basados en este tipo de conductas. De los casos iniciados por estas agencias en la década de 1990, por ejemplo, el único de cierta importancia es “EEUU c/ Playmobil” (1995), en el cual el Departamento de Justicia acusó a un fabricante de juguetes de limitar la competencia entre sus distribuidores a través de una política de fijación de precios mínimos de reventa, por la cual dejaba de venderles a aquellos comercios que

1997), la Corte Suprema de EEUU brindó una nueva interpretación respecto de la fijación de precios máximos de reventa, por la cual dicha conducta comenzó a tratarse de acuerdo a la regla de la razón y dejó de ser una práctica anticompetitiva *per se* (sea que provenga de acuerdos verticales o de imposiciones unilaterales de un proveedor a un distribuidor)¹¹⁹.

En lo que atañe a los acuerdos verticales de fijación de precios mínimos de reventa (en vez de precios máximos), la jurisprudencia estadounidense mantuvo hasta el año 2007 la idea de que los mismos eran anticompetitivos *per se*, pero a partir de la década de 1980 comenzó a aparecer una tendencia por la cual se exigieron requerimientos más fuertes en lo referido a la prueba de tales acuerdos. En el caso “Spray-Rite c/ Monsanto” (1984), por ejemplo, se estableció la regla de que para probar la existencia de un acuerdo no bastaba con que hubiera comunicación entre proveedores y distribuidores sino que era necesario mostrar “que el productor y los distribuidores tenían un compromiso consciente para llevar a cabo un esquema común destinado a lograr un objetivo ilegal”, en tanto que en “Business Electronics c/ Sharp” (1988) se consideró que una conducta de fijación de precios mínimos de reventa no era punible por no haberse probado suficientemente que la misma estaba enmarcada dentro de un “acuerdo vertical”.

Finalmente, en “PSKS c/ Leegin” (2007) la Corte Suprema norteamericana decidió de manera explícita modificar la jurisprudencia que venía desde el año 1911 según la cual los acuerdos verticales de fijación de precios mínimos de reventa eran anticompetitivos *per se*, y los mismos pasaron a ser analizados utilizando la regla de la razón. La causa de este cambio en la jurisprudencia parece provenir de un análisis basado en la literatura económica, según el cual los precios mínimos de reventa pueden generar efectos anticompetitivos (tales como facilitar la colusión o extender el poder de mercado del segmento mayorista al minorista) pero también efectos procompetitivos (tales como facilitar la provisión de servicios de venta o fomentar la competencia a través del incremento en la calidad de los productos). La corte estadounidense consideró también que no resultaba consistente aplicar una regla de anticompetitividad absoluta para una conducta que no difería demasiado del resto de las restricciones verticales, que sólo se consideran ilícitas si puede probarse que su efecto sobre la competencia es

efectuaban descuentos sobre dichos precios.

verdaderamente perjudicial para el funcionamiento del mercado.

En el caso particular de Leegin, los hechos se referían a un productor de artículos de cuero (Leegin), que utilizaba como canal de comercialización una red de pequeños comercios, a los que les exigía que no vendieran sus productos por debajo de ciertos precios sugeridos de reventa, supuestamente con el objeto de posicionar su marca (llamada “Brighton”) y brindarles incentivos a los revendedores para que vendieran su producto. Uno de dichos revendedores era PSKS (a través de su local denominado “Kay’s Klose”, de la ciudad de Lewisville, Texas). En cierto momento, Kay’s Klose decidió reducir sustancialmente los precios de venta al público de la marca Brighton, y Leegin, en respuesta, decidió dejar de venderle dichos productos.

Tal como puede observarse, el caso Leegin tuvo lugar en un contexto en el cual el productor tenía escaso poder de mercado, ya que se trataba de una empresa que operaba en un contexto sumamente atomizado, y su decisión afectaba a un comercio que también vendía otros productos. Los posibles efectos negativos de la fijación de precios mínimos de reventa parecían, por lo tanto, muy bajos o inexistentes en este caso, siendo en cambio razonable suponer que dicha fijación de precios servía para sostener una estrategia competitiva de ventas por parte de Leegin (que se basaba en el sostenimiento de una marca y de una red de comercios que se dedicaban a promocionarla, a cambio de un margen más elevado entre el precio mayorista y el minorista)¹²⁰.

5.2.2. Otras restricciones verticales

Al igual que las prácticas relacionadas con la fijación de precios de reventa, las restricciones verticales sobre elementos distintos del precio son susceptibles de ser penalizadas, en el derecho antitrust estadounidense, como infracciones al artículo 1 ó al artículo 2 de la ley Sherman (según se las considere como prácticas concertadas o unilaterales). Adicionalmente, las mismas pueden ser analizadas como violaciones al artículo 5 de la ley de creación de la Comisión Federal de Comercio (que prohíbe los “métodos desleales de competencia”) y, en el caso de las conductas que implican exclusividad vertical, como infracciones al artículo 3 de la ley Clayton (en los casos en los que su efecto sea “reducir sustancialmente la competencia o tender a crear un

¹¹⁹ Para un análisis más detallado de este caso, véase Bamberger (2003).

¹²⁰ Para un análisis de este caso y de sus implicancias en el derecho antitrust estadounidense, véase Joseph

monopolio”).

El primer fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos respecto de un caso de defensa de la competencia que involucraba una práctica de exclusividad vertical es el correspondiente a “Magrane-Houston c/ Standard Fashions” (1922), en el cual una empresa que producía moldes para confeccionar prendas de vestir fue condenada por imponer a los comercios en los que se vendían dichos moldes contratos de exclusividad que impedían la venta de productos de empresas competidoras. El principal argumento para objetar dicha práctica fue que los contratos en cuestión forzaban a los comercios a optar entre vender sólo los productos de Standard Fashions o sólo los productos de las empresas competidoras y que, dado el peso de Standard Fashions en el mercado, la gran mayoría terminaba optando por la primera alternativa (y esto implicaba una virtual exclusión del mercado de las restantes empresas de moldes para ropa).

Igual resultado tuvo el caso “EEUU c/ Standard Oil of California” (1949), en el cual los contratos bajo análisis implicaban exclusividad vertical de las estaciones de servicio de la empresa refinadora de combustibles más importante de la zona oeste de los Estados Unidos. En este caso, sin embargo, hubo disensos entre los propios miembros de la Corte Suprema, y en dichos disensos se planteó el tema de si la exclusividad vertical debía ser analizada como anticompetitiva en sí misma o estar sujeta a la regla de la razón. La opinión que finalmente se impuso implicó el empleo de una regla *per se* según la cual la exclusividad vertical era anticompetitiva si la misma abarcaba “una porción sustancial del mercado”, en tanto que quienes disintieron sostuvieron que debía aplicarse una regla de la razón que considerara los costos y beneficios de la práctica en cuestión sobre la competencia, teniéndose fundamentalmente en cuenta que representaba una alternativa menos restrictiva que la integración vertical entre productores y distribuidores.

La opinión de que la exclusividad vertical debía analizarse siguiendo la regla de la razón y no considerarse anticompetitiva en sí misma tomó más fuerza después del caso “Tampa Electric c/ Nashville Coal” (1961), en el cual se objetaba un contrato de exclusividad entre una empresa generadora de electricidad y un proveedor de carbón, que convertía a este último en proveedor exclusivo de la primera por un período de veintiún años. En la sentencia por la cual llegó a la conclusión de que el contrato en

(2007).

cuestión no violaba el artículo 3 de la ley Clayton, la Corte Suprema norteamericana consideró que, si bien la duración del contrato era un motivo de preocupación desde el punto de vista competitivo, la participación de mercado de Nashville Coal en las ventas de carbón en el área de la ciudad de Tampa era pequeña y, además, se trataba de un contrato aislado y no del modo normal en que la empresa contrataba con sus clientes.

Al igual que la exclusividad vertical, las restricciones relacionadas con la exclusividad horizontal entre distribuidores han sido consideradas de manera distinta a lo largo del tiempo. En “Webster c/ Packard” (1957), por ejemplo, la Cámara de Apelaciones de Washington DC revirtió un fallo de primera instancia que había establecido que otorgarle a un concesionario de automóviles la exclusividad sobre el área definida por la ciudad de Baltimore y sus alrededores implicaba un acuerdo restrictivo del comercio violatorio del artículo 1 de la ley Sherman. En su sentencia, dicha cámara consideró que la práctica en cuestión no alcanzaba para configurar un acto anticompetitivo, en virtud de que el fabricante de automóviles acusado tenía una participación relativamente pequeña en el mercado relevante y de que la exclusividad territorial era una práctica normal en la industria bajo análisis que no implicaba un intento de monopolización. Del mismo modo, la Corte Suprema revocó unos años después una sanción contra un fabricante de camiones en el caso “EEUU c/ White Motor” (1963). En ese caso, la práctica objetada era la imposición por parte de White Motor de un sistema de territorios exclusivos a los distribuidores de sus camiones, y dicha conducta había sido considerada como anticompetitiva en sí misma por los tribunales inferiores.

La ilegalidad *per se* de la exclusividad horizontal, sin embargo, fue aceptada por la Corte Suprema en “EEUU c/ Schwinn” (1967), que fue un caso en el cual se condenó a un fabricante de bicicletas por establecer un sistema de distribución exclusiva semejante al utilizado por Packard y por White Motor. En esa situación la sentencia de la Corte interpretó que el sistema en cuestión limitaba el derecho de los distribuidores y de los minoristas de vender las bicicletas “donde y a quienes ellos quisieran”, y asimiló los sistemas de territorios exclusivos impuestos por un productor a sus distribuidores a acuerdos colusivos entre competidores (es decir, a repartos horizontales de mercado). En dicha asimilación hizo sin embargo una excepción para aquellas ventas de bienes que el productor le entregaba a los distribuidores en consignación, por entender que en

las mismas el productor seguía siendo el propietario de los bienes hasta el momento en que los mismos llegaban a manos de los consumidores.

La idea de que las restricciones de exclusividad (tanto horizontal como vertical) entre productores y distribuidores podían ser consideradas anticompetitivas en sí mismas, sin embargo, desapareció totalmente desde la sentencia con la cual la Corte Suprema cerró el caso “Continental c/ GTE Sylvania” (1977). En ella, el máximo tribunal norteamericano precisó las pautas a seguir en la aplicación de lo que se conoce como una “regla de la razón estructurada” (*structured rule of reason*). El caso se refería a una cláusula que limitaba el territorio desde el cual un distribuidor (Continental) podía vender los productos de un fabricante de televisores (Sylvania). En su análisis, el tribunal hizo referencia a que, si bien dicha cláusula limitaba la competencia entre productos de una misma marca, la misma podía estimular la competencia entre marcas a través de un aumento en la eficiencia de la distribución de los productos. El balance entre ambos efectos debía definirse tomando en consideración la competencia que el fabricante enfrentaba en su propio mercado, la cual era el principal resguardo que tenían los consumidores para evitar que dicho fabricante pudiera explotar el poder de mercado que tenía sobre los productos de su propia marca¹²¹.

La regla de la razón estructurada siguiendo los lineamientos del caso Sylvania ha sido aplicada de manera más o menos homogénea por los tribunales estadounidenses en las últimas décadas, con lo cual la mayoría de los casos han terminado con sentencias que consideraron legales a las cláusulas de exclusividad. Un ejemplo importante al respecto es “Roland Machinery c/ Dresser” (1984), en el cual la cámara de apelaciones que cerró el caso sostuvo que, para considerarse ilegal un acuerdo de distribución exclusiva, debía probarse primero que el mismo “excluía del mercado relevante a un competidor significativo del demandado” y después que “los efectos anticompetitivos de este hecho eran mayores que sus posibles efectos procompetitivos”¹²².

La presunción general a favor de la legalidad de las restricciones verticales sobre elementos distintos del precio que imperó en la jurisprudencia estadounidense durante la década de 1980 influyó en la actividad del Departamento de Justicia de EEUU, el cual

¹²¹ Para un análisis económico exhaustivo del caso Sylvania, véase Preston (1994).

¹²² Algunos comentaristas han asimilado este criterio de evaluación en dos etapas a una regla de virtual “legalidad *per se*” de las restricciones de exclusividad. De hecho, el principal responsable de esta sentencia fue el juez Richard Posner, quien en un artículo académico (Posner, 1981) sostuvo explícitamente la conveniencia de dicha postura.

publicó un documento de pautas para el análisis de las restricciones verticales (US Department of Justice, 1985) en el cual se manifestaba altamente benevolente para con esas prácticas. Dicho documento, sin embargo, solo tuvo validez como guía de política pública hasta 1993, año en el cual fue declarado inaplicable. Sí se mantienen vigentes, en cambio, las pautas sobre temas de propiedad intelectual (Federal Trade Commission y US Department of Justice, 1995) que contienen, entre otras cosas, algunos lineamientos para el análisis de casos en los que la exclusividad aparece en el contexto de una relación vertical entre el titular de un derecho de propiedad intelectual (marca, patente o derecho de autor) y un licenciataria del mismo. Entre ellos merece señalarse el que expresa que, para determinar si un contrato de exclusividad afecta la competencia, se tendrán en cuenta si el mismo “promueve la explotación y el desarrollo de la tecnología del titular del derecho de propiedad intelectual” y si “obstaculiza de manera anticompetitiva la explotación o el desarrollo de tecnologías alternativas”.

A partir de la década de 1990, la presunción general acerca de la legalidad de las restricciones verticales de exclusividad empezó a tornarse menos fuerte, y volvieron a aparecer casos que concluyeron en sanción, si bien en todos ellos se aplicó la regla de la razón y no se utilizaron argumentos de ilegalidad *per se*. Dos ejemplos importantes en este cambio de tendencia son “FTC c/ Toys’R’Us” (1998) y “EEUU c/ IBM y STK” (1998). En el primero de dichos casos, la Comisión Federal de Comercio consideró anticompetitivos un conjunto de contratos verticales entre la mayor cadena de jugueterías de Estados Unidos (Toys’R’Us) y diez de los principales fabricantes de juguetes. Dichos contratos, impuestos a los fabricantes por la cadena en cuestión, impedían que estos últimos les vendieran los mismos juguetes que se comercializaban en Toys’R’Us a ciertos supermercados (denominados “*warehouse clubs*”) que se caracterizaban por operar con márgenes de ganancia muy bajos. La autoridad antitrust norteamericana interpretó que el objetivo de esas cláusulas era impedir que dichos supermercados se transformaran en competidores efectivos de Toys’R’Us en el mercado minorista de juguetes, forzándolos a vender productos de menor calidad o menor popularidad. También se concluyó que la práctica en cuestión podía facilitar la colusión entre los fabricantes de juguetes, ya que Toys’R’Us pasó de hecho a operar como “policía de un cartel de fabricantes”, controlando que los mismos no vendieran sus

juguetes a precios más bajos a través de los *warehouse clubs*¹²³.

El proceso contra IBM y STK, por su parte, objetó un acuerdo de exclusividad entre el mayor productor de computadoras (IBM) y una de las pocas empresas capaces de competir con él en el mercado de sub-sistemas de almacenamiento de datos para equipos de gran tamaño (*mainframe computer disk storage subsystems*). El contrato en cuestión establecía que STK sólo le vendería sus productos a IBM, y que este último se comprometía a comprarle una importante cantidad por un plazo de tiempo prolongado. El Departamento de Justicia de Estados Unidos interpretó que dicho contrato reducía sensiblemente la competencia en un mercado en el cual sólo había cuatro empresas que operaban en todo el mundo, y denunció el mismo como anticompetitivo. El caso terminó con un acuerdo homologado judicialmente, por el cual se limitó el volumen de ventas que STK podía hacerle a IBM y se condicionaron dichas ventas al hecho de que STK también les vendiera volúmenes sustanciales a otros clientes.

Un último caso de importancia en el cual los tribunales estadounidenses condenaron una conducta de exclusividad vertical es “Le Page c/ 3M” (2003). En él, la empresa dominante en el mercado de producción de cinta adhesiva (3M) fue sancionada por imponer exclusividad a un grupo importante de comercios minoristas que vendían artículos de librería y papelería, aparentemente con el objeto de excluir del mercado a un competidor (Le Page), que se había convertido en el principal productor de cinta adhesiva “genérica” (es decir, del producto que se vendía sin marca o con la marca propia de los comercios minoristas).

5.3. Unión Europea

5.3.1. Legislación y jurisprudencia comunitarias

Las prácticas verticales con efectos potenciales sobre el comercio entre estados miembros han sido analizadas por las autoridades de la Unión Europea de diferentes maneras, si bien en su gran mayoría suelen incluirse dentro de la categoría de prácticas concertadas a las que se les aplica el artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea. Aunque los ejemplos de prácticas anticompetitivas que aparecen en dicho artículo no mencionan en ningún caso conductas propiamente verticales, existe al respecto una

¹²³ Para un análisis más detallado de este caso, véase Scherer (2003).

jurisprudencia y una reglamentación muy copiosas, especialmente en lo que se refiere a prácticas de exclusividad horizontal y vertical.

El primer fallo importante sobre la aplicación del Tratado de la Comunidad Europea a contratos verticales es el correspondiente al caso “Comisión Europea c/ Consten y Grundig” (1966), en el cual el Tribunal de Justicia de la Unión Europea estableció que los convenios de exclusividad que afectaban el comercio entre estados miembros infringían el artículo 81. En ese caso el tribunal sancionó a un fabricante alemán de televisores (Grundig) y a quien era el distribuidor exclusivo de sus productos en Francia (Consten), en virtud de que el contrato que los ligaba le garantizaba a este último una protección absoluta contra importaciones paralelas de televisores Grundig hacia territorio francés. Dicha interpretación del Tribunal de Justicia tuvo como consecuencia que numerosos contratos de distribución entre empresas quedaran sospechados de violar el Tratado de la Comunidad Europea, y llevó a la instauración de un procedimiento administrativo por el cual la Comisión Europea comenzó a otorgar “exenciones al artículo 81” en los casos en los que se interpretaba que las restricciones verticales impuestas tenían ventajas desde el punto de vista de la competencia. Dichas exenciones se basan en la aplicación del apartado 3 del mencionado artículo 81, el cual declara procedentes aquellas prácticas concertadas que “contribuyan a mejorar la producción o distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, que permitan acceder a los consumidores a una participación equitativa en el beneficio resultante, y que no impongan a las empresas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos ni den a esas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate”.

Todo el procedimiento de exenciones a la aplicación del artículo 81 desembocó en un cúmulo de trabajo considerable para las autoridades de competencia de la Unión Europea, que sólo se modificó de manera radical con la sanción del Reglamento 1/2003, ya mencionado en el capítulo 1 del presente libro, que fue el que suprimió la obligación generalizada de pedir autorización previa para los acuerdos entre empresas. Con anterioridad a la aparición de dicho reglamento, sin embargo, la Comisión Europea emitió una serie de reglamentos específicos que otorgaron inmunidad en bloque a cierto tipo de operaciones. Entre los que siguen vigentes sobresale el Reglamento 2790/1999,

referido a contratos verticales en general. Este reglamento exime automáticamente de la aplicación del artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea a aquellos convenios que establecen sistemas de distribución exclusiva, suministro exclusivo, asignación de cliente exclusivo, distribución selectiva y franquicias, siempre que los mismos cumplan con una serie de requisitos que el propio reglamento especifica. Entre dichos requisitos sobresalen los siguientes:

- a) las participaciones de mercado del proveedor y el cliente no deben superar en ningún caso el 30% del mercado relevante;
- b) los contratos no deben incluir cláusulas de fijación de precios de reventa;
- c) si los contratos establecen territorios exclusivos para la distribución mayorista de un producto, los mismos no deben extenderse al sector minorista;
- d) si los contratos se refieren a la compraventa de componentes o repuestos de un producto, no deben impedir la reventa de los mismos a usuarios finales, reparadores o prestadores de servicios de posventa.
- e) los contratos no deben incluir cláusulas de no competencia por períodos superiores a los cinco años (mientras dure el acuerdo) o a un año (una vez que el acuerdo ya ha expirado).

Para ciertos sectores particulares existen además otros reglamentos que otorgan exenciones en bloque bajo condiciones menos restrictivas. Entre ellos cabe señalar el Reglamento 1400/2002 (referido a sistemas de exclusividad en la distribución de automotores)¹²⁴, el Reglamento 772/2004 (referido a acuerdos de transferencia de tecnología), el Reglamento 358/2003 (referido al sector de seguros), el Reglamento 823/2000 (sobre transporte marítimo), el Reglamento 1459/2006 (sobre transporte aéreo) y el Reglamento 1184/2006 (sobre contratos en el sector agropecuario).

Otro sector en el cual las autoridades europeas han admitido restricciones verticales más fuertes es el de la industria cervecera. En él tiene importancia como antecedente la sentencia del Tribunal de Justicia en el caso “Brasserie de Haecht c/ Wilkin-Janssens” (1968), en la cual se analizó un contrato de compra exclusiva de cerveza por parte de un establecimiento comercial belga cuyos propietarios le

¹²⁴ En rigor, el primer reglamento sobre restricciones verticales en el sector de comercialización de automotores tuvo su origen en la sentencia del Tribunal de Justicia en el caso “Comisión Europea c/ BMW” (1979), en la cual se admitió que los fabricantes de automotores impusieran una serie de restricciones a sus concesionarios y que les garantizaran al mismo tiempo protección territorial y exclusividad en la prestación de servicios de posventa.

alquilaban el local a la cervecería con la cual mantenían la exclusividad. El mismo fue considerado válido, en virtud de la inexistencia de barreras de entrada para que otras cervecerías ingresaran al mercado en cuestión a través de otros establecimientos comerciales. Del mismo modo, en “Delimitis c/ Henninger Bräu” (1991), el mismo tribunal consideró válido un acuerdo de exclusividad entre una cervecería y un restaurante de la ciudad de Francfort (Alemania), pero sostuvo que para que dicho acuerdo cayera dentro de la exención en bloque de la Comisión Europea debía referirse a productos específicos y no a una lista indeterminada que pudiera ser unilateralmente modificada por el proveedor en cualquier momento.

Una clase de restricción vertical que ha sido analizada frecuentemente por las autoridades antitrust europeas es la que aparece designada con el rótulo de “distribución selectiva”. El primer caso importante sobre este tema fue “Metro c/ Saba” (1977), en el cual un distribuidor mayorista de productos electrónicos (Metro) objetó la política de un fabricante de dichos productos (Saba) de prohibir las ventas directas de los distribuidores a los consumidores (obligándolos a pasar necesariamente por canales de venta minorista). Esta política había sido explícitamente autorizada por la Comisión Europea, y fue también considerada válida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En su sentencia, dicho tribunal destacó que la competencia en precios no era la única forma de competencia entre distribuidores y comercializadores, y que este tipo de cláusulas resultaba a veces necesaria para mantener una red de venta especializada para ciertos productos que así lo requerían. En este caso, además, el fabricante tenía una participación de mercado relativamente reducida (inferior al 10% en todos los países de la Unión Europea) y enfrentaba competencia efectiva en todas sus líneas de productos.

Otro tipo de contrato que ha merecido un tratamiento detallado por parte de las autoridades europeas de defensa de la competencia es el que comprende a los contratos de franquicia¹²⁵. El antecedente jurisprudencial más importante aquí es el caso “I. Schillgallis c/ Pronuptia” (1986), en el cual se analizó un contrato de franquicia entre un fabricante francés de vestidos de novia (Pronuptia) y un comercio alemán en el que se vendían dichos vestidos. El mismo fue considerado válido por el Tribunal de Justicia de

¹²⁵ Entre 1988 y 1999 los contratos de franquicia fueron objeto de un reglamento particular de exención (Reglamento 4087/1988). A partir del año 2000 dicho reglamento dejó de tener vigencia, y los contratos de franquicia entraron dentro de la exención en bloque general que abarca todo tipo de restricciones verticales (Reglamento 2790/1999).

la Unión Europea, en virtud de que permitía la difusión de mecanismos de comercialización sin necesidad de una gran inversión por parte del franquiciante y, al mismo tiempo, facilitaba el ingreso del franquiciado al mercado. Por estos hechos se consideraron válidas numerosas restricciones verticales que en otros contextos se habrían interpretado como anticompetitivas, tales como la exclusividad vertical total, la imposibilidad de cambiar de domicilio sin el consentimiento del franquiciante, y el control por parte del franquiciante de todas las actividades promocionales y publicitarias del franquiciado¹²⁶.

La fijación de precios de reventa, por su parte, representa una práctica vertical que, a diferencia de otras, ha sido consistentemente combatida por las autoridades antitrust europeas, especialmente en casos en los cuales operaba como un mecanismo para impedir o disuadir importaciones. Uno de los primeros casos al respecto fue “Metro c/ Deutsche Grammophon” (1971), en el cual una compañía discográfica alemana (Deutsche Grammophon) fue sancionada por fijar precios de reventa de sus discos e impedir que un importador francés de dichos discos (Metro) los reintrodujera en Alemania a precios inferiores a los que Deutsche Grammophon fijaba para su venta al público en el mercado alemán. Del mismo modo, en “Comisión Europea c/ Groupement des Fabricants de Papiers Peints” (1976), se consideró ilegal un sistema de fijación de precios de reventa que abarcaba todo el mercado belga de papeles para pared, en virtud de que el mismo servía para implementar acuerdos colusivos entre los fabricantes y distribuidores de dichos papeles.

La fijación de precios de reventa también ha sido combatida por la Comisión Europea en una serie de casos en los cuales existían leyes nacionales específicas que la amparaban. En general tales casos se refirieron a operaciones que tenían efectos sobre varios estados de la Unión Europea, como “Comisión Europea c/ VBVB y VBBB” (1985). En dicho caso lo que se objetó fue un acuerdo entre dos asociaciones de editoriales de Bélgica y Holanda que involucraba la fijación de precios de reventa de sus libros en todo el mercado belga y holandés, aún cuando las legislaciones nacionales de ambos países permitían específicamente dicha práctica en la industria del libro. Asimismo, en “Comisión Europea c/ Publishers’ Association” (1989), fue desautorizado un acuerdo colectivo entre las editoriales y las librerías del Reino Unido para imponer

¹²⁶ Para un análisis más detallado de este caso, véase Korah (1997), capítulo 7.

precios de reventa como una política global de todo el sector editorial británico. La autoridad antitrust sostuvo que, si bien la ley inglesa permitía la fijación de precios de reventa a nivel individual de las editoriales, resultaba excesivamente restrictivo y contrario a la legislación comunitaria que la misma se implementara a través de un acuerdo de carácter global entre todas las empresas del sector¹²⁷.

Otros dos casos significativos sancionados por la Comisión Europea por prácticas verticales anticompetitivas son “Comisión Europea c/ Volkswagen” (1998) y “Comisión Europea c/ General Motors” (2000). En el primero de ellos, el principal fabricante alemán de automóviles fue multado por establecer una política por la cual se les prohibía a los concesionarios italianos que les vendieran unidades a compradores residentes en Alemania y Austria, que eran países en los cuales Volkswagen vendía sus automóviles a precios superiores a los que regían en el mercado italiano. En el segundo de dichos casos, por su parte, la conducta objetada era una política destinada a impedir las exportaciones de automóviles de la marca Opel desde los Países Bajos hacia los mercados alemán, francés y británico (en los cuales dichos automóviles se vendían a precios superiores a los que regían en el mercado holandés).

En lo que va del siglo XXI, hubo varios otros casos que involucraron al sector de comercialización de automóviles, en los cuales aparecieron conductas parecidas a las sancionadas en los casos de Volkswagen y General Motors. El más importante por el monto de las multas aplicadas es probablemente “SEP y otros c/ Peugeot” (2005), en el cual la empresa automotriz francesa Peugeot fue multada en casi 50 millones de euros por establecer restricciones territoriales que impedían las ventas de automóviles desde los Países Bajos hacia otros estados de la Unión Europea tales como Alemania y Francia. También finalizó con una orden de cese, pero sin multa, un caso similar referido a los mercados de gas (“Comisión Europea c/ Gaz de France y otros”, 2004), en el cual lo que se objetó fue una conducta de la empresa francesa Gaz de France por la cual les prohibía a varios clientes italianos a los que les vendía su producto (por ejemplo, la empresa gasífera ENI y la empresa eléctrica ENEL) que lo revendieran fuera

¹²⁷ En el caso “Binon c/ AMP” (1985), sin embargo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea consideró que la fijación de precios mínimos de reventa de diarios y revistas, si bien implicaba en principio una restricción a la competencia encuadrada en el apartado 1 del artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea, podía beneficiarse de una exención en los términos del apartado 3 de dicho artículo, siempre que “... en un caso particular, ese elemento de un sistema de distribución pueda estar justificado”.

de Italia.

Un último tipo de contratos verticales que han sido objeto de estudio por parte de las autoridades antitrust europeas es el que se refiere a los contratos de exclusividad en la venta de derechos de televisación de distintos eventos, y en especial de partidos de fútbol. Tres casos que se destacan al respecto son “Comisión Europea c/ UEFA” (2003), “Comisión Europea c/ Bundesliga” (2005) y “Comisión Europea c/ FA Premier League” (2006). Los tres terminaron con compromisos por parte de distintas asociaciones de fútbol para moderar las cláusulas de exclusividad vertical que se incluían en los contratos en los que dichas asociaciones transferían los derechos de transmisión de sus partidos a diversos productores y canales de televisión. Dichos compromisos consistían en permitir que los clubes de fútbol comercializaran individualmente ciertos derechos, y en que los derechos que se vendían de manera centralizada no implicaran tampoco que un mismo grupo económico se quedara con la posibilidad de transmitir todos los partidos del mismo campeonato de fútbol.

5.3.2. Pautas comunitarias sobre restricciones verticales

La referencia más importante respecto de la situación actual del tratamiento de las restricciones verticales en el derecho antitrust comunitario es sin duda el documento de la Comisión Europea titulado “Directrices relativas a las restricciones verticales”, publicado en el mes de octubre del año 2000. El objetivo de dicho documento es establecer una serie de principios para evaluar los acuerdos verticales como prácticas que pueden infringir el artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea. Para ello, se divide a las prácticas verticales en tres grupos según su posible legalidad o ilegalidad. Un primer grupo comprende los acuerdos que no entran en el ámbito de aplicación del artículo 81, por tratarse de casos que involucran una porción muy pequeña del mercado relevante o ser “acuerdos genuinos de agencia” (en los cuales el agente no asume riesgo económico alguno ni tiene obligaciones relacionadas con la promoción de los productos, los servicios de posventa ni las inversiones en equipos específicos). El segundo grupo comprende los acuerdos verticales que sí entran en el ámbito de aplicación del artículo 81 pero se encuentran comprendidos en algún reglamento de exención en bloque (por ejemplo, en el Reglamento 2790/1999, analizado en la sección anterior). El tercer grupo, por último, comprende los acuerdos verticales que entran en

el ámbito de aplicación del artículo 81 y no se encuentran comprendidos en un reglamento de exención en bloque, y que por lo tanto deben evaluarse como casos particulares.

Las recomendaciones contenidas en las pautas comunitarias sobre restricciones verticales sirven para orientar la acción de la Comisión Europea en varios tipos de procedimientos. Por un lado, precisan qué características son más importantes para que un acuerdo vertical pueda considerarse que no entra en el ámbito de aplicación del artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea o se encuentra alcanzado por un reglamento de exención en bloque. Por otro lado, sirven también como orientación para la política comunitaria respecto de los casos en los cuales la Comisión Europea objeta determinadas prácticas como anticompetitivas en procesos destinados a la sanción de las mismas. En esta última función las pautas resultan útiles para analizar las conductas desde el punto de vista de su legalidad como prácticas concertadas (artículo 81) y como abusos de posición dominante (artículo 82), ya que si bien los contratos verticales suelen ser cuestionados como acuerdos restrictivos de la competencia se dan también casos en los que se objeta la actitud de una sola de las partes que está intentando excluir competidores o ejercer abusivamente su poder de mercado.

El marco general de análisis expuesto en las directrices europeas sobre restricciones verticales implica evaluar conjuntamente las posibles consecuencias negativas de dichas restricciones y los efectos positivos de las mismas. Las consecuencias negativas que se enuncian en el documento de la Comisión Europea son cuatro:

- (i) exclusión del mercado de proveedores o compradores mediante el incremento de las barreras de entrada;
- (ii) reducción de la competencia entre marcas (en particular, a través de la posibilidad de facilitar la colusión entre proveedores o compradores);
- (iii) reducción de la competencia entre distribuidores de la misma marca;
- (iv) creación de obstáculos a la integración de mercados, sobre todo cuando los mismos limitan la libertad de los consumidores de adquirir bienes o servicios en determinados estados miembros de la Unión Europea.

En lo que se refiere a los efectos positivos de las restricciones verticales, las pautas comunitarias europeas mencionan ocho:

- 1) resolución de problemas de “parasitismo” o aprovechamiento gratuito (*free-riding*);
- 2) apertura de nuevos mercados;
- 3) protección de la reputación del comprador o del vendedor (evitando el llamado “parasitismo de certificado”);
- 4) resolución del problema de la cautividad (*hold-up*) en casos de inversiones específicas en la venta de un producto;
- 5) resolución del problema de la cautividad en casos de transferencia de conocimientos técnicos sustanciales;
- 6) aprovechamiento de economías de escala en la distribución;
- 7) resolución de problemas originados en la imperfección del mercado de capitales;
- 8) uniformidad y normalización de la calidad de los productos ofrecidos.

Teniendo en cuenta los efectos negativos y positivos que las restricciones verticales pueden tener, las pautas proceden a enunciar una serie de normas generales de evaluación desde el punto de vista de la política de competencia. La primera de ellas limita los casos de interés a aquellas situaciones en las cuales la competencia entre marcas resulta insuficiente, sosteniendo que en general, si los mercados están desconcentrados y existen muchos productos que compiten entre sí, las restricciones verticales tienden a ser inocuas. Por eso mismo es que las pautas consideran que las restricciones que reducen la competencia entre marcas son en principio más perniciosas que las que reducen la competencia dentro de una misma marca, y que los acuerdos que establecen obligaciones de exclusividad entre las partes son el principio más perniciosos que aquellos que no las establecen.

Otro principio que las directrices europeas enuncian es que “las restricciones verticales relativas a los bienes y servicios que no tienen marca son, por lo general, menos perniciosas que las que afectan a la distribución de bienes y servicios de marca”. Esto se debe, según el razonamiento que aparece en las propias directrices, a que “la marca tiende a aumentar la diferenciación entre productos y a reducir la posibilidad de sustitución de los mismos, lo que provoca una menor elasticidad de la demanda y una mayor posibilidad de incrementar los precios”. Asimismo, se considera que, como regla general, la combinación de restricciones verticales potencia los efectos negativos de dichas restricciones, si bien se acepta también que en ciertos casos las restricciones sirven para compensar efectos negativos y positivos (por ejemplo, cuando se combina

un esquema de exclusividad horizontal que puede generar un aumento en los precios de reventa con la fijación de valores máximos para dichos precios).

Otro fenómeno acumulativo que puede potenciar los efectos negativos de las restricciones verticales es que varios proveedores y sus compradores organicen su actividad de modo similar, si bien esto también puede verse como un indicio de que en dicha actividad las restricciones verticales tienen explicaciones basadas en la eficiencia y no en el poder de mercado (si se observa, por ejemplo, que tanto las empresas pequeñas como las grandes celebran contratos de naturaleza similar). Por último, las pautas enuncian tres fenómenos que juegan inequívocamente a favor de la legalidad de las restricciones verticales. Los mismos son la transferencia de conocimientos técnicos, la existencia de inversiones específicas a la relación contractual y la introducción de nuevos productos o de productos existentes en nuevos mercados. Todos esos hechos suelen requerir de restricciones verticales destinadas a proteger derechos de propiedad, y aparecen en general en situaciones en las que es eficiente fomentar las relaciones contractuales entre proveedores y compradores.

Las directrices sobre restricciones verticales de la Comisión Europea establecen también una metodología general de análisis de cualquier restricción vertical, la cual consta de cuatro pasos:

- 1) definición del mercado relevante para evaluar la restricción vertical;
- 2) cálculo de la cuota de mercado afectada, a fin de evaluar si la misma permite considerar que la restricción vertical se encuentra alcanzada por una exención en bloque;
- 3) si la restricción no se encuentra alcanzada por una exención en bloque, determinación de la aplicabilidad del apartado 1 del artículo 81;
- 4) si el apartado 1 del artículo 81 resulta aplicable, determinación de la aplicabilidad del apartado 3 de dicho artículo.

El apartado 1 del artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea es el que prohíbe los “acuerdos ... y prácticas concertadas ... que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común”. Para saber si una determinada práctica vertical entra en esa categoría, es necesario analizarla teniendo en cuenta una serie de factores, entre los cuales las pautas comunitarias europeas mencionan la posición de mercado del proveedor, la posición de

mercado de los competidores, la posición de mercado del comprador, las barreras de entrada, la madurez del mercado, el nivel de comercio (intermedio o final) y la naturaleza del producto (homogéneo o heterogéneo). El apartado 3 del artículo 81, por su parte, es el que admite aquellas prácticas concertadas que “contribuyan a mejorar la producción o distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, que permitan acceder a los consumidores a una participación equitativa en el beneficio resultante, y que no impongan a las empresas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos ni den a esas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate”. Sobre este tema, las directrices europeas mencionan que la eliminación de la competencia está ligada con la posibilidad de que alguna de las partes de un contrato vertical tenga una posición dominante o pueda alcanzar dicha posición a consecuencia del contrato vertical en cuestión. Si tal supuesto no se da, entonces la evaluación debe hacerse teniendo en cuenta los otros aspectos mencionados en el apartado 3, que tienen que ver con la consideración conjunta de los efectos positivos y negativos del contrato sobre la competencia.

5.3.3. Legislación y jurisprudencia españolas

El artículo 1 de la actual ley española de defensa de la competencia (ley 15/2007) caracteriza a las prácticas anticompetitivas concertadas de manera similar a la que aparece en el Tratado de la Comunidad Europea. En su enunciación ilustrativa de estas prácticas dicha ley utiliza además los mismos ejemplos que aparecen en el artículo 81 del tratado en cuestión, que no se refieren en ningún caso a conductas estrictamente verticales. Tampoco aparecen conductas estrictamente verticales entre las enunciadas en el artículo 2 de la ley 15/2007 como ejemplos de abusos de posición dominante. Como dichas omisiones también acontecían en la ley de defensa de la competencia anteriormente vigente en España (ley 16/1989), el tratamiento que las prácticas verticales tienen en el derecho antitrust español debe inferirse de la jurisprudencia acumulada, la cual ha sido desarrollada fundamentalmente durante el período de vigencia de la ley 16/1989.

Al igual que en la mayoría de los otros países, en España los acuerdos verticales pueden aparecer tanto en casos iniciados de oficio como en situaciones en los que

resultan objetados a través de procedimientos de denuncia. Entre esos últimos sobresale el caso “Antena 3 c/ Liga Española de Fútbol y otros” (1993), en el cual se atacó todo el sistema de comercialización de las transmisiones televisivas de los partidos de fútbol del torneo profesional local. El mismo se basaba en contratos que contenían cláusulas de exclusividad horizontal y vertical, por las cuales la Liga Española de Fútbol cedía los derechos de transmisión de manera unificada a la empresa oficial de televisión española (TVE), a las empresas de televisión de las regiones autónomas de España y a la empresa privada Canal Plus, según el tipo de partido, la región en la cual se transmitía y la modalidad de la transmisión (por aire o por cable, codificado o no codificado). Tales cláusulas fueron consideradas anticompetitivas por el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), que ordenó a las partes involucradas el cese de sus conductas. La resolución final del caso reconoció sin embargo que la exclusividad parcial era necesaria para la existencia de un mercado de derechos de transmisión del fútbol profesional, y sentó las bases para un nuevo sistema de comercialización de tales derechos. Así, se estableció que las cláusulas de exclusividad podían mantenerse pero debían acotarse en el tiempo, que debía garantizarse el acceso al mercado de todos los operadores interesados en los derechos de transmisión a través de concursos competitivos, y que aquellos operadores que obtuvieran los derechos exclusivos de transmisión sobre determinados partidos debían no obstante ceder (a cambio de un precio equitativo) imágenes-resumen de los mismos a los restantes operadores, para que éstos también pudieran difundirlas.

Sin embargo, varios años después de resuelto el caso de la Federación Española de Fútbol, el TDC sancionó con una multa de 800.000 euros a la Federación Española de Bolos (FEB) por una conducta similar en el caso “Canal 8 c/ Federación Española de Bolos y otros” (2006). El mismo se refería a la venta en condiciones de exclusividad sin concurso previo de los derechos de televisación de diversos partidos de bolos de la zona de Cantabria a un canal de televisión (Audiovisual Cantabria) que era competidor de la empresa denunciante (Canal 8). En este caso, la sanción se originó también en el hecho de que la FEB había ejercido presiones para que los clubes de bolos individualmente cedieran sus derechos de transmisión al canal de televisión elegido por la federación, so pena de excluirlos de los campeonatos oficiales.

En el caso “P. Guillén c/ Cosmeparf” (1994), en cambio, la exclusividad vertical

fue admitida como válida. En este caso lo que se objetaba era un sistema de distribución selectiva en el sector de perfumería, y el argumento utilizado por el TDC para no sancionar la práctica en cuestión hizo hincapié en las características del producto comercializado (que era un perfume de una marca muy cotizada), que requería de cierta “aureola de exclusividad”. Esto hacía que, para preservar los valores intangibles relacionados con el prestigio del producto en cuestión, fuera necesario restringir su distribución a determinados comercios y canales de distribución, y que fuera imposible utilizar un sistema de comercialización masiva sin que el producto desapareciera como una opción diferenciada dentro del mercado de artículos de perfumería.

En “Unión de Consumidores y otros c/ FAES y otros” (2001), por el contrario, el TDC consideró anticompetitivo un sistema de distribución de cosméticos a través de la red de farmacias, que abarcaba a trece empresas que distribuían sus cosméticos exclusivamente en farmacias o fijaban precios mínimos de reventa en dichas farmacias. Para sancionar esta última práctica (fijación de precios mínimos de reventa), el TDC consideró que la misma resultaba restrictiva de la competencia porque tenía lugar en un ámbito en el cual la competencia entre marcas resultaba insuficiente. En lo que respecta a la distribución de los cosméticos sólo en farmacias la objeción resultaba similar, entendiéndose que el sistema en cuestión impedía que dichos productos se vendieran en ámbitos caracterizados por una competencia mayor, que derivarían en menores precios para los consumidores. La resolución del TDC, sin embargo, fue apelada por los denunciados y posteriormente revocada por la Audiencia Nacional Española, con lo cual las multas impuestas y la orden de cese dictada en su momento quedaron sin efecto.

Pero probablemente el caso más importante de la jurisprudencia antitrust española sobre temas de exclusividad en la distribución de un producto es “Cervezas Anaga c/ CERCASA” (2007), que terminó con una multa relativamente importante (400.000 euros) para un productor cervecero (CERCASA) que impuso en sus contratos de distribución con sus puntos de venta en las Islas Canarias ciertas obligaciones de exclusividad en el suministro de cerveza y en la realización de publicidad respecto de la misma. Este caso llama un tanto la atención porque en un principio el TDC había determinado que la exclusividad en cuestión no constituía un abuso de posición dominante, en virtud de que no se había acreditado que CERCASA ostentara dicha posición de dominio en el mercado canario de cerveza. Con posterioridad, sin embargo,

el Servicio de Defensa de la Competencia volvió a plantear el caso como una infracción al artículo 1 de la ley de defensa de la competencia consistente en un acuerdo vertical restrictivo de la competencia entre CERCASA y sus puntos de venta, y entonces el TDC sí decidió multar a CERCASA por la comisión de una práctica anticompetitiva.

En “Ayuntamiento de Coslada c/ Playtex y otros” (1997), por su parte, el TDC multó muy fuertemente a cuatro fabricantes de lencería por fijar precios de reventa (que aparentemente eran al mismo tiempo máximos y mínimos), considerando que dicha conducta constituía prácticamente una infracción *per se* a la ley de defensa de la competencia. Contrariamente a opiniones sostenidas en situaciones anteriores, aquí la autoridad antitrust española equiparó la fijación vertical de precios a los acuerdos horizontales de precios, y no consideró relevante analizar si una restricción a la competencia dentro de la misma marca podía servir para fomentar la competencia entre marcas. Esta política de condenar la fijación de precios de reventa sin admitir prácticamente defensas basadas en condiciones competitivas de los mercados se repitió en una serie de casos posteriores, tales como “Unión de Consumidores c/ Unión Videográfica Española y otros” (1998), “EKO-AMA c/ Aguas de Mondáriz” (2004) y “Asturcolchón c/ Tempur” (2005), que también terminaron en multas para las empresas denunciadas.

En el caso “Calviá Supermarket y otros c/ DIASA” (2003), en cambio, la fijación de precios de reventa no fue sancionada porque se entendió que lo que se daba era un caso de “precios de reventa sugeridos”, que no implicaban terminación de la relación contractual en caso de incumplimiento. En este expediente, los hechos tenían que ver con una empresa propietaria de una cadena de supermercados minoristas (DIA), que les sugería a los propietarios de los supermercados que tenían contratos de franquicia con ella los precios a los que debían comercializar los productos. Si bien el mecanismo a través del cual se fijaban los precios de venta al público era automático y controlado por DIA, el TDC comprobó que los supermercados franquiciados tenían la posibilidad técnica de modificar dichos precios de manera relativamente simple, y que tampoco estaba prevista sanción alguna en los contratos de franquicia para aquellos supermercados que modificaran los precios. Por otro lado, además, se comprobó que DIA sólo tenía una participación de alrededor del 9% en las ventas minoristas a través de supermercados, y que se trataba de una cadena cuya política global apuntaba en

general al segmento de precios bajos (por lo que los precios sugeridos parecían operar más bien como precios máximos y no como precios mínimos de reventa).

Por último, en varios casos que involucraron al sector petrolero, el TDC ha sancionado conductas de exclusividad horizontal y fijación de precios de reventa en contratos celebrados entre empresas refinadoras de petróleo y estaciones de servicio. En todos ellos el argumento ha sido que los mismos no se encontraban amparados por las exenciones en bloque de la Unión Europea, en virtud de que prohibían la realización de “ventas pasivas” fuera del territorio exclusivo que se le asignaba a las estaciones de servicio o que fijaban precios de reventa de los productos. Esto último se extendió inclusive a situaciones en las cuales la relación contractual tomaba la forma de un contrato de agencia, y lo que se pactaba era una comisión para el titular de la estación de servicio (tal como acontecía en el caso “Asociación de Estaciones de Servicio de Andalucía c/ Repsol”, 2001).

5.4. América Latina

5.4.1. México

Al igual que todas las otras conductas anticompetitivas distintas de la colusión, las prácticas verticales son tratadas por la ley de competencia económica de México como “prácticas monopólicas relativas”, y están por lo tanto sujetas a la regla de la razón. En particular, el artículo 10 de la ley antitrust mexicana menciona como ejemplos de este tipo de prácticas a las contenidas en los tres incisos siguientes:

I) entre agentes económicos que no sean competidores entre sí, la fijación, imposición o establecimiento de la distribución exclusiva de bienes o servicios, por razón de sujeto, situación geográfica o por períodos de tiempo determinados, incluidas la división, distribución o asignación de clientes o proveedores; así como la imposición de la obligación de no fabricar o distribuir bienes o prestar servicios por un tiempo determinado o determinable;

II) la imposición del precio o demás condiciones que un distribuidor o proveedor debe observar al comercializar o distribuir bienes o prestar servicios;

IV) la venta, compra o transacción sujeta a la condición de no usar, adquirir, vender, comercializar o proporcionar los bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos

o comercializados por un tercero.

El primer caso sobre contratos verticales analizado por la Comisión Federal de Competencia de México (CFC) surgió de una investigación de oficio de las actividades de la principal empresa refinadora de petróleo (“CFC c/ Pemex-Refinación”, 1994) en lo que hacía a la distribución de combustibles a través de estaciones de servicio. El mismo terminó con un acuerdo en el cual la CFC admitió como válidas a la gran mayoría de las restricciones verticales contenidas en los contratos de la empresa (por ejemplo, exclusividad vertical y fijación de precios de reventa), pero implicó un compromiso por parte de Pemex de eliminar, entre otras, las cláusulas referidas a número máximo de estaciones de servicio que pueden operar en una zona determinada, distancia mínima entre estaciones de servicio, y restricciones a la comercialización de otros bienes distintos de los derivados del petróleo por parte de dichas estaciones.

En “Baúl c/ Aeroméxico” (1995), en cambio, la exclusividad vertical se consideró anticompetitiva en un caso que involucraba a la principal aerolínea mexicana y se refería al mercado aéreo de una ciudad (Chihuahua), en la cual Aeroméxico tenía una participación de mercado superior al 50%. La práctica objetada consistía en exigirle a las agencias de viajes que sólo vendieran pasajes de Aeroméxico, en una circunstancia en la cual dicha conducta podía tener el efecto de crearle a las restantes líneas aéreas una barrera de entrada al mercado de agencias de viajes. La decisión de la CFC en este caso no implicó multa pero sí una orden de cese de la conducta, y la obligación de que a partir de ese momento Aeroméxico no le exigiera compromisos de exclusividad a las agencias de viajes con las que operaba ni se negara a comerciar con ellas por razones arbitrarias.

Un caso de exclusividad vertical que sí concluyó con una multa para la empresa denunciada fue “CFC c/ AC Nielsen” (1998), en el cual se objetaron los contratos celebrados por la principal proveedora de servicios de investigación de mercado con una serie de supermercados. En dichos contratos se establecía que dichos comercios no podían brindarle información de mercado a competidores de AC Nielsen, lo cual en la práctica operaba como una barrera de entrada al principal competidor potencial de dicha empresa en México. En el caso en cuestión, además, la exclusividad vertical en la obtención de información no parecía generar ninguna ventaja de eficiencia, y su objetivo más directo parecía ser la exclusión de los competidores de AC Nielsen de los

mercados de servicios en los que esa empresa actuaba.

La exclusividad en la distribución de productos volvió a ser un tema de análisis en el caso “CDF c/ Apasco, Cruz Azul y Cemex” (1999), en el cual un distribuidor de cemento del estado de Zacatecas (CDF) denunció a las tres principales productoras de cemento que operaban en dicho estado por establecer sistemas de distribución exclusiva que le impedían comercializar al mismo tiempo los productos de las tres empresas. En su resolución del caso, la CFC consideró relevante el hecho de que sólo Apasco y Cruz Azul utilizaran esquemas de exclusividad vertical pero que Cemex no lo hiciera, ligado a que ni Apasco ni Cruz Azul tenían poder sustancial en el mercado relevante. De la consideración conjunta de esos elementos se concluyó que ninguna de las empresas denunciadas había cometido una práctica anticompetitiva, ya que los esquemas de distribución que empleaban Apasco y Cruz Azul resultaban válidos en tanto dichas empresas no tuvieran poder sustancial, y Cemex no había incurrido en ninguna conducta que pudiera considerarse violatoria de la ley federal de competencia económica.

El caso más importante de la jurisprudencia antitrust mexicana que involucra prácticas verticales, sin embargo, es “Pepsi y otros c/ Coca-Cola y otros” (2005), y concluyó con una multa récord por un total de más de 570 millones de pesos mexicanos. El mismo se refería a una política de imposición de exclusividad practicada por Coca-Cola y sus embotelladoras respecto de los comercios minoristas en los que se vendían sus productos, que subordinaba la provisión de los mismos a la condición de no comercializar marcas de otras empresas productoras de gaseosas. En su análisis de la conducta de Coca Cola y sus embotelladoras, la CFC tuvo en cuenta que el efecto exclusorio de la conducta tenía lugar en el canal de comercialización a través de supermercados, almacenes y otras tiendas similares y que, en cambio, los acuerdos de exclusividad con restaurantes, bares y hoteles no afectaban necesariamente el proceso de competencia. Por ese hecho es que el caso se centró en el primero de tales canales y se excluyó del análisis al segundo.

Para decidir la aplicación de las sanciones, la CFC tuvo aquí en cuenta la participación de Coca-Cola en el mercado de gaseosas, la cual, sumada a otras características del mismo, le otorgaba, a criterio de la agencia antitrust mexicana, poder sustancial. Esto hacía que la exclusividad vertical operara como un elemento para inducir a los comercios a no comprar otras gaseosas que no fueran producidas o

distribuidas por Coca-Cola, reforzando el poder de mercado de la mencionada empresa. Cabe destacar también que este caso fue apelado por Coca-Cola y sus embotelladoras ante la justicia, que en el año 2007 falló confirmando la legalidad de la resolución emitida por la CFC¹²⁸.

En otro caso similar sobre imposición de exclusividad en mercados de bebidas, sin embargo, la CFC terminó absolviendo a la imputada, por considerar que no tenía poder sustancial en el mercado relevante. Tal situación se dio en “Miller y otros c/ Grupo Modelo” (2006), en el cual lo que se objetaban eran prácticas parecidas a las del caso de Coca-Cola pero realizadas por un productor de cerveza (Grupo Modelo). En un principio, la CFC interpretó que el mercado relevante para analizar la conducta era el de la cerveza que se vendía en supermercados, almacenes y otras tiendas similares, y llegó a la conclusión de que el Grupo Modelo tenía poder sustancial en dicho mercado en la región mexicana central y en el valle de México. No obstante, ante un recurso de reconsideración interpuesto por el Grupo Modelo, la CFC decidió cambiar de criterio, e incluir también en el mercado relevante a otras bebidas de bajo contenido alcohólico (*coolers*). Con dicha inclusión, interpretó que en el nuevo mercado relevante así definido el Grupo Modelo no tenía poder sustancial, y decidió por lo tanto cerrar el expediente sin sanción.

Otro caso de exclusividad vertical que la CFC analizó en fecha reciente es “Telefónica c/ Telcel” (2007), en el cual un proveedor de telefonía celular (Telefónica) denunció al principal operador mexicano de dicho servicio (Telcel) por haber celebrado convenios de exclusividad vertical con proveedores de contenidos (imágenes, *ringtones*, juegos, etc), los cuales limitaban la posibilidad de participar en los mercados de servicios anexos (e, indirectamente, afectaban la posición competitiva de Telefónica en el mercado de telefonía celular). En este caso, la CFC consideró que Telcel tenía poder sustancial en el mercado de telefonía celular, y que los convenios de exclusividad que había celebrado tenían la potencialidad de excluir a sus competidores, y emitió en consecuencia una orden de cese de la conducta en cuestión. En el caso también se analizaron otras conductas denunciadas de carácter discriminatorio, pero las mismas fueron desestimadas como anticompetitivas por no poder probarse que fueran tales o que tuvieran como objeto o efecto incrementar los costos de Telefónica.

¹²⁸ Resolución del Tribunal Colegiado en Materia Administrativa Nro 13 del Primer Circuito Judicial de

Finalmente, en el caso “CFC c/ CAAAREM” (2007), la CFC interpretó que un requerimiento de exclusividad por parte de la entidad que nuclea a los agentes aduaneros de México (CAAAREM) representaba una infracción a la ley federal de competencia económica. Los hechos analizados tenían lugar en el mercado de prevalidación de las operaciones de importación y exportación realizadas por los agentes aduaneros, en el cual CAAAREM le imponía a sus afiliados la obligación de utilizar exclusivamente sus servicios, so pena de aplicarles sanciones disciplinarias. Luego de concluir que CAAAREM tenía poder sustancial en los mercados relevantes afectados, la CFC concluyó que la exclusividad impuesta tenía la potencialidad de desplazar indebidamente del mercado a otras entidades prevalidadoras que competían con CAAAREM, y ordenó en consecuencia el cese de la conducta objetada y el pago de una multa de 5,7 millones de pesos mexicanos.

5.4.2. Brasil

La ley brasileña de defensa de la competencia (ley 8884, de 1994) menciona tres prácticas de tipo vertical en su artículo 21, cuando ejemplifica las distintas conductas anticompetitivas que pueden constituir infracciones al orden económico. Tales prácticas son las que aparecen en los siguientes incisos del artículo mencionado:

VII) exigir o conceder exclusividad para la divulgación de publicidad en los medios de comunicación masiva;

XI) imponer, en el comercio de bienes o servicios, a distribuidores, minoristas y representantes, precios de reventa, descuentos, condiciones de pago, cantidades mínimas o máximas, márgenes de beneficios u otras condiciones cualesquiera de comercialización relativas a negocios de éstos con terceros;

XVI) impedir la explotación de derechos de propiedad industrial o intelectual o de tecnología.

A pesar de no aparecer enunciada explícitamente en la actual ley, una de las prácticas verticales que ha sido analizada con mayor asiduidad por la jurisprudencia brasileña de defensa de la competencia es la distribución exclusiva. Un caso importante al respecto, mencionado por Franseschini (1996), es “Seara c/ ICI” (1993), en el cual el Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE) estableció el principio, luego

México, 30/04/2007.

generalizado a las restantes conductas presumiblemente anticompetitivas, de que las prácticas verticales de exclusividad no eran nunca ilegales *per se* sino que debían analizarse utilizando la regla de la razón¹²⁹. En este caso, se sostuvo que la razonabilidad de la exclusividad vertical en la distribución tenía que ver con la necesidad de defender un interés legítimo del concedente o franquiciante y con la ausencia de perjuicio para el mercado consumidor. Como el mercado bajo análisis era el de un producto tóxico (fertilizantes agrícolas) que demandaba un proceso especial de manipulación y almacenamiento, el CADE interpretó que la necesidad de especializar al distribuidor justificaba sobradamente el requisito de exclusividad, y que no había en cambio indicios de que el productor “estuviera organizando un grupo económico dirigido a la dominación del mercado, a la eliminación de la competencia o al aumento arbitrario de los beneficios”.

Del mismo modo, la exclusividad vertical fue considerada válida en el caso “SDE c/ Valer y ACATS” (1993), en el cual la Secretaría de Derecho Económico (SDE) objetó un acuerdo entre una empresa proveedora del servicio de vales de comida (Valer) y la Asociación Catarinense de Supermercados (ACATS). El acuerdo en cuestión establecía una intermediación de la ACATS en el proceso de negociación entre Valer y los distintos supermercados integrantes de la asociación, que luego a su vez celebraban contratos de exclusividad con Valer (es decir, contratos por los cuales se comprometían a no operar con otras empresas proveedoras del servicio de vales de comida). Para considerar que la práctica en cuestión no resultaba anticompetitiva, el CADE tuvo en cuenta que Valer no ostentaba una posición dominante en el mercado de vales de comida, y que el acuerdo que celebraba con la ACATS no implicaba la exclusión del mercado de sus competidores, ya que terminaba aplicándose en un número de comercios relativamente reducido en relación al total de supermercados del estado de Santa Catarina. Del mismo modo, en “Amadeus c/ Sabre” (2005), el CADE consideró lícitas una serie de cláusulas de exclusividad respecto del uso de sistemas de reservas de pasajes por parte de agencias de viajes, en el entendimiento de que las mismas no generaban un perjuicio a la competencia en el mercado relevante.

¹²⁹ Este caso, al igual que algunos otros reseñados más abajo, se resolvió aplicando la ley de defensa de la competencia que regía antes de 1994 (ley 4137, de 1962). La generalización de la regla de la razón a todas las posibles infracciones a la ley antitrust brasileña tuvo lugar a través de la Resolución 20/1999 del CADE. Para un análisis de dicha resolución, véase Oliveira (2001), capítulo 1.

La exclusividad fue también aceptada como válida en una serie de casos que involucraban el mercado de automóviles. En “Auto Canela c/ Asociación de Distribuidores de Río Grande do Sul” (1987), por ejemplo, el CADE consideró lícita la instauración de sistemas de territorios exclusivos para los concesionarios de cada marca, en el entendimiento de que “la competencia a ser preservada es la puja entre las diversas marcas existentes, y no entre revendedores de la misma marca”. Igual criterio se aplicó en el caso “Dispave c/ Volkswagen y otros” (1988), en el cual la conducta objetada era el establecimiento por parte de la empresa Volkswagen de un sistema de exclusividad horizontal por el cual los concesionarios de su marca tenían zonas en las cuales eran los únicos revendedores autorizados por la empresa automotriz. La resolución del CADE fue en este caso un poco más allá que en el anterior, ya que estableció que en el mercado de automóviles “la reventa constituye un brazo del sistema de cada marca, no siendo relevante o beneficioso para el mercado y para la competencia la disputa entre los concesionarios de cada marca”. De igual modo, en “Intermarítima c/ Tecon Salvador” (2006), el CADE consideró lícito un contrato de exclusividad entre el ente que explotaba el puerto de Salvador (Bahía) y una empresa dedicada al movimiento de contenedores y cargas pesadas en dicho puerto.

La distribución exclusiva, sin embargo, fue objetada en el caso “Philip Morris c/ Souza Cruz” (2000), referido al mercado de cigarrillos. El mismo terminó en un acuerdo con la empresa denunciada por el cual la misma se comprometió a cesar la práctica investigada, y a enviar informes periódicos al CADE acerca de su actuación en el mercado. En casos más recientes, asimismo, el CADE encontró ilícitas una serie de cláusulas de exclusividad que los centros comerciales establecían respecto de los locales que funcionaban dentro de los mismos. Uno de los primeros casos de este tipo fue “Condomínio Shopping c/ Center Norte” (2005), en el cual lo que se consideró anticompetitivo fue una cláusula de exclusividad territorial por la cual las tiendas que explotaban locales en un centro comercial de San Pablo debían comprometerse a no establecer locales en un radio de mil metros a la redonda del centro comercial en cuestión¹³⁰.

Otro caso importante dentro de la jurisprudencia brasileña sobre prácticas verticales de exclusividad, que en su momento generó cierta controversia, es “TVA c/

¹³⁰ Otro caso similar a éste, que también culminó con una multa para el centro comercial implicado, es

TV Globo” (2001). El mismo se refería al mercado de televisión satelital, en el cual el denunciante (TVA, distribuidor de la marca DirecTV) denunció al principal grupo brasileño oferente de programas de televisión (TV Globo) por negarse a venderle las señales de sus canales de aire, privilegiando en ese punto a otro proveedor de televisión satelital (Sky) con el cual se hallaba parcialmente integrado. En una decisión dividida, el CADE decidió en este caso darle la razón a TV Globo, por entender que se trataba de señales de televisión abierta que de igual modo podían ser vistas por los abonados de DirecTV a través de una antena común, y que por lo tanto su ausencia dentro de la grilla de señales de televisión satelital no le generaba un perjuicio significativo a los televidentes. También pesó en la decisión final la opinión expresada por el regulador sectorial en temas de radiodifusión (la Agencia Nacional de Telecomunicaciones, ANATEL), que se manifestó a favor de TV Globo. Dentro del CADE hubo, sin embargo, una opinión en disidencia, que consideró que la empresa denunciada había incurrido en una práctica ilícita, sobre todo por el carácter dominante que la misma tenía en el mercado brasileño de televisión abierta y por el hecho de que, a través de su conducta de exclusividad a favor de la empresa Sky, estaba generando una distorsión dentro del mercado de televisión satelital (en el cual la única competencia existente era la que había entre Sky y DirecTV)¹³¹.

En lo que se refiere a casos sobre fijación de precios de reventa, la jurisprudencia brasileña es relativamente escasa. Uno de los pocos ejemplos, destacado por el CADE en su informe anual¹³², es “SIPC y otros c/ Kraft Suchard” (1997), en el cual el Sindicato de Industrias de Panificación y Confeitería de San Pablo objetó una conducta de fijación de precios de reventa por parte de la empresa Kraft Suchard (para su marca de helados Kibon). La resolución del CADE consideró que la práctica denunciada era lícita, si bien dicha licitud se derivaba de la confluencia de dos factores cuya importancia relativa no surge de manera clara. Por un lado se consideró que la conducta de Kraft Suchard no era propiamente una “fijación de precios de reventa” (*retail price maintenance*) sino una política de “precios sugeridos de reventa” (*suggested retail prices*), puesto que no implicaba sanciones para los revendedores que no respetaban dichos precios. Por otro lado, se entendió que se llevaba a cabo en un

“Asociación de Tiendas de Shoppings c/ Shopping Center Iguatemi” (2007).

¹³¹ Para una descripción más completa de este caso, véase Oliveira y Rodas (2004), parte II.

¹³² Véase Conselho Administrativo de Defesa Econômica (1997).

mercado relativamente desconcentrado en el que existían muchas opciones diferentes, un grado elevado de competencia entre marcas y pocas barreras de entrada, y que por lo tanto el efecto de ese tipo de restricciones sobre el funcionamiento del mercado resultaba poco importante.

Otro caso sobre fijación de precios de reventa que también finalizó con el archivo de las actuaciones es “A. Duarte c/ Librería Eldorado y Editora Ática” (1998), en el cual se analizaron los contratos de distribución de libros entre una distribuidora y una editorial, por la cual aquélla adquiría los libros y los revendía a valores que estaban pactados como porcentajes de los “precios de tapa” (es decir, de los precios sugeridos por la editorial para la venta de los libros a los usuarios finales). Además de considerarse que la práctica en cuestión era habitual en la industria del libro, el CADE verificó que en este caso los precios de tapa no operaban como precios únicos sino como precios máximos de reventa, ya que existían numerosas ventas al público que se efectuaban con descuentos sobre dichos precios. Este hecho, sumado a que se trataba de una editorial que tenía escasa participación en el mercado brasileño de libros, ayudó a que el caso se cerrara sin ninguna sanción.

5.4.3. Argentina

La ley de defensa de la competencia que rige en la Argentina (ley 25.156, del año 1999) se refiere a las prácticas verticales a través de dos incisos que aparecen en su artículo 2 como ejemplos de posibles comportamientos restrictivos de la competencia. Tales incisos son los que describen las siguientes conductas:

- g) fijar, imponer o practicar, directa o indirectamente, precios y condiciones de compra o de venta de bienes, de prestación de servicios o de producción;
- j) sujetar la compra o venta a la condición de no usar, adquirir, vender o abastecer bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero.

La legislación argentina tiene además una referencia al efecto de las prácticas verticales sobre la competencia en su ley de patentes (ley 24.481, del año 1996), cuando éstas se refieren a la relación comercial entre titulares y licenciatarios. El artículo 38 de dicha ley prohíbe la inclusión de “cláusulas restrictivas” en los contratos de licencia de uso de una patente, en tanto que su artículo 44 prevé el otorgamiento por parte del

estado del derecho de explotación de una patente, sin autorización de su titular, cuando dicho titular haya incurrido en prácticas anticompetitivas en el uso de esa patente. En ambos casos la ley presupone la actuación de la autoridad de defensa de la competencia, quien es la encargada de determinar la ocurrencia de las prácticas anticompetitivas mencionadas¹³³.

De la jurisprudencia disponible respecto de prácticas verticales puede concluirse que en general las autoridades argentinas de defensa de la competencia han seguido en este punto criterios que se acercan más a los aplicados en Estados Unidos que a los que tradicionalmente rigieron en la Unión Europea. Esto se debe a que la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) no emitió nunca reglamentos relacionados con contratos verticales ni estableció procedimientos de notificación o autorización para dichos contratos, y tendió siempre a considerar que las prácticas verticales eran en principio menos perjudiciales para la competencia que las prácticas horizontales.

5.4.3.1. Fijación de precios de reventa

Un aspecto interesante de la jurisprudencia argentina sobre contratos verticales, elaborada en su mayor parte durante el período de vigencia de la ley 22.262 (del año 1980), es su tratamiento benevolente de la fijación de precios de reventa. Al respecto resulta ilustrativo el caso “FECRA y otros c/ YPF” (1995), en el cual varias entidades que nucleaban a estaciones de servicio denunciaron a la principal empresa petrolera argentina por imponer un esquema de precios máximos de venta al público que, si no era respetado por los expendedores, implicaba un aumento automático del precio al cual YPF les vendía sus combustibles. El caso tuvo un elemento de denuncia adicional, que tenía que ver con el tratamiento diferencial que YPF le dispensaba a las estaciones de servicio del Automóvil Club Argentino, las cuales adquirirían el combustible a precios menores que los restantes expendedores de hidrocarburos.

En los dictámenes que aconsejan aceptar las explicaciones de YPF respecto de estas prácticas, la CNDC defiende la política instrumentada por la empresa, señalando su conveniencia en términos de reducir los precios de venta de los combustibles a los consumidores. En tal sentido tuvo particular importancia que los precios de reventa

¹³³ Para un análisis exhaustivo de este tema, véase Martínez Medrano (2002), parte 4.

sugeridos fueran máximos y no mínimos, puesto que lo que se interpretó fue que la empresa denunciada estaba intentando evitar que las estaciones de servicio vendieran sus productos a precios superiores a los que ella entendía más convenientes para competir contra las restantes empresas refinadoras. Esto hizo que la autoridad antitrust argentina visualizara la política de precios de YPF como una estrategia competitiva y no como una conducta anticompetitiva, ya que su efecto era incrementar la competencia entre marcas y beneficiar al consumidor final de combustibles líquidos¹³⁴.

Otro caso de fijación de precios de reventa que también finalizó sin sanción es “AKRA c/ Georgalos y otros” (2002), en el cual la Asociación de Kiosqueros de la República Argentina (AKRA) denunció a una serie de empresas fabricantes de productos de consumo masivo (Georgalos, Felfort, Alfajores Jorgito, Kraft Suchard, Bagley, Coca-Cola y Pepsi) por fijar los precios de venta al público a los que los kioscos debían revender sus productos. En el análisis de los hechos del caso, hubo varios puntos que se tuvieron en cuenta. En primer lugar, estaba el hecho de que los precios que estas empresas fijaban eran precios sugeridos, y su incumplimiento no implicaba dejar de venderles el producto a los kioscos que cobraban precios superiores o inferiores a dichos precios. En segundo lugar, los precios parecían operar más bien como precios máximos y no como precios mínimos, con lo cual lo que en general acontecía era que los productos terminaban vendiéndose a precios menores que los que hubieran regido de no existir la conducta objetada (con lo cual los consumidores terminaban beneficiados). Por último, el caso se refería a empresas que vendían productos diferentes (chocolates, alfajores, galletitas, gaseosas, *snacks*, etc), que no habían adoptado la conducta de manera concertada, y la práctica en cuestión no parecía tener ninguna explicación relacionada con facilitar la colusión entre los proveedores o los revendedores de los bienes.

En lo que se refiere a la fijación de precios mínimos de reventa (en lugar de precios máximos), la jurisprudencia antitrust argentina es un poco más compleja. En “Supermercados Makro c/ Sava” (1997), por ejemplo, se aceptaron las explicaciones de un fabricante de aperitivos denunciado por fijar precios mínimos de reventa, en acuerdo

¹³⁴ Respecto de la otra parte de la denuncia (la referida a una discriminación de precios que favorecía al Automóvil Club Argentino y perjudicaba al resto de las estaciones de servicio), los dictámenes de la CNDC también aceptaron las explicaciones de YPF, basándose en que las diferencias de volumen adquirido justificaban ampliamente las diferencias de precios observadas.

con una cadena de supermercados competidora del denunciante. El dictamen de la CDNC, sin embargo, no entra en mayores precisiones respecto de la legalidad o ilegalidad de la práctica denunciada, ya que lo que determinó el archivo de las actuaciones fue que la ocurrencia de la conducta bajo análisis no pudo ser fehacientemente probada. En “Recorridos de la Tarde c/ AAER y otros” (1992), en cambio, la CNDC entendió que la fijación de precios mínimos de reventa por parte de las editoriales de revistas era perfectamente legal, y que dado eso carecía de importancia que determinados distribuidores estuvieran o no autorizados para vender dichas revistas, ya que “... la inclusión de cualquier competidor en la distribución y venta de las mismas no altera el precio ni las condiciones de venta del producto en el mercado”¹³⁵.

Pero la fijación de precios mínimos de reventa sí fue objetada por la CNDC en el caso “CNDC c/ TRISA, TSC y otros” (2007), en el cual la mencionada práctica se enmarcaba dentro de un acuerdo por el cual los titulares de los derechos de transmisión de los partidos del campeonato argentino de fútbol (que eran las empresas TRISA y TSC, que a su vez se los habían adquirido a la Asociación del Fútbol Argentino) pactaban con los tres principales operadores de televisión por cable de la ciudad de Buenos Aires cuáles serían los precios que dichos operadores le cobrarían al público por las transmisiones que se hicieran bajo el sistema de televisión codificada. En este caso, la CNDC consideró que la fijación de precios de reventa era un mecanismo para asegurar la colusión entre los operadores de televisión por cable (que eran las empresas Multicanal, Cablevisión y VCC), y permitir una explotación más efectiva del poder monopólico por parte de los titulares de los derechos de transmisión (que eran dos empresas que pertenecían al mismo grupo económico).

El caso del fútbol codificado es uno de los más importantes en la jurisprudencia antitrust argentina por varias razones. En primer lugar, es el único caso de fijación de precios de reventa en el cual la CNDC opinó que la práctica objetada era anticompetitiva y que merecía una sanción de multa para todas las empresas involucradas. En segundo lugar, se trata de uno de los pocos casos antitrust que llegaron por vía de apelación hasta la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), puesto

¹³⁵ Cabe aclarar que en este caso el análisis de la práctica denunciada estaba influido por la existencia de numerosas regulaciones específicas que establecían derechos de distribución exclusiva en los distintos sub-mercados en los que se dividía el mercado de diarios y revistas. Probablemente, esto hizo que en este dictamen en particular la CNDC considerara a la fijación de precios de reventa más como un dato que como una práctica posiblemente anticompetitiva que pudiera merecer sanción.

que la resolución del Secretario de Defensa de la Competencia que hizo suyo el dictamen de la CNDC fue apelada por los denunciados ante la Cámara Nacional Penal Económica (CNPE), y la sentencia de dicha cámara que revocó la resolución original fue a su vez recurrida por el Ministerio de Economía ante el máximo tribunal de la justicia argentina. El fallo de la CJSN, finalmente, dejó firme la sentencia de la CNPE, al desestimar el recurso de queja presentado por el Ministerio de Economía.

En un artículo anterior sobre este caso (Coloma, 2004), escrito antes de la sentencia de la CSJN pero después de la de la CNPE, elaboramos la idea de que la diferencia de criterio entre la CNDC y la cámara de apelaciones había tenido que ver básicamente con el hecho de que, mientras la CNDC había analizado la restricción pactada entre los proveedores de los partidos de fútbol y los operadores de la televisión por cable como una manera de restringir la competencia entre estos últimos y de transferir las rentas generadas por esa restricción, la CNPE había visto el caso como una conducta puramente vertical en la cual no había restricción a la competencia porque ni los titulares de los derechos de transmisión (TRISA y TSC) ni los operadores de televisión por cable (Multicanal, Cablevisión y VCC) le habían generado perjuicios a sus eventuales competidores¹³⁶. Este último criterio fue implícitamente avalado por la Corte Suprema, al confirmar la sentencia de la CNPE.

Otro elemento que diferencia el análisis efectuado en sede administrativa del que posteriormente tuvo lugar en sede judicial es la definición del mercado relevante utilizada en este caso. Mientras la CNDC consideró que, por la naturaleza del producto bajo análisis, el mercado relevante debía limitarse a los derechos de transmisión en vivo de los partidos de fútbol del campeonato argentino de primera división (en el cual el grupo TRISA-TSC era monopolista), la CNPE interpretó que el mismo debía ampliarse a todos los programas de fútbol que se emitían en la televisión argentina, incorporando a los partidos y resúmenes de partidos que se transmitían en diferido, a los partidos de campeonatos que no eran de primera división, y a los partidos de fútbol de otros países. Con dicha definición del mercado relevante había por lo menos otros tres oferentes, que no parecían verse afectados por la práctica objetada.

¹³⁶ Para una interpretación un poco diferente de este punto, véase D'Amore (2004).

5.4.3.2. Distribución exclusiva

Al igual que en los casos de fijación de precios de reventa reseñados en el apartado anterior, en la mayoría de los casos relativos a contratos verticales exclusivos entre productores y distribuidores, la interpretación de la ley argentina de defensa de la competencia ha sido favorable para los denunciados. Uno de los primeros ejemplos al respecto es “CNDC c/ Acfor e Igarreta” (1984), en el cual dos concesionarios de automóviles de la marca Ford fueron en principio sancionados por el Secretario de Comercio por dividirse horizontalmente el mercado de venta de dichos automóviles a organismos estatales. No obstante, en su sentencia revocatoria de dicha resolución, la CNPE consideró que el caso no debía encuadrarse como un acuerdo horizontal entre concesionarios sino que debía analizarse como una práctica vertical por la cual un fabricante elegía “la vía de comercialización de sus productos”. Dado que en ese caso el fabricante enfrentaba competencia sustancial por parte de otros proveedores de automóviles, la práctica de otorgarle exclusividad a ciertos concesionarios para ciertos segmentos del mercado fue considerada lícita.

La jurisprudencia antitrust argentina, sin embargo, registra por lo menos otros dos casos, relativamente menores y decididos a principios de la década de 1980, en los cuales la exclusividad vertical fue considerada anticompetitiva y sancionada por el Secretario de Comercio bajo el argumento de que obstaculizaba el funcionamiento de los mercados, sin analizar si podía o no tener efectos benignos sobre la competencia entre marcas. En el primero de ellos (“J. Savino c/ Editorial Glauco”, 1983), quien resultó sancionada fue una editorial de libros universitarios de filosofía por distribuir uno de sus textos en ciertas librerías y no en otras, considerándose al libro en cuestión como un mercado relevante en sí mismo. De idéntica manera, en “Bieza c/ Sierras del Mar” (1984) se multó a la embotelladora de las bebidas gaseosas de la marca Pepsi de la ciudad de Mar del Plata, por haber encarado una política de ventas por la cual le exigía exclusividad a ciertos puestos de venta minoristas para comercializar su producto. En este último caso, en el cual el denunciante era la embotelladora de la marca Seven Up, se entendió que la exclusividad vertical podía tener el efecto de reducir las opciones de los consumidores y facilitar el ejercicio del poder de mercado por parte de la embotelladora de Pepsi, aun cuando se reconoció que la medida afectaba a pocos comercios y que estaba inserta en un contexto en el cual las alternativas disponibles,

tanto en términos de bebidas gaseosas como de puntos de venta en los cuales adquirirlas, eran múltiples¹³⁷.

A partir del fallo de la Cámara Nacional Penal Económica que cerró el caso Acfor e Igarreta, la validez de los dos precedentes mencionados en el párrafo anterior parece haberse diluido totalmente, ya que en la inmensa mayoría de los casos que se trataron con posterioridad, y que de un modo u otro involucraron prácticas de distribución exclusiva, la CNDC interpretó que las mismas resultaban lícitas. Un ejemplo significativo de esto es “Tidem c/ YPF y Fram” (1984), en el cual se aceptó que la principal empresa petrolera argentina (YPF) hubiera celebrado un contrato con la empresa Fram (fabricante de filtros de aire y de aceite para automotores) por el cual le otorgaba cierta exclusividad para comerciar sus productos en las estaciones de servicio de la marca YPF. En este caso, sin embargo, la aceptación de las explicaciones se vio favorecida por el hecho de que Fram había sido elegida por YPF a través de un concurso de precios en el cual había participado también la empresa denunciante, y porque las estaciones de servicio eran un canal de comercialización relativamente menor en el mercado de filtros de aire y aceite.

Varios otros casos de denuncia por prácticas de distribución exclusiva, que terminaron con resoluciones que favorecieron a las empresas denunciadas, han tenido que ver con los mercados de comercialización de cigarrillos. El primero de ellos fue “Casa Amado c/ Casa Garat y otros” (1985), en el cual los denunciados eran distribuidores mayoristas de cigarrillos y el denunciante era un revendedor que les compraba a tales distribuidores para luego venderle a comercios minoristas. Ante la objeción a que los distribuidores mayoristas hubieran dejado de venderle su mercadería al denunciante para encarar ellos mismos la distribución directa a los comercios minoristas, la CNDC opinó que la práctica bajo análisis no resultaba anticompetitiva, ya que se enmarcaba dentro de estrategias comerciales que no implicaban una reducción de la competencia entre los distribuidores ni entre los fabricantes de cigarrillos. Similares argumentos sirvieron también para desestimar las denuncias en una serie de casos

¹³⁷ La poca relevancia de este último caso como precedente para resolver otras situaciones análogas quedó de manifiesto cuando, de manera casi simultánea, la CNDC dictaminó a favor del denunciado en un caso prácticamente idéntico. En efecto, en “Bieza c/ Refrescos del Sur” (1984), iniciado por el mismo denunciante contra una embotelladora de la marca Coca-Cola, se entendió que la venta exclusiva de bebidas gaseosas de una única marca en un punto de venta particular no afectaba el interés económico general, y se aceptaron consecuentemente las explicaciones de la empresa denunciada.

posteriores, entre los que pueden mencionarse “A. Pregal c/ Massalin Particulares y otros” (1995), “O. Segal c/ Rodríguez González y otros” (1996) y “Albemar c/ Cámara del Tabaco y otros” (1996).

Pero el caso más importante como precedente en lo que se refiere al tema de la distribución de cigarrillos es sin duda “SADIT y otros c/ Massalin Particulares y otros” (2000), que también terminó con la aceptación de las explicaciones brindadas por las empresas denunciadas, y que en cierto modo sentó las bases para establecer la interpretación actual de los contratos verticales por parte de la CNDC. La práctica objetada fue aquí la implementación de un sistema por el cual los únicos dos fabricantes de cigarrillos de la Argentina (Massalin Particulares y Nobleza Piccardo) pasaron de un sistema de distribución mayorista compartida a uno de distribución exclusiva con territorios exclusivos, en un contexto en el cual se practicaba también la fijación de precios máximos de reventa. En su dictamen, la CNDC evaluó que en ese caso la conducta tenía por objeto ahorrar costos y mejorar la calidad y confiabilidad de la distribución, y que la misma había tenido lugar en una situación en la cual la intensidad de la competencia entre marcas había aumentado en lugar de disminuir. La CNDC consideró además que ni la exclusividad vertical ni la división territorial entre distribuidores afectaban directamente a los consumidores, ya que los comercios minoristas seguían vendiendo cigarrillos de las dos empresas y la posibilidad de discriminar precios entre los distintos segmentos del mercado se hallaba imposibilitada por el control que ejercía al respecto la autoridad impositiva argentina.

La exclusividad vertical, sin embargo, ha merecido sanción de manera más o menos consecuente por la parte de la CNDC en una serie de casos ligados con los mercados de servicios de salud, en los cuales se ha considerado que la misma sirve como un mecanismo de exclusión horizontal de competidores¹³⁸. Un ejemplo de esto es el caso “Farmia y Okane c/ Colegio Farmacéutico de Santa Fe y otros” (1989). El mismo se originó en una denuncia de dos entidades dedicadas a la intermediación farmacéutica, en una situación en la cual la política del Colegio Farmacéutico y de la Asociación Profesional Farmacéutica de la ciudad de Rosario de exigirle exclusividad a las farmacias adheridas a sus sistemas de intermediación implicaba un virtual cierre del

¹³⁸ A varios de dichos casos nos hemos referido ya en el capítulo 4, en el cual hemos comentado, entre otros, los casos “Staff Médico c/ FeMeBA” (1982) y “CEAF c/ Colegio de Farmacéuticos de Buenos Aires” (1999).

mercado a las otras empresas que operaban en el mismo. El análisis efectuado por la CNDC en este caso concluyó que la conducta en cuestión resultaba anticompetitiva, puesto que servía para perpetuar la posición de dominio de las entidades denunciadas en el mercado de intermediación farmacéutica de la ciudad de Rosario. Como eso permitía un incremento del poder monopólico de tales entidades, las mismas resultaron sancionadas con una orden de cese y una multa.

Un último caso de exclusividad en la distribución de un producto que resulta relevante mencionar es “J. Mayol c/ Shell Gas y Totalgaz” (2008). En este asunto se produjo un hecho parecido al que, más de veinte años antes, había tenido lugar en el caso de Acfor e Igarreta, ya que la CNDC (y el Secretario de Comercio Interior, que resolvió en consonancia con lo dictaminado por ese organismo) vio un caso de colusión (reparto de mercados) donde lo que probablemente había tenido lugar era una situación de exclusividad. El asunto se refería a una negativa de venta a un revendedor independiente de gas licuado de petróleo de la ciudad de Posadas por parte de los distribuidores mayoristas exclusivos de las empresas Shell Gas y Totalgaz en dicha ciudad, el cual aparentemente estaba originado en la decisión de cada una de dichas empresas de utilizar sólo algunos revendedores para comercializar su producto al público.

En este caso, en el cual el Secretario de Comercio Interior había multado a Shell Gas y a Totalgaz con 250 mil pesos a cada una, la Cámara Federal de Posadas revocó la sanción, en buena medida porque se trataba de una situación en la cual el supuesto reparto de mercados sólo era responsabilidad de dos de las cinco empresas que operaban en Posadas, y no afectaba a los usuarios finales (que tenían la posibilidad de optar entre los revendedores de cualquiera de las cinco empresas) sino a un revendedor individual. Otro punto que la cámara destacó en su sentencia revocatoria es que tampoco existían aquí pruebas directas de colusión, ni se verificaba un paralelismo de precios o una división de zonas geográficas que hiciera suponer que el caso se enmarcaba en una hipótesis de cartelización.

5.4.3.3. Otras prácticas verticales

La jurisprudencia antitrust argentina registra una serie de casos ligados con distintas prácticas de naturaleza vertical que no son estrictamente conductas de fijación

de precios de reventa ni de imposición de exclusividad. Algunos de ellos han concluido con sanciones para los denunciados, porque se consideró que las prácticas en cuestión tenían capacidad para excluir competidores o porque facilitaban la aparición de conductas colusivas. El primero de tales argumentos fue el que la CNDC aplicó en su dictamen del caso “Alianza Gas c/ Atlante Gas” (1983), en el cual un proveedor de gas licuado de petróleo fue multado por una conducta de negativa de venta a un revendedor, y por llevar a cabo simultáneamente una política tendiente a captar para sí los clientes del denunciado y lograr que ninguno de sus fraccionadores le suministrara su producto. Si bien la conducta de la empresa denunciada parecía originarse en la existencia de una deuda que el denunciante tenía con ella y que no había sido abonada en término, la autoridad antitrust entendió que dicha conducta implicaba una distorsión en el funcionamiento del mercado, ya que estaba destinada a excluir artificialmente a un competidor.

El caso de Atlante Gas, sin embargo, puede ser considerado como poco representativo de la mayoría de las denuncias recibidas por prácticas verticales de negativa de venta. En la mayoría de los casos la negativa de venta es simplemente un comportamiento defensivo de un proveedor que no quiere seguir comerciando con un cliente que le adeuda pagos, y no implica ninguna otra acción exclusoria adicional. En tales circunstancias la jurisprudencia de la CNDC le ha dado invariablemente la razón al denunciado, señalando además en la mayoría de los casos que conductas como esas sólo tienen potencialidad para afectar intereses comerciales particulares pero no para causar perjuicio al interés económico general. Son ejemplos de esta jurisprudencia los casos “Bober c/ Rigolleau” (1996), referido al mercado de envases de vidrio; “C. Kosloff c/ IATA y JURCA” (1998), referido a servicios de venta de pasajes aéreos; y “Olmo c/ Buena Vista-Columbia-TriStar” (1998), referido al mercado de distribución de películas cinematográficas.

Otra práctica vertical que ha sido analizada por la CNDC en algunos casos es la distribución conjunta de productos por parte de varias empresas competidoras. El único caso en el cual una conducta de ese tipo mereció una sanción es “CNDC c/ Axle y otros” (1997), ya comentado en el capítulo 3. En ese caso, quienes habían acordado designar un representante comercial único eran prácticamente todos los oferentes de cierto producto (válvulas para envases de gas licuado), y dicho representante operaba

como “vigilante del cartel” que tales oferentes habían constituido, puesto que monitoreaba las condiciones de venta, las cuotas de mercado y los precios pagados por los productos comercializados. En el caso “L. Pafundi c/ Fadespo y otros” (1988), en cambio, la creación de una empresa destinada a ser la comercializadora conjunta de los productos fabricados por tres competidores del mercado de herramientas para la rectificación de motores de automóviles no mereció sanción, por entenderse que dicha conducta se enmarcaba dentro de una estrategia competitiva. Esto último se debía a que las empresas que se habían asociado tenían una participación de mercado conjunta relativamente reducida, y lo que estaban intentando era contrarrestar una tendencia declinante de sus ventas a través de una política que implicaba una reducción de sus costos fijos de distribución.

Otro caso que involucra una serie de prácticas verticales diferentes es “Puigmartí c/ Ford y Volkswagen” (1998), en el cual un concesionario denunció a dos fabricantes de automóviles que durante cierto tiempo habían fusionado sus operaciones en la Argentina. La denuncia señalaba varias conductas que a criterio del denunciante implicaban infracciones a la ley de defensa de la competencia, tales como la integración y posterior desintegración de las redes de comercialización de las marcas Ford y Volkswagen, la desaparición de la exclusividad horizontal que Puigmartí tenía respecto de la marca Volkswagen en su zona de influencia, las políticas diferenciales de las empresas automotrices respecto de sus concesionarios en temas tales como la provisión de la garantía de los vehículos y las modalidades ofrecidas para la compra de automotores en cuotas, etc. Ninguna de dichas prácticas fue considerada como anticompetitiva por la CNDC, e idéntico criterio sostuvieron luego el Secretario de Industria y Comercio y la CNPE. Los argumentos esgrimidos por dichos organismos fueron que, aun en la hipótesis de que por eventuales maniobras de los fabricantes de automóviles un concesionario se viera discriminado y perjudicado, los mecanismos competitivos del mercado no habían resultado alterados, y las conductas denunciadas no tenían por lo tanto entidad para ocasionar un daño al interés económico general.

En lo que va del siglo XXI, han aparecido también una serie de casos diversos cuya característica común es que se refieren a prácticas verticales supuestamente exclusorias que tuvieron lugar en los mercados de distribución de programas de televisión (especialmente entre proveedores de señales y contenidos televisivos, y

operadores de sistemas de televisión por cable o satelital). El primero de ellos de cierta importancia fue “Decotevé c/ Pramer” (2000), en el cual una empresa proveedora de un grupo de canales de televisión de noticias y de interés general (Pramer) fue denunciada por un operador de televisión por cable de la ciudad de Salta (Decotevé) por negarse a proveerle sus señales, probablemente para beneficiar al otro operador de cable de dicha ciudad (Cablevisión) con el cual Pramer se hallaba verticalmente integrado en ese momento. Este caso terminó sin sanción pero con un compromiso por parte del denunciado de volver a proveer las señales televisivas, a través del cual aceptaba la existencia de la conducta objetada y se comprometía al cese inmediato de la misma¹³⁹.

La mayoría de los restantes casos verticales de tipo exclutorio sobre mercados de contenidos televisivos tuvieron que ver con programas deportivos, y en casi todos los casos el denunciado fue el grupo TRISA-TSC. Entre ellos cabe mencionar “Teledifusora c/ TSC” (2002), “Decotevé c/ TRISA y TSC” (2003), “DTH c/ TRISA, TSC y otros” (2003) y “Nogoyá Televisora Color c/ TSC y TRISA” (2004). En todos ellos la objeción tuvo que ver con negativas por parte del grupo titular de los derechos de televisación de los partidos de fútbol del campeonato argentino de primera división de vender tales derechos (o una parte de ellos) a operadores independientes que competían contra las empresas Cablevisión y Multicanal, originados posiblemente en la intención de beneficiar a estas últimas en la captación de abonados a la televisión por suscripción. En “Multicanal c/ Fox Sports y otros” (2004), sin embargo, fue la propia Multicanal la que esgrimió un argumento similar respecto de otro proveedor de contenidos deportivos, que tenía vinculaciones societarias con el grupo económico que en ese momento controlaba a Cablevisión¹⁴⁰.

Un último caso de interés que involucra a la televisión por cable es “Cable Grande c/ EDEERSA” (2003), en el cual la empresa entrerriana de electricidad (EDEERSA) fue denunciada por un operador televisivo de la ciudad de Paraná (Cable Grande) por no aceptar cederle sus postes para el tendido de cables de televisión, cuando sí lo hacía en el caso de sus competidores Multicanal y Cablevisión. Al igual

¹³⁹ Entre los casos semejantes a éste, que en su mayoría finalizaron sin sanción por no haberse probado la existencia de motivos o efectos exclutorios, pueden mencionarse también “Megavisión Santiago c/ Telefó y Cablevisión” (2002), “Supercanal c/ Tevefé” (2003) y “Multicanal c/ HBO y otros” (2005).

¹⁴⁰ Ninguno de los casos mencionados en este párrafo, sin embargo, terminó con una sanción, si bien en varios de ellos hubo órdenes de cese precautorias, compromisos de las partes de cesar la conducta, y arreglos privados entre los denunciantes y los denunciados para terminar con la práctica objetada.

que en casos anteriores, la CNDC emitió aquí una orden de cese preventiva de la conducta, ordenando a EDEERSA poner a disposición de Cable Grande los postes en cuestión, cuando eso resultara técnicamente factible. Con el cumplimiento de dicha medida las partes llegaron a un acuerdo, y el caso, al igual que otros similares, se cerró sin sanción.

La gran cantidad de casos referidos a problemas de competencia en la distribución de programas de televisión llevó a la CNDC a elaborar un documento sobre el tema (Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, 2007), en el cual se incluye una descripción del sector, un modelo teórico, una reseña de la jurisprudencia argentina e internacional y un conjunto de conclusiones. Entre estas últimas se destacan dos “implicancias antitrust” que resultan relevantes para casos verticales como los analizados, que son las siguientes:

- 1) Los acuerdos verticales entre proveedores de contenidos televisivos y operadores de sistemas televisivos son en principio inocuos desde el punto de vista de la defensa de la competencia. Sus posibles efectos anticompetitivos, sin embargo, se producen en las situaciones en las cuales, a través de un acuerdo vertical, se genera una restricción a la competencia en uno de los segmentos de la industria (que en general es el de los operadores televisivos que actúan en cierto mercado relevante). El efecto anticompetitivo más importante que puede producirse a través de acuerdos verticales es el de deteriorar la presencia y, eventualmente, excluir a un operador del mercado ...
- 2) Otro posible efecto anticompetitivo de los acuerdos ... verticales entre proveedores de contenidos televisivos y operadores de sistemas televisivos se produce cuando el acuerdo ... en cuestión sirve para extender el poder de mercado del proveedor del segmento mayorista al minorista. El caso más importante al respecto es el que tiene lugar cuando el proveedor impone la modalidad de comercialización de su señal o contenido (por ejemplo, codificado, *pay-per-view*) y el precio al cual dicha señal o contenido va a ofrecerse al público. Este punto puede volverse particularmente nocivo cuando mecanismos de ese tipo sirven para restringir la competencia entre operadores, que dejan de competir entre sí en alguna dimensión importante.

6. Prácticas explotativas y discriminatorias

El objetivo de este capítulo es analizar, desde el punto de vista de la defensa de la competencia, las prácticas anticompetitivas que no han sido estudiadas en los capítulos anteriores. Un subconjunto cualitativamente importante dentro de dichas prácticas es el que comprende las conductas unilaterales de carácter explotativo (es decir, aquellas conductas que implican un ejercicio abusivo del poder de mercado pero que no pueden caracterizarse ni como colusivas ni como exclusorias). En los países que siguen la tradición europea en materia de defensa de la competencia, estas prácticas entran dentro del concepto de “abuso de posición dominante”. Sin embargo, como también puede haber abusos de posición dominante que impliquen exclusión de competidores reales o potenciales, resulta conveniente circunscribir la expresión a aquellos casos de “abuso explotativo de posición dominante”, como distintos de los posibles abusos exclusorios de dicha posición.

Dos prácticas comerciales que pueden caer dentro de la categoría de abuso explotativo de posición dominante son la discriminación de precios y las ventas atadas, que son conductas respecto de las cuales hay una jurisprudencia muy abundante en distintos países del mundo. Tales conductas ocupan buena parte del análisis que llevaremos a cabo en este capítulo. La discriminación de precios y las ventas atadas, sin embargo, pueden también resultar anticompetitivas por razones vinculadas con su capacidad para excluir competidores, y en tales casos hablaremos de ellas como conductas que implican una discriminación exclusiva. Tanto los abusos explotativos como las discriminaciones exclusorias serán por ende objeto de análisis del presente capítulo, que se inicia con una sección de carácter general y contiene luego otras tres secciones referidas a los casos estadounidenses, europeos y latinoamericanos.

6.1. Conceptos básicos

6.1.1. Abusos explotativos de posición dominante

El concepto de abuso de posición dominante, que está mencionado en el artículo 82 del Tratado de la Comunidad Europea (1999), no se encuentra definido en dicha norma, y tampoco lo está en otras legislaciones de defensa de la competencia que emplean la misma figura jurídica (tales como las leyes española, brasileña y argentina).

Sí hay en cambio una definición del término en el artículo 19 de la ley alemana de competencia (GWB, de 1958), que sostiene que existe abuso cuando una empresa con posición dominante efectúa alguna de las siguientes conductas:

- 1) restringe la capacidad de competir de otras empresas;
- 2) impone precios o condiciones comerciales distintas de las que regirían si hubiera competencia efectiva en el mercado;
- 3) discrimina entre compradores sin que medien justificaciones objetivas;
- 4) se rehusa a darle acceso a sus competidores a sus redes o instalaciones cuando esto resulta indispensable para competir.

Tal como puede apreciarse, los casos 1 y 4 de la definición expuesta se refieren a abusos exclusorios de posición dominante, en tanto que el caso 2 es explotativo, y el 3 puede ser explotativo o exclusorio según la situación en la que se produzca.

Además de la definición que aparece en la ley alemana, existen una serie de definiciones producidas por la doctrina jurídica, que en general parten de la consideración de elementos que aparecen en distintos casos de la jurisprudencia comparada. Bellamy y Child (1993) sostienen por ejemplo que los abusos de posición dominante son aquellas conductas de entidades con posición dominante en un mercado “cuyo efecto económico es reducir la competencia efectiva ... o que son injustas o irrazonables respecto de aquellas personas que dependen de la empresa dominante para el suministro o la adquisición de los bienes o servicios relevantes”. Esta definición es congruente con el concepto que al respecto esboza Neumann (2001), que identifica al abuso de posición dominante con una situación en la que existe “explotación de los compradores o vendedores” (abuso explotativo) o “interferencia con la libertad de los competidores” (abuso exclusorio).

Si bien el abuso explotativo aparece caracterizado de una manera u otra en la gran mayoría de las legislaciones que usan la figura de abuso de posición dominante, su uso ha sido en general problemático. Esto se debe a que las herramientas que tiene la defensa de la competencia para resolver los problemas generados por las prácticas anticompetitivas son herramientas de regulación indirecta de los mercados, que implican el establecimiento de multas y la imposición de obligaciones de no hacer pero que en ningún caso llevan aparejado el control directo de los precios, las cantidades u otras variables cuantitativas. Cuando lo que se produce es un abuso explotativo de

posición dominante, sin embargo, el problema es usualmente un problema de precios demasiado altos, cantidades demasiado bajas o distorsiones en los valores de otras variables, que sólo pueden remediarse si se los controla directamente a través de la acción de algún organismo regulador que esté permanentemente monitoreando el mercado. Tal control no puede ser ejercido de manera efectiva por el poder judicial ni por las agencias de defensa de la competencia, cuyo accionar está en general limitado a probar o verificar la legalidad de determinadas conductas y a resolver excepcionalmente respecto de ellas.

Lo expresado en el párrafo anterior explica por qué la defensa de la competencia fracasa en general cuando se ve obligada a resolver casos en los cuales la conducta analizada son los “precios excesivos” o el “aumento abusivo de precios”. Por un lado, en casos como esos suele faltar un estándar objetivo contra el cual comparar dichos precios para saber si verdaderamente implican un abuso explotativo de posición dominante. Por otro, la autoridad antitrust no es en general capaz de encontrar una solución al problema, ya que carece del poder y de los conocimientos técnicos para definir cuál es el precio correcto a cobrar y cómo debe evolucionar dicho precio en el futuro. Es probablemente por eso que el derecho estadounidense de defensa de la competencia (y las leyes de otros países inspiradas en él, como por ejemplo la ley mexicana) no incluye ninguna figura punible que pueda asociarse con el abuso explotativo de posición dominante, y se limita a sancionar los casos de monopolización o intento de monopolización de carácter exclusorio. Esta es una interpretación que tiene una larga tradición en la jurisprudencia norteamericana, que se remonta por lo menos al caso “EEUU c/ US Steel” (1920). En dicho caso, una empresa claramente dominante (US Steel, que tenía una participación de más del 80% en el mercado de acero en cierto momento del tiempo) fue exculpada por no poder probarse que el ejercicio que había hecho de su poder de mercado tuviera efectos nocivos para sus competidores¹⁴¹.

En las legislaciones en las cuales la figura de abuso explotativo de posición dominante aparece explícitamente identificada, la jurisprudencia ha intentado definir

¹⁴¹ La interpretación de que el derecho antitrust estadounidense no penaliza las conductas unilaterales de tipo explotativo apareció también con más fuerza en uno de los últimos casos que llegaron ante la Corte Suprema de EEUU: “C. Trinko c/ Verizon” (2004), ya citado en el capítulo 4. En su sentencia referida a dicho caso, la corte norteamericana expresó que “... la simple posesión de poder monopólico, y la consecuente fijación de precios monopólicos, no sólo no es ilegal sino que es un elemento importante del sistema de libre mercado”.

ciertos estándares más o menos objetivos contra los cuales confrontar las prácticas de precios excesivos o no equitativos basándose en circunstancias diversas. Una alternativa explorada al respecto es tratar de comparar los precios vigentes con alguna medida del costo, a fin de reconstruir un “precio competitivo teórico”, tal como suele hacerse en los casos de precios predatorios. Esta vía, sin embargo, tropieza con problemas, ya que por más que dicho precio teórico pueda reconstruirse, siempre será materia opinable qué porcentaje por encima del mismo constituye un “exceso” que pueda considerarse como indicativo de un abuso de posición dominante. En general, este tipo de argumentación se usa más para desestimar denuncias por precios excesivos que para sancionarlas, y para evaluar movimientos en los precios más que niveles absolutos de los mismos. Es así común que las autoridades antitrust analicen determinado incremento de precios y lo comparen con los aumentos sufridos por determinados insumos o por ciertos índices de inflación que se consideren relevantes al caso en cuestión. Si el incremento objetado está más o menos en línea con tales aumentos, entonces ello se considera como evidencia de que el mismo no es excesivo, y que por lo tanto no se está en presencia de un abuso de posición dominante.

Otro posible estándar de comparación son los precios que rigen en mercados competitivos similares. Este es un elemento que puede ser de mucha utilidad para evaluar una práctica de fijación de precios supuestamente excesivos, porque permite comparar el comportamiento de una empresa con posición dominante con el de empresas equivalentes que no se encuentran en dicha posición. Su aplicabilidad como prueba de un abuso explotativo de posición dominante es, sin embargo, escasa, ya que es sumamente difícil encontrar mercados que sean comparables en todas sus dimensiones relevantes excepto el grado de competencia. Cuando este tipo de comparaciones aparece en los casos de defensa de la competencia, lo usual es que también sirva para desestimar denuncias (si es que se observa que en otro mercado más competitivo los precios son igualmente altos o también se incrementaron en cierto momento) o que se aplique para comparar el comportamiento del mismo mercado en dos momentos del tiempo. Si, por ejemplo, se verifica que, después de la salida del mercado de un competidor, cierta empresa incrementó sus precios de manera desproporcionada o que, luego de la entrada de un competidor, los redujo de manera muy grande, entonces esto puede ser un elemento para abonar la tesis de que en

ausencia de competencia la empresa cobraba precios excesivos y estaba por ende abusando de su posición dominante.

En un artículo sobre el análisis antitrust de los precios excesivos, Evans y Padilla (2005) sostienen que, en general, resulta preferible que las autoridades de competencia no actúen en este tipo de casos, puesto que los costos esperados de cometer errores suelen superar a los de no intervenir cuando estamos efectivamente en presencia de precios monopólicos ineficientes. Sin embargo, cuando se trata de mercados con barreras legales a la entrada y en los cuales existe un monopolista, cuyas acciones pueden impedir el lanzamiento de nuevos productos o la aparición de nuevos mercados adyacentes, entonces estos autores sí encuentran una ventaja en la intervención de la autoridad antitrust, cuando los precios de dicho monopolista exceden considerablemente los costos medios totales de provisión de su producto.

En una línea similar a ésta, Motta y Streel (2006) señalan una serie de factores en contra de la sanción de los precios excesivos por parte de la autoridad antitrust, que tienen que ver con el hecho de que dicha sanción puede reducir los incentivos a invertir en investigación y desarrollo, y a que le genera costos a la autoridad de competencia que la llevan a convertirse en una especie de autoridad de regulación sectorial sin tener a su alcance los elementos necesarios para llevar a cabo dicha regulación. No obstante, estos autores concluyen que existen algunos casos en los cuales prohibir los precios excesivos puede ser útil, siempre y cuando se produzcan de manera simultánea cuatro condiciones: que existan barreras de entrada elevadas y permanentes, que el poder de mercado de la empresa bajo análisis se origine en privilegios especiales concedidos a dicha empresa en el pasado o en el presente, que la autoridad de competencia no pueda eliminar dichas barreras de entrada ni dichos privilegios, y que se trate de un sector en el cual no opere un regulador específico.

6.1.2. Discriminaciones explotativas

Un caso particular de abuso explotativo de posición dominante es el que tiene lugar cuando el mismo se materializa a través de una práctica discriminatoria, tal como la discriminación de precios, las ventas en bloque o las ventas atadas. En esa circunstancia la conducta abusiva puede terminar con una simple orden de cese de la discriminación en cuestión, resolviéndose de ese modo el tema sin necesidad de utilizar

ningún tipo de regulación directa de precios o cantidades. La discriminación es también útil como prueba del carácter explotativo de la conducta analizada, ya que usualmente implica que el mismo bien o servicio se le está proveyendo a cierto grupo de clientes (o comprándosele a cierto grupo de proveedores) en condiciones diferentes respecto de otro grupo más favorecido, y esa diferencia puede servir para medir el “grado de explotación” al cual está siendo sometido el grupo discriminado.

Cabe aclarar, sin embargo, que la discriminación no siempre resulta interpretable como un abuso explotativo de posición dominante ni su eliminación conlleva necesariamente una mejora respecto de la situación existente. Puede darse, por ejemplo, que la discriminación tenga por objeto incrementar las ventas de la empresa que la practica, a través de la realización de ofertas destinadas a grupos particulares de compradores que de otro modo no adquirirían el producto en cuestión o lo harían en cantidades inferiores. Esto sucede en algunos casos de discriminaciones de precios en los cuales los compradores favorecidos pertenecen a grupos de demanda más baja (por ejemplo, jubilados o estudiantes) o adquieren varios productos a la vez (por ejemplo, ventas en bloque no obligatorias). Estas son circunstancias en las cuales la discriminación puede resultar conveniente tanto para una empresa que tiene posición dominante como para una empresa que no la tiene, con lo que mal puede relacionarse a dicha práctica con un abuso explotativo de posición dominante.

Adicionalmente, puede pasar que una práctica discriminatoria que sea susceptible de interpretarse como un abuso explotativo de posición dominante sea preferible a una situación en la que la discriminación desaparezca pero la explotación subsista. Ejemplos de esto podrían ser casos de discriminación de precios en los que el precio medio sin discriminación es mayor que el precio medio con discriminación (con lo cual la prohibición de discriminar lleva en general a una cantidad vendida menor y a un menor excedente total de los agentes económicos) o casos de ventas en bloque en los que la prohibición de esta práctica lleva a las empresas a no proveer más uno de los bienes.

A fin de evaluar si una práctica discriminatoria resulta o no explotativa y si su eliminación resulta o no conveniente, el análisis económico aconseja estudiar primero el grado de competencia existente en el mercado en cuestión, y abstenerse de actuar si éste es relativamente alto. Si la competencia efectiva es muy baja o inexistente, en cambio,

podrá considerarse que quien discrimina tiene posición dominante, y lo que habrá que analizar son los probables efectos de eliminar la discriminación. Para ello resulta crucial determinar si el grupo favorecido por la discriminación es un grupo importante o marginal, y la regla general será abstenerse de actuar en este último caso. Esto se debe a que si el grupo favorecido por la discriminación es poco importante, la respuesta más probable de una empresa a la que se le prohíbe discriminar será aplicar las condiciones más desfavorables a todo el universo de sus clientes. Si, en cambio, el grupo perjudicado es marginal y el favorecido es importante, es más fácil que una empresa a la que se le prohíbe discriminar opte por ofrecerle a todos sus clientes las condiciones que antes sólo le ofrecía al grupo más favorecido¹⁴².

Otra variable que la literatura económica suele utilizar para evaluar si una práctica discriminatoria es socialmente beneficiosa o perjudicial es el volumen total comercializado en el mercado, siendo la regla general que, cuanto mayor es el volumen total, mayor es el excedente generado en el mercado. En ese sentido, una prueba indicativa del efecto de la discriminación de precios sobre el bienestar es analizar su impacto sobre la cantidad total comercializada, comparando el probable valor de equilibrio de dicha cantidad en situaciones con y sin discriminación. Si la cantidad total es mayor en una situación con discriminación, la misma podrá tener un efecto agregado positivo; si es menor, casi con seguridad tendrá un efecto negativo¹⁴³.

Para poder decir si una práctica explotativa es aceptable o no, sin embargo, resulta crucial definir primero el objetivo de política económica que se está tratando de lograr. En la evaluación de las prácticas discriminatorias esto es particularmente importante, ya que a veces una conducta puede incrementar el excedente total de los agentes económicos pero disminuir el excedente del consumidor. El ejemplo teórico más claro de esto es la discriminación perfecta o de primer grado, la cual resulta óptima desde el punto de vista de la eficiencia económica pero pésima desde el punto de vista de los compradores del bien o servicio objeto de análisis. Esto se debe a que, si un vendedor puede discriminar perfectamente entre sus compradores, tiene también la

¹⁴² Otro elemento a tener en cuenta es la elasticidad de las distintas demandas ante cambios de precios. Cuanto mayor sea dicha elasticidad, más probable es que la empresa discriminadora halle inconveniente subir sus precios. Si uno de los segmentos de la demanda es al mismo tiempo significativo y elástico, la prohibición de discriminar tendrá usualmente un efecto positivo sobre el resto de los compradores, ya que el vendedor preferirá no incrementar sus precios medios a fin de no perder clientes en el segmento en cuestión. Para un análisis más detallado de este punto, véase Paredes (1991), capítulo 5.

capacidad potencial de vender cada unidad a un precio distinto y, por ende, de apropiarse de todo el excedente generado en el mercado. Es precisamente dicha capacidad la que hace que quien intente maximizar sus propios beneficios también maximice el excedente total, y elija por lo tanto la cantidad eficiente a proveer. Nótese sin embargo que esta eficiencia se obtiene a costa de una distribución del ingreso que le asigna todos los beneficios al vendedor y nada a los compradores. Es por ello que, si la discriminación de primer grado tiene lugar en un contexto monopólico, dicha distribución representa la antítesis de la que surge en una situación de competencia perfecta (en la cual, en el largo plazo, el excedente total tiende a ir exclusivamente hacia los compradores).

Similares argumentos respecto de la apropiación de excedentes pueden hacerse en algunos casos de ventas en bloque obligatorias, en las cuales el vendedor puede llegar a apropiarse de todo el excedente generado. Esto ocurre, por ejemplo, si existen dos grupos de compradores que tienen valoraciones distintas y negativamente correlacionadas respecto de los dos bienes que se venden conjuntamente, con lo cual la venta en bloque opera como un modo de extraer el excedente que cada uno de los grupos de compradores obtendría si pudiera adquirir separadamente el bien que valora más¹⁴³. Típicamente, en cambio, las ventas en bloque optativas y las conductas de discriminación de precios de segundo grado (en las cuales los compradores optan entre comprar más y pagar un precio medio menor o comprar menos y pagar un precio medio mayor) reparten los excedentes de un modo más equitativo, si bien pueden generar un excedente total menor. Es por eso que ese tipo de conductas rara vez aparece como ejemplo de abuso explotativo de posición dominante y, cuando es sancionado por las autoridades antitrust, en general lo es por consideraciones indirectas relacionadas con la exclusión de competidores reales o potenciales.

6.1.3. Discriminaciones exclusorias

A pesar de que, tal como hemos visto en el capítulo 2, la forma normal en la cual el análisis económico encara el tema de las prácticas discriminatorias tiene que ver con su capacidad como herramienta para ejercer el poder de mercado, la jurisprudencia

¹⁴³ Para una explicación analítica de este tema, véase Varian (1985).

¹⁴⁴ Para una explicación detallada de este tema, véase Kenney y Klein (1983).

sobre defensa de la competencia ha tendido a concentrarse en casos en los cuales la discriminación opera como un mecanismo de exclusión de competidores o, más generalmente, de incremento de costos de los rivales. Esto es válido tanto para la discriminación de precios como para las ventas atadas, que son las dos principales prácticas discriminatorias que han sido objeto de análisis por parte del derecho antitrust.

Para que la discriminación de precios pueda considerarse exclusoria, resulta poco menos que indispensable que la misma forme parte de una estrategia de depredación de un mercado por parte de una empresa que actúa simultáneamente en otros mercados. En tal caso, el objetivo de discriminar precios entre un grupo de compradores y otro es desplazar competidores en uno de los mercados en los que la empresa participa, y la discriminación resultante configura lo que parte de la doctrina jurídica denomina “daño primario” (*primary line injury*)¹⁴⁵. Este daño es el que invocan los competidores que se sienten desplazados de un mercado por la estrategia de precios de una empresa que penetra en el mismo fijando precios más bajos que los que cobra en los otros mercados que abastece. En tal circunstancia, por lo tanto, lo que se supone que sucede es que el discriminador está tratando de eliminar la competencia en el mercado en el que cobra precios más bajos. Como todo caso en el cual se invocan precios predatorios, este tipo de discriminación sólo parece ser razonable si se cumplen una serie de requisitos relacionados con las posibilidades del depredador de eliminar efectivamente a sus competidores, y de mantener y explotar luego la posición de dominio que eventualmente alcance.

Otro caso en el que aparece un daño primario a la competencia tiene lugar cuando un vendedor establece un esquema de bonificaciones por el cual incentiva a sus compradores a adquirirle de modo exclusivo o preferente a él, en vez de comprarles también a sus competidores. Este tipo de exclusión del mercado se invoca en circunstancias en las que las operaciones contemplan ciertos descuentos por cantidad o “reintegros por lealtad” (es decir, reembolsos o reducciones de precios asociados con niveles crecientes de participación del vendedor en las adquisiciones del comprador). Si el que diseña una estructura de precios como ésta es una empresa a la cual los compradores no pueden dejar de adquirirle sin sufrir un perjuicio económico considerable, este tipo de prácticas puede tener un efecto sustancial de restricción de las

¹⁴⁵ Esta denominación es común entre los autores estadounidenses. Véase, por ejemplo, Gellhorn y

ventas de los competidores de la empresa discriminadora.

En el documento de la Comisión Europea (2005b) sobre abusos exclusorios de posición dominante, los descuentos y reembolsos aparecen clasificados en dos categorías: descuentos no condicionados y descuentos condicionados. Estos últimos, que implican que, para obtener un descuento, los compradores deben tener un determinado comportamiento, son los que en ciertos casos pueden operar como discriminaciones exclusorias de precios. Para que esto suceda, sin embargo, resulta importante que el descuento se ofrezca sobre todas las compras que realice el comprador, y que esté sujeto a la condición de que éste supere un umbral de compras (o de participación del vendedor en las adquisiciones del comprador) considerablemente elevado. También resulta crucial en este caso que el vendedor sea una empresa con posición dominante, ya que en caso contrario no podrá hablarse propiamente de un abuso exclusorio de dicha posición.

Si bien la mayoría de los casos de discriminaciones exclusorias de precios se refieren a exclusiones que afectan a los competidores de la empresa discriminadora, resulta también posible que el efecto exclusorio opere sobre ciertos compradores de dicha empresa. En tales casos lo que aparece es un “daño secundario” (*secondary line injury*) sobre dichos compradores, que son siempre los que terminan pagando precios más altos. Dentro de esta categoría, sin embargo, la literatura sobre defensa de la competencia distingue una situación particular en la cual, además de un eventual abuso explotativo de posición dominante por parte del vendedor, aparece una lesión a la competencia entre los compradores. Esto se da cuando quienes compran el bien lo revenden o lo utilizan como insumo dentro de un proceso productivo, y se encuentran además en competencia entre sí. En dicha circunstancia, los compradores que pagan precios más elevados pueden verse excluidos del mercado en el que actúan, en virtud de una práctica concertada entre el vendedor y los compradores que pagan precios más bajos. Dicha práctica puede tener por objeto restringir la competencia entre los compradores o extender una posición de dominio desde un mercado de insumos a uno de productos.

Una última clasificación que aparece en la literatura antitrust es la que distingue

Kovacic (1994), capítulo 11.

entre una discriminación de precios sistemática de otra no sistemática¹⁴⁶. La primera de ellas se refiere a situaciones en las cuales la discriminación obedece a la intención de un vendedor de ejercer más beneficiosamente su poder de mercado o de excluir competidores propios o ajenos. La discriminación no sistemática, en cambio, se refiere a casos donde las diferencias de precios tienen explicaciones competitivas, originadas en desequilibrios temporarios entre oferta y demanda o en situaciones de progresivo deterioro de una concertación de precios.

Tanto la discriminación de precios sistemática como la no sistemática, sin embargo, pueden tener algunos efectos beneficiosos sobre el excedente total que se genera en los mercados en los cuales dicha discriminación se aplica. Cox (2004) sostiene que existen por lo menos cuatro efectos procompetitivos que pueden aparecer como consecuencia de una estrategia de discriminación de precios, y que deberían sopesarse junto con los posibles efectos anticompetitivos (excluserios) que la discriminación puede generar. Tales efectos procompetitivos son el estímulo hacia los distribuidores y revendedores más eficientes, la satisfacción de grupos de demandantes con características específicas, la prevención de casos de integración vertical ineficiente (que son muchas veces la alternativa a una política de discriminación entre proveedores o distribuidores), y la disuasión de casos de “coordinación implícita” o colusión tácita (que siempre es más fácil cuando no hay discriminación de precios que cuando la hay).

En lo que se refiere a las ventas atadas, el argumento más utilizado para considerarlas como prácticas excluserias es el que tiene que ver con la “extensión del poder de mercado” (*leverage theory*). La idea es que una empresa que tiene poder de mercado sobre determinado bien (producto vinculante) exige que los compradores también le adquieran otro bien (producto vinculado), con el objeto de pasar luego a una situación en la cual tenga poder de mercado sobre ambos bienes. El modo en el cual se logra dicho poder de mercado adicional es a través de la exclusión de aquellos competidores que operan en el mercado del producto vinculado pero no en el mercado del producto vinculante, y que no son capaces de contrarrestar la estrategia de la empresa que practica la venta atada sin caer en una situación de rentabilidad negativa¹⁴⁷.

Las ventas atadas tienen también otras explicaciones posibles además de la extensión excluseria del poder de mercado. Posner (1976), por ejemplo, opone a la

¹⁴⁶ Véase, por ejemplo, Korah (1997), capítulo 3.

teoría del *leverage* una explicación propiamente discriminatoria de las ventas atadas (y que, por lo tanto, no implica exclusión de competidores), según la cual el objetivo de vincular dos productos es aprovechar situaciones en las cuales la demanda conjunta de los dos bienes es más inelástica que la demanda promedio de ambos, y puede por ende obtenerse un precio medio más alto si los dos bienes se venden en bloque. También puede darse que, en ciertos casos, vincular dos bienes genere ciertas sinergías que no se dan si los productos se venden por separado. En esos casos, la doctrina antitrust suele considerar que no se está propiamente en presencia de una venta atada, y que los bienes en cuestión representan componentes de un único producto o servicio.

La literatura sobre defensa de la competencia suele distinguir entre varios tipos de ventas atadas. Uno de dichos tipos estaría conformado por las ventas en bloque obligatorias (*pure bundling* o *block booking*), en las cuales los bienes sólo se ofrecen en paquetes que contienen proporciones fijas de los productos involucrados. Otra clase de venta atada es la que implica la existencia de requerimientos de comprar otros bienes (*requirement tying*) para poder acceder a un determinado producto o servicio, siendo un caso especial de esta última las situaciones en las cuales el producto vinculado es el mantenimiento o los repuestos de un bien durable (*aftermarket tying*).

El documento de la Comisión Europea (2005b) sobre abusos exclusorios de posición dominante considera que cualquiera de esos tipos de venta atada puede ser anticompetitivo en determinados casos. Para que ello ocurra, sin embargo, establece cuatro condiciones básicas, que son que la empresa bajo análisis tenga posición dominante en el mercado del producto vinculante, que el producto vinculante y el vinculado sean bienes distintos, que la conducta objetada sea capaz de generar efectos distorsivos relacionados con la exclusión de competidores en el mercado del producto vinculado, y que la misma no pueda ser justificada por necesidades objetivas o por argumentos de eficiencia.

En muchos casos las ventas atadas tienen lugar en contextos en los cuales los compradores son usuarios intermedios o transformadores de un producto, por lo cual la literatura antitrust ha asimilado el tratamiento de estas ventas con el que le dispensa a las restricciones verticales dentro de una cadena de producción y comercialización. En particular, la vinculación de dos bienes puede ser vista en ciertas circunstancias como

¹⁴⁷ La referencia más importante de la literatura económica sobre este punto es Whinston (1990).

una variación de la exclusividad vertical, cuando un proveedor le exige a su cliente que no contrate con otro proveedor (presumiblemente competidor suyo). La única diferencia es que en los casos de ventas atadas la exclusividad no se refiere al producto principal del proveedor sino a otro producto diferente, con el que ha sido artificialmente vinculado.

6.2. Estados Unidos

6.2.1. Discriminación de precios

Estados Unidos es uno de los pocos países del mundo en los que la discriminación de precios ha sido objeto de una norma antitrust específica, la cual establece pautas especiales de evaluación que en ciertos casos difieren de las que se utilizan para analizar las otras infracciones a la competencia. Dicha norma es la ley Robinson-Patman, sancionada en el año 1936 como una modificación del artículo 2 de la ley Clayton. La ley Robinson-Patman tiene algunas particularidades en lo que respecta a su ámbito de aplicación. Por empezar, sólo prohíbe la discriminación de precios en mercados de bienes tangibles, cuando dicha discriminación involucra productos de similar grado y calidad. Además, la discriminación que esta ley reprime es aquella que limita sustancialmente la competencia o tiende a crear un monopolio, y no aquella que puede representar un abuso explotativo de posición dominante.

Tal como ha quedado redactado después de su modificación por la ley Robinson-Patman, el artículo 2 de la ley Clayton consta de seis incisos: el inciso “a” enuncia la definición general de la conducta prohibida y las posibles defensas que el vendedor puede invocar para justificar sus prácticas comerciales; el inciso “b” establece que, una vez probada la existencia de diferencias de precios, es el vendedor quien debe justificar dichas diferencias; el inciso “c” prohíbe el pago de comisiones por ventas a un comprador o a un agente o representante de un comprador, salvo que las mismas retribuyan servicios efectivamente prestados; el inciso “d” establece que, aun cuando dichas comisiones retribuyan servicios reales, las mismas deben estar disponibles también para quienes compitan con el comprador beneficiado; el inciso “e” extiende la prohibición del inciso “d” a otras compensaciones indirectas ofrecidas de manera discriminatoria a un comprador en perjuicio de otros; y el inciso “f” prohíbe que un comprador induzca o acepte las discriminaciones sancionadas en los otros incisos.

Una de las características de la ley Robinson-Patman es que algunas de las conductas que sanciona han sido consideradas como anticompetitivas *per se*, y éste es el caso de las comisiones y otras compensaciones indirectas prohibidas por los incisos “c”, “d” y “e”¹⁴⁸. Asimismo, el poner la carga de la prueba sobre el vendedor una vez comprobada una diferencia de precios ha vuelto a la ley particularmente dura en ciertas circunstancias en las cuales el interés general no se haya necesariamente afectado. Esto es así porque la ley sólo admite explícitamente tres defensas: el cambio en las condiciones de mercado (que justifica las diferencias de precios entre distintos momentos del tiempo), las diferencias en el costo de provisión de las distintas unidades, y las reducciones de precios destinadas a igualar los precios cobrados por los competidores (*meeting competition defense*).

La ley Robinson-Patman ha sido aplicada en casos referidos a discriminaciones de distintos grados, en las que el daño era tanto primario como secundario. El caso más citado (y también el más criticado) de una condena por daño primario es probablemente “Utah Pie c/ Continental Baking y otros” (1967), en el cual un productor local de postres helados del estado de Utah (Utah Pie) denunció a tres productores nacionales (Continental Baking, Pet Milk y Carnation) que ingresaron a competir en dicho estado a precios más bajos que los que cobraban en otros puntos del país. A pesar de que en ese caso quien tenía una participación mayor en el mercado de postres helados de Utah era el demandante y a que su volumen vendido no disminuyó luego del ingreso de las nuevas empresas, el hecho de que la participación de Utah Pie en el mercado se redujera y de que se comprobara la existencia de una diferencia de precios por parte de las empresas demandadas (no justificable en términos de costos) hizo que la Corte Suprema de EEUU sancionara a estas últimas por infringir la ley Robinson-Patman. Poco importó en esa circunstancia que el mercado bajo análisis hubiera pasado a ser más competitivo después de la entrada de Continental, Pet Milk y Carnation, ni que los consumidores de postres helados se hubieran beneficiado con una reducción apreciable de los precios (que impulsó un incremento en el volumen comercializado en el mercado): ante la evidencia de una diferencia de precios que dañaba a un competidor y que no podía justificarse en términos de costos o de igualación de precios de otro competidor, las empresas demandadas fueron sancionadas.

¹⁴⁸ Esta es, por lo menos, la interpretación que aparece en Sullivan y Harrison (1994), capítulo 8.

Cabe destacar que, si bien la ley en sí no ha sufrido ninguna modificación, en los últimos años los casos de daño primario han empezado a ser tratados por los tribunales estadounidenses de una manera mucho más escéptica, asimilándose de ese modo con casos comunes referidos al tema de precios predatorios. El antecedente más importante al respecto es “Brooke c/ Brown & Williamson” (1993), al cual nos referimos ya en el capítulo 4. En dicho caso, la Corte Suprema entendió que una empresa productora de cigarrillos que había ofrecido importantes descuentos por volumen a sus distribuidores (Brown & Williamson), y que había sido demandada por otro competidor presumiblemente dañado por esa actitud (Liggett & Myers, parte del grupo Brooke), no había infringido la ley Robinson-Patman. En su sentencia, el tribunal consideró que, en virtud de la estructura oligopólica del mercado de cigarrillos, no resultaba probable que una política de precios discriminatorios por parte de un productor tuviera éxito en eliminar la competencia de las restantes empresas, y que por lo tanto no existía un peligro potencial de que el denunciado monopolizara luego la industria y fijara precios excesivos en una segunda etapa de su estrategia comercial¹⁴⁹.

La jurisprudencia estadounidense tiene también algunos casos en los cuales se han sancionado prácticas consistentes en descuentos por lealtad, que le generaban un daño primario a competidores de la empresa discriminadora. Uno de ellos es “SmithKline c/ Eli Lilly” (1978), en el cual Eli Lilly, un laboratorio que tenía posición dominante en el mercado de cierto tipo de drogas antibióticas (cefalosporinas), fue penalizado por ofrecer descuentos a los hospitales que implicaban que aquéllos que también adquirirían una droga similar producida por un laboratorio competitivo (SmithKline) terminaban pagando precios más altos por los mismos productos. La cámara de apelaciones que falló en este caso consideró que, dada la situación de las partes en el mercado de estas drogas, la política de descuentos de Eli Lilly tenía el efecto de inducir a los hospitales a adquirir solamente las marcas de cefalosporinas producidas por dicha empresa, y no comprar en cambio el producto de SmithKline, que se estaba convirtiendo en un competidor vigoroso de Eli Lilly en este mercado. En el caso “Concord Boat c/ Brunswick” (2000), en cambio, los descuentos por lealtad ofrecidos por un importante fabricante de motores para embarcaciones (Brunswick) fueron considerados lícitos, por entenderse que se trataba de una situación en la cual los

¹⁴⁹ Para un análisis económico de este caso, en el cual se critica el fallo de la Corte Suprema, puede

descuentos no habían tenido un efecto excluyente sobre los competidores de Brunswick, ni tampoco le habían generado un perjuicio mensurable a los compradores del producto, entre los cuales se encontraba la parte demandante.

En lo que atañe a situaciones de discriminación de precios en las que se invoca la existencia de daño secundario, el caso líder de la jurisprudencia estadounidense es “FTC c/ Morton Salt” (1948). En él, el más importante productor de sal de mesa (Morton) fue demandado por la Comisión Federal de Comercio y posteriormente condenado por aplicar un esquema de discriminación de segundo grado que beneficiaba fundamentalmente a sus clientes más grandes. Morton argumentó que su esquema no era discriminatorio porque los descuentos que ofrecía estaban disponibles para cualquier comprador, e intentó demostrar que no existía un perjuicio sustancial a la competencia porque todos los compradores afectados eran comercios cuyas ventas de sal representaban una fracción muy pequeña de sus ingresos totales. En su sentencia, sin embargo, la Corte Suprema desestimó dichos argumentos, aduciendo que los descuentos ofrecidos estaban teóricamente pero no “funcionalmente disponibles” para los compradores más pequeños, ya que sólo cinco grandes cadenas habían sido capaces de obtener los mayores descuentos. La sentencia del máximo tribunal estadounidense consideró además que, si bien la venta de sal era una actividad menor para los compradores involucrados, la práctica discriminatoria había tenido un efecto lesivo sobre la competencia en el mercado minorista de ese producto en particular.

Otro caso frecuentemente citado de condena por daño secundario a la competencia entre compradores es “EEUU c/ Borden y Bowman” (1962), en el cual dos empresas lácteas fueron sancionadas por efectuar una discriminación de tercer grado entre cadenas comerciales y negocios independientes. Ambas empresas presentaron defensas basadas en estudios de costos de distribución, pero las mismas fueron rechazadas por entenderse que, si bien en promedio los costos de unos y otros clientes diferían sustancialmente, dicha diferencia no se mantenía si se analizaban ciertos casos particulares. En “Falls City c/ Vanco” (1983), en cambio, sí tuvo un resultado favorable para el denunciado el argumento de que su discriminación entre distintas áreas geográficas obedecía a la necesidad de igualar los precios cobrados por sus competidores, en el contexto de una puja por captar nuevos clientes.

consultarse a Burnett (1994).

Otro caso de discriminación de precios en el cual se objetó un daño secundario a uno de los adquirentes de un producto es “Hasbrouck c/ Texaco” (1990), en el cual un refinador de combustibles líquidos (Texaco) fue sancionado por discriminar entre distintos revendedores de su producto que operaban en la misma ciudad (Spokane, en el estado de Washington). En este caso, la Corte Suprema estadounidense consideró que los descuentos que Texaco les otorgaba a dos revendedores de su producto generaban un perjuicio a la competencia entre dichos revendedores y otro revendedor independiente (Hasbrouck), y que dicho perjuicio estaba explícitamente penalizado por la ley Robinson-Patman.

En el último caso sobre discriminación de precios que llegó a la corte norteamericana, en cambio, dicho tribunal revocó la sentencia condenatoria de una cámara de apelaciones que había hallado culpable a un fabricante de camiones (Volvo) por discriminar precios entre distintos revendedores de su producto. En el caso en cuestión (“Reeder-Simco c/ Volvo”, 2006) uno de dichos revendedores (Reeder-Simco) había objetado que otros revendedores de la misma marca pagaban menores precios por los mismos camiones. La decisión de la Corte Suprema de EEUU a favor de Volvo obedeció a que en ese caso la diferencia de precios sólo había operado en situaciones en las cuales los revendedores no estaban compitiendo entre sí, puesto que se trataba de ofertas destinadas a ser presentadas en licitaciones en las cuales Reeder-Simco competía contra concesionarios de otras marcas de camiones, y la comparación se hacía con casos en los cuales eran otros revendedores de Volvo los que se presentaban a la licitación sin competir directamente contra Reeder-Simco. En los escasos episodios de licitaciones en las cuales Reeder-Simco había tenido que competir contra otros revendedores de Volvo, en cambio, no habían aparecido diferencias sustanciales entre los precios mayoristas que Volvo les cobraba a sus distintos revendedores.

6.2.2. Ventas atadas

Las prácticas discriminatorias relacionadas con el concepto de venta atada se encuentran implícitamente prohibidas en los Estados Unidos por el artículo 3 de la ley Clayton (que se refiere a operaciones que prohíben el comercio con otros competidores, y se aplica también a casos de exclusividad vertical). También pueden ser atacadas como prácticas concertadas tendientes a restringir el comercio (artículo 1 de la ley

Sherman) o, más comúnmente, como intentos de monopolización (artículo 2 de la ley Sherman).

En sus primeras sentencias sobre el tema, los tribunales norteamericanos tendieron a considerar a las ventas atadas como actos anticompetitivos en sí mismos. Con el correr del tiempo este criterio se suavizó, y hoy en día se considera que sólo son anticompetitivas *per se* aquellas ventas atadas que reúnen los siguientes requisitos:

- a) los bienes o servicios atados son claramente distintos y separables;
- b) la venta de uno de ellos está condicionada a la del otro;
- c) el vendedor tiene suficiente poder en el mercado del bien vinculante como para restringir el comercio en el mercado del bien atado.

Estos requerimientos fueron enunciados explícitamente por la Corte Suprema de EEUU en su sentencia para el caso “E. Hyde c/ Jefferson Parish Hospital” (1984), en la cual se revocó una condena a un hospital por subordinar el uso de sus quirófanos al empleo simultáneo de sus propios anestesistas. Cuando alguno de estos requisitos no se cumple, la imposición de prestaciones subordinadas pasa a ser estudiada de acuerdo con la regla de la razón, y el análisis se centra sobre los efectos anticompetitivos de la operación en el mercado del bien vinculado (fundamentalmente, sobre la posibilidad de que la misma tenga como propósito o efecto la exclusión de competidores).

Los dos casos que establecieron las primeras reglas para analizar ventas atadas en los Estados Unidos fueron “EEUU c/ IBM y Remington” (1936) y “EEUU c/ International Salt” (1947). En el primero de tales casos, las dos empresas líderes en la fabricación de máquinas de calcular para uso empresario fueron sancionadas por vincular la compra o alquiler de dichas máquinas con la adquisición de las tarjetas perforadas necesarias para su operación. En su sentencia, la Corte Suprema evaluó que tanto IBM como Remington tenían una participación sustancial en el mercado del bien vinculante, que las máquinas y las tarjetas eran bienes perfectamente separables, que existían alternativas igualmente buenas en la provisión de tarjetas, y que la subordinación de la compra de máquinas a la de tarjetas tenía capacidad como para restringir el acceso de competidores al mercado de estas últimas. En el caso de International Salt, por su parte, la acusación que pesaba sobre el denunciado era la de atar la compra de máquinas para procesar sal a la de toda la sal que debía ser procesada con dichas máquinas. En su sentencia condenatoria, la Corte Suprema tuvo en cuenta

que International Salt era el dueño de la patente de las máquinas en cuestión, y tomó eso como prueba de la existencia de poder de mercado en el bien vinculante. En base a esa circunstancia, y a que las máquinas y la sal eran productos claramente separados, la conducta de subordinar una compra a la otra fue considerada como una restricción al comercio que bloqueaba el acceso de competidores al mercado de sal¹⁵⁰.

En dos casos importantes decididos durante las décadas de 1970 y 1980, los tribunales norteamericanos analizaron con más precisión el requerimiento de separabilidad de los productos para evaluar si una venta atada era efectivamente tal. En el primero de ellos (“Siegel c/ Chicken Delight”, 1971), una cadena de restaurantes de comida rápida fue condenada por atar la concesión de su marca a la compra de ciertos envases de cartón en los que debía comercializarse la comida, y por prohibir que fueran los propios franquiciados los que mandaran a fabricar dichos envases de acuerdo con las especificaciones del franquiciante. En el segundo caso (“Krehl c/ Baskin Robbins”, 1982), en cambio, la principal cadena de heladerías de Estados Unidos fue absuelta por atar la concesión de su marca a la compra de los helados, por entenderse que la marca y el helado eran componentes necesarios para conformar el producto comercializado.

Otro caso significativo de venta atada, que involucró el mercado de un bien durable y los repuestos destinados a dicho bien, es “Image Technical Service c/ Kodak” (1992). El mismo terminó con una sentencia condenatoria por parte de la Corte Suprema, y se planteó en una situación en la cual el demandado (Kodak) tenía poder de mercado en los repuestos pero aparentemente no lo tenía en el mercado del bien durable principal (fotocopiadoras). En una sentencia en la cual hubo disensos, el máximo tribunal norteamericano consideró que la venta atada en cuestión era no obstante anticompetitiva *per se*, ya que las fotocopiadoras y sus repuestos eran dos bienes distintos, el sistema de comercialización de Kodak impedía la adquisición de las fotocopiadoras sin el compromiso de comprar posteriormente los repuestos, y esto hacía que dichos repuestos se proveyeran a precios sustancialmente mayores que los que estaban dispuestos a ofrecer otras empresas independientes. Los jueces de la Corte que

¹⁵⁰ Otros dos casos importantes sobre ventas atadas que llegaron a la Corte Suprema de EEUU en las primeras décadas de aplicación de la ley Clayton fueron “EEUU c/ United Shoe” (1922) y “EEUU c/ Times-Picayune” (1953). En el primero de ellos se consideró ilegal que el monopolista de cierta maquinaria para la fabricación de zapatos subordinara el alquiler de dicha maquinaria a la adquisición de repuestos y otros accesorios para la misma, en tanto que en el segundo se consideró lícito que una empresa no monopólica que controlaba dos diarios en la misma ciudad (uno de los cuales se distribuía a

disintieron, sin embargo, hicieron notar que la falta de poder monopólico en el mercado de las fotocopiadoras hacía que la conducta de Kodak sólo pudiera ser condenable aplicando la regla de la razón, e hicieron también referencia a que el carácter estrictamente complementario de los repuestos volvía inocua (desde el punto de vista de la competencia) a una venta atada efectuada por alguien que no tenía posición de dominio en el mercado del producto vinculante.

Aplicando un argumento similar al que había utilizado la minoría en el caso Kodak, la Corte Suprema de EEUU, en su última intervención en un caso de venta atada, desistió de condenar a una empresa que había subordinado la venta de un producto sobre el cual poseía una patente a la de otro producto sobre el cual no la poseía (y en cuyo mercado enfrentaba competencia). En el caso en cuestión (“Independent Ink c/ Illinois Tool Works”, 2006) un fabricante de equipos y cartuchos de impresión (Illinois Tool Works), que también fabricaba tinta para ser utilizada en dichos equipos, había sido demandado por otro fabricante de tinta (Independent Ink) por subordinar la venta de sus equipos y cartuchos al uso de la tinta que él comercializaba. En su sentencia revocatoria del fallo de la cámara de apelaciones que había condenado a Illinois Tool Works, el máximo tribunal estadounidense consideró inválida la presunción de que cualquier poseedor de una patente tiene poder monopólico en el mercado en el cual dicha patente opera¹⁵¹, y puso además énfasis en el requisito de que, para que una venta atada pueda ser considerada anticompetitiva, el poder de mercado sobre el producto vinculante resulta un requisito indispensable.

Pero el caso más importante de los últimos años sobre ventas atadas es sin duda “EEUU c/ Microsoft” (2002), en el cual el gobierno central estadounidense, en forma conjunta con veinte gobiernos estatales, demandó al mayor productor mundial de programas de computación por vincular la venta de su sistema operativo Windows con la del navegador Internet Explorer. Uno de los argumentos de la fiscalía en este caso fue que Microsoft quería extender el poder que tenía en el mercado de sistemas operativos (en el cual era prácticamente monopolista) al de navegadores de internet (en el cual enfrentaba competencia de al menos una empresa importante, como lo era Netscape). La

la mañana y el otro a la tarde) vendiera en bloque la publicidad que aparecía en ambos periódicos.

¹⁵¹ Esto representó un cambio de criterio respecto de lo que la Corte Suprema de EEUU había establecido en el caso de International Salt, reseñado más arriba, en el cual había entendido que la existencia de una patente de invención vigente implicaba de por sí que su titular tenía poder monopólico en el mercado en el cual dicha patente operaba.

conducta supuestamente exclusoria de Microsoft tenía además otros aditamentos ajenos a los que comúnmente aparecen en la mayoría de las ventas atadas, ya que involucraba la provisión implícita del Internet Explorer a precio cero y un presunto intento de evitar que Netscape, junto con otras empresas, desarrollara un sistema operativo propio basado en su navegador de internet.

La sentencia de primera instancia que resolvió inicialmente el caso halló a Microsoft culpable de la mayor parte de los cargos en su contra, y dispuso que la compañía se desmembrara en dos partes. Una de ellas retendría la actividad de provisión de sistemas operativos, en tanto que la otra se dedicaría a proveer el resto de los programas informáticos (usualmente denominados “aplicaciones”). Dicha sentencia fue apelada por Microsoft y revocada parcialmente por la cámara de apelaciones, que interpretó que la empresa denunciada no había incurrido en una venta atada destinada a monopolizar el mercado de navegadores de internet, y que por lo tanto no correspondía su desmembramiento. El caso fue luego enviado a otro juzgado de primera instancia, y a partir de ese momento el gobierno y Microsoft entraron en negociaciones que concluyeron en un acuerdo entre las partes. El mismo sólo especifica conductas que la empresa se abstendrá de practicar, relacionadas con la creación de impedimentos para la difusión de nuevos programas que puedan amenazar la posición de dominio de Microsoft en el mercado de sistemas operativos.

Al igual que otros casos antitrust prominentes de épocas anteriores, el caso Microsoft generó un importante debate en la opinión pública que alcanzó también el ámbito académico. Gilbert y Katz (2001), por ejemplo, sostienen en su artículo sobre el tema que la conducta de Microsoft fue claramente anticompetitiva y perjudicial para el interés de los consumidores, y apoyan en cierto modo la medida de desmembrar a la empresa como una forma de generar mejores condiciones para la aparición de competencia en los mercados de sistemas operativos y de navegadores de internet. Klein (2001), en cambio, opina que la conducta de Microsoft fue básicamente competitiva, en el sentido de que implicó un mejoramiento de sus productos y un beneficio para los consumidores, y que el desmembramiento dispuesto por el juez de primera instancia era potencialmente nocivo. Para este último autor, la única práctica de Microsoft que puede considerarse anticompetitiva es su intento de evitar que los fabricantes de computadoras instalen otros navegadores de internet en sus productos, y eso podía evitarse

simplemente con una orden de cese de la conducta en cuestión (como se hizo luego a través del acuerdo entre Microsoft y el gobierno).

6.3. Unión Europea

6.3.1. Legislación y jurisprudencia comunitarias

El artículo 82 del Tratado de la Comunidad Europea (1999) menciona cuatro ejemplos de abuso de posición dominante, de los cuales los dos primeros son claramente explotativos. Tales son los que aparecen en los incisos “a” y “b” del artículo en cuestión, que se refieren a conductas que implican “imponer, directa o indirectamente precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción no equitativas” y “limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores”. Los otros dos incisos, en cambio, mencionan conductas que según las circunstancias pueden implicar abusos explotativos o exclusorios. Así, el inciso “c” se refiere a discriminaciones que le generan daño secundario a algunos compradores, en tanto que el inciso “d” se aplica a las situaciones de venta atada. Estos últimos dos ejemplos aparecen también mencionados en los incisos “d” y “e” del artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea, sólo que en ese caso se refieren a situaciones en las cuales la discriminación o la venta atada son producto de prácticas concertadas entre varias empresas.

La jurisprudencia sobre imposición unilateral de precios no equitativos es notablemente escasa en la Unión Europea, y puede decirse que tanto los tribunales como las autoridades comunitarias de competencia se han mostrado siempre muy reacios a condenar empresas por ese tipo de prácticas. En su libro sobre derecho de la competencia en la Unión Europea, Korah (1997) cita como ejemplo el caso “Comisión Europea c/ General Motors Continental” (1975), en el cual la Comisión Europea sancionó a la empresa automotriz General Motors por cobrar precios excesivos por el servicio de inspección y aprobación de sus vehículos, que era un servicio que las autoridades de Bélgica requerían obligatoriamente para que los automotores pudieran circular y que sólo podía ser ofrecido por el fabricante de los vehículos en cuestión. Si bien la multa impuesta por la autoridad de competencia fue luego revocada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, este último reconoció que la práctica objetada podía implicar un abuso de posición dominante, en virtud de que General Motors

monopolizaba el mercado de inspecciones de sus propios vehículos y los precios cobrados resultaban “excesivos en relación con el valor económico del servicio prestado”. La revocación de la sanción inicial, sin embargo, se basó en el hecho de que General Motors redujo sus precios sustancialmente antes de que la Comisión Europea comenzara a intervenir en el caso, por lo cual se consideró que la práctica había tenido un efecto muy escaso en el mercado relevante.

Otro caso en el cual el tribunal de justicia europeo opinó sobre el tema de los precios excesivos es “Lucazeau c/ SACEM” (1989), que era un caso en el cual la Sociedad de Autores y Compositores de Francia (SACEM) había sido denunciada por un conjunto de discotecas que entendían que los precios que cobraba en concepto de derechos de autor de las obras que se difundían en dichas discotecas era demasiado elevado. En ese caso, la opinión del Tribunal de Justicia fue que si dichos precios eran “apreciablemente más altos que los cobrados en otros estados miembros (de la Unión Europea), ... esa diferencia debe ser considerada como indicativa de un abuso de posición dominante” y que, por lo tanto, era responsabilidad del acusado “justificar la diferencia (de precios) en base a diferencias objetivas entre la situación en el estado miembro en cuestión y la prevaleciente en otros estados miembros”.

El caso europeo más importante de sanción por un abuso explotativo de posición dominante, sin embargo, es “Comisión Europea c/ United Brands” (1976), y no se refiere directamente a precios excesivos sino a una conducta de discriminación de precios. El denunciado era un productor internacional de bananas con posición dominante en el mercado, que vendía en condiciones similares en puertos de diferentes países de Europa pero cobraba precios sustancialmente distintos. Quienes compraban las bananas en los distintos países para luego revenderlas no eran en este caso distribuidores que competían entre sí, por lo cual la discriminación no los ponía en desventaja a unos respecto de los otros. El efecto que esta práctica tenía era encarecer relativamente las bananas en algunos países, afectando directamente a los consumidores finales que pagaban precios más altos. En su decisión condenatoria, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ponderó fundamentalmente esa distorsión, argumentando que los mecanismos de mercado se veían adversamente afectados cuando los precios de una transacción intermedia (entre United Brands y sus distribuidores) se fijaban teniendo en cuenta “la ley de la oferta y la demanda entre el vendedor y el consumidor

final y no entre el vendedor y el comprador directo”.

Otro caso de importancia dentro de la jurisprudencia europea sobre discriminación de precios es “Comisión Europea c/ Hoffmann-La Roche” (1979), en el cual un laboratorio con posición dominante en el mercado de vitaminas fue multado por el Tribunal de Justicia por ofrecer reintegros por lealtad a los distribuidores de sus productos. En ese caso, lo que se tuvo principalmente en cuenta fue que la práctica en cuestión incentivaba a los compradores a no adquirir vitaminas suministradas por los proveedores que competían con Hoffmann-La Roche y tenía por lo tanto un efecto de exclusión de los mismos del mercado. La sentencia hizo también referencia a que los reintegros por lealtad provocaban que diferentes compradores pagaran distintos precios por la misma cantidad del mismo producto, según le adquirieran sus vitaminas exclusivamente a la empresa denunciada o utilizaran varios proveedores. Una situación similar de abuso exclusorio de posición dominante es la que originó la multa aplicada en el caso “Comisión Europea c/ Michelin de Holanda” (1983), en el cual el principal oferente de neumáticos del mercado holandés fue sancionado por establecer un esquema de bonificaciones relacionado con “metas variables de venta”, que las autoridades de competencia consideraron que resultaba equivalente a un sistema de reintegros por lealtad en cuanto a sus efectos sobre los incentivos de los compradores para no vender productos de las empresas competidoras de Michelin.

A partir de los casos de Hoffmann-La Roche y Michelin, la Comisión Europea aplicó consistentemente sanciones en situaciones en las cuales empresas con posición dominante implementaban esquemas de reintegros por lealtad con el propósito de excluir competidores o incrementar el costo de sus rivales¹⁵². Entre los casos resueltos en lo que va del siglo XXI pueden citarse “Comisión Europea c/ AENA” (2000), “UPS c/ Deutsche Post” (2001) y “Prokent c/ Tomra” (2006). En el primero de ellos se objetó un esquema de bonificaciones de la empresa Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea, propiedad del estado español, que discriminaba entre líneas aéreas en el cobro de las tasas de aterrizaje, beneficiando indebidamente a las compañías nacionales (en especial a Iberia, de la cual el estado español era también el principal accionista) en perjuicio de las de otros países miembros de la Unión Europea. En el segundo caso la

¹⁵² La propia empresa Michelin, por ejemplo, fue nuevamente multada en el año 2003 por una práctica de este tipo que tuvo lugar en el mercado francés de neumáticos, en el caso “Comisión Europea c/ Michelin de Francia”.

sanción se le aplicó a la empresa alemana de correos (Deutsche Post), por una serie de prácticas entre las que figuraba un esquema de descuentos en los precios de las encomiendas que no se basaba en el volumen enviado sino en el no uso de los servicios ofrecidos por empresas competidoras¹⁵³. En el tercero de los casos mencionados, en cambio, quien resultó sancionado fue un fabricante noruego de máquinas para reciclar envases (Tomra), por establecer un sistema de compromisos de cantidad y descuentos por crecimiento de ventas que se interpretó que obstaculizaba el ingreso de nuevos competidores al mercado en el que Tomra operaba.

Otro caso de discriminación de precios que mereció sanción por parte de la autoridad europea de competencia, la cual fue luego convalidada por la justicia, es “Comisión Europea c/ British Airways” (2003). En dicho caso, la principal aerolínea británica fue multada por establecer un sistema de remuneración de las agencias de viajes basado en el crecimiento de las ventas de British Airways por parte de dichas agencias (respecto de lo que habían vendido el año anterior). En este caso, sin embargo, lo que se consideró anticompetitivo no fue el efecto que dicha política pudiera tener sobre las compañías aéreas competidoras de British Airways, sino la distorsión que la misma creaba en la competencia que se establecía entre las propias agencias de viajes. El abuso de posición dominante penalizado en este caso, por lo tanto, tuvo un carácter básicamente explotativo y no exclusorio, si bien también generaba un daño secundario en el mercado de comercialización de pasajes.

En lo que se refiere a la jurisprudencia comunitaria sobre ventas atadas, la misma puede considerarse como relativamente escasa, pero no exenta de importancia. El primero de los casos significativos analizados sobre este tema fue “Eurofix-Bauco c/ Hilti” (1994), en el cual una empresa que tenía la propiedad intelectual de un sistema de abrochadoras de uso comercial e industrial (Hilti) subordinaba la venta del sistema a la adquisición de los correspondientes broches (que no se hallaban protegidos por la patente en cuestión). El argumento de la empresa denunciada fue que dicha subordinación se debía a consideraciones de seguridad, pero el mismo fue rechazado tanto por la Comisión Europea como por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en virtud de que no existía evidencia alguna de que el uso de broches provistos por otros

¹⁵³ Como vimos ya en el capítulo 4, en este caso la conducta sancionada involucraba también otras prácticas, tales como la venta por debajo del costo en los segmentos del mercado en los cuales Deutsche Post enfrentaba una mayor competencia.

fabricantes generara ningún tipo de complicación operativa.

Otro caso de importancia sobre el tema de ventas atadas es “Elopak c/ Tetra Pak” (1997), y también concluyó con una sentencia condenatoria del Tribunal de Justicia. En dicho caso, una empresa con posición dominante en el mercado de tecnologías de envasado de productos líquidos (Tetra Pak) fue multada por subordinar la venta del equipamiento que producía y del *know-how* necesario para su uso a la provisión simultánea de los envases de cartón (respecto de los cuales enfrentaba mucha más competencia potencial por parte de otras compañías). Dicha práctica se consideró un abuso de posición dominante porque implicaba aprovechar el poder de mercado que la empresa tenía en el mercado de tecnologías (que estaba sustentada en la posesión de las correspondientes patentes y en la experiencia desarrollada por la empresa en la actividad en cuestión) para monopolizar también el mercado de envases. La misma se encuadró también dentro de una estrategia que aparentemente tenía Tetra Pak para aprovechar su poder de mercado en el segmento de tecnologías de envasado de tipo aséptico (en el cual su participación superaba el 90%) con el objeto de eliminar a su principal competidor (Elopak) del segmento de tecnologías de envasado de tipo no aséptico (en el cual Tetra Pak tenía una participación del 52%, contra 27% de Elopak). Dicha estrategia implicaba la utilización de precios supuestamente predatorios, tal como hemos mencionado al referirnos al caso en el capítulo 4.

Pero el caso sobre ventas atadas de mayor significación en la jurisprudencia europea actual es sin duda “Comisión Europea c/ Microsoft” (2004), que concluyó con la mayor multa impuesta en Europa por un abuso de posición dominante (497 millones de euros). El caso se refería a una conducta similar a la analizada en “EEUU c/ Microsoft” (2002), reseñado en la sección correspondiente a la jurisprudencia estadounidense, sólo que aquí la venta atada no involucraba un navegador de internet sino un programa reproductor de música y video (Windows Media Player). La conducta que la autoridad de competencia europea le objetó a Microsoft fue, por ende, la de subordinar la provisión de su sistema operativo Windows a la adquisición conjunta del Windows Media Player, con lo cual Microsoft lograba extender el poder monopólico que poseía en el mercado de sistemas operativos al mercado de reproductores de música y video, en el cual enfrentaba competencia.

El caso europeo contra Microsoft involucró además otras prácticas que la

Comisión Europea objetó. La principal de ellas fue la negativa a facilitar información necesaria a otras empresas proveedoras de programas de computación para que dichos programas pudieran operar de manera compatible con Windows, en un contexto en el cual dicha compatibilidad se consideró como un activo esencial para poder competir en diferentes mercados de software (en especial, en el mercado de sistemas operativos para servidores de grupo de trabajo). En su resolución condenatoria, además, la Comisión Europea ordenó la adopción de medidas correctoras por parte de Microsoft, consistentes en revelar cierta información necesaria para facilitar el desarrollo de programas compatibles con Windows por parte de otros proveedores de software, y en poner a la venta una versión de Windows que no incluyera dentro de su paquete de programas al Windows Media Player¹⁵⁴.

6.3.2. Legislación y jurisprudencia españolas

En lo que se refiere al tratamiento de los abusos de posición dominante, la ley de defensa de la competencia vigente en España (ley 15/2007) sigue casi textualmente los preceptos del artículo 82 del Tratado de la Comunidad Europea vistos en la sección anterior. La única diferencia significativa entre dicho artículo del tratado comunitario y el artículo 2 de la ley 15/2007 es que este último contiene un ejemplo más de abuso de posición dominante, que es el que aparece en el apartado 2 inciso “c”, relativo a la “... negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios”, a la cual nos hemos referido ya en el capítulo 4 del presente libro.

Tal como hemos mencionado dicho capítulo, los casos de abuso de posición dominante son menos frecuentes en la jurisprudencia española que los de prácticas concertadas de tipo horizontal o vertical. Esta apreciación general resulta más clara aún si nos focalizamos en los casos de abuso explotativo, si bien es dable destacar que la jurisprudencia española sobre este tema es proporcionalmente más abundante que la jurisprudencia comunitaria europea. Uno de los primeros ejemplos de abuso explotativo de posición dominante que ha sido sancionado por el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) es el que aparece en el caso “UNESPA c/ EMSFM” (1997), en el cual la Unión Española de Entidades Aseguradoras denunció a la Empresa Mixta de

¹⁵⁴ La resistencia de Microsoft a cumplir con estas medidas correctoras hizo que el caso continuara con posterioridad a la decisión de la Comisión Europea, ya que esta última estableció multas adicionales por

Servicios Funerarios de Madrid por incrementar injustificadamente sus precios, suprimir los servicios fúnebres más económicos y establecer un recargo del 300% para entierros de personas residentes fuera del municipio de Madrid¹⁵⁵. La empresa denunciada en este caso tenía el monopolio de hecho en el mercado madrileño de servicios mortuorios, ya que era la única que poseía cementerios en la capital española.

Otro ejemplo de sanción por imposición de precios no equitativos es “STI c/ Telefónica” (1999), en el cual la principal empresa de telecomunicaciones fue multada por modificar unilateralmente las condiciones de un contrato celebrado con un proveedor de servicios telefónicos auxiliares (Servicios Telemáticos Inteligentes), reduciendo los precios a pagar y los plazos de duración de la relación contractual. Dicha conducta fue considerada por el TDC como un abuso explotativo de posición dominante de carácter monopsónico, en virtud de que Telefónica era virtualmente el único demandante de los servicios prestados por la empresa denunciante. Esta última empresa se encontraba además en una situación de cautividad respecto de su cliente, en virtud de las inversiones específicas que había realizado para ingresar a la actividad en cuestión.

De los casos de abuso explotativo de posición dominante que terminaron con sanciones en lo que va del siglo XXI, se destaca “SDC c/ Endesa y otros” (2004), referido al mercado eléctrico mayorista. Si bien éste es un caso que involucró a varias empresas generadoras de electricidad (Endesa, Iberdrola y Unión Fenosa), el mismo no fue analizado como un caso de colusión, sino como una situación en la cual cada una de estas empresas estaba llevando a cabo una conducta de abuso explotativo de su posición en el mercado. Dicha conducta, objetada de oficio por el Servicio de Defensa de la Competencia (SDC), consistía en cotizar precios de oferta inusualmente altos con el objetivo de manipular la determinación de los precios en el mercado mayorista eléctrico español (que se complementa con un mecanismo por el cual las empresas son luego remuneradas de acuerdo con ciertos montos que surgen de valorar las “restricciones técnicas” que aparecen en el sistema). Por tener cada una de las empresas imputadas posición dominante en ciertas zonas geográficas del territorio español, la conducta llevada a cabo las llevaba a obtener beneficios monopólicos en dichas zonas, y fue por

dicho incumplimiento (que incrementaron considerablemente el monto de la multa original).

¹⁵⁵ Este caso, al igual que la mayoría de los mencionados en la presente sección, se resolvió aplicando la ley 16/1989, que era la norma de defensa de la competencia que regía en España con anterioridad a la sanción de la ley 15/2007.

ello considerada como un abuso de posición dominante y sancionada por el TDC (con multas de 900 mil euros a cada una de las tres empresas denunciadas)¹⁵⁶.

En lo que se refiere a la discriminación de precios, puede decirse que las autoridades españolas tuvieron en un principio una tendencia a considerar dicha práctica de manera bastante condescendiente. En “J. Serralta c/ Beyena” (1994), por ejemplo, una empresa láctea de la provincia de Vizcaya fue denunciada por imponer condiciones de pago discriminatorias a un transportista que distribuía sus productos, pero el caso terminó sin sanción por considerarse que la empresa en cuestión no tenía posición dominante en el mercado relevante. Tampoco hubo sanción en el caso “Metalibérica c/ Roca Radiadores” (1995), en el cual el principal productor español de artículos de porcelana sanitaria fue denunciado por discriminar precios entre sus distribuidores a través de un sistema de premios por cumplimiento de metas de venta y de descuentos por lealtad. Al revés que en el caso anterior, aquí el TDC consideró que Roca Radiadores sí tenía posición dominante en el mercado relevante, pero estimó que la estrategia comercial cuestionada tenía elementos que favorecían la competencia entre los distribuidores y la reducción de costos, y que no había sido utilizada por la empresa denunciada para excluir competidores del mercado.

En los últimos años, sin embargo, el TDC ha comenzado a tener una actitud más hostil hacia ciertos tipos de discriminación de precios. Así, en “AEDI c/ CETRUSA” (2000) se impuso multa y orden de cese al operador de los medios de elevación del centro de esquí de Sierra Nevada, por discriminar precios entre los instructores de distintas escuelas de esquí. Los instructores favorecidos por esta política eran los que pertenecían a tres escuelas con las cuales CETRUSA tenía firmado un convenio de colaboración, en tanto que los que resultaban perjudicados eran los miembros de la Asociación de Escuelas de Deportes de Invierno, que nucleaba a otras diez escuelas que competían contra aquellas. En “Vale Music c/ SGAE” (2002), por su parte, quien resultó sancionada fue la Sociedad General de Autores y Editores, que es la entidad que centraliza en España el cobro de los derechos de autor de las obras musicales. La discriminación objetada fue aquí una política por la cual la SGAE cobraba precios

¹⁵⁶ Cabe mencionar, además, que este caso reveló la existencia de posibles conductas de este tipo en otros segmentos del mercado mayorista eléctrico español, y llevó a las autoridades de defensa de la competencia a investigar otras situaciones parecidas, que luego terminaron también con sanciones similares en otros expedientes. Entre ellos pueden mencionarse los correspondientes a los casos “SDC c/ Viesgo Generación” (2006) y “SDC c/ Iberdrola” (2007).

sustancialmente más altos a los productores fonográficos que no pertenecían a la Asociación de Productores de Fonogramas y Videogramas de España, por la utilización del mismo repertorio de obras por las cuales los miembros de dicha asociación pagaban precios mucho más reducidos.

Otro caso reciente de multa por discriminación de precios explotativa es “APP c/ Correos y Telégrafos” (2005), en el cual la Asociación de Prensa Profesional (APP) denunció a la empresa estatal española de correos y telégrafos por un aumento abusivo de sus precios y una discriminación de los mismos en contra de los envíos de publicaciones periódicas, en un mercado en el cual la empresa denunciada gozaba de posición monopólica. Cabe aclarar, además, que la misma empresa postal había sido ya multada en el caso “Suresa y Mailhouse c/ Correos y Telégrafos” (2003) por una discriminación de precios de carácter exclusorio, consistente en cobrar tarifas más bajas a sus clientes del servicio postal básico (segmento en el cual la empresa era monopolista) si también le adquirían otros servicios en los cuales enfrentaba competencia por parte de otros prestadores.

También terminó con una multa por discriminación de precios el caso “Antena 3 y Gestevisión c/ AGEDI” (2006), en el cual la Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI) fue denunciada por dos canales de televisión (Antena 3 y Gestevisión) por cobrarles precios sustancialmente más altos que los que pagaba la televisión oficial española (TVE) por las mismas prestaciones (consistentes en el derecho de uso de los fonogramas que estaban bajo la gestión de la entidad denunciada). Como los canales de televisión denunciante se hallaban en competencia con la televisión oficial en el mercado de televisión abierta de España, el TDC consideró que la discriminación objetada tenía un carácter no sólo explotativo sino exclusorio, al colocar a Antena 3 y Gestevisión en una situación desventajosa frente a su competidora TVE.

En lo que se refiere a los casos españoles de venta atada, uno de los principales es “SDC c/ Rank Xerox y otros” (1996), en el cual el Servicio de Defensa de la Competencia objetó una serie de prácticas comerciales que efectuaban las empresas fabricantes de fotocopiadoras. Entre dichas prácticas se analizó la política de Rank Xerox de subordinar la venta-alquiler (*leasing sale*) de equipos a la contratación del servicio de mantenimiento de las fotocopiadoras, y se consideró que la misma implicaba

una venta atada de carácter anticompetitivo, puesto que extendía el poder de mercado del fabricante desde el mercado de fotocopiadoras hacia el de repuestos y servicios de mantenimiento de las mismas. Rank Xerox fue por ello sancionado con una multa, que ascendió a 50 millones de pesetas.

Otro caso importante en el cual una empresa fue sancionada por un abuso exclusorio de posición dominante que involucraba conductas de discriminación de precios y venta atada es “BT c/ Telefónica” (1999), al cual nos hemos referido ya en el capítulo 4. Una de las conductas objetadas fue una discriminación de precios en el mercado de alquiler de circuitos telefónicos, en el cual la empresa denunciada cobraba precios más altos a aquellos usuarios que competían con ella en el mercado de telefonía de larga distancia que a los usuarios finales que no revendían luego el servicio que contrataban con Telefónica. La otra conducta denunciada consistía en subordinar la adquisición de servicios telefónicos de larga distancia nacional (en los cuales Telefónica era virtualmente monopolista) a la adquisición conjunta de servicios de larga distancia internacional (en los cuales sí enfrentaba competencia), política ésta que tenía como efecto excluir del mercado a las empresas que sólo ofrecían servicios internacionales. La implementación conjunta de ambas conductas (que, entre otras cosas, implicaba un virtual estrangulamiento de precios) fue considerada por el TDC como un abuso de posición dominante, que derivó en la imposición de una multa de 580 millones de pesetas.

Finalmente, de los casos de venta atada analizados en España en lo que va del siglo XXI, cabe destacar a “SDC c/ Gas Natural” (2003), en el cual la empresa proveedora de gas en la región de Castilla y León fue multada por el TDC por vincular artificialmente la realización de instalaciones comunitarias con la instalación y el mantenimiento de las instalaciones individuales que se conectaban con dichas instalaciones comunitarias. En el primero de tales segmentos, la empresa denunciada gozaba de una posición monopólica protegida por las normas regulatorias del servicio de provisión de gas natural, pero en el segundo, en cambio, enfrentaba competencia por parte de otras empresas¹⁵⁷.

¹⁵⁷ Cabe aclarar que la multa impuesta por el TDC fue en este caso revocada por la Audiencia Nacional (ante la cual Gas Natural apeló la resolución), pero dicha revocación no estuvo motivada por cuestiones de fondo sino de nulidad de ciertos procedimientos llevados a cabo.

6.4. América Latina

6.4.1. México

Tal como hemos mencionado en la sección 6.1.1, la ley mexicana de competencia económica (1993) sigue en su redacción el enfoque estadounidense según el cual los abusos de posición dominante no son considerados como infracciones a la competencia en tanto no presenten elementos de carácter colusivo o exclusorio. Dicha interpretación es por lo menos la que se desprende de la redacción del artículo 8 de la ley en cuestión, que sólo menciona como anticompetitivas a las prácticas que “... disminuyan, dañen o impidan la competencia y la libre concurrencia” y no hace ninguna referencia explícita al ejercicio unilateral de poder de mercado de tipo explotativo.

De la jurisprudencia de la Comisión Federal de Competencia de México (CFC) surgen sin embargo algunos casos en los cuales se ha investigado la existencia de posibles abusos explotativos de posición dominante. Para ello se ha utilizado otra provisión que también aparece en el artículo 8 de dicha ley, según la cual están prohibidos los “monopolios y estancos”. Esta provisión, que tiene un carácter menos definido que la referida a las prácticas anticompetitivas, ha servido para objetar ciertas situaciones en las cuales se entendía que una empresa con poder monopólico sustancial estaba actuando de manera abusiva respecto de sus proveedores o clientes. Un ejemplo de esto es el caso “CFC c/ Nestlé” (2001), en el cual la conducta bajo análisis fue la fijación, por parte del principal productor de café soluble, de precios excesivamente bajos en sus compras de granos de café y de precios excesivamente altos en sus ventas de café soluble a consumidores finales. La práctica anticompetitiva imputada finalmente no fue acreditada por la CFC, que halló que en realidad Nestlé no tenía poder sustancial como comprador de granos de café (puesto que el 80% de los granos producidos en México se exportaban, y los precios de ese insumo se determinaban directamente en mercados internacionales sumamente competitivos).

En lo que se refiere a las prácticas discriminatorias, la legislación mexicana las menciona específicamente como prácticas monopólicas relativas en por lo menos dos lugares. Uno de ellos es el inciso III del artículo 10 de la ley de competencia, en el cual aparecen tipificadas las ventas atadas que se encuentren condicionadas a “comprar, adquirir, vender o proporcionar otro bien o servicio adicional, normalmente distinto o distinguible, o sobre bases de reciprocidad”. La otra referencia aparece en el inciso X

del mismo artículo 10 de la ley, que se refiere al “establecimiento de distintos precios o condiciones de venta para diferentes compradores situados en igualdad de condiciones”. En tanto el primero de los incisos mencionados está en la ley mexicana de competencia económica desde su sanción en 1993, el último fue incluido en ella en la reforma que se le hizo en el año 2006. Con anterioridad a dicha reforma, sin embargo, existía una cláusula igual a esa en el decreto reglamentario de la ley mexicana de competencia, que fue utilizada por la CFC en algunas circunstancias.

Uno de los primeros casos de aplicación de la última de las cláusulas mencionadas en el párrafo anterior fue “CFC c/ Aeropuertos y Servicios Auxiliares” (1999). En dicho caso lo que se objetó fue una conducta por la cual la administración mexicana de aeropuertos cobraba distintas tarifas de acceso a los ómnibus de pasajeros regulares y a los ómnibus de tipo turístico. De la investigación realizada surgió que, desde el punto de vista del consumidor, ambos servicios eran similares, no existiendo tampoco diferencias sustanciales en términos de costos para el aeropuerto. En este caso las empresas que resultaban discriminadas eran las de servicios turísticos, a las cuales la administración aeroportuaria les cobraba una tarifa cada vez que ingresaban al aeropuerto. Dicha tarifa sufrió en 1997 un incremento de cerca del 1800%, que no se correspondía con los incrementos de costos aeroportuarios ni con los de las tarifas que pagaban los ómnibus regulares de pasajeros (que abonaban una suma fija por mes). Para sancionar esta conducta, la CFC consideró que se hallaba ante un caso de daño secundario por discriminación de precios (*secondary line injury*), en el cual se distorsionaba la competencia entre los servicios de ómnibus regulares y turísticos.

Otro caso más reciente de discriminación de precios, pero que terminó sin sanción, es “Cryopharma c/ Savi y Novo” (2007), en el cual se evaluó una posible situación de daño primario (*primary line injury*) generada por precios supuestamente predatorios en un segmento del mercado mexicano de insulina, que eran posiblemente financiados a través del cobro de precios más elevados en otros segmentos del mercado. El caso se refería a una denuncia de un laboratorio (Cryopharma) contra otro laboratorio (Novo) y su distribuidor (Savi), por cotizar precios excesivamente bajos en las licitaciones públicas en las cuales los hospitales demandaban insulina, y cubrir las pérdidas así generadas a través de precios supracompetitivos en otros segmentos del mercado. Para decretar el cierre del caso sin aplicar sanciones, la CFC evaluó primero la

hipótesis predatoria, y llegó a la conclusión de que la misma no se hallaba configurada, porque los precios cotizados por el grupo Savi/Novo habían estado en todos los casos por encima de sus respectivos costos medios totales.

En lo que se refiere a las ventas atadas, por último, la jurisprudencia mexicana tiene pocos ejemplos relevantes. En su libro sobre derecho de la competencia, Pereznieto y Guerrero (2002) mencionan el caso “Carta Blanca c/ Nayarita” (1999), en el cual un distribuidor de cerveza fue sancionado por celebrar un contrato de exclusividad con las autoridades de cierta población del estado de Nayarit, por el cual en dicha población sólo terminaban vendiéndose las marcas de cerveza comercializadas por el distribuidor denunciado. El carácter de venta atada de la práctica en cuestión (que perjudicaba principalmente a la empresa Carta Blanca, principal competidor de Nayarita en el mercado local) tenía que ver con que la exclusividad obtenida se lograba a través de ligar las licencias para vender cerveza que otorgaba la autoridad municipal con la obligación de suministrar solamente productos del distribuidor denunciado.

Otro caso más reciente que también se categorizó como venta atada fue “CFC c/ SNPP de Tampico” (2006), en el cual el Sindicato Nacional de Pilotos de Puerto (SNPP), delegación Tampico, fue investigado por vincular artificialmente el servicio de pilotaje de embarcaciones (sobre el cual tenía el monopolio legal) con el servicio de lanchaje que ofrecía la empresa SMP (que era propiedad de nueve de los once pilotos miembros del SNPP de Tampico). Con dicha venta atada, el SNPP lograba prácticamente desplazar al único competidor de SMP en el mercado de lanchaje en el puerto de Tampico (que era la empresa GUA SC), y dicho desplazamiento no se debía a que esta última ofreciera un servicio de peor calidad o de mayor costo sino al requerimiento artificialmente impuesto por el SNPP para incrementar los beneficios de SMP. En su resolución cerrando este caso, la CFC dictó una orden de cese de la conducta de venta atada del SNPP de Tampico, y le impuso además una multa de 2,3 millones de pesos mexicanos.

6.4.2. Brasil

La ley brasileña de defensa del orden económico (ley 8884, de 1994) es una de las legislaciones de defensa de la competencia que mayor hincapié hace en la caracterización de las prácticas unilaterales de tipo explotativo. Vemos así que, en su

artículo 20, la ley en cuestión menciona cuatro tipos de actos que pueden caracterizarse como infracciones al orden económico, tres de los cuales tienen que ver con conductas de carácter explotativo¹⁵⁸. Dichos actos son:

II) dominar el mercado relevante de bienes o servicios;

III) aumentar arbitrariamente los beneficios;

IV) ejercer de forma abusiva una posición dominante.

A su vez, el artículo 21 de la ley antitrust brasileña enuncia una serie de ejemplos específicos de conductas anticompetitivas, de las cuales pueden considerarse como explotativos o discriminatorios a los que aparecen en los siguientes incisos:

XII) discriminar entre compradores o proveedores de bienes y servicios por medio de la fijación diferenciada de precios o de condiciones operativas de venta o prestación de servicios;

XXIII) subordinar la venta de un bien a la adquisición de otro o a la utilización de un servicio, o subordinar la prestación de un servicio a la utilización de otro o a la adquisición de un bien;

XXIV) imponer precios excesivos, o aumentar sin justa causa el precio de un bien o servicio.

Para caracterizar la práctica mencionada en el último de los incisos referidos en el párrafo anterior, la ley brasileña especifica cuatro elementos que deben considerarse, “además de otras circunstancias económicas y mercadológicas relevantes”. Dichos elementos son que el precio del producto o su elevación no estén justificados por elementos de costos o mejoras en la calidad, que no tenga relación con los precios de otros productos similares anteriormente producidos, que no tenga relación con los precios vigentes en mercados competitivos comparables, o que exista algún tipo de acuerdo colusivo que permita incrementar los precios o incida sobre los costos.

A pesar de todas esas referencias legales al tema de los precios excesivos, la jurisprudencia brasileña sobre ese punto es relativamente escasa, y más escasos aún son los casos en los cuales dicha práctica ha sido considerada ilícita. Uno de los pocos ejemplos que hemos hallado, mencionado por Franceschini (1996), es el correspondiente al caso “Fundación Hospitalaria del Distrito Federal c/ Kodak” (1987), en el cual la empresa que virtualmente monopolizaba el mercado de equipos de

¹⁵⁸ Para un análisis general de este punto y de la interrelación entre los distintos tipos de actos

radiología para hospitales fue sancionada por el Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE) por elevar sin justa causa los precios de sus productos. Otro caso de sanción por prácticas unilaterales de tipo explotativo es “Presidencia de la República c/ Laboratorios Aché y otros” (1992), en el cual la conducta objetada fue una política de desabastecimiento de medicamentos por parte de varios laboratorios, que estaba destinada a presionar al gobierno para que incrementara los precios máximos a los cuales dichos medicamentos podían venderse. Si bien dicha conducta podría haberse atacado como un acuerdo colusivo entre los laboratorios implicados, el tema fue analizado caso por caso como una serie de conductas unilaterales paralelas por parte de empresas que tenían posición dominante en diferentes mercados específicos (y que utilizaban una estrategia semejante para incrementar injustificadamente sus beneficios).

A partir de la segunda mitad de la década de 1990, numerosas denuncias por aumento excesivo de precios fueron descartadas por entenderse que las mismas tenían lugar en contextos en los cuales las empresas denunciadas carecían de poder de mercado sustancial. En “T. Higushi c/ Purina y Guabi” (1995), por ejemplo, un productor tambero objetó, sin éxito, los incrementos de precios del alimento para ganado comercializado por dos empresas cuyas participaciones de mercado eran respectivamente del 5% y del 1%. En ese caso el CADE entendió además que el aumento de precios denunciado no resultaba excesivo, puesto que se hallaba en línea con los incrementos de los principales índices de precios relevantes de Brasil (si bien era sustancialmente mayor que el incremento del precio de la leche, que era el producto que el denunciante producía con los insumos que le adquiría a las empresas denunciadas).

Otro caso de aumento excesivo de precios desestimado por falta de poder de mercado del denunciado fue “Departamento de Abastecimiento y Precios c/ Alcon” (1996), en el cual se consideró lícito que una empresa cuya participación de mercado apenas superaba el 1% modificara la presentación de cierto producto endulzante y efectuara simultáneamente un reajuste en el precio del mismo, por entenderse que la empresa en cuestión se hallaba sujeta a las fuerzas de un mercado en el que debía competir contra otros productos virtualmente idénticos al que ella elaboraba¹⁵⁹.

anticompetitivos mencionados en la ley antitrust brasileña, véase Mello y Possas (2002).

¹⁵⁹ Otro caso similar, más reciente, en el cual el aumento excesivo de precios también fue desestimado por el CADE es “CANDE c/ Trikem” (2005), referido al mercado de resinas de PVC.

En cuanto a los casos referidos a discriminación de precios, puede afirmarse que los mismos no han sido abundantes en la experiencia brasileña, y tampoco han merecido en general sanción por parte de las autoridades antitrust. En “Oriental del Paraná c/ Petroquímica Triunfo” (1988), por ejemplo, la exportación de un producto a precios inferiores a los del mercado doméstico no se consideró anticompetitiva, por entenderse que no existía abuso de poder económico ni perjuicio para el funcionamiento de las empresas locales. En “Seara c/ ICI” (1993), asimismo, tampoco se consideró infracción el otorgamiento de condiciones preferenciales a ciertos proveedores de insumos que optaban por convertirse en proveedores exclusivos del denunciado, por interpretarse que dicha práctica no había generado daños a la estructura del mercado. Finalmente, en “Pax Domini c/ Fama” (1988), el CADE entendió que, en un caso en el cual la práctica de diferenciar precios se aplicaba a mercaderías y servicios diferenciados, la misma no constituía discriminación y en consecuencia tampoco infringía la legislación vigente¹⁶⁰.

Otros dos casos de discriminación de precios, mucho más recientes y que también terminaron sin sanción, son “SDE c/ Vale do Rio Doce” (2004) y “Embratel e Intelig c/ Telesp y otros” (2005). En el primero de ellos, la principal empresa siderúrgica de Brasil fue acusada de una discriminación explotativa de precios que implicaba la fijación de precios excesivos de algunos de sus productos, destinados al mercado de transporte ferroviario. En el segundo caso, en cambio, varios proveedores de telefonía fija local fueron denunciados por discriminar precios entre las empresas a las cuales les brindaban acceso a sus redes de abonados, con el objeto de excluir a algunas de ellas del mercado y beneficiar a otras. Este último caso también involucraba denuncias por negativa de acceso a instalaciones esenciales y por estrangulamiento de precios, pero la decisión del CADE de archivarlo obedeció a la ausencia de pruebas de ocurrencia de las conductas investigadas.

Finalmente, en lo referido a la jurisprudencia antitrust brasileña sobre ventas atadas, diremos que la misma tampoco resulta demasiado extensa. Aparentemente, el primer caso en el que una venta atada fue considerada ilícita por el CADE es “Interchemical c/ Sharp” (1993). En dicho caso se objetó que el servicio de mantenimiento de las máquinas fotocopadoras provistas por la empresa denunciada se

¹⁶⁰ Nótese que los tres casos mencionados en este párrafo, al igual que varios de los citados con anterioridad, fueron resueltos utilizando la ley 4137, de 1962, que regía en Brasil antes de la sanción de la ley 8884.

prestaba bajo la condición de que los clientes le adquirieran también a dicha empresa el tóner que utilizaban las fotocopiadoras en cuestión. El carácter anticompetitivo de dicha conducta se basaba aquí en que Sharp tenía un poder de mercado sustancial sobre el mantenimiento de sus propias máquinas, en razón de los conocimientos específicos que se derivaban de ser el fabricante de las mismas. A través de la vinculación artificial que se establecía entre el mantenimiento y la provisión del tóner, dicho poder de mercado se extendía hacia ese otro producto, desplazando a los competidores que sólo vendían tóner y no proveían servicios de mantenimiento.

Otro caso de venta atada en el cual el CADE aplicó una sanción, y que es mucho más importante por el monto de las multas aplicadas, es “SDE c/ Microsoft y TBA” (2004), en el cual lo que se cuestionó fue la vinculación artificial entre los programas de Microsoft que adquiriría el gobierno federal brasileño y la venta de servicios auxiliares que dicha empresa ofrecía a través de su agente exclusivo (TBA). El caso tuvo también un aditamento relacionado con la práctica vertical de exclusividad que Microsoft le acordaba a TBA para las ventas de sus productos al gobierno, lo cual acrecentaba la idea de que lo que se intentaba era monopolizar ciertos mercados de servicios auxiliares ligándolos artificialmente a la provisión del software en sí. Este caso es mencionado también como destacado dentro de la jurisprudencia antitrust brasileña porque representó el primer caso en el cual el CADE llegó a una transacción judicial con las partes denunciadas para que estas desistieran de apelar su decisión ante la justicia, que se materializó a través de una reducción de las multas aplicadas (que ascendieron a un total de 5 millones de reales)¹⁶¹.

Un último caso en el cual el CADE analizó un tema de venta atada es “Nortox c/ Monsanto” (2007), en el cual lo que se objetaba era una supuesta venta atada que afectaba al mercado de soja transgénica. El mismo finalizó sin sanción, por entenderse que la práctica denunciada no había tenido lugar.

6.4.3. Argentina

Siguiendo el enfoque europeo de la defensa de la competencia, la ley antitrust argentina (ley 25.156, de 1999) encuadra a las conductas anticompetitivas de carácter unilateral y explotativo dentro del concepto de abuso de posición dominante. Dicho

concepto aparece mencionado en el artículo 1 de la ley en cuestión, en tanto que en el artículo 2 se enuncian ejemplos de prácticas explotativas y discriminatorias en los siguientes tres incisos:

- g) fijar, imponer o practicar, directa o indirectamente, ... precios y condiciones de compra o de venta de bienes, de prestación de servicios o de producción;
- i) subordinar la venta de un bien a la adquisición de otro o a la utilización de un servicio, o subordinar la prestación de un servicio a la utilización de otro o a la adquisición de un bien;
- k) imponer condiciones discriminatorias para la adquisición o enajenación de bienes o servicios sin razones fundadas en los usos y costumbres comerciales.

6.4.3.1. Precios abusivos

La jurisprudencia argentina sobre abusos explotativos de posición dominante se inicia con dos casos que tuvieron lugar poco tiempo después de la creación de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC), y ambos se refieren a situaciones de ejercicio del poder monopólico por parte de compradores de insumos. En el primero de ellos, “Unión General de Tamberos c/ Cooperativa Popular de Santa Rosa” (1982), un comprador de leche con posición dominante en cierta área geográfica fue multado por conductas de carácter explotativo respecto de los tamberos que le proveían la leche en cuestión. Tales conductas incluían el pago de precios preferenciales a 25 de los 150 tamberos del mercado relevante, la negativa a comprarle a un productor que había intentado organizar un mecanismo de negociación colectiva, y el abrupto cambio de condiciones que se produjo cuando en cierto momento ingresó al mercado un nuevo comprador de leche que hizo desaparecer la posición de dominio que la cooperativa denunciada ostentaba.

En el otro caso al que hemos hecho referencia, “CNDC c/ Industrias Welbers” (1983), la conducta analizada fue el abuso de posición dominante de un ingenio azucarero que era virtualmente el único comprador de caña de azúcar en la zona norte de la provincia de Santa Fe. Dicho ingenio imponía a los productores de caña exigencias de financiación que implicaban de hecho reducciones de precios por debajo de los vigentes en el mercado, y que sólo tenían explicación por el poder de compra que

¹⁶¹ Para un comentario acerca de este último punto, véase Santiago (2008), capítulo 6.

ostentaba el denunciado. Dichos precios fueron considerados abusivos por la CNDC, que recomendó la imposición de una multa que fue luego dispuesta por el Secretario de Comercio y convalidada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico. Para aconsejar dicha sanción, la agencia antitrust argentina tuvo en cuenta que las reducciones impuestas por Industrias Welbers se habían producido en un contexto en el cual los precios internacionales del azúcar estaban en alza, y que el propio ingenio se había expandido a través de la adquisición de una segunda planta de producción.

A pesar del precedente establecido por el caso de Industrias Welbers, la figura de los precios abusivos no volvió a tener aplicación en la jurisprudencia de la CNDC como elemento central para sancionar abusos de posición dominante. El único ejemplo posterior en el que se la aplicó, y que no terminó en sanción sino en un compromiso por parte de la empresa denunciada, fue “Dirección Nacional de Comercio Interior c/ Pfizer” (1995), en el cual el único laboratorio que producía cierta droga (denominada “dioxilina”) destinada a combatir el cólera fue denunciado por incrementar el precio neto de la misma en un 90% en momentos en los cuales se había desatado una epidemia de dicha enfermedad. Si bien Pfizer sostuvo que el aumento en cuestión no era abusivo porque los precios anteriormente vigentes no capturaban numerosos incrementos de costos que el laboratorio había sufrido, la empresa propuso mantener el precio sin aumento para todos los hospitales y organismos participantes de la campaña nacional contra el cólera, y dicho compromiso fue aceptado por la CNDC y homologado luego por el Secretario de Comercio.

Todos los otros casos posteriores en los cuales las denuncias por abuso de posición dominante invocaban precios excesivos o incrementos abusivos de precios terminaron sin sanción por diferentes causas. En “H. Núñez c/ Roemmers” (1996), por ejemplo, se desistió de sancionar un aumento de precios de un medicamento por parte de un laboratorio, por tratarse de un producto cuyo precio estaba regulado y que ya había sido objeto de una multa por parte de la Secretaría de Comercio Interior (por no respetar la regulación vigente). En “N. La Porta c/ Telefónica y Telecom” (1997), a la inversa, se entendió que no podía considerarse como abuso de posición dominante a un aumento de las tarifas telefónicas que había sido explícitamente autorizado y decidido por el ente regulador correspondiente (Comisión Nacional de Comunicaciones), por más

que el mismo fuese relativamente elevado y que las empresas beneficiadas fueran monopolistas del servicio de telefonía básica. Por último, en “A. Lafalla c/ Juan Minetti” (2000), se consideró que el aumento de precios del principal proveedor de cemento en la provincia de Mendoza en el período 1999-2000 no era lo suficientemente significativo como para afectar el interés económico general. Como, además, la estrategia comercial del denunciado había sido esencialmente la misma en todo el país (con independencia de que tuviera o no posición de dominio en cada zona en particular), la CNDC entendió que el aumento bajo análisis no debía interpretarse como un abuso de posición dominante, desistiéndose de sancionar a la empresa denunciada.

Un último caso en el cual la CNDC tuvo que analizar una conducta de precios abusivos es “DG de Comercio de Misiones c/ Posadas Cable y Televisión Misionera” (2002). El mismo se originó en una denuncia del gobierno de la provincia de Misiones contra dos operadores de televisión por cable de la ciudad de Posadas que se habían fusionado entre sí (en un momento en el cual la legislación argentina de defensa de la competencia no había incorporado aún el control previo de operaciones de concentración económica) y luego de ello habían incrementado el precio de sus servicios. Este caso también finalizó con la aceptación de las explicaciones brindadas por las empresas denunciadas, ya que, si bien ellas, una vez fusionadas, tenían una posición dominante en el mercado de televisión por cable de la ciudad de Posadas, la CNDC interpretó que el aumento de precios objetado obedecía a la inclusión de nuevas señales dentro de la grilla de canales televisivos, a una mejora en las redes de distribución del servicio y al reemplazo de un número importante de decodificadores para señales Premium que había sido realizado por las empresas denunciadas.

La jurisprudencia argentina de defensa de la competencia registra también dos casos, resueltos de manera prácticamente simultánea, en los cuales la conducta objetada tuvo que ver con la existencia de cláusulas abusivas en los contratos de provisión de servicios de telefonía celular. Dichos casos son “Cruzada Cívica c/ Movicom y Miniphone” (1999) y “N. Ferrari c/ CTI y Unifón” (1999), y ambos terminaron con la aceptación de compromisos ofrecidos por las empresas denunciadas. Las cláusulas objetadas en estos casos implicaban la existencia de fuertes indemnizaciones que los usuarios de telefonía celular debían pagarle a las empresas denunciadas en caso de que quisieran cambiar de proveedor, las cuales tenían en el efecto de incrementar el poder

de mercado que las compañías tenían sobre sus propios clientes y disminuir los incentivos para encarar políticas tendientes a captar clientes de otras empresas. Los compromisos ofrecidos por las empresas denunciadas consistieron en reducir significativamente el monto de dichas indemnizaciones, y en ofrecer a los usuarios alternativas de contratación del servicio en las cuales las indemnizaciones en cuestión no existían.

Finalmente, cabe mencionar un caso más en el cual la CNDC analizó una situación de posible abuso explotativo de posición dominante a través de una estrategia de peticionar ante las autoridades la defensa de ciertos derechos de patentes de invención aparentemente dudosos. Tal caso es “CNDC c/ Monsanto” (2008), en el cual una empresa propietaria de una patente extranjera sobre una variedad de semilla de soja transgénica inició procesos ante tribunales europeos destinados a trabar las exportaciones argentinas de dicha semilla, que se habían realizado sin tener la correspondiente licencia sobre la patente en cuestión. Como en la Argentina la patente sobre este producto no resultaba válida, la CNDC interpretó que la conducta de Monsanto podía representar un intento de abuso de posición dominante en el mercado argentino de provisión de semillas transgénicas, y en tal sentido inició un proceso destinado a probar la ocurrencia de dicho abuso. La Cámara Federal Civil y Comercial, sin embargo, interpretó que la conducta objetada no tenía entidad para ser considerada como una infracción a la ley argentina de defensa de la competencia, y que tampoco parecía afectar el mercado argentino de soja (sino más bien los mercados europeos de dicho producto), por lo que dispuso dejar sin efecto las actuaciones de la CNDC.

6.4.3.2. Discriminación de precios

El abuso explotativo de posición dominante también ha sido analizado en la Argentina en situaciones en las cuales el mismo se manifestaba a través de una conducta de discriminación de precios. El primer precedente al respecto es el caso ya mencionado de la Cooperativa Popular de Santa Rosa, y otro ejemplo que sigue la misma línea es “Bieza y Embotelladora San Miguel c/ Seven Up” (1988). En este último caso un fabricante de bebidas gaseosas fue denunciado por dos embotelladoras de dichas bebidas, por venderles el extracto concentrado necesario para elaborar las gaseosas a un precio neto superior al que se le cobraba a otras embotelladoras. Aparentemente, en este

caso la intención de Seven Up era cortar su relación comercial con las empresas denunciadas, acción esta que había sido prohibida por la justicia ordinaria. Por ese hecho la CNDC sostuvo que la discriminación de precios resultaba en este caso anticompetitiva, basándose en que “lo que no pudo lograrse por medio de la destrucción del vínculo comercial se pretendió hacerlo destruyendo la ecuación económica de las denunciadas”. Esta misma práctica se consideró potencialmente apta para afectar el interés económico general, al cual se asoció con la preservación del funcionamiento de un mercado que resultaría afectado por “la expulsión artificial de un operador”¹⁶².

Pero el caso más importante de sanción por una discriminación de precios de carácter explotativo es sin duda “CNDC c/ YPF” (2002), que es un caso que llegó hasta la Corte Suprema y en el cual se impuso una de las mayores multas de la historia antitrust argentina (\$109 millones). La conducta objetada fue la discriminación de precios que efectuaba el principal productor de gas licuado de petróleo (GLP) entre sus ventas a distribuidores del mercado interno y sus ventas al exterior, la cual no tenía justificación de costos ni se originaba en diferencias de volumen. Dicha discriminación implicaba que el mismo producto que se exportaba a precios internacionales se vendía en el mercado doméstico a un precio sustancialmente mayor, y según la CNDC la diferencia en cuestión se explicaba porque la empresa denunciada tenía una posición dominante en el mercado interno que no se extendía al mercado internacional.

De acuerdo al análisis efectuado por las autoridades argentinas, YPF no sólo tenía capacidad de fijar precios en el mercado argentino de GLP sino que tampoco enfrentaba competencia sustancial por parte de empresas equivalentes. En dicho mercado, además, la actividad exportadora de YPF no parecía limitarse a vender “excedentes fuera de temporada”, sino que representaba una proporción importante de su producción que se mantenía regularmente durante todo el año. Desde el punto de vista económico, la caracterización del mercado efectuada por la CNDC fue la de un oligopolio con liderazgo en precios. La idea era que, en el mercado doméstico mayorista de gas licuado, YPF era la única empresa con verdadera capacidad de fijar precios, y los

¹⁶² Una particularidad de este caso es el modo en el cual la práctica bajo análisis quedó encuadrada como un abuso de posición dominante, cuando en realidad la posición de Seven Up en el mercado de bebidas gaseosas distaba de ser prominente. La causa de ello fue que la CNDC entendió que el mercado relevante era el de las “bebidas de la marca Seven Up” y no el de las bebidas gaseosas en general. Dicho criterio, obviamente, resulta discutible, y no es el que generalmente se utiliza en los casos de defensa de la competencia.

otros productores se comportaban como seguidores de los precios que aquella determinaba. En el mercado externo, en cambio, YPF era tomador de los precios internacionales vigentes, y sus valores de exportación a los países limítrofes (especialmente Brasil y Chile) estaban limitados por la posibilidad de dichos mercados de abastecerse de gas licuado de otros países. Esta doble condición sería la que llevó a YPF a cobrar un precio más alto en el mercado interno (donde su demanda era relativamente inelástica) y uno más bajo en el mercado externo (donde su demanda era totalmente elástica al precio internacional).

El caso YPF resulta de interés por una serie de razones. Por un lado, estableció un precedente según el cual las empresas con posición dominante en el mercado interno estarían abusando de dicha posición si venden más caro en ese mercado que en el exterior. Por otro, inauguró una modalidad de determinar las multas a aplicar en estas circunstancias, basada en una estimación del beneficio ilícito obtenido, que en este caso fue calculado multiplicando la diferencia entre el precio a compradores internos y el precio a compradores del exterior por el volumen total de gas licuado vendido al mercado interno durante el período bajo análisis. Por último, el hecho de que la sanción impuesta haya sido confirmada por la Corte Suprema le dio al caso una relevancia mayor que otras resoluciones de las autoridades argentinas de defensa de la competencia, las cuales rara vez pasan de una revisión por parte de las cámaras de apelaciones¹⁶³.

El caso YPF revirtió además un precedente poco conocido de la CNDC en el cual dicho organismo había opinado que la exportación a precios inferiores a los vigentes en el mercado doméstico no implicaba un abuso explotativo de posición dominante. Dicha opinión aparece en el dictamen del caso “Di Paolo c/ Ipako y Polisur” (1991), que se refería al mercado del polietileno e involucraba a las únicas dos empresas que fabricaban ese producto en la Argentina (y que formaban parte del mismo grupo económico). En dicha circunstancia se entendió que la referencia competitiva para el precio doméstico del polietileno era la paridad de importación y no la de exportación, si bien en buena parte del período analizado la Argentina había sido un exportador neto de dicho producto. El dictamen hizo además referencia a que durante un lapso de tiempo

¹⁶³ Por su importancia, el caso YPF generó también la aparición de varios artículos académicos que analizaron los argumentos jurídicos y económicos subyacentes en él. Para una muestra de esta literatura,

importante los precios de las empresas denunciadas se habían visto afectados por controles impuestos por la Secretaría de Comercio Interior, con lo cual la discriminación entre los mercados doméstico y externo había estado en cierto modo avalada por el estado nacional (que era además propietario de un 30% de Polisur) en base a objetivos distintos a los de la política de defensa de la competencia¹⁶⁴.

La discriminación de precios entre el mercado interno y el mercado externo fue también objeto de análisis en un caso más reciente: “M. Larrabite c/ Profertil” (2004). En este caso, lo que se objetó fue la conducta del principal productor argentino de urea (que es un fertilizante utilizado en el sector agropecuario) de vender a precios más altos en el mercado nacional y a precios más bajos cuando el producto se destinaba a la exportación. Este caso finalizó sin sanción y, para aceptar las explicaciones de Profertil, la CNDC tuvo en cuenta que la diferencia de precios que se visualizaba en el mercado tenía que ver básicamente con una cuestión estacional, que hacía que el costo de provisión del producto fuera sustancialmente diferente según la época del año. Lo que Profertil aparentemente hacía, entonces, era exportar “contra estación”, es decir, en un momento en el cual los precios a los cuales podía vender en el mercado interno eran más bajos que los que podía obtener en el mercado internacional.

Otros dos casos sobre supuestas discriminaciones explotativas, resueltos en lo que va del siglo XXI y que también finalizaron sin sanciones, son “R. Lloveras c/ Cablevisión” (2002) y “CADAM c/ Luncheon Tickets” (2007). En el primero de ellos, un abonado a la televisión por cable de la ciudad de Río Cuarto (Córdoba) denunció a un operador de dicho servicio (Cablevisión) por aplicar diferentes tarifas a sus usuarios según estuvieran en una zona en la cual Cablevisión enfrentara o no competencia por parte de otro operador de TV por cable. En este caso la CNDC ordenó el archivo de las actuaciones, por considerar que tales diferencias se habían producido como consecuencia del ingreso de un nuevo competidor al mercado, y que las reducciones de precios originadas por la aparición de mayor competencia no debían considerarse como anticompetitivas a no ser que la conducta tuviera un carácter predatorio (que no era la

véase D'Amore (2000) y Grossman y Serebrisky (2003).

¹⁶⁴ Esta última explicación parece ser la más razonable en lo que respecta a los últimos años a los que se refiere el dictamen, ya que, de haber mediado una situación de equilibrio competitivo, los precios internos tendrían que haber tendido hacia los de exportación y no hacia los de importación. La diferencia de precios observada, por lo tanto, podría haberse interpretado como una señal de ejercicio del poder de

situación en dicho caso). En el segundo de los casos mencionados, por su parte, lo que se objetó fue una práctica de una empresa emisora de vales alimentarios (Luncheon Tickets) de incrementar ciertas comisiones que se le cobraban a los distribuidores y autoservicios mayoristas cuando éstos canjeaban los vales que recibían de los comercios minoristas, y que dicho aumento no se había extendido al caso de las cadenas de supermercados minoristas. Para aconsejar la desestimación de la denuncia en este caso, la CNDC (y, con posterioridad a ella, el Secretario de Defensa de la Competencia y la Cámara Nacional Penal Económica) entendió que la misma se refería a una práctica que no tenía ningún efecto directo sobre los usuarios finales del servicio de vales alimentarios (es decir, sobre las compañías que utilizaban los vales para remunerar a sus empleados, ni sobre dichos empleados cuando ellos usaban los vales para pagar sus compras de alimentos), y que era realizada por una empresa que no tenía posición dominante en el mercado de vales alimentarios (ya que en la Argentina existían varias otras empresas, además de Luncheon Tickets, que tenían participaciones de mercado importantes)¹⁶⁵.

La discriminación de precios ha sido analizada también en la jurisprudencia argentina como una conducta dirigida a excluir competidores. El primer precedente sobre este tema es el caso “Acindar c/ Somisa” (1982), referido al mercado de un producto siderúrgico denominado “palanquilla”. En dicho caso el denunciante objetaba la implementación de un mecanismo por el cual Somisa le vendía la palanquilla a una serie de empresas laminadoras de acero, cobrándoles precios que surgían como porcentajes de los precios finales que dichas empresas obtenían por los productos que elaboraban. Acindar, que denunciaba la práctica como anticompetitiva, era a su vez una empresa que también producía palanquilla pero no la comercializaba sino que la utilizaba para fabricar sus propios productos terminados, que competían con los de las laminadoras a las que abastecía Somisa. En esa época Somisa era una empresa pública cuyo objetivo no era necesariamente la maximización de beneficios, sino que era más bien el instrumento con el cual se implementaba la política siderúrgica del gobierno nacional, y actuaba como una especie de “regulador implícito” del mercado.

En su dictamen, la CNDC consideró que el carácter de empresa pública de

mercado de Ipako y Polisor sobre el segmento doméstico de la demanda, tal como se hizo posteriormente en el caso YPF.

¹⁶⁵ Para un análisis un poco más extenso acerca de este último caso, véase Coloma (2008b).

Somisa no la exceptuaba del ámbito de aplicación de la ley de defensa de la competencia, pero sí tuvo en cuenta que dicha naturaleza traía aparejada la existencia de móviles diferentes para sus acciones, que podían estar muy alejados del ejercicio del poder de mercado. También se ponderó que la participación de mercado de Somisa había caído sustancialmente en el tiempo, y que era la única empresa que producía palanquilla que no estaba verticalmente integrada hacia adelante. La práctica de fijar precios intermedios diferenciales basados en los precios de los productos terminados podía entonces interpretarse como una forma de integración implícita en una actividad en la cual la coordinación entre proveedores y clientes era una necesidad impuesta por razones competitivas y de eficiencia. En base a esos argumentos, la CNDC aconsejó aceptar las explicaciones de Somisa, y las posteriores resoluciones de la Secretaría de Comercio y de la Cámara de Apelaciones en lo Penal Económico adoptaron idéntica postura.

Otro caso de discriminación exclusoria que resulta de interés analizar es “Fanski c/ Catedral Alta Patagonia” (1998), en el cual el operador monopólico de los medios de elevación del principal centro de esquí de la Argentina (Cerro Catedral, en la ciudad de Bariloche) fue denunciado por discriminar desfavorablemente a los instructores de un grupo de escuelas de esquí que competían contra otra escuela que tenía un contrato de colaboración con el operador en cuestión. La idea era que dicha discriminación implicaba la virtual desaparición de la competencia en el mercado de enseñanza del esquí, ya que la tarifa establecida por el operador era sumamente elevada y los medios de elevación eran un insumo vital para la actividad de los instructores. El caso no terminó en sanción pero sí con un compromiso de Catedral Alta Patagonia de no discriminar entre los precios que le cobraba a los instructores de esquí y al resto de los usuarios de sus medios de elevación, así como también con una promesa de no realizar ninguna acción deliberada tendiente a excluir a las escuelas de esquí damnificadas¹⁶⁶.

Por la repercusión pública que tuvo en su momento y por implicar una situación de discriminación presumiblemente exclusoria, corresponde también mencionar aquí el caso “Editorial Amfin c/ AGEA” (1998). En él, la empresa dueña del diario de mayor

¹⁶⁶ Cabe mencionar, sin embargo, que con posterioridad al cierre de este caso Catedral Alta Patagonia fue denunciada nuevamente por una conducta similar en el caso “D. Salencor y otros c/ Catedral Alta Patagonia” (2005). Dicho caso terminó del mismo modo que el anterior, es decir, con un compromiso por parte de la empresa denunciada de no discriminar entre clientes y de no excluir del mercado a los instructores que competían contra los de su propia escuela de esquí.

circulación de la ciudad de Buenos Aires (*Clarín*) fue denunciada por la propietaria de otro periódico (*Ámbito Financiero*) por ofrecer un descuento del 15% a aquellos anunciantes que se comprometieran a no publicitar sus productos en otros diarios de su área de influencia. Esta práctica tenía a primera vista un propósito exclusorio, que era el de perjudicar a los otros periódicos que competían con *Clarín*, restándole anunciantes potenciales y encareciendo relativamente el servicio que podían ofrecerle a dichos anunciantes. Luego de considerar que el denunciado tenía en este caso posición dominante en los mercados relevantes a considerar (que eran el mercado de venta de diarios en la zona de Buenos Aires y el mercado de venta de publicidad en dichos diarios), la CNDC entendió que la conducta objetada tenía el efecto de obstaculizar el acceso de los otros diarios a dichos mercados, y aconsejó que se ordenara el cese de la discriminación en cuestión. Dicha recomendación fue adoptada en primera instancia por el Secretario de Industria y Comercio, pero su resolución fue luego revocada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico. Dicho tribunal interpretó que en este caso no se había probado concretamente la existencia de un perjuicio al interés económico general, por lo que consideró que la discriminación de precios objetada no tenía un carácter anticompetitivo¹⁶⁷.

La jurisprudencia antitrust argentina sobre discriminación exclusoria de precios tiene también algunos ejemplos que se refieren al concepto de “reintegro por lealtad”. Un caso ilustrativo al respecto es “AAAVYT c/ Aerolíneas Argentinas y otros” (1999), en el cual la Asociación Argentina de Agencias de Viajes y Turismo denunció a un conjunto de empresas aéreas por concertar una reducción de las comisiones que les pagaban a dichas agencias y, en el caso concreto de Aerolíneas Argentinas y Austral, por establecer un sistema de comisiones variables ligado con la participación de dichas empresas en las ventas de pasajes de cabotaje de cada agencia. En tanto la denuncia por colusión fue rápidamente desestimada, la práctica discriminatoria efectuada por Aerolíneas Argentinas y Austral (empresas que pertenecían al mismo grupo económico y que concentraban más del 60% del mercado aéreo de cabotaje) fue considerada como potencialmente anticompetitiva, en virtud de su capacidad para inducir a las agencias de viajes a no vender pasajes de otras empresas e incrementar artificialmente el costo de éstas. Dicha potencialidad anticompetitiva fue inclusive reconocida por las empresas

¹⁶⁷ Para una crítica de este fallo y una interpretación económica del caso, véase Bogo (2000).

denunciadas, quienes presentaron una propuesta de compromiso por la cual eliminaban el sistema objetado. Dicha propuesta fue aceptada por la CNDC y el caso terminó entonces sin sanción.

6.4.3.3. Ventas atadas

Un último tipo de conducta discriminatoria respecto del cual existen algunos precedentes en la jurisprudencia argentina de defensa de la competencia es el correspondiente a las ventas atadas. El primer caso de este tipo fue “Ifrisa c/ YPF y Ecsal” (1982), y en esa ocasión la principal empresa refinadora de petróleo (YPF) y un fabricante de hielo (Ecsal) fueron sancionados por vincular artificialmente la compra de combustibles líquidos (por parte de estaciones de servicio que tenían contratos de exclusividad con YPF) con la compra de hielo envasado. En su dictamen, adoptado luego por el Secretario de Comercio y confirmado posteriormente por la justicia, la CNDC interpretó que el hielo y los combustibles líquidos eran productos claramente separados cuya distribución mayorista era totalmente independiente, y que lo que YPF estaba haciendo era abusar de su posición de dominio en el mercado de combustibles para distorsionar el funcionamiento competitivo del mercado de hielo.

Otra serie de casos de ventas atadas que terminaron con sanciones involucraron a cooperativas que prestaban el servicio de electricidad y que actuaban también en el mercado de servicios fúnebres. El primero de ellos fue “ASEF c/ Cooperativa Eléctrica de Punta Alta y otras” (1982), en el cual la Asociación Sureña de Empresas Fúnebres denunció a nueve cooperativas eléctricas de la provincia de Buenos Aires por subordinar la prestación del servicio público de electricidad (respecto del cual tenían el monopolio legal en sus respectivas áreas de influencia) a la contratación de servicios de sepelio (actividad en la cual competían con otras empresas fúnebres). El caso implicó una investigación separada para cada una de las cooperativas denunciadas, y terminó con una multa y una orden de cese para cinco de ellas, una orden de cese sin multa para otra, la aceptación de un compromiso presentado por otra de las entidades denunciadas, y la aceptación de las explicaciones suministradas por las dos cooperativas restantes. La diferencia entre unas y otras cooperativas tuvo que ver con el modo en el cual habían comercializado los servicios eléctricos y fúnebres, destacándose como anticompetitivas a dos conductas básicas: la facturación conjunta de dichos servicios, y el uso del corte

del suministro eléctrico como elemento para garantizar la contratación y el pago de los servicios de sepelio.

La jurisprudencia establecida en el caso ASEF se aplicó posteriormente a otras situaciones similares. Son ejemplos de ello las sanciones sufridas por los denunciados en los casos “APESF c/ varias cooperativas eléctricas” (1984) y “La Nueva y otros c/ Cooperativa Eléctrica de Santa Rosa” (1985), en los cuales la venta atada de servicios eléctricos y servicios fúnebres fue considerada como anticompetitiva, y varias entidades dedicadas a dichas actividades fueron multadas y obligadas a cesar en sus conductas de provisión conjunta de los mencionados servicios. No sucedió lo mismo, en cambio, en el caso “La Nueva y otros c/ Cooperativa Eléctrica de General Pico” (1988), debido a que allí se comprobó que la cooperativa denunciada ofrecía de manera separada el servicio de electricidad y el servicio fúnebre, y sólo facturaba ambos de manera conjunta cuando así se lo solicitaban los usuarios.

Las ventas atadas de dos productos también han sido consideradas como admisibles en situaciones en las cuales el que las efectuaba no tenía posición de dominio en el mercado. Un ejemplo de ello aparece en el caso “C. Vassolo c/ Cooperativa Agraria de Tres Arroyos” (1983), referido a la práctica de una cooperativa agrícola de vender en forma conjunta dos herbicidas sin ofrecer la posibilidad de adquirir los mismos de manera separada. En el caso en cuestión los herbicidas bajo análisis (denominados “Tordon” y “2-4-D”) eran dos productos complementarios necesarios para combatir determinadas malezas que afectan las plantaciones de trigo, pero la entidad que efectuaba la venta atada no era la que producía los herbicidas (que eran de laboratorios distintos) sino una cooperativa que los comercializaba, y que conseguía precios relativamente bajos en razón de los volúmenes que adquiría. Los clientes de la cooperativa, sin embargo, tenían la opción de comprar los productos a través de otros canales de distribución, por lo que la adquisición conjunta de los herbicidas podía verse como una alternativa más dentro de las posibilidades de compra de los consumidores de los productos afectados.

Otro caso en el cual se desistió de sancionar una venta atada fue “O. Queimaliños c/ Konex” (1986), referido al mantenimiento y a los repuestos de las fotocopiadoras de la marca Cannon. La empresa denunciada tenía la representación oficial de la marca en cuestión en la Argentina, y ofrecía conjuntamente el

mantenimiento y los repuestos a menores precios a aquellos compradores de fotocopiadoras que, al momento de adquirir los equipos, optaban por pagar un “servicio de garantía especial”. Asimismo, Konex se negaba a prestar servicios de mantenimiento a aquellos usuarios que no le compraran también los repuestos de las máquinas. Dichos repuestos, sin embargo, podían adquirirse de manera separada en el mercado abierto, en el que existían también empresas independientes capaces de ofrecer el servicio de mantenimiento. Todo esto llevó a que la CNDC no considerara la venta atada en cuestión como un abuso de posición dominante, entendiendo que la misma tenía ciertas justificaciones técnicas y que no imposibilitaba la competencia por parte de otras empresas.

La jurisprudencia de la CNDC tiene también casos en los cuales las ventas atadas no han sido sancionadas por considerarse que los dos bienes o servicios provistos conjuntamente son en realidad partes integrantes de un solo producto. Un ejemplo de esto es el que aparece en el caso “N. Ferrari c/ Supercanal” (1995), en el cual un operador de televisión por cable de la ciudad de Mendoza fue denunciado por subordinar la prestación de su servicio a la compra de una revista en la que aparecía la programación televisiva. En tal caso se entendió que dicha revista formaba parte integrante del servicio principal bajo análisis, no existiendo por ende dos productos separados que se estuvieran ligando de manera artificial.

Otro caso de posible abuso explotativo de posición dominante analizado por la CNDC, que se refiere al mercado de programas de televisión y roza tangencialmente el tema de las ventas atadas, es “Universidad Nacional de Córdoba c/ Durford” (1997). Aquí la denuncia tuvo que ver con la fijación de precios excesivos por parte del titular de los derechos de transmisión de los partidos disputados por la selección argentina de fútbol en las eliminatorias del campeonato mundial de 1998, quien prefirió vender tales derechos a un operador de televisión por cable de la ciudad de Córdoba en vez de vendérselos al denunciante (que era el propietario de un canal de televisión abierta en la misma ciudad). La práctica bajo análisis implicaba también la venta conjunta de los derechos sobre los partidos de la selección argentina y de derechos sobre partidos de selecciones de otros países, que eran presumiblemente de mucho menor interés para el público local.

El caso Durford terminó con la aceptación de las explicaciones de la empresa

denunciada, si bien la CNDC consideró que se estaba en presencia de una práctica que podía afectar negativamente el interés económico general. Esto se debió a que el mismo no pudo encuadrarse claramente como un abuso de posición dominante, ya que, aunque Durford era el único que poseía los derechos sobre los partidos bajo análisis y la naturaleza de los mismos le otorgaba cierto poder monopólico, la empresa había tenido que adquirir tales derechos en licitaciones competitivas en las cuales los beneficiados habían sido las asociaciones nacionales de fútbol de distintos países (que eran los titulares originales de los derechos de transmisión). Esto hizo que se considerara lícito que Durford tratara de obtener el precio más alto posible por los derechos que había adquirido, y que por lo tanto no se considerara anticompetitiva su decisión de venderle tales derechos a los operadores de televisión por cable cuando éstos estuvieran dispuestos a pagar más que los canales de televisión abierta. En su dictamen, la CNDC hizo también referencia a la imposibilidad de la política de defensa de la competencia para resolver ciertos problemas de monopolio natural (como el que existía en este caso respecto de los derechos de transmisión de las asociaciones profesionales de fútbol), y consideró que en circunstancias como esas la única alternativa válida de intervención pública era una regulación directa que estableciera la obligatoriedad de que ciertos partidos de fútbol se comercializaran a través de la televisión abierta.

Finalmente, un último caso en el cual la CNDC analizó una denuncia sobre venta atada, y que también finalizó con la aceptación de las explicaciones brindadas por la empresa denunciada, es “Movicom y CTI c/ Telecom” (2005). Lo que aquí se objetó fue una conducta por parte de la empresa que tenía la concesión exclusiva del servicio de telefonía fija en una amplia zona del territorio argentino (Telecom) de atar la venta de dicho servicio con la del servicio de telefonía celular, que era un producto en el cual enfrentaba competencia por parte de otras empresas (entre ellas las dos denunciadas). Al analizar esta conducta, sin embargo, la CNDC llegó a la conclusión de que la misma no implicaba una venta atada sino una venta en bloque no obligatoria, ya que Telecom también ofrecía por separado tanto el servicio de telefonía fija como el de telefonía celular, y lo que había hecho era incorporar algunos planes en los que incluía descuentos por adquirir los dos servicios simultáneamente. Estos planes, adicionalmente, tenían un alcance bastante limitado en comparación con el total de abonados de Telecom, y tampoco había evidencia de que los precios cobrados en ellos

pudieran ser predatorios en el mercado de telefonía celular. Por último, la CNDC interpretó que en este caso podía haber ciertas ganancias de eficiencia, originadas en el ahorro de costos que para Telecom significaba venderle al mismo cliente dos servicios en vez de uno, y que parte de dichas ganancias se estaban transfiriendo a los usuarios a través de un precio menor.

7. Concentraciones económicas

Las concentraciones económicas son operaciones que implican que dos unidades económicas que funcionaban de manera independiente entre sí pasan a convertirse en una única entidad o en parte del mismo grupo empresario. Dentro de dichas operaciones pueden incluirse a las fusiones (por las cuales dos o más empresas se transforman en una sola) y a las adquisiciones que implican la toma de control de una empresa por parte de otra. En este último concepto entran tanto las adquisiciones de acciones y cuotas de capital como ciertas adquisiciones de activos.

Las operaciones de concentración económica representan un tipo de operación que tiene mucha importancia dentro de la práctica de la defensa de la competencia. Dicha importancia, además, ha ido creciendo de manera sostenida durante las últimas décadas, conforme los distintos países iban estableciendo procedimientos de control previo de fusiones y adquisiciones. El objetivo de este capítulo será analizar la forma en la cual se ha ido desarrollando la legislación y la jurisprudencia antitrust sobre el tema, focalizándonos en las experiencias estadounidense, europea y latinoamericana. A cada una de ellas le dedicaremos una sección de este capítulo, las cuales estarán precedidas por otra que tratará sobre ciertos aspectos generales relevantes.

7.1. Conceptos generales

7.1.1. Clasificación de las operaciones de concentración

La clasificación más usual de las fusiones y adquisiciones en la literatura económica tiene que ver con el tipo de mercados en los que actúan las empresas implicadas en la operación en cuestión. Se distinguen así concentraciones horizontales (*horizontal mergers*), concentraciones verticales (*vertical mergers*) y concentraciones de conglomerado (*conglomerate mergers*). Las concentraciones horizontales son aquellas en las cuales las empresas que participan en la operación de fusión o adquisición son competidoras en el mercado del mismo producto. Las concentraciones verticales, en cambio, implican fusiones o adquisiciones entre empresas cuya relación en el mercado es de proveedor-cliente. Las concentraciones de conglomerado, finalmente, involucran casos en los cuales la relación entre las empresas fusionadas no es ni horizontal ni vertical. Dentro de este último grupo puede a su vez efectuarse una

sub-clasificación. La misma distingue entre concentraciones que implican “extensión del producto” (*product extension mergers*), que son casos en los cuales las empresas preexistentes venden productos que no compiten entre sí pero que usan canales de comercialización o procesos productivos similares; concentraciones que implican “extensión del mercado” (*market extension mergers*), que son casos en los cuales las empresas preexistentes venden productos similares pero en áreas geográficas diferentes; y concentraciones de conglomerado puro (*pure conglomerate mergers*), que son casos en los cuales la concentración se da entre empresas que no tienen ninguna relación entre sí¹⁶⁸.

La clasificación de las fusiones y adquisiciones mencionada en el párrafo anterior tiene una ligazón directa con el posible impacto que las mismas pueden tener sobre el funcionamiento de los mercados y el grado de competencia que ellos presentan¹⁶⁹. Así, una fusión o adquisición horizontal implica una modificación inmediata de la estructura de la industria en la que se produce, ya que dos o más empresas que antes eran competidoras pasan a convertirse en una sola entidad con mayor participación en un mercado cuyos índices de concentración aumentan. El aumento de dicha concentración puede tener básicamente dos efectos sobre el comportamiento de los agentes económicos: por un lado, crea una nueva entidad que puede tener mayor poder de mercado que el que tenían individualmente cada una de las empresas preexistentes; por otro, disminuye el número de competidores efectivos y de ese modo puede volver más fácil la aparición de prácticas colusivas.

En el caso de una concentración vertical, el número de empresas que quedan en cada sector del mercado (proveedores y clientes) no cambia como consecuencia de la operación realizada, pero sí se modifican las relaciones económicas entre los distintos actores del mercado. En general, lo que sucede en estos casos es que una parte de las transacciones que antes se realizaban a través de contratos entre unidades económicas independientes pasan a convertirse en operaciones internas dentro de un mismo grupo económico, y esto puede tener incidencia sobre el comportamiento de los agentes involucrados en dicho mercado o en otros relacionados con éste en los que tales agentes también actúen. Un efecto posible en estos casos es la extensión del poder de mercado

¹⁶⁸ Para un mayor detalle acerca de esta clasificación de las fusiones y adquisiciones, véase Viscusi, Vernon y Harrington (1995), capítulo 7.

¹⁶⁹ Para un estudio más analítico de estos temas, véase Coloma (2005), capítulo 8.

de una de las empresas (por ejemplo, un proveedor de insumos industriales) al mercado en el que participa la otra (por ejemplo, el de un bien que utiliza dicho insumo en su proceso productivo). Para que este efecto pueda producirse, sin embargo, es necesario que exista algún tipo de renta adicional en este último mercado de la cual la empresa proveedora del insumo sólo pueda apropiarse a través de una fusión o adquisición.

Más indirectos aún son los efectos de las concentraciones entre empresas que buscan extender sus líneas de productos o su área geográfica de influencia. Los cambios en la estructura de los mercados son aquí virtualmente nulos, ya que el número de proveedores y clientes de cada uno de los productos y zonas involucradas permanece por definición igual. Sin embargo, el comportamiento de la nueva unidad económica puede en ciertos casos resultar diferente del que mantenían sus fundadoras antes de formar una única entidad, en virtud del intercambio de información entre los componentes del nuevo ente, del empleo de políticas empresarias comunes, o del ejercicio de una mayor influencia en mercados relacionados (por ejemplo, de insumos comunes a todas las empresas). Otro efecto sobre el comportamiento de los mercados puede ser la desaparición de un competidor potencial (es decir, de una empresa que, si bien no actuaba en cierto mercado, era capaz de ingresar a él), si se da que una de las empresas participantes en la concentración tenía la posibilidad de entrar por cuenta propia al mercado de la otra.

Partiendo del supuesto de que las empresas operan intentando maximizar sus beneficios, suelen distinguirse dos motivos principales que inducen un proceso de concentración. Tales son la obtención de un mayor poder de mercado conjunto (posibilidad de aumentar precios) y el mejoramiento del nivel de eficiencia productiva del grupo (posibilidad de disminuir costos). El primero de tales motivos es el que genera el grueso de los efectos negativos que surgen de la operación ya que, además de la redistribución de ingresos que produce desde los consumidores y empresas que quedan fuera del grupo que se fusiona hacia las empresas que pertenecen a dicho grupo, suele traer aparejado un incremento en el nivel de ineficiencia asignativa del mercado en el que acontece. Esta ineficiencia tiene lugar porque la nueva unidad económica cuyo poder de mercado es ahora mayor encuentra beneficioso restringir la oferta de los bienes o servicios que produce, con el objeto de elevar los precios de dichos bienes y obtener así un beneficio mayor. Este comportamiento induce no sólo una transferencia de

ingresos entre los actores de los distintos mercados sino también una pérdida neta que perjudica a la sociedad como un todo.

Si el objetivo de la fusión o adquisición, en cambio, es el mejoramiento en el nivel de eficiencia productiva, dicho fenómeno puede provenir de diversas fuentes. En primer lugar, el nuevo grupo económico puede utilizar más eficientemente sus recursos evitando duplicaciones en las tareas realizadas, incorporar tecnologías más económicas que sólo se justifican cuando el nivel de producción es más alto, aumentar la especialización de su personal y de sus equipos, o aprovechar ciertas sinergías originadas en la producción y comercialización de varios bienes o del abastecimiento de distintos mercados. Por otro lado, el incremento de eficiencia puede provenir del reemplazo de una administración peor por otra mejor en alguna de las empresas del grupo, o por la propia competencia entre los gerentes de dichas empresas por convencer a los dueños del nuevo *holding* acerca de su mayor capacidad de gestión. Estas últimas causas han sido invocadas por algunos autores como una explicación del fenómeno de las “adquisiciones hostiles de empresas” (*hostile takeovers*), que se aplica tanto a las concentraciones horizontales y verticales como a las de conglomerado¹⁷⁰.

7.1.2. Política de comportamiento y política estructural

El carácter presumiblemente anticompetitivo de las operaciones de concentración puede considerarse análogo al que pueden tener otros acuerdos entre empresas que no implican una integración total entre las unidades económicas involucradas. Así, una fusión horizontal hace que dos empresas que antes eran competidoras dejen de competir entre sí, y esto puede generar efectos semejantes al de un acuerdo colusivo entre ambas entidades. Del mismo modo, una fusión vertical entre un productor y un distribuidor resulta en muchos aspectos equivalente a un contrato vertical entre ambos, y puede por lo tanto tener los mismos efectos anticompetitivos que dicho contrato vertical.

La forma de visualizar el tema referida en el párrafo anterior lleva a la conclusión de que las operaciones de concentración económica tienen un carácter potencialmente anticompetitivo derivado de su capacidad de limitar la competencia entre empresas ubicadas en el mismo eslabón de la cadena de producción y

comercialización y de la posibilidad de que generen algún tipo de “cierre vertical del mercado” que obstaculice la entrada de nuevos competidores o le incremente los costos a los ya existentes. Esto permite tratarlas como manifestaciones de conducta de los agentes económicos que operan en los distintos mercados, y sancionarlas como violaciones a las normas antitrust cuando se considere que los mencionados efectos anticompetitivos produzcan un daño al interés económico general (o al bien jurídico que se intente proteger a través de la legislación de defensa de la competencia).

El tratar las operaciones de concentración económica como prácticas anticompetitivas oculta sin embargo un aspecto que este tipo de operación tiene y que no existe en las otras conductas punibles en el derecho antitrust. Dicho aspecto es la modificación estructural que las fusiones y adquisiciones generan en los distintos mercados, que no está presente ni en los acuerdos colusivos ni en los contratos verticales ni en ninguna de las otras conductas potencialmente explotativas o exclusorias que hemos analizado en los capítulos anteriores. La referida modificación estructural proviene del hecho de que, cuando se produce una fusión o adquisición, hay algún agente económico (las empresas adquiridas o absorbidas, o todas las empresas que se fusionan) que desaparece de uno o más mercados y, a veces, hay también algún agente económico (las empresas adquirientes, o la nueva entidad que se crea luego de la fusión) que ingresa a uno o más mercados nuevos. Esto hace que las concentraciones económicas puedan verse como operaciones que generan salidas y, a veces, entradas de empresas en los mercados, modificando por lo tanto el número de compradores o vendedores o las relaciones entre ellos.

Esta visión de las operaciones de concentración económica, centrada en la estructura del mercado más que en la conducta, las deja fuera del espectro tradicional del análisis antitrust, puesto que las asemeja a decisiones de las empresas de entrar o salir de los mercados (que, en principio, no son prácticas anticompetitivas). Su ocurrencia puntual y, en general, fácilmente identificable, abre sin embargo la puerta para crear una forma alternativa de intervención de las autoridades de defensa de la competencia, que es la que hemos mencionado en el capítulo 1 bajo el nombre de “política estructural”.

Al revés de la política de comportamiento, la política estructural de defensa de la

¹⁷⁰ Para un análisis de este tema, véase Jensen (1988).

competencia no opera sancionando conductas pasadas o presentes que se consideran ilícitas y que se reprimen a través de multas y órdenes de cese, sino que implica una intervención *ex-ante* por la cual el estado autoriza o desautoriza una determinada modificación en la estructura de los mercados. En ese aspecto se asemeja a una regulación directa de la entrada y la salida de empresas, como puede ser la que existe en ciertas actividades en las cuales el estado define el número de licencias que va a otorgar y otorga la concesión de las mismas. La diferencia entre ambas es que el control de las operaciones de concentración económica que usualmente se practica en el derecho antitrust es un procedimiento excepcional que sólo se utiliza ante determinadas manifestaciones de entrada y salida (las surgidas de las fusiones y adquisiciones), y no implica por lo tanto un seguimiento continuo de la estructura de los mercados.

Hasta 1976 las operaciones de fusión y adquisición eran consideradas por el derecho antitrust como conductas que podían resultar anticompetitivas por causas semejantes a las invocadas en casos de colusión o de exclusión de competidores. Sin embargo, el único país en el cual se aplicaba este enfoque de manera habitual era Estados Unidos, en el cual existía una norma legal específica sobre el tema (el artículo 7 de la ley Clayton, modificado en 1950 por la ley Celler-Kefauver). La forma en la cual se sancionaba este tipo de fusiones y adquisiciones anticompetitivas era normalmente el desmembramiento de la empresa o grupo económico integrado como consecuencia de la operación, el cual debía volver a partirse y a funcionar como lo venía haciendo antes de la fusión o adquisición objetada.

El utilizar la política de comportamiento como modo de solucionar los posibles efectos anticompetitivos de las fusiones y adquisiciones genera sin embargo un problema operativo que es mucho más grave que el que ocurre en cualquiera de las otras conductas reprimidas por las normas antitrust. Dicho problema tiene que ver con el grado de integración económica que se produce a consecuencia de una concentración, que implica reorganizaciones empresarias y costos hundidos que resultan poco menos que irreversibles una vez llevados a cabo. Como los tiempos habituales en un procedimiento de defensa de la competencia implican que una sentencia definitiva sobre un caso de este tipo puede tomar varios años, declarar nula una operación de concentración económica y pretender que los mercados vuelvan a funcionar como lo hacían antes de que la misma tuviera lugar puede resultar virtualmente imposible (o

económicamente inviable o inconveniente).

La alternativa que ofrece la política estructural para resolver este problema es sacar a las operaciones de concentración económica de la categoría de “prácticas posiblemente anticompetitivas” y pasarlas a la de “actos que requieren autorización previa”. De este modo se evitan numerosos pasos relacionados con la prueba del carácter anticompetitivo de las conductas, y se puede instrumentar un procedimiento relativamente rápido por el cual se define si las operaciones van a autorizarse o no, y bajo qué condiciones. El gran ahorro surge además del hecho de que las operaciones que no se autorizan no llegan jamás a concretarse, y por ende no resulta necesario hacer que las mismas vuelvan hacia atrás, con todos los costos que ello implica.

El control previo de las operaciones de concentración económica tiene sin embargo un costo adicional en términos de recursos gastados por el estado y por los agentes privados, que se deriva del hecho de que debe aplicarse de manera global en la generalidad de las operaciones. En efecto, si el estado espera a que se produzcan las operaciones de concentración económica y sólo objeta las que cree que son anticompetitivas, cada caso implica un costo mucho mayor, pero el número total de casos es mucho menor que el que se tramita si se obliga a que todas las fusiones y adquisiciones pasen por un mecanismo de control previo. En general, las normas de defensa de la competencia establecen algún tipo de compromiso entre estos dos extremos, haciendo que el control previo sólo rija para casos que superen determinados límites en términos de monto de la operación, participación de mercado o volumen de ventas de las empresas involucradas¹⁷¹.

El primer mecanismo de control previo de fusiones y adquisiciones en el derecho antitrust comparado es el establecido en Estados Unidos en 1976 por la ley Hart-Scott-Rodino, que lo introdujo como un artículo adicional (el artículo 7A) en la ley Clayton. Con posterioridad, este tipo de procedimientos ha aparecido en muchas otras legislaciones, entre ellas la de la Unión Europea (reglamento 4064/1989, reemplazado

¹⁷¹ La utilidad de estos límites se ha puesto de manifiesto conforme los mecanismos de control previo empezaban a funcionar en los distintos países, ya que lo usual es que sólo una proporción muy pequeña de las operaciones tramitadas terminen siendo cuestionadas. El Departamento de Justicia de Estados Unidos, por ejemplo, ha informado que, de las 8814 operaciones de concentración económica controladas entre 1998 y 1999, sólo 97 fueron objetadas total o parcialmente (véase US Department of Justice, 1999). En la Argentina, por su parte, el número de casos tramitados entre septiembre de 1999 y marzo del 2001 fue de 180, de los cuales 6 fueron objetados parcialmente y sólo 1 fue desautorizado totalmente (véase Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, 2002).

luego por el reglamento 139/2004), España (real decreto 1080/1992, reemplazado luego por el real decreto 1443/2001), México (ley federal de competencia económica, de 1993), Brasil (ley 8884, de 1994) y la Argentina (ley 25.156, de 1999). En general, en todos estos casos la introducción del control previo de las concentraciones económicas implicó también la incorporación de las fusiones y adquisiciones a la legislación de defensa de la competencia, ya que con anterioridad las mismas se hallaban prácticamente excluidas del alcance de las normas antitrust. Esto es una diferencia notable con Estados Unidos, país en el cual la jurisprudencia antitrust sobre fusiones se remonta al año 1904.

Tal como mencionamos brevemente en el capítulo 1, los estándares de intervención en casos de control previo de fusiones y adquisiciones que se observan en el derecho comparado siguen esencialmente dos enfoques: el que le asigna como objetivo principal evitar que se limite la competencia en los mercados (estándar norteamericano) y el que se preocupa por lograr que los procesos de concentración económica no creen o refuercen una posición dominante (estándar europeo tradicional). En la práctica, la diferencia básica entre estos dos estándares tiene que ver con que el primero no sólo considera los efectos unilaterales que una concentración económica puede tener en términos de aumentar el poder de mercado de las empresas fusionadas sino también los posibles efectos conjuntos que la mayor concentración puede generar al incrementar la probabilidad de aparición de conductas colusivas. D'Amore (1998) señala que eso hace que el estándar norteamericano sea normalmente más estricto que el europeo en casos de fusiones horizontales (porque le incorpora una dimensión adicional al análisis), pero que el estándar europeo tienda a ser más duro con las fusiones verticales (ya que ese tipo de operaciones rara vez limita la competencia en los mercados pero sí puede fortalecer la posición dominante de una determinada empresa).

En algunos casos muy particulares podría inclusive darse que el estándar europeo y el norteamericano llevaran a conclusiones opuestas. Supongamos por ejemplo un mercado en el cual hay una empresa con una participación del 60%, y otras dos empresas con participaciones del 20% cada una. Una fusión horizontal entre la segunda y la tercera empresas podría ser vista como algo negativo a la luz del estándar norteamericano (ya que el poder de mercado de la nueva empresa puede ser mayor y la colusión entre esta y la empresa más grande puede ser más fácil) y como algo positivo a

la luz del estándar europeo (ya que, si la empresa fusionada pasa a ser un competidor potencialmente más fuerte, la posible posición dominante de la empresa más grande se vuelve menos importante que antes).

En la última década de aplicación del control de fusiones, sin embargo, el criterio norteamericano y el europeo han tendido a converger de manera muy fuerte. Un punto de inflexión al respecto es el caso “Kali & Saltz/MDK” (1998), en el cual el Tribunal de Justicia de la Unión Europea aceptó el argumento de que una fusión podía crear o reforzar una “posición dominante conjunta”. Dicha expresión involucra situaciones en las cuales un grupo reducido de empresas independientes tiene la capacidad de comportarse como monopolista, monopsonista o líder de precios a través de acuerdos colusivos o comportamientos conscientemente paralelos entre ellas¹⁷².

Adicionalmente, con la reforma del sistema europeo de control de concentraciones económicas que se produjo en el año 2004, la convergencia de criterios entre Estados Unidos y Europa aumentó considerablemente, ya que el nuevo reglamento comunitario sobre este tema estableció que lo que resultaba incompatible con el mercado común eran aquellas operaciones que obstaculizaban “la competencia efectiva en el mercado ...”, en particular como consecuencia de la creación o refuerzo de una posición dominante” (artículo 2, apartado 3, reglamento 139/2004). Con esto lo que se hizo implícitamente fue incorporar al estándar europeo tradicional como un caso particular del estándar norteamericano, si bien el mantenimiento de la redacción anterior en una parte de la nueva norma también sirvió para mantener en vigencia la jurisprudencia elaborada con anterioridad.

En su artículo sobre el control de fusiones en la Unión Europea, Neven (2008) sostiene por ejemplo que los criterios empleados hasta el año 2004 para evaluar fusiones de conglomerado sobre la base de su capacidad para extender el poder de mercado de unos productos hacia otros siguen en general vigentes bajo la actual normativa comunitaria, puesto que implican casos en los cuales el principal efecto anticompetitivo posible es la creación o refuerzo de una posición dominante en un mercado a través de ventajas que provienen de otro mercado diferente.

De la observación de la práctica comparada de los distintos organismos de defensa de la competencia del mundo, surge que el control previo de operaciones de

¹⁷² Para un comentario sobre este punto, véase Peña (2002), introducción.

concentración económica suele proceder por etapas. Lo usual es que en una primera etapa se busque identificar la naturaleza de la operación en cuestión, clasificándola según la misma tenga carácter horizontal, vertical o de conglomerado. Para ello se presta particular atención a los mercados en los cuales opera cada una de las empresas que se están concentrando, y se busca ver si en alguno de ellos las mismas aparecen como competidoras o tienen una relación de proveedor/cliente. La segunda etapa se focaliza en esos casos, y trata de determinar el grado de concentración de dichos mercados, a través del cálculo de participaciones de mercado y de índices tales como el de Herfindahl y Hirschman (HHI). Las siguientes etapas tienen que ver con la apreciación del efecto que puede tener sobre el comportamiento del mercado el incremento en la concentración o en las participaciones de mercado inducido por la operación de fusión o adquisición. Para ello se toman en cuenta elementos tales como las barreras de entrada, la desafiabilidad, la diferenciación de productos, la factibilidad de que aparezcan comportamientos colusivos o exclusivos, etc.

Cuando las autoridades antitrust consideran que una operación crea un peligro al funcionamiento competitivo de los mercados (o, según las legislaciones, un perjuicio al interés económico general o a alguna medida de bienestar que resulte relevante), los interesados en llevar adelante la operación tienen básicamente tres tipos de argumentos que pueden esgrimir. Un primer argumento tiene que ver con la definición del mercado relevante, el cual puede pecar de ser demasiado amplio o demasiado estrecho. Si se invoca que el mercado relevante está definido de manera demasiado estrecha, puede argüirse que la concentración o las participaciones de mercado calculadas por la autoridad antitrust son demasiado elevadas. Por ejemplo, dos empresas que elaboran agua mineral, y que en un mercado definido de manera estrecha (digamos, el mercado de aguas minerales) tienen una participación de mercado elevada, podrían tener una participación mucho más pequeña si se considerara que el mercado relevante es más amplio (por ejemplo, el de todas las bebidas sin alcohol).

Inversamente, si se invoca que un mercado relevante está definido de manera demasiado amplia, puede argumentarse que una fusión considerada horizontal es en realidad de conglomerado, y que su efecto sobre la competencia es muy pequeño o nulo. Así, dos empresas que se consideran competidoras en un mercado definido de manera más amplia (por ejemplo, una que produce agua mineral y otra que produce jugos de

fruta) dejan de serlo si los mercados se definen de manera más estrecha (y se considera que el mercado de aguas minerales es diferente del mercado de jugos de fruta, en vez de tomar a ambos como parte de un mercado más amplio de bebidas sin alcohol).

Una segunda defensa que las empresas pueden sostener tiene que ver con el denominado “argumento de eficiencia” (*efficiency defense*). La idea es que una fusión que incrementa la concentración o crea o refuerza una posición dominante puede tener también un efecto benéfico en términos de reducción de costos de las empresas involucradas, que más que compense el efecto negativo del incremento que genera en el ejercicio del poder de mercado. La evaluación relativa de este efecto será diferente según cuál sea la medida del interés público que se considere. Si se trabaja con la idea de que el objetivo a maximizar es el excedente total de los agentes económicos, entonces bastará con que el ahorro de costos generado compense la pérdida de eficiencia originada en la posible reducción de las cantidades comerciadas. Si se usa como vara el excedente del consumidor, en cambio, el ahorro de costos requerido tiene que ser mayor, ya que debe ser capaz de inducir un comportamiento por el cual la nueva empresa fusionada tenga incentivos a bajar sus precios respecto de los vigentes antes de la operación de concentración económica¹⁷³.

El tercer argumento posible para defender la admisibilidad de una fusión o adquisición que de otro modo sería considerada anticompetitiva es el de la “empresa en decadencia” (*failing firm defense*)¹⁷⁴. De acuerdo con esta doctrina, una concentración económica que implica la absorción de una empresa que de otro modo abandonaría el mercado (porque se encuentra en quiebra, o porque el mismo no le resulta ya rentable) no tiene un verdadero efecto anticompetitivo, porque de todas maneras la empresa en cuestión desaparecería. En un caso como ese, por lo tanto, la comparación relevante no es entre una situación antes y después de la operación de concentración económica, sino entre una situación con fusión (en el cual la empresa en decadencia es absorbida por otra) y una situación sin fusión (en el cual la empresa en decadencia abandona el mercado). Así planteada la disyuntiva, la concentración en cuestión puede considerarse benéfica aun cuando termine en una situación monopólica, si es que dicho resultado es

¹⁷³ Sobre este tema, el artículo más importante de la literatura económica es Farrell y Shapiro (1990). Para una perspectiva más jurídica sobre el asunto, véase Elhauge y Geradin (2007), capítulo 7.

¹⁷⁴ Este argumento tiene su origen en la jurisprudencia norteamericana, en la cual apareció por primera vez en el caso “FTC c/ International Shoe” (1930).

inevitable y es por lo tanto preferible que los activos de la empresa en decadencia sean aprovechados por la empresa que va a seguir operando en el mercado.

7.2. Estados Unidos

7.2.1. Legislación y jurisprudencia

Los primeros casos estadounidenses que objetaron operaciones de concentración económica fueron analizados como posibles violaciones a la ley Sherman. La primera sanción al respecto, que fue ratificada por una sentencia de la Corte Suprema, tuvo lugar en el caso “EEUU c/ Northern Securities” (1904) y condenó la fusión de dos ferrocarriles (Great Northern y Northern Pacific) cuyas líneas recorrían casi paralelamente la zona noroeste de los Estados Unidos. Dicha operación se consideró como un acuerdo que restringía el comercio e infringía por lo tanto el artículo 1 de la ley Sherman, y fue asimilado a una concertación horizontal punible como anticompetitiva *per se*. La misma línea de razonamiento se utilizó para condenar otra fusión entre ferrocarriles en el caso “EEUU c/ Union Pacific” (1912). Aquí apareció por primera vez el tema de la definición del mercado relevante, ya que los ferrocarriles que se consolidaban (Union Pacific y Southern Pacific) tenían recorridos bastante distintos entre sí: mientras Union Pacific poseía líneas que recorrían la zona oeste de Estados Unidos en dirección este-oeste, las líneas de Southern Pacific operaban en la misma región pero lo hacían en dirección norte-sur. Implícitamente, sin embargo, la Corte Suprema tomó en este caso una definición amplia del mercado relevante, ya que se refirió al mercado de “sistemas ferroviarios intercontinentales”. Si bien en dicho mercado operaban también otras compañías, el carácter horizontal de la operación la hizo caer dentro de la categoría de acuerdo anticompetitivo *per se*, y fue por lo tanto considerada ilegal (a la luz del precedente anterior del caso Northern Securities)¹⁷⁵.

El primer caso de una concentración vertical que llegó a la Corte Suprema norteamericana fue en cambio favorable para las compañías consolidadas. El caso en cuestión fue “EEUU c/ Columbia Steel y otros” (1948), y se refirió a la adquisición de un fabricante de productos metálicos (Consolidated) por parte del principal productor

¹⁷⁵ Areeda y Kaplow (1997) señalan sin embargo que la ilegalidad *per se* de las fusiones horizontales no tuvo una aplicación práctica demasiado extendida, puesto que muchas operaciones de ese tipo fueron llevadas a cabo y nunca fueron cuestionadas por las autoridades antitrust estadounidenses.

norteamericano de acero (US Steel). La principal relación entre ambas empresas era la de proveedor/cliente, ya que Consolidated usaba los productos de US Steel como su principal insumo. Ambas empresas eran también competidoras en algunos rubros, pero su participación de mercado conjunta en los mismos no superaba el 24%. La opinión mayoritaria de cinco de los nueve jueces de la Corte Suprema fue que en este caso dicho porcentaje no era significativo, porque venía decreciendo en el tiempo y la competencia en ese mercado estaba aumentando. Respecto de la integración vertical entre las compañías, por su parte, la conclusión fue que en sí misma ella no podía considerarse violatoria de la ley Sherman, y que en ese caso no había ningún tipo de “cierre del mercado” que pudiera considerarse exclusorio. Este cambio de criterio hacia el uso de la regla de la razón para analizar las fusiones fue muy controvertido dentro del máximo tribunal norteamericano, ya que la opinión minoritaria de los otros cuatro jueces fue que los aspectos horizontales de la adquisición la volvían anticompetitiva *per se* y que los aspectos verticales también la condenaban. De acuerdo con dicha opinión minoritaria, “la competencia nunca se reduce más fuertemente que a través de la adquisición de un comprador por cuyas ventas la industria estaba compitiendo”.

Tal como hemos mencionado anteriormente, las operaciones de concentración económica se incorporaron explícitamente a la legislación estadounidense de defensa de la competencia en 1914, a través del artículo 7 de la ley Clayton. Hasta 1950, sin embargo, dicho artículo tuvo una aplicación muy escasa, ya que el mismo se refería solamente a adquisiciones de paquetes accionarios (y no a adquisiciones de activos o fondos de comercio) y se limitaba a operaciones de carácter horizontal. Con la modificación introducida a dicho artículo en 1950 por la ley Celler-Kefauver, el mismo pasó a abarcar todo tipo de operaciones de fusión y adquisición cuyo efecto fuera “reducir sustancialmente la competencia o tender a crear un monopolio”.

Durante las décadas de 1950 y 1960 hubo numerosas operaciones de concentración económica que fueron consideradas ilegales a la luz de la ley Celler-Kefauver, tanto horizontales como verticales y de conglomerado. El caso más citado y criticado es probablemente “EEUU c/ Brown Shoe” (1962), en el que confluían aspectos horizontales y verticales. Las empresas que se concentraban eran Brown Shoe y Kinney, ambas fabricantes y distribuidoras de zapatos. La primera de ellas era básicamente productora (la cuarta más grande en EEUU), con un *market share* a nivel

nacional del 4%. Kinney era básicamente distribuidora y era una empresa mucho más pequeña, ya que su participación de mercado en la distribución de zapatos apenas alcanzaba el 1%. Medida de acuerdo a estándares actuales, esta fusión no parece presentar ningún elemento que pueda considerarse anticompetitivo, ya que las participaciones involucradas eran muy pequeñas y el número de competidores en los mercados de zapatos era muy grande. En el análisis efectuado en el caso, sin embargo, primó la idea de que la fusión en cuestión tenía lugar en un contexto en el cual había una tendencia hacia la concentración del mercado, que se manifestaba a través de una disminución en el número de oferentes a lo largo del tiempo y de un nivel creciente de integración vertical. Como la adquisición de Kinney por Brown Shoe contribuía a dicha tendencia en los dos aspectos mencionados, la misma fue considerada anticompetitiva, obligándose por tanto a Brown Shoe a deshacerse de la compañía que había adquirido.

La sentencia de la Corte Suprema estadounidense en el caso Brown Shoe tuvo gran importancia, porque se constituyó en un precedente fundamental para el análisis de las fusiones y adquisiciones. Si bien el caso sirvió para reafirmar la idea de que estas operaciones no eran anticompetitivas en sí mismas sino que estaban sujetas a la regla de la razón, la forma en la que se aplicó dicha regla llevó a la conclusión de que prácticamente todas las fusiones horizontales y todas las fusiones verticales de alguna relevancia restringían la competencia a través de un aumento en el poder de mercado de las empresas consolidadas o de una obstaculización del acceso al mercado de sus competidores. Otro punto que llamó la atención en este fallo fue la referencia que se hizo a las ganancias de eficiencia productiva generadas por la operación, las cuales no fueron consideradas como una defensa sino como un elemento potencialmente nocivo (que era capaz de acentuar en el futuro la tendencia hacia la concentración del mercado).

La objeción respecto de las fusiones y adquisiciones que reforzaban una tendencia hacia la concentración del mercado se manifestó nuevamente en el caso “EEUU c/ Von’s” (1966), en el cual la Corte Suprema desautorizó una fusión horizontal entre cadenas de supermercados del área de Los Angeles cuya participación de mercado conjunta era del 7,5%. En este caso tuvo además importancia el hecho de que ambas cadenas habían venido creciendo sustancialmente durante la década anterior a su integración, y de que el mercado se hallaba en pleno proceso de reemplazo de

comercios tradicionales por supermercados, con la consecuente reducción en el número de empresas. En “FTC c/ Procter & Gamble” (1967), por su parte, lo que se prohibió fue una concentración de conglomerado que implicaba una extensión en la línea de productos del adquirente. La misma consistía en la adquisición de la empresa Clorox (principal productor de hipoclorito de sodio de uso doméstico) por parte de Procter & Gamble (que fabricaba numerosos productos de limpieza pero no hipoclorito de sodio). El argumento utilizado para objetar esta operación fue que Procter & Gamble era el principal competidor potencial de Clorox, ya que era la empresa que más probabilidades tenía de ingresar exitosamente al mercado relevante a competir contra Clorox. La adquisición de Clorox por Procter & Gamble, por lo tanto, eliminaba dicha competencia potencial, asegurando la posición dominante del líder del mercado.

A partir de la creación del mecanismo de control previo de fusiones y adquisiciones establecido por la ley Hart-Scott-Rodino, la naturaleza de los casos antitrust sobre operaciones de concentración económica comenzó a cambiar. Al revés de lo que algunos comentaristas pensaban, la tendencia pasó a ser objetar sólo las operaciones que implicaban participaciones de mercado muy altas, aumentos muy importantes en los índices de concentración y mercados con fuertes barreras de entrada. También se verificó una posición mucho más tolerante respecto de las fusiones verticales y de conglomerado, al punto que las autoridades antitrust norteamericanas pasaron a focalizarse casi exclusivamente en el análisis de las concentraciones horizontales. Esto pudo haber sido producto de un cambio general en la política de defensa de la competencia ocurrido a partir de la década de 1970, pero también parece haber influido el hecho de que, con la introducción del control previo, las agencias antitrust pasaron a tener un panorama mucho más global del universo de las fusiones y adquisiciones, y a entender de otra manera los motivos que llevaban a las empresas a encararlas. La intervención previa permitió además resolver muchos temas a través de acuerdos con las partes que especifican desmembramientos parciales u otorgamientos de licencias, a través de los cuales pueden corregirse ciertos problemas de competencia sin necesidad de anular totalmente una operación.

De las operaciones objetadas desde la introducción del mecanismo de control previo de concentraciones merecen destacarse los casos “Coca-Cola/Dr. Pepper” (1986) y “Pepsi/Seven Up” (1986), que fueron analizados simultáneamente por la Comisión

Federal de Comercio. En el primero de ellos la principal productora de bebidas gaseosas (Coca-Cola) intentó comprar a la cuarta empresa en importancia en el mercado (Dr. Pepper), al tiempo que su principal competidor (Pepsi) hacía lo propio con la tercera empresa más grande (Seven Up). El efecto conjunto que hubieran tenido ambas operaciones habría sido el de reforzar las posiciones de las dos mayores empresas, si bien habría implicado también que su tamaño relativo se hubiera vuelto más similar. La competencia por parte de otras marcas, sin embargo, se habría atenuado mucho, y esto hubiera implicado, de acuerdo al análisis de la FTC, una modificación estructural muy grande en los mercados de embotelladoras de bebidas gaseosas. Dichos mercados, que son de naturaleza regional, solían tener en la mayoría de los estados de EEUU a tres empresas competidoras, una de las cuales le embotellaba a Coca-Cola, la otra a Pepsi y la restante al resto de las empresas. La desaparición de Seven Up y Dr. Pepper como marcas independientes podría haber generado por lo tanto una eliminación en masa de las embotelladoras que no estaban integradas a los sistemas de Coca-Cola o Pepsi, al dejarlas por debajo de su escala mínima de operación.

Las reacciones de las empresas involucradas ante las objeciones de la FTC fueron diferentes. Mientras Pepsi y Seven Up desistieron inmediatamente de sus planes de fusión, Coca-Cola y Dr. Pepper cuestionaron la opinión de la agencia antitrust y llevaron el caso ante un juzgado federal. En su presentación ante dicho juzgado sostuvieron que el mercado relevante para evaluar la operación no comprendía sólo a las bebidas gaseosas sino a todas las bebidas sin alcohol, y que aun cuando se analizaran sólo a las gaseosas se trataba de un mercado en el cual la entrada era relativamente fácil y la principal competencia se daba entre Coca-Cola y Pepsi, con independencia del papel de las restantes marcas. Estos argumentos no convencieron al juez actuante, quien opinó a favor de la Comisión Federal de Comercio y bloqueó la adquisición. Dicha decisión no fue apelada por las partes, quienes desistieron definitivamente de la fusión, y tuvo repercusiones posteriores, ya que pocos meses después los que se fusionaron fueron Seven Up y Dr. Pepper, al ser adquiridas por el mismo grupo empresario. Esta última concentración no fue cuestionada por las autoridades estadounidenses, en el entendimiento de que no implicaba una restricción a la competencia ni creaba ningún peligro de monopolización¹⁷⁶.

¹⁷⁶ Para un análisis económico exhaustivo de estos casos, véase White (1994).

Un caso más reciente de fusión horizontal desautorizada por la FTC es “Staples/Office Depot” (1997), que hubiera implicado la consolidación de las dos mayores cadenas de papelerías de los Estados Unidos. En su ataque a esta operación, las autoridades norteamericanas consideraron que la misma tenía la potencialidad de reducir la competencia en este rubro en la mayoría de las ciudades grandes y medianas, ya que aparte de las dos empresas involucradas en la fusión sólo existía a nivel nacional otra cadena comercial comparable (Office Max). Para llegar a esa conclusión se analizó una extensa evidencia empírica respecto del comportamiento de los precios en ciudades en las que sólo operaba una de dichas cadenas respecto de ciudades en las que operaban dos o tres de ellas, y en particular se efectuaron comparaciones entre situaciones en las cuales Staples competía con Office Depot y situaciones en las cuales dicha competencia no existía. Dicho análisis llevó a la conclusión de que la diferencia de precios era significativa, en el sentido de que la presencia de Office Depot era el principal freno para la política de precios de Staples, por lo cual se entendió que una fusión entre ambas restringiría la competencia y generaría un monopolio en numerosas áreas urbanas.

El caso Staples/Office Depot implicó también una disputa importante respecto del mercado relevante a analizar, ya que los artículos vendidos por las cadenas comerciales involucradas también podían adquirirse en otros negocios (supermercados, tiendas de computación, papelerías especializadas, etc). La FTC, sin embargo, opinó que la competencia que esos otros negocios ejercían sobre Staples y Office Depot se limitaba a porciones específicas de la demanda, y que el grado de sustitución entre los mismos y las grandes cadenas de papelerías no era lo suficientemente alto como para incluirlos dentro del mismo mercado relevante. Todo esto, sumado a que no se encontraron defensas de eficiencia convincentes ni pudo aplicarse el argumento de la empresa en decadencia, hizo que la adquisición fuera objetada totalmente, y dicha opinión fue apoyada por el juez administrativo que entendió en el caso¹⁷⁷.

El hecho de que la fusión entre Staples y Office Depot haya sido objetada y que, en cambio, numerosas concentraciones entre empresas mucho más grandes hayan sido autorizadas, muestra una tendencia en la práctica antitrust norteamericana en el sentido de preocuparse más por aspectos relacionados con la distribución de los productos que por aspectos relacionados con la fabricación de los mismos. Por ejemplo, en su

¹⁷⁷ Para un análisis más detallado de este caso, véase Dalkir y Warren-Boulton (2003).

autorización de la fusión de las empresas petroleras Exxon y Mobil (1999), los condicionamientos impuestos por la FTC tuvieron que ver con la venta de una serie de estaciones de servicio en áreas en las cuales ambas empresas tenían participaciones de mercado mayores, pero no involucraron ningún aspecto relacionado con la exploración y producción de petróleo y sólo tocaron marginalmente al segmento de refinación. Esto se debió a la idea de que en esas últimas áreas la competencia se planteaba a una escala mucho mayor (nacional o internacional), y que en cambio a nivel de las estaciones de servicio la competencia era local (y, por lo tanto, se veía más afectada cuando en una determinada área se generaban picos de concentración irregulares)¹⁷⁸.

Otro caso de interés que culminó con un acuerdo entre la autoridad antitrust (en este caso, el Departamento de Justicia) y las empresas involucradas fue la fusión “GTE/Bell Atlantic” (1999). El mismo implicó la consolidación de dos grandes compañías de telefonía local, que tenían también intereses superpuestos en diversos mercados de telefonía móvil. Fue precisamente en esos mercados en los cuales se plantearon los mayores problemas de competencia, puesto que en los de telefonía local las empresas tenían en general concesiones que ya eran monopólicas pero que estaban reguladas por la Comisión Federal de Comunicaciones. El acuerdo al que se llegó, que inclusive fue homologado judicialmente, implicó la obligación por parte del nuevo grupo empresario de desprenderse de uno de sus negocios de telefonía móvil en cada uno de los mercados en los que se superponían las prestaciones¹⁷⁹.

De los casos de fusiones resueltos en lo que va del siglo XXI, cabe señalar unos cuantos que han sido analizados con cierto detalle por las agencias antitrust norteamericanas en un documento reciente (Federal Trade Commission y US Department of Justice, 2006). En la concentración “LaFarge/Blue Circle” (2001), por ejemplo, la FTC condicionó una fusión entre empresas que iba a incrementar mucho la concentración del mercado de cemento en la zona de los Grandes Lagos de EEUU, en tanto que en el caso “Reynolds/BAT” (2004) una concentración semejante en el mercado de cigarrillos no fue objetada. La diferencia entre ambas estuvo fundamentada en la idea de que el cemento es un producto homogéneo en el cual los efectos

¹⁷⁸ En la fusión entre Chevron y Texaco (2001), por su parte, el condicionamiento impuesto para aprobar la operación fue que esta última empresa se desprendiera de sus intereses en dos emprendimientos conjuntos que tenía con otra empresa petrolera (Shell), los cuales estaban ligados con actividades de refinación y comercialización de combustibles.

¹⁷⁹ Para un análisis relativamente pormenorizado de este caso, véase Dromi (1999), capítulo 10.

coordinados por posibles conductas de colusión tácita son presumiblemente más importantes que los que pueden acontecer en el mercado de cigarrillos, que está sujeto a una diferenciación de productos mucho mayor.

En lo que se refiere al tema de los efectos unilaterales de las fusiones horizontales, un caso de interés es “EchoStar/DirecTV” (2002), en el cual una fusión entre los únicos dos proveedores de televisión satelital que operaban en Estados Unidos fue objetada por el Departamento de Justicia (y las partes finalmente desistieron de concretarla), por considerarse que la misma generaba una limitación demasiado grande a la competencia en la gran mayoría de los mercados de televisión por suscripción (en los cuales, por regla general, operaban estas empresas y algún operador de televisión por cable)¹⁸⁰. En “General Mills/Pillsbury” (2001), en cambio, los problemas de competencia originados por la concentración de dos grandes fabricantes de productos alimenticios se concentraban solamente en el mercado de harina, por lo cual la operación no fue objetada por la FTC (luego de acordar con las partes el desmembramiento de la línea de productos de Pillsbury que se vendían en dicho mercado).

En varios casos estadounidenses de fusión aprobados en lo que va del siglo XXI jugó también un papel de importancia el análisis de las posibles eficiencias generadas por las operaciones de concentración. En la aprobación de la fusión “Genzyme/Novazyme” (2004), por ejemplo, pesó el hecho de que los dos laboratorios que se integraban, que eran los únicos que se dedicaban a desarrollar drogas para terapias de reemplazo de enzimas para cierta enfermedad, eran capaces de combinar sus habilidades para lograr un desarrollo más rápido y económico de dichas drogas. Del mismo modo, en “PayPal/eBay” (2002), el Departamento de Justicia decidió no objetar la fusión entre los dos mayores proveedores de sistemas de pago electrónico por internet, por considerar que su integración reducía los costos de transacción de los usuarios del sistema y mejoraba la detección de posibles fraudes en los pagos.

El argumento de las ganancias de eficiencia, sin embargo, ha sido minimizado cuando los elementos presentados por las partes de una fusión eran insuficientes o poco verificables. En el ya citado caso de EchoStar, por ejemplo, el Departamento de Justicia descartó por insuficientes ciertas eficiencias invocadas respecto de reducciones en los

¹⁸⁰ Para un análisis más extenso de este caso, véase Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

costos de programación y aumentos en la calidad del servicio. Del mismo modo, en “Heinz/Beech-Nut” (2001), la FTC (y, con posterioridad a ella, el poder judicial) consideró insuficientes y poco verificables las ganancias de eficiencia relacionadas con el mejor aprovechamiento de ciertas plantas para la producción de alimentos para bebés, y con la combinación de recetas originales de las dos empresas que pretendían fusionarse (para la creación de nuevos alimentos).

7.2.2. Pautas sobre fusiones y adquisiciones

El análisis de las concentraciones económicas fue el primer tema respecto del cual las agencias antitrust estadounidenses publicaron documentos que fijaban lineamientos de acción. Así, el Departamento de Justicia emitió su primer conjunto de pautas sobre fusiones y adquisiciones en 1968, y las mismas fueron sucesivamente modificadas en 1982 y 1984. La Comisión Federal de Comercio, por su parte, publicó una serie de opiniones durante la década de 1980, y finalmente en 1992 aparecieron las pautas conjuntas de ambos organismos sobre fusiones horizontales, que se encuentran actualmente vigentes. Estas pautas reemplazaron a las que el Departamento de Justicia había emitido por su cuenta, salvo en lo referido a concentraciones verticales y de conglomerado.

Tal como hemos mencionado en el capítulo 2, las pautas sobre fusiones horizontales del DOJ y la FTC tienen una primera sección bastante extensa referida a la definición de los mercados relevantes, la cual resulta útil no sólo para el análisis de las operaciones de concentración económica sino también para los casos de prácticas anticompetitivas. Dicha sección incluye también una parte sobre cálculo de las participaciones de mercado y de los índices de concentración, como elementos a tener en cuenta en la evaluación de una operación horizontal de fusión o adquisición.

La segunda sección de las pautas trata el tema de los potenciales efectos adversos de las fusiones sobre la competencia, y distingue entre efectos derivados de la interacción coordinada y efectos unilaterales. La tercera sección, por su parte, analiza el papel que juegan las barreras de entrada sobre el efecto competitivo de las fusiones, en tanto que la cuarta se refiere al análisis de las defensas de eficiencia. La quinta sección del documento, por último, trata el tema de las empresas en decadencia como

(2007), capítulo 5.

argumento para aceptar una fusión o adquisición.

Para el cálculo de las participaciones de mercado de las empresas, las pautas sobre fusiones horizontales admiten que el mismo se efectúe teniendo en cuenta tanto los volúmenes de ventas como la facturación. La primera de tales medidas resulta en general la más apropiada para mercados de productos homogéneos, en tanto que la segunda suele ser mejor si los productos están diferenciados. Las pautas admiten también el cálculo de las participaciones de mercado a través de datos relacionados con la capacidad instalada, si se da que “esa es la medida que distingue a las empresas de manera más efectiva”. Como período de tiempo respecto del cual calcular las participaciones de mercado, las pautas señalan que lo estándar es utilizar datos anuales, pero admiten el empleo de períodos más extensos para casos de mercados en los que las ventas individuales sean grandes y poco frecuentes.

En lo que respecta al cálculo de índices de concentración, las pautas se inclinan por el uso del índice de Herfindahl y Hirschman (HHI) como la medida más apropiada. Dicho índice se utiliza para estimar la concentración del mercado antes y después de la fusión bajo análisis, y para evaluar el incremento generado por dicha fusión. Los estándares generales que el DOJ y la FTC enuncian al respecto son los siguientes:

- a) Si se estima que después de la fusión el HHI quedará por debajo de 0,10, entonces es improbable que la misma tenga efectos competitivos adversos sobre el mercado.
- b) Si se estima que después de la fusión el HHI quedará entre 0,10 y 0,18, y el incremento inducido en el HHI por la fusión es de menos de 0,01, entonces también es improbable que la misma tenga efectos competitivos adversos sobre el mercado.
- c) Si se estima que después de la fusión el HHI quedará entre 0,10 y 0,18 pero el incremento inducido en el HHI por la fusión es de más de 0,01, entonces la fusión puede generar efectos competitivos adversos, que deberán estudiarse más acabadamente.
- d) Si se estima que después de la fusión el HHI quedará por encima de 0,18 pero el incremento inducido en el HHI por la fusión es de menos de 0,005, entonces es improbable que la misma tenga efectos competitivos adversos sobre el mercado.
- e) Si se estima que después de la fusión el HHI quedará por encima de 0,18, y el incremento inducido en el HHI por la fusión es de más de 0,005, entonces la fusión puede generar efectos competitivos adversos, que deberán estudiarse más

acabadamente¹⁸¹.

La sección sobre concentración y participaciones de mercado incluye también un apartado sobre la relevancia de esos factores en la evaluación de una fusión. Dicho apartado expresa que en algunas situaciones los *market shares* y la concentración pueden sobrestimar o subestimar el impacto competitivo futuro de una operación. Ejemplos de ello son los casos en los que las condiciones del mercado están cambiando rápidamente por avances tecnológicos o por cambios en las preferencias de los consumidores.

En lo que se refiere a los potenciales efectos adversos de las fusiones sobre la competencia, la sección de las pautas que trata el tema analiza separadamente los efectos derivados de la interacción coordinada de empresas de los efectos de tipo unilateral. En el primer grupo se incluyen los comportamientos colusivos explícitos y tácitos, señalándose que los mismos pueden ser ilícitos pero que también pueden ser lícitos en algunas circunstancias. Esto hace que, desde el punto de vista de la defensa de la competencia, una medida estructural que prohíbe o condiciona una fusión no sea equivalente a otra que permita la integración sin condicionamientos y luego actúe cuando se detecta una práctica anticompetitiva de carácter colusivo. El análisis que al respecto hacen las pautas estadounidenses sobre fusiones horizontales se concentra por lo tanto en el grado en el cual las condiciones de mercado post-fusión son susceptibles de generar comportamientos coordinados, detectar desvíos de esos comportamientos y penalizar dichos desvíos, como modo de sostener el funcionamiento de un cartel. En ese punto se señalan como elementos a tener en cuenta la transparencia de la información, el grado de homogeneidad de los productos, las prácticas comerciales habituales en el mercado y las características de las empresas compradoras y vendedoras.

Un tema respecto del cual las pautas hacen hincapié es la presencia de “competidores vigorosos y efectivos” (*maverick firms*) en el mercado. Dichos competidores son empresas que se caracterizan por tener estrategias de precios agresivas y ser poco proclives a mantener precios altos en períodos de demanda baja. La adquisición de una de estas empresas por parte de un competidor representa por ende un

¹⁸¹ En rigor, las pautas del DOJ y la FTC miden el HHI en una escala entre 0 y 10.000 (en vez de hacerlo en una escala entre cero y uno), con lo cual hablan de umbrales de concentración de 1000 y 1800 puntos (en vez de 0,10 y 0,18) e incrementos de 50 y 100 puntos (en vez de 0,005 y 0,01). Véase Federal Trade Commission y US Department of Justice (1992), sección 1.5.

peligro importante en términos de facilitar la colusión futura entre los restantes oferentes del mercado, creando un daño potencial para la competencia en dicho mercado.

El otro efecto adverso que puede tener una concentración horizontal se deriva de un mayor ejercicio del poder de mercado unilateral que sea capaz de conseguir la empresa adquiriente o la nueva empresa fusionada. En este punto las pautas estadounidenses distinguen entre situaciones en las cuales las empresas proveen productos diferenciados y situaciones en las cuales el elemento competitivo básico es la capacidad instalada (lo cual tiene en general lugar cuando los productos son homogéneos). En el primero de tales casos los elementos básicos a considerar para analizar si aumenta el poder de mercado de las empresas que se concentran son la cercanía entre los productos de dichas empresas y la capacidad de los competidores para reemplazar la competencia que se pierde luego de la fusión. Cuando el elemento competitivo básico es la capacidad instalada, en cambio, lo que debe tenerse principalmente en cuenta es la participación de mercado de las empresas que se fusionan y la disponibilidad de capacidad excedente por parte de las otras empresas. Dicha capacidad excedente es precisamente lo que puede permitirles contrarrestar el poder de mercado de la empresa adquiriente o de la nueva empresa fusionada, a través de aumentos en la oferta total del producto.

Un punto de importancia fundamental para analizar el posible impacto competitivo de una operación de concentración económica, y al cual las pautas norteamericanas le dedican toda una sección, es la posible entrada de nuevos competidores al mercado. En efecto, si un mercado es perfectamente desafiante, poco importa que las empresas que actualmente se encuentran en el mismo se consoliden en una única compañía, ya que el poder de mercado de la misma se hallará totalmente acotado a través de nuevas empresas que entrarán inmediatamente a competir si la empresa establecida comienza a cobrar precios monopólicos. En la práctica, una situación como esa es rara o virtualmente imposible, pero sí puede darse que existan condiciones favorables para el ingreso de nuevas empresas, y que esto atenúe mucho el posible impacto anticompetitivo de una fusión horizontal.

En su análisis del tema de la entrada al mercado, las pautas del DOJ y la FTC mencionan tres factores principales a tener en cuenta: tiempo requerido, probabilidad e

importancia relativa de la entrada de nuevos competidores. Respecto del primero de tales temas, las pautas manifiestan que la entrada de competidores puede considerarse como un freno al ejercicio del poder de mercado si la misma puede tener lugar en un tiempo inferior a los dos años contados desde el momento en el que se la planifica hasta el momento en el cual puede tener un impacto significativo sobre el mercado. En cuanto a la probabilidad de entrada, las pautas aconsejan evaluarla utilizando los precios vigentes antes de la fusión, y analizándola teniendo en cuenta la rentabilidad de un competidor que ingresa al mercado proveyendo una cantidad relativamente reducida (tal que su ingreso no deprima los precios por debajo del nivel pre-fusión). En lo que se refiere a la importancia relativa de la entrada, por último, lo que las pautas mencionan es que, para que el ingreso de nuevos competidores sea un freno efectivo al comportamiento anticompetitivo de las empresas establecidas, el mismo tiene que producirse en un contexto en el cual sean capaces de ofrecer productos equivalentes, tengan acceso a activos y tecnologías equivalentes y puedan cubrir los mismos segmentos del mercado que dichas empresas establecidas. Todo esto debe analizarse teniendo en cuenta cuál es el principal peligro que la fusión bajo estudio le genera al funcionamiento competitivo del mercado. Como ejemplo de esto, las pautas señalan que “... si el principal problema es la elevación unilateral del precio como resultado de una fusión entre productores de bienes diferenciados, la entrada, para ser suficiente, debe implicar la aparición de un producto tan cercano a los de las empresas que se fusionan que haga que la nueva empresa fusionada halle inconveniente elevar los precios de sus propios bienes”¹⁸².

La cuarta sección de las pautas estadounidenses se refiere, tal como hemos visto anteriormente, al tema de las defensas de eficiencia, y su texto ha sido sustancialmente modificado y ampliado en 1997. En su redacción actual, lo que se menciona es que, para que puedan invocarse defensas de eficiencia en una fusión que de otro modo sería considerada anticompetitiva, resulta necesario que la eficiencia invocada sea específica a la fusión en cuestión y no pueda obtenerse de otra forma. Dichas eficiencias deben además ser verificables, en el sentido de que deben basarse en datos objetivos de costos y beneficios. Por último, las eficiencias señaladas deben ser capaces de revertir el impacto anticompetitivo de la fusión o adquisición, impidiendo, por ejemplo, que los

¹⁸² Federal Trade Commission y US Department of Justice (1992), sección 3.4.

precios se incrementen¹⁸³.

Como ejemplos de defensas de eficiencia posibles, las pautas del DOJ y la FTC mencionan las que se derivan de reorganizar la producción entre distintas instalaciones de las empresas que se fusionan y las originadas en esfuerzos conjuntos de investigación y desarrollo, si bien señalan que estas últimas suelen ser difíciles de verificar. También hacen hincapié en que las defensas de eficiencia suelen ser inútiles si el efecto anticompetitivo de la fusión bajo análisis es muy fuerte, señalando que prácticamente nunca pueden servir para justificar una fusión que genera un monopolio o una posición dominante demasiado grande.

La última defensa posible que las pautas admiten para una adquisición horizontal es la basada en el argumento de la empresa en decadencia. Para ello señalan cuatro condiciones que deberían cumplirse simultáneamente:

- 1) que la empresa supuestamente en decadencia no pueda cumplir con sus obligaciones financieras más inmediatas;
- 2) que no sea capaz de reorganizarse exitosamente siguiendo los procedimientos de la ley de quiebras;
- 3) que haya hecho esfuerzos para conseguir otro comprador y que los mismos hayan sido infructuosos;
- 4) que, si no fuera por la adquisición, los activos de la empresa en decadencia estén destinados a abandonar el mercado relevante.

Si bien las pautas conjuntas del año 1992 se refieren exclusivamente a fusiones horizontales, el Departamento de Justicia considera que, en lo que atañe a las concentraciones verticales y de conglomerado, se hallan aún vigentes las pautas que dicha agencia había emitido anteriormente de manera individual (US Department of Justice, 1984). De las mismas sólo subsisten las secciones que se refieren a dos temas específicos: la eliminación de la competencia potencial y los problemas generados por aspectos verticales. En el primero de tales puntos las pautas del DOJ señalan que una concentración de conglomerado que afecte la competencia potencial sólo será considerada anticompetitiva si se da en un mercado muy concentrado en el cual las

¹⁸³ En este punto es donde las pautas norteamericanas enuncian con mayor claridad la idea de que el objetivo que persiguen es la protección del interés del consumidor, ya que si estuvieran guiadas por un objetivo de eficiencia global (medible a través del excedente total de los agentes económicos) admitirían también operaciones que incrementarían los precios al consumidor pero implicarían ahorros de costos que más que compensarían la pérdida de eficiencia inducida por dicho aumento.

barreras de entrada son importantes, si la empresa adquiriente es una de las pocas que está en condiciones de entrar rentablemente al mercado de manera independiente, y si está adquiriendo una empresa cuya participación de mercado es significativa. En toda otra circunstancia se considerará que la competencia potencial no se halla afectada de manera importante, y la operación se aceptará sin mayor análisis.

En lo que se refiere a las fusiones verticales, lo que las pautas señalan es que las mismas pueden resultar anticompetitivas si generan barreras de entrada o si facilitan la colusión. En el primero de tales casos lo que aconsejan analizar es el impacto de la fusión sobre la entrada de nuevas empresas en cada uno de los eslabones de la cadena de producción y comercialización, y en particular si la misma genera como efecto probable la necesidad de que los nuevos entrantes tengan que ingresar ellos mismos como empresas integradas. Este problema, sin embargo, resulta poco importante si la concentración del mercado bajo análisis es reducida, ya que de cualquier modo seguirá habiendo competencia entre muchas empresas (verticalmente integradas o no). En lo que se refiere a la capacidad de las adquisiciones verticales para facilitar la colusión, la misma sólo puede producirse en ciertos casos particulares en los cuales la eliminación de distribuidores independientes facilite la concertación entre los productores, o cuando la desaparición de un comprador particular sea un elemento lo suficientemente importante como para volver rentable la colusión entre los productores.

7.3. Unión Europea

7.3.1. Legislación y jurisprudencia comunitarias

El esquema de la Unión Europea para el control de fusiones y adquisiciones es similar al norteamericano en cuanto a sus procedimientos, pero su naturaleza jurídica resulta distinta. Legislado a través del ya mencionado reglamento 139/2004 del Consejo de Europa, este sistema confiere a la Comisión Europea no sólo facultades investigativas sino también poder de decisión respecto de las concentraciones que tengan “dimensión comunitaria”. Dicho poder de decisión implica la posibilidad de aplicar sanciones tales como desautorizar una fusión o adquisición, separar empresas o activos agrupados y aplicar multas a las entidades involucradas.

En la Unión Europea, las operaciones de concentración económica con dimensión comunitaria se definen por el volumen de negocios de las empresas

involucradas y por el hecho de que más de un estado miembro se encuentre significativamente afectado por la operación en cuestión. Al respecto, los ingresos por ventas del conjunto de empresas afectadas deben superar los 5000 millones de euros a nivel mundial y los 250 millones de euros dentro de la Comunidad Europea, y debe darse que alguna de las entidades involucradas efectúe más de un tercio de sus ventas fuera de su país de origen. De dichas operaciones, la legislación europea prohíbe aquéllas que “sean susceptibles de obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, en particular como consecuencia de la creación o refuerzo de una posición dominante” (reglamento 139/2004, artículo 2). Esta definición reemplazó a la que aparecía en la norma original sobre control de fusiones de la Unión Europea (reglamento 4064/1989), que prohibía las operaciones que suponían “un obstáculo significativo para una competencia efectiva, al crear o reforzar una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo” (reglamento 4064/1989, artículo 2).

Antes de la aparición del reglamento sobre control de fusiones y adquisiciones del año 1989, la jurisprudencia antitrust europea registraba un único antecedente de sanción de una operación de concentración económica por su carácter anticompetitivo. La misma correspondía al caso “Comisión Europea c/ Continental Can” (1973), y en él se había analizado la adquisición de un competidor como un posible abuso de posición dominante que infringía el artículo 82 del Tratado de la Comunidad Europea. La operación era la compra por parte del grupo Continental Can (empresa de origen estadounidense, productora de envases de hojalata) de la empresa belga TDV, que era la principal productora de envases de hojalata en su país. Como el grupo en cuestión poseía ya el control de la principal competidora de TDV (que era la empresa alemana SLW), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea entendió que la adquisición resultaba un intento de crear una posición dominante en el mercado europeo de envases de hojalata, y que el mismo implicaba un abuso de dicha posición dominante.

Otro caso de concentración que fue analizado como potencialmente anticompetitivo fue “BAT y Reynolds c/ Philip Morris” (1988), en el cual intentó aplicarse el artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea. El mismo se refería a la adquisición, por parte de la empresa tabacalera Philip Morris, de una participación minoritaria en el capital de otra empresa tabacalera, denominada Rothmans. Si bien la

misma no le otorgaba el control sobre la compañía en cuestión, dos competidores de ambas empresas (BAT y Reynolds) denunciaron a Philip Morris por entender que la adquisición constituía una práctica concertada para restringir la competencia (entre Philip Morris y Rothmans) y perjudicar a sus rivales. Este argumento finalmente no prosperó, pero el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dio a entender en su sentencia que en otras circunstancias el mismo podía resultar admisible, en el sentido de que el artículo 81 era aplicable no sólo a acuerdos entre empresas independientes sino también a operaciones de concentración económica.

Con la aparición del reglamento 4064/1989, la Unión Europea resolvió el tema del análisis de las fusiones y adquisiciones incorporando simultáneamente un procedimiento de control previo de las mismas y un estándar para evaluarlas (que es el que hemos denominado “estándar europeo tradicional”). El primer caso que la Comisión Europea desautorizó totalmente a la luz de este reglamento fue “Aeospatiale-Alenia/De Haviland” (1991), en el cual se objetó una fusión entre dos fabricantes de aviones comerciales. Dichos fabricantes eran los principales competidores a nivel mundial en el segmento de aviones de menos de 60 asientos, y su consolidación hubiera implicado, en el entendimiento de las autoridades europeas, la creación de una posición dominante difícil de desafiar por parte de otras compañías¹⁸⁴.

En su análisis de la capacidad de las fusiones para crear o reforzar una posición dominante, las autoridades antitrust europeas han utilizado diversos argumentos. Goyder (1998) menciona cinco elementos básicos al respecto, que son la participación de mercado conjunta de las empresas que se consolidan, la relación entre dicha participación de mercado y las de los restantes competidores, la volatilidad de las participaciones de mercado en el tiempo, la posesión de recursos o tecnologías esenciales para competir, y el poder de compra de los clientes. Dicho autor señala que participaciones de mercado superiores al 60% son en general evidencia de posición dominante, lo mismo que participaciones de mercado que triplican a la del principal competidor. Si dichas participaciones son muy cambiantes en el tiempo, sin embargo,

¹⁸⁴ Nótese que, unos años después, la Comisión Europea aprobó la fusión entre Boeing y McDonnell-Douglas (1997), que eran dos fabricantes de aviones mucho más grandes que Aerospatiale-Alenia y De Havilland. En ese caso, sin embargo, privó el hecho de que McDonnell-Douglas estaba perdiendo participación en el mercado relevante, y que existía una tercera compañía (Airbus) que se había transformado en la mayor competencia mundial de Boeing en los mercados de aviones comerciales de más de 100 asientos.

esto juega a favor de aprobar la fusión, porque pone en evidencia que los compradores están dispuestos a cambiar de proveedor ante variaciones relativamente pequeñas en las condiciones comerciales. Si, en cambio, se da que las participaciones de mercado son muy dependientes de la posesión de ciertos recursos esenciales, esto juega en contra de la aprobación, ya que hace que una empresa fusionada que concentre una parte importante de esos recursos se vea en cierto modo protegida de la competencia de otras empresas. Por último, si los clientes tienen un poder de mercado importante, una fusión que aumenta la concentración de la oferta puede en ciertos casos verse como algo positivo, si la misma sirve para contrarrestar una posición dominante del lado de la demanda.

Un caso ilustrativo de la diferente perspectiva del estándar europeo tradicional respecto del norteamericano en la evaluación de fusiones horizontales es “Varta/Bosch” (1991), que involucró a dos productores alemanes de baterías para automóviles. Dicha concentración implicaba reforzar la posición de liderazgo de Varta en los distintos mercados europeos de baterías (principalmente en Alemania y España), y en ese sentido podía considerarse como incompatible con el mercado común en los términos del artículo 2 del reglamento 4064/1989. Sin embargo, para evaluar la operación en cuestión se tuvo en cuenta que la misma se estaba efectuando simultáneamente con otra fusión (la de las empresas CEAC y Sonnenschein, competidoras de Varta y Bosch), y que esa otra fusión tendría el efecto de crear un rival de importancia para Varta/Bosch, que contrarrestaría la posible posición dominante de esta última. Ese fue el principal argumento para no objetar la fusión bajo análisis, que fue aprobada con el único condicionamiento de que Varta rescindiera un acuerdo de licencia que tenía con la empresa Deta Mareg (que era otro productor alemán de baterías para automóviles)¹⁸⁵.

La concentración demasiado grande de un mercado como elemento que puede facilitar la colusión posterior entre las pocas empresas que queden en él ha merecido sin embargo reprobación de las autoridades europeas en una serie de casos posteriores. El primer ejemplo de esto es “Nestlé/Perrier” (1992), en el cual el tema era la creación de una posición dominante en el mercado francés de aguas minerales. Dicha operación fue aprobada por la Comisión Europea, pero con el condicionamiento de que las empresas

¹⁸⁵ Nótese la gran diferencia entre el enfoque utilizado en este caso y el empleado por la FTC en los casos estadounidenses “Coca-Cola/Dr. Pepper” (1986) y “Pepsi/Seven Up” (1986), reseñados en la sección 7.2.1.

que se estaban consolidando vendieran una serie de marcas y de manantiales de agua mineral a una empresa que no fuera BSN (que era la única competencia importante que Nestlé y Perrier tenían en Francia). A través de dicha exigencia, la autoridad antitrust intentó evitar el fortalecimiento de un oligopolio extremadamente concentrado, tratando de sustituir la rivalidad previa existente entre Nestlé, Perrier y BSN por una interacción semejante entre Nestlé/Perrier, BSN y un nuevo ingresante al mercado¹⁸⁶. Con esta decisión, la Comisión Europea inició un acercamiento en su tipo de análisis hacia criterios más parecidos a los del estándar norteamericano, que se reforzó con el ya mencionado concepto de la “posición dominante conjunta” que apareció por primera vez en el caso “Kali & Saltz/MDK” (1998).

Otra operación de concentración económica objetada por la Comisión Europea es “MCI WorldCom/Sprint” (2000), que involucró a dos grandes compañías de telecomunicaciones de origen estadounidense. En este caso el principal problema de competencia tenía que ver con el mercado mundial de conexiones para acceso a internet, cuya concentración se vería considerablemente incrementada luego de la fusión. Al respecto, las autoridades europeas contaban con el antecedente de la fusión “MCI/WorldCom” (1998), en la cual se había obligado a las partes a desprenderse de ciertos activos relacionados con la actividad de internet, y se había confiado en la competencia que al respecto podía representar Sprint como empresa independiente. Esos mismos argumentos se volvieron en contra cuando la empresa formada en 1998 quiso fusionarse con su principal competidora, y derivaron en que finalmente la operación se prohibiese. El caso MCI WorldCom/Sprint representa además un ejemplo de cooperación entre las agencias antitrust europeas y estadounidenses, ya que también fue objetado por el Departamento de Justicia de EEUU¹⁸⁷. Esta doble objeción fue la que finalmente llevó a las empresas a desistir de la operación.

La situación de que una misma operación de concentración económica sea evaluada simultáneamente en Estados Unidos y en la Unión Europea ha generado, sin embargo, ciertas divergencias de opinión. Un ejemplo prominente de esto se dio en el caso “General Electric/Honeywell” (2005), en el cual se estaba produciendo una concentración que afectaba los mercados mundiales de motores de aviones y de

¹⁸⁶ Para un análisis de este caso, véase Motta (2004), capítulo 5.

¹⁸⁷ Para un análisis de los argumentos económicos utilizados en Estados Unidos en este caso, véase Pelcovits (2003).

helicópteros. Al efectuar su análisis de la operación, el Departamento de Justicia de EEUU manifestó su aceptación de la misma, sujeta al desmembramiento de ciertos activos relacionados con la fabricación de helicópteros. En cambio, la Comisión Europea (y, con posterioridad a ella, el Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea) prohibió totalmente la fusión, en el entendimiento de que extendía la posición dominante que General Electric tenía en el mercado de motores de aviones a varios mercados de insumos necesarios para la fabricación de dichos motores (en los que Honeywell era el principal proveedor). También interpretó que una empresa que controlara de manera conjunta a General Electric y Honeywell sería capaz de efectuar ventas atadas de motores de aviones y sistemas de control de aeronaves, y de ese modo extender su poder de mercado a ciertos sectores conexos. De ese modo, la integración resultante fue considerada incompatible con el mercado común (a la luz del estándar europeo de fortalecimiento de una posición dominante), aun cuando la misma no había sido evaluada por el DOJ como una restricción importante a la competencia¹⁸⁸.

Otro caso que en su momento fue objetado por la Comisión Europea por razones relacionadas con posibles ventas atadas fue “Tetra Laval/Sidel” (2005). El mismo se refería a la adquisición, por parte de una empresa dominante en el mercado de equipos destinados a empaquetar productos en envases de cartón (Tetra Laval), de una compañía cuyo principal producto eran equipos destinados a empaquetar productos en envases de plástico (Sidel). La Comisión Europea entendió que la concentración en cuestión era incompatible con el mercado común, puesto que un grupo importante de compradores adquiriría ambos tipos de equipos. Cuando su decisión fue apelada por las partes, sin embargo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea revocó la prohibición, considerando que dicho argumento era insuficiente para prohibir una operación de ese tipo. El tribunal entendió que, para tener en cuenta el problema de competencia generado, bastaba con imponer un condicionamiento de conducta, por el cual se le prohibiera a la empresa fusionada efectuar ventas atadas¹⁸⁹.

Conjuntamente con la sanción del nuevo reglamento de control de concentraciones (reglamento 139/2004), la autoridad europea de competencia publicó un documento de pautas para el análisis de fusiones horizontales (Comisión Europea, 2004) en el cual establece un procedimiento de evaluación por etapas similar al de las

¹⁸⁸ Para un análisis económico del caso General Electric/Honeywell, véase Motta (2004), capítulo 6.

pautas estadounidenses sobre el tema¹⁹⁰. En dicho documento aparecen explícitamente considerados los posibles efectos anticompetitivos unilaterales y coordinados de una concentración horizontal, el análisis de participaciones de mercado y de índices de concentración, el poder de negociación de los demandantes como posible freno a una posición dominante de los oferentes, la posible entrada de nuevos competidores al mercado, el análisis de eficiencias, y las excepciones por el argumento de empresa en decadencia (o “empresa en crisis”).

De los casos analizados por la Comisión Europea con posterioridad a la sanción del nuevo reglamento sobre concentraciones económicas, cabe mencionar dos operaciones que afectaron al sector de transporte aéreo. La primera de ellas, “Lufthansa/Swiss” (2005) fue aprobada con la condición de que el nuevo grupo que se constituía (que involucraba a las aerolíneas de bandera de Alemania y Suiza) se desprendiera de una serie de rutas aéreas que unían Alemania con Suiza, así como de ciertos “derechos de despegue” en los aeropuertos Zurich, Francfort, Munich, Dusseldorf, Berlín, Viena, Estocolmo y Copenhague. La segunda (“Raynair/Aer Lingus”, 2007) fue en cambio prohibida. Dicha concentración involucraba a las dos principales empresas aéreas de origen irlandés, que competían en 35 rutas diferentes originadas en distintas ciudades de Irlanda, y cuya fusión hubiera generado una situación de monopolio en varias de dichas rutas. Esta prohibición fue la primera desde que entró en vigencia en la Unión Europea el reglamento 139/2004.

Otro caso destacado de aplicación del nuevo reglamento es “Procter & Gamble/Gillette” (2005), que fue una concentración entre dos grandes compañías de productos de consumo que tenía algunos aspectos horizontales pero que implicaba básicamente la formación de un conglomerado. A diferencia de lo que la Comisión Europea había decidido en casos como los de Honeywell y Tetra Laval, aquí los aspectos de conglomerado fueron objeto solamente de condicionamientos de comportamiento (básicamente, de compromisos consistentes en no efectuar ventas en bloque o atadas), y el único condicionamiento estructural que se impuso para aprobar la fusión fue un desmembramiento de ciertas marcas de pasta dental que eran propiedad de la empresa Gillette.

¹⁸⁹ Para un análisis más detallado de este caso, véase Neven (2008).

¹⁹⁰ Estas pautas fueron complementadas posteriormente con otras, destinadas a la evaluación de operaciones de concentración de tipo vertical y de conglomerado (Comisión Europea, 2008a).

7.3.2. Legislación y jurisprudencia españolas

La ley española de defensa de la competencia (ley 15/2007) tiene una serie de artículos referidos al control de las operaciones de concentración económica. Dicho control, sin embargo, ya regía en España desde la sanción de la anterior ley de defensa de la competencia (ley 16/1989, modificada luego por las leyes 6/1999 y 24/2001), aunque en un principio dicho control se hallaba instrumentado a través de un procedimiento voluntario y no obligatorio. La notificación de operaciones de concentración económica en España pasó a ser obligatoria en 1999, para las operaciones que superaran determinados límites, definidos en términos de volumen de ventas de las entidades involucradas y de participación de mercado de las mismas.

Al igual que en el resto de los países de la Unión Europea, en España el control de fusiones y adquisiciones se halla subordinado al régimen general del reglamento 139/2004, con lo cual las operaciones que caen dentro del ámbito de la Comisión Europea no son evaluadas por las autoridades españolas. Esto hace que algunas de las concentraciones más grandes que afectan a la economía española sean autorizadas, desautorizadas o condicionadas en el seno de la propia Unión Europea, y queden por ende fuera del alcance de la ley española. Las que sí caen dentro de esta legislación deben pasar por una revisión de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), que es la entidad que sucedió en dicha tarea al antiguo Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) y al Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC). La decisión de la CNC, sin embargo, no es la última instancia por la cual puede pasar una concentración económica en España, ya que la misma puede ser evaluada posteriormente por el Consejo de Ministros. Dicho consejo tiene el poder de aprobar una fusión rechazada por la CNC, “atendiendo a criterios de interés general distintos de la defensa de la competencia” (ley 15/2007, artículo 10, apartado 4)¹⁹¹.

La jurisprudencia antitrust española sobre fusiones y adquisiciones puede dividirse en tres etapas: la correspondiente al período 1990-1998 (en la cual la notificación de las operaciones era voluntaria), la que va desde 1999 hasta 2002, y la del período 2003-2007. En la primera de dichas etapas el TDC dictaminó sobre 35 casos (a

¹⁹¹ Esta posibilidad de intervención del Consejo de Ministros de España en la aprobación de una operación rechazada por las autoridades antitrust ya regía en la época de vigencia de la ley 16/1989, y de

razón de menos de cuatro expedientes por año) y nunca aconsejó la desautorización total de una operación de concentración económica. Entre los años 1999 y 2002, en cambio, dictaminó sobre 39 operaciones (a razón de casi diez expedientes por año) y se opuso totalmente a la realización de diez de ellas. Entre los años 2003 y 2007, por último, el TDC analizó 32 operaciones (poco más de seis por año, en promedio) y objetó sólo dos de ellas (ambas en el año 2005).

El primer caso en el cual la autorización de una fusión estuvo condicionada al desmembramiento de una parte importante de un negocio tuvo lugar en el expediente “Ausonia/Arbora” (1993), por el cual dos fabricantes de artículos de protección sanitaria se integraron dando origen a una nueva entidad (Ausonia Higiene SA). En dicha oportunidad la autoridad antitrust española exigió que el grupo enajenara la parte del negocio relativa a pañales infantiles desechables de cualquiera de las dos empresas preexistentes, incluyendo los activos y las marcas correspondientes a dicho negocio. Un condicionamiento semejante tuvo lugar en el caso “SER/Antena 3” (1994), en el cual se analizó la creación de una empresa que pasó a administrar conjuntamente dos grandes cadenas de emisoras de radio. La objeción que el TDC efectuó tuvo que ver con el gran aumento de la concentración en numerosos mercados locales, por lo cual dictaminó que la operación se aprobara sujeta una serie de condiciones. Tales eran que el nuevo grupo no quedara con más de cuatro estaciones de radio en ningún centro urbano, que no tuviera más del 50% de las estaciones en ninguna ciudad con dos o más radios y que, en el caso de localidades con una única emisora de radio, se garantizara que, a nivel de la región a la que pertenecía dicha localidad, el grupo SER/Antena 3 mantuviera una participación inferior al 40%.

La primera operación de fusión objetada totalmente por el TDC fue “Endesa/Gas Natural” (1999), por la cual se producía una importante concentración horizontal en los mercados de distribución y comercialización de gas natural en las regiones de Andalucía y Aragón y, al mismo tiempo, se incrementaba la integración vertical entre las empresas que operaban en dichos mercados y el único transportador de gas a nivel nacional. Los principales efectos sobre la competencia que el TDC identificó en este caso fueron la desaparición de la competencia potencial que cada uno de los grupos empresarios representaba en las áreas de distribución en las que operaba el otro, lo cual repercutía

hecho fue utilizada por dicho consejo en algunas oportunidades.

también sobre las posibilidades de la autoridad energética para efectuar comparaciones entre las distintas empresas que regulaba. Asimismo, una integración vertical tan fuerte entre los segmentos de transporte, distribución y comercialización atentaba, según el análisis del TDC, sobre las posibilidades de que nuevas empresas ingresaran al mercado en sólo uno de dichos segmentos, reforzando la posición dominante del nuevo grupo. Todo eso llevó a que se considerara que la fusión en cuestión resultaba un obstáculo insalvable para la competencia efectiva en los distintos segmentos del mercado de gas natural, aconsejándose por ende su no aprobación.

La desautorización de la fusión entre Endesa y Gas Natural marcó el inicio de una línea de acción tendiente a evitar los incrementos de la concentración en los mercados energéticos y de comunicaciones. En España, dichos mercados se caracterizaban en general por ser poco desafiables y presentar fuertes regulaciones y numerosos segmentos de carácter monopolístico, pero se hallaban también en un proceso de transición hacia un entorno más desregulado y potencialmente más competitivo. A fin de preservar dicho entorno, el TDC se opuso a varias operaciones ligadas a la industria eléctrica (“Unión Fenosa/Hidroeléctrica del Cantábrico”, 2000; “Iberdrola/Berrueza”, 2001) y a la de medios de difusión (“Sogecable/Vía Digital”, 2002). También resulta ilustrativo que, para dar su opinión favorable sobre las fusiones “Banco Santander/Banco Central Hispano” (1999) y “BBV/Argentaria” (2000), que implicaron una consolidación muy importante en el sector bancario, el TDC haya sugerido como únicos condicionamientos que las empresas implicadas se desprendieran de paquetes accionarios en las industrias eléctrica, de medios de comunicación y de telecomunicaciones, y no les haya impuesto en cambio ninguna obligación relativa a la enajenación de sucursales ni de activos propiamente bancarios.

La mayor dureza en cuanto a la consideración de los posibles efectos anticompetitivos de las fusiones por parte del TDC hizo sin embargo que en algunos asuntos el Consejo de Ministros de España autorizara operaciones que el tribunal antitrust había aconsejado declarar improcedentes. Los primeros ejemplos de esto fueron los casos “Heineken/Cruzcampo” (1999) y “Mahou/San Miguel” (2000), que tuvieron lugar con pocos meses de diferencia e implicaron un aumento importante de la concentración en el mercado cervecero español. La idea del TDC era prohibir ambas operaciones para evitar la consolidación de un oligopolio muy concentrado en el cual

dos grandes grupos pasaban a tener más del 65% del mercado entre ambos. El Consejo de Ministros, en cambio, autorizó ambas operaciones, en el entendimiento de que seguía existiendo competencia efectiva entre los dos grupos que se consolidaban y que ninguno de ellos quedaba ostentando una posición dominante en el mercado¹⁹².

El último caso de desautorización total de una concentración económica por parte del TDC, que terminó con una opinión coincidente por parte del Consejo de Ministros, fue “Telefónica/Iberbanda” (2005). El mismo se refería a un intento, por parte de Telefónica de España, de adquirir el control de una empresa proveedora de internet (Iberbanda), que tenía una red alternativa a la red de Telefónica. Iberbanda poseía también una de las pocas licencias españolas para brindar servicios de internet por radio, que era una actividad de la cual la regulación de las telecomunicaciones había excluido explícitamente a Telefónica. Este último punto parece haber sido fundamental para inducir al TDC a aconsejar la prohibición de la concentración bajo análisis, en el entendimiento de que el acceso por parte de Telefónica al mercado de internet inalámbrica podía obstaculizar de manera efectiva la competencia en dicho mercado, así como la competencia que podía llegar a establecerse entre las distintas tecnologías de acceso a internet.

7.4. América Latina

7.4.1. México

La ley federal de competencia económica (1993) introdujo en México el control previo de las concentraciones a través de un mecanismo obligatorio aplicable a aquellas operaciones que superen determinados límites, fijados en términos de monto de la transacción, volumen de activos de las empresas involucradas y volumen de ventas de dichas empresas. Al igual que en el resto de las prescripciones sustantivas de la ley antitrust mexicana, para este tema se adoptaron en líneas generales los criterios vigentes en Estados Unidos, que en este caso implican la prohibición de aquellas concentraciones “cuyo objeto o efecto sea disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia respecto de bienes o servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados” (artículo 16, ley federal de competencia económica).

¹⁹² Otros casos en los cuales el TDC aconsejó desautorizar fusiones y el Consejo de Ministros finalmente las aprobó fueron “Endesa/Iberdrola” (2001) y “Gas Natural/Endesa” (2005).

La ley mexicana define también, en su artículo 17, una serie de supuestos en los que una fusión o adquisición restringe la competencia. Tales son que la operación bajo análisis confiera el poder de fijar precios o restringir cantidades sin que otros competidores puedan contrarrestar dicho poder, que pueda tener por objeto desplazar indebidamente a otros competidores, o que facilite sustancialmente el ejercicio de prácticas anticompetitivas. Para analizar si tales supuestos se cumplen, la Comisión Federal de Competencia (CFC) debe identificar los mercados relevantes y los agentes económicos que actúan en ellos, inferir si alguno de ellos tiene o pasa a tener poder sustancial en alguno de tales mercados, y establecer el grado de concentración de los mismos. El reglamento de la ley de competencia establece también que deben tenerse en cuenta las posibles ganancias de eficiencia derivadas de una operación de fusión o adquisición, así como los efectos de la concentración en otros mercados relacionados.

Todo el procedimiento de control previo de fusiones y adquisiciones se efectúa en el seno de la propia CFC, la cual tiene poder para autorizar, impugnar o sujetar las operaciones al cumplimiento de ciertas condiciones. Dichas condiciones pueden ser, según el reglamento de la ley de competencia, llevar a cabo una determinada conducta (o abstenerse de realizarla), enajenar determinados activos o paquetes accionarios, eliminar una determinada línea de producción, modificar o eliminar términos o condiciones de los actos que se pretendan celebrar, o realizar actos orientados a fomentar la participación de los competidores en el mercado.

A efectos de llevar a cabo su tarea de control de fusiones y adquisiciones, la CFC ha emitido algunas resoluciones en las que enuncia ciertas pautas que utiliza en la práctica. Una de ellas, del año 1998, establece criterios para calcular los índices de concentración y considera que, en general, son poco susceptibles de generar efectos contrarios a la competencia aquellas concentraciones para las cuales se da alguno de los siguientes supuestos:

- a) el HHI post-fusión es inferior a 0,2;
- b) el HHI se incrementa en menos de 0,0075 como consecuencia de la fusión;
- c) el índice de dominación post-fusión es inferior a 0,25;
- d) el índice de dominación disminuye como consecuencia de la fusión¹⁹³.

Uno de los primeros casos importantes de concentración económica que pasó

¹⁹³ Para una fundamentación teórica de estas reglas, véase García Alba (1994).

por la CFC fue “Aeroméxico/Mexicana” (1995), que implicó la fusión de las dos principales aerolíneas de México a través de la creación de una nueva empresa (denominada “Cintra”) que tendría el control de ambas. En rigor, ambas compañías ya formaban parte del mismo grupo económico desde 1993, puesto que Aeroméxico poseía el 55% de las acciones de Mexicana, con lo cual la operación implicaba una profundización de un proceso de integración ya iniciado. Pese a ello, la CFC interpretó que dicha profundización podía tener efectos contrarios a la competencia, ya que la participación conjunta de Aeroméxico y Mexicana en el mercado aéreo de cabotaje era del 65%, y su competidor más cercano apenas poseía el 14% del mercado. Por ello decidió subordinar la operación al cumplimiento de una serie de condiciones, entre las cuales se contaron la obligación de mantener separadas la administración y la contabilidad de Aeroméxico y Mexicana, y el control periódico de las tarifas aéreas en una serie de rutas, estableciéndose que la CFC le sugeriría a la Secretaría de Transportes en cuáles de ellas convendría regular los precios por razones de falta de competencia.

El caso de Aeroméxico y Mexicana tuvo ciertas derivaciones posteriores en las que la CFC debió actuar. En 1999, por ejemplo, ambas empresas fueron sancionadas por coordinar sus políticas comerciales respecto de las comisiones pagadas a las agencias de viajes, lo cual fue considerado como un incumplimiento de los condicionamientos impuestos al aprobarse su fusión. En el año 2000, por su parte, la autoridad antitrust objetó que Aeroméxico y Mexicana se vendieran de manera conjunta, en tanto que en el año 2005 dio su opinión favorable a la venta de dichas compañías de manera separada a compradores independientes. Por último, la CFC volvió a objetar recientemente la fusión de ambas compañías (“Mexicana/Aeroméxico”, 2007), por entender que, a pesar de los cambios que se habían producido en sector aéreo mexicano en el siglo XXI, Mexicana y Aeroméxico seguían siendo las principales líneas aéreas en 35 rutas de cabotaje y 15 rutas internacionales.

Otro caso relevante de los primeros años de funcionamiento del control de concentraciones en México es “Kimberley Clark/Crisoba” (1997), por el cual la principal empresa del sector papelerero adquirió a su mayor competidora. La operación tuvo lugar en Estados Unidos, ya que se trató de una adquisición por parte de Kimberley Clark del 100% de las acciones de la empresa estadounidense que controlaba a Crisoba (Scott Paper). Para autorizar la misma en México, la CFC le impuso al nuevo grupo

empresario numerosos condicionamientos que afectaron varios mercados en los que las dos empresas operaban. Los mismos fueron la venta de las acciones que Kimberley Clark poseía en la empresa Sancela (artículos de protección femenina), la venta de las marcas Regio (papel higiénico y servilletas) y Shock (cuadernos), el licenciamiento por 25 años, a una empresa independiente, de los derechos sobre las marcas Scotties (pañuelos desechables) y Baby Fresh (pañales desechables), y la supresión de la marca Suavel (servilletas de papel). Dichos desprendimientos se complementaron con el desmembramiento de una serie de activos físicos necesarios para fabricar algunos de los mencionados productos, equivalentes a una capacidad instalada de 67.000 toneladas anuales de papel.

Uno de los principales casos de integración horizontal que la CFC desautorizó totalmente fue “Coca-Cola/Cadbury Schweppes” (1999), que también fue el reflejo en México de una operación internacional de adquisición. Si bien la misma abarcó alrededor de cien países y fue autorizada en muchos de ellos, en el caso mexicano la autoridad antitrust entendió que la operación en cuestión incrementaba los índices de concentración de manera demasiado significativa. El mercado más afectado era el de bebidas gaseosas, en el cual Coca-Cola poseía ya una participación muy elevada, que más que triplicaba la de su principal competidor (Pepsi). Con la adquisición de las marcas de Cadbury-Schweppes aumentaban considerablemente tanto el HHI como el índice de dominación, los cuales pasaban a tomar valores de 0,5 y 0,87, respectivamente. A esto se sumaba la existencia de barreras de entrada que la CFC consideró importantes, en especial en lo relativo a la publicidad y a los canales de distribución de las gaseosas. Todo ello llevó a la decisión de desaprobación total de la operación, respecto de la cual las partes no invocaron que pudiera generar ganancias significativas de eficiencia.

En fecha más reciente, sin embargo, Coca-Cola fue autorizada a adquirir una empresa elaboradora de jugos y bebidas refrescantes no gaseosas (“Coca-Cola/Jugos del Valle”, 2007). En este caso se consideró que, como Coca-Cola no tenía una participación relevante en esos mercados, el efecto que la concentración podría llegar a tener sobre la competencia era menor al del caso de Cadbury-Schweppes (en el cual el principal efecto era sobre el mercado de bebidas gaseosas). La aprobación de la compra de Jugos del Valle, sin embargo, se hizo con la condición de que Coca-Cola no utilizara

ningún tipo de estrategia de venta atada de jugos y gaseosas, así como tampoco de exclusividad con cadenas de comercios minoristas. Asimismo, se le requirió que desactivara las marcas de bebidas gaseosas de Jugos del Valle, y que vendiera una marca de refrescos (Barrilitos) a otra empresa independiente.

Otro grupo económico al cual se le han objetado operaciones de concentración económica en México es Televisa, con importantes intereses en empresas de medios de comunicación. Por ejemplo, la concentración “Televisa/Acir” (2000) fue en su momento prohibida, puesto que hubiera implicado la consolidación entre el mayor propietario de canales de televisión (Televisa) y el mayor propietario de estaciones de radio (Acir). Si bien esta concentración no era propiamente horizontal sino de extensión de producto, la objeción de la CFC se centró en el impacto que la misma podía tener sobre el mercado de difusión publicitaria. En ese segmento Televisa concentraba el 55% de la inversión publicitaria nacional, y la adquisición de Acir habría hecho que dicho porcentaje se incrementara. También, a criterio de la CFC, hubiera abierto la posibilidad para que Televisa extendiera su poder de mercado desde el mercado televisivo hacia el radiofónico, y de que impusiera condiciones de venta y practicara estrategias depredatorias con mayor facilidad.

Otro caso de concentración prohibida que implicó indirectamente a Televisa fue “Sky/DirecTV” (2004), que era el reflejo de la compra del operador de televisión satelital DirecTV por parte de la empresa NewsCorp, que había tenido lugar en Estados Unidos. En México, sin embargo, NewsCorp controlaba, junto con Televisa, a la empresa Sky, que era el único competidor de DirecTV en el mercado de televisión satelital, y el grupo económico que se consolidaba de ese modo abarcaba prácticamente a todos los grandes intereses del sector de medios de comunicación. Pero a Televisa se le autorizó, en cambio, la adquisición de la empresa Televisión Internacional (“Televisa/TVI”, 2007), que era una compañía que prestaba el servicio de televisión por cable en Monterrey y otras ciudades del estado de Nuevo León. En este último caso lo que se tuvo en cuenta fue que la operación tenía un carácter básicamente vertical (ya que Televisa era proveedor de algunos de los contenidos que TVI ofrecía), por lo cual lo único que se le exigió al grupo adquirente fue un compromiso de no discriminar entre contenidos de Televisa y contenidos de otros oferentes, así como un compromiso de no excluir a otros competidores de TVI de la posibilidad de adquirir los contenidos de

Televisa.

A pesar de que la mayoría de los casos de prohibición de fusiones en México tuvieron que ver con aspectos horizontales de las operaciones, la jurisprudencia antitrust mexicana registra también algunos casos de impugnación de concentraciones verticales. Ejemplos de esto son “Servia/Alsur” (1997) y “Grupo México/Seranor” (1997), en los cuales se prohibió a dos empresas propietarias de líneas ferroviarias adquirir sendas empresas de servicios de almacenamiento. El argumento para objetar esas operaciones fue que la integración vertical entre el ferrocarril que servía una determinada área geográfica y las instalaciones de almacenamiento de granos ubicadas en dicha área hubiera generado un poder sustancial en los mercados de cereales y oleaginosas que no habría podido ser contrarrestado por ninguno de los otros participantes en los mismos. En el último de los casos mencionados se ponderó también que el adquirente tenía negocios en común con el propietario de otra empresa de servicios de almacenamiento, y que esto generaba una mayor concentración en los mercados afectados por la adquisición.

El Grupo México registra también otro caso de objeción total de una adquisición. La misma corresponde al caso “Grupo México/Ferrosur” (2002), cuya aprobación habría implicado la concentración de dos de las tres mayores líneas ferroviarias mexicanas (Ferromex y Ferrosur). Estas dos líneas ferroviarias volvieron a solicitar su fusión en el año 2005 (a través de la concentración “Ferromex/Ferrosur”, 2006) y una vez más la CFC se opuso a ello. Los principales argumentos que esgrimió para prohibir esta operación fueron que, a través del control de dos tercios del sistema ferroviario mexicano, una única empresa podría incrementar de manera muy significativa su poder de negociación frente a usuarios y concesionarios, y esto podría generar problemas de competencia tales como el desvío de cargas a rutas no óptimas y el incremento en las tarifas por tráfico interlineal e intralineal¹⁹⁴.

Un área en la cual la CFC ha estado particularmente activa analizando operaciones de concentración económica es el sector financiero y bancario, que durante la década de 1990 y principios del siglo XXI sufrió en México una fuerte reestructuración. La mayoría de estas transacciones fue aprobada sin mayor trámite, puesto que se trataba de adquisiciones de bancos mexicanos por parte de entidades

¹⁹⁴ Para una descripción más detallada de los argumentos utilizados en este caso, véase Comisión Federal

extranjeras que no operaban en México o porque implicaba fusiones de entidades con escaso poder de mercado. De las pocas operaciones parcialmente objetadas sobresalen “BBVA/Bancomer” (2000) y “Citicorp/Banamex” (2001), por las cuales los dos mayores bancos mexicanos (Bancomer y Banamex) fueron adquiridos por bancos extranjeros que ya operaban en México (BBVA y Citicorp). En el primero de los casos mencionados el único condicionamiento impuesto por la CFC fue que el nuevo grupo se desprendiera de una de las administradoras de fondos de retiro que controlaba (Profuturo). En el segundo, en cambio, se exigió la fusión de dos de dichas administradoras (Garante y Aegon) y la venta de las participaciones del nuevo grupo en una empresa de servicios de pago electrónico (E-Global) y en una empresa de créditos personales no bancarios (Crédito Familiar SA), en las cuales compartía el control con su principal competidor, el grupo BBVA-Bancomer.

7.4.2. Brasil

La ley brasileña de defensa del orden económico (ley 8884, de 1994) incluye un capítulo dedicado al control de actos y contratos, en el cual se sientan las bases del sistema de notificación de las concentraciones a cargo del Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE). Dicho capítulo contiene también un artículo de fondo (el artículo 54), en el cual se establece que el CADE podrá objetar “los actos ... que puedan limitar o de cualquier forma perjudicar la libre competencia, o resultar en el dominio de mercados relevantes de bienes o servicios”. Ese artículo contiene sin embargo una serie de condiciones por las cuales el CADE puede autorizar una concentración que en otros contextos sería impugnada. Tales condiciones son que las operaciones:

- I. tengan por objetivo ... aumentar la productividad, mejorar la calidad del bien o servicio, o propiciar la eficiencia y el desarrollo tecnológico o económico;
- II. los beneficios generados sean distribuidos equitativamente entre los participantes, de un lado, y los consumidores o usuarios finales, de otro;
- III. no impliquen eliminación de la competencia en una parte sustancial del mercado relevante de bienes o servicios;
- IV. observen los límites estrictamente necesarios para cumplir los objetivos buscados.

A diferencia de otras legislaciones antitrust, la ley brasileña contiene también

de Competencia (2006), capítulo 2.

una provisión de excepción (el inciso 2 del mencionado artículo 54) que establece que, si un acto que limita la competencia o crea una posición dominante cumple con por lo menos tres de los cuatro requisitos mencionados en el párrafo anterior, también podrá ser autorizado por el CADE, cuando sea necesario “por motivos preponderantes de la economía nacional y del bien común, y siempre que no implique perjuicio al consumidor o usuario final”. Tal como puede observarse, esta provisión le otorga a la autoridad administrativa una discrecionalidad mayor que la que tienen otras agencias antitrust del resto del mundo¹⁹⁵.

En el sistema brasileño, la notificación de los actos de concentración es necesaria en los casos en que alguna de las partes tenga un volumen anual de ventas superior a los 400 millones de reales, o el grupo económico que se forma tenga una participación en el mercado superior al 20%. La misma debe realizarse dentro de los 15 días hábiles posteriores a la adquisición, fusión o unión empresaria, y en muchos casos representa por lo tanto un procedimiento de “control posterior” (en vez de control previo) de las operaciones. Al igual que en el sistema europeo y en el mexicano, la autoridad administrativa de defensa de la competencia tiene en Brasil facultades para aplicar multas y para suspender, aprobar modificaciones o deshacer operaciones.

Por el tamaño de su economía y por los umbrales relativamente bajos que la ley antitrust brasileña fija para que una operación de concentración económica tenga que ser notificada ante el CADE, Brasil es uno de los países en los cuales se analiza anualmente un número mayor de fusiones desde el punto de vista de la defensa de la competencia. En el año 2007, por ejemplo, se analizaron 613 actos de concentración económica, número que estuvo cerca del récord que el CADE fijó en el año 2001, en el cual se estudiaron 621 actos de ese tipo¹⁹⁶. Llama la atención, sin embargo, que con dicho volumen de casos analizados no haya, hasta fines el año 2008, ninguna operación de concentración económica que haya sido prohibida en Brasil. De hecho, la única que en su momento fue desautorizada por el CADE (“Nestlé/Garoto”, en el año 2004) fue luego autorizada por el poder judicial brasileño.

La jurisprudencia sobre control de concentraciones en Brasil presenta sin

¹⁹⁵ Para un comentario sobre ese tema y sobre el modo en el cual se inserta en el procedimiento de control de concentraciones en Brasil, véase Oliveira (2001), capítulo 1.

¹⁹⁶ Este dato aparece en Santiago (2008), capítulo 7. Véase también Conselho Administrativo de Defesa Econômica (2001) y Conselho Administrativo de Defesa Econômica (2007).

embargo numerosos casos de operaciones condicionadas. En el período 1994-1996, por ejemplo, una parte importante de las operaciones aprobadas lo fue con la condición de que las empresas mantuvieran determinados comportamientos durante los años posteriores a la concentración, a fin de verificar la aparición de ganancias de eficiencia. Este criterio se abandonó a mediados de 1996, y a partir de ese momento los casos de autorización condicionada pasaron a ser mucho menos frecuentes pero generalmente más sustanciales.

Uno de los primeros casos importantes de autorización condicionada por el CADE fue “Rhodia/Celbrás” (1994), por el cual se constituía un virtual monopolio en el sector de producción de fibras sintéticas de poliéster y acrílico. Dicho monopolio se consideró ilícito, y no se consideraron suficientes las defensas de eficiencia ni el argumento de la empresa en decadencia, invocado respecto de la empresa Celbrás (adquirida por el grupo Rhodia). La resolución del CADE, por lo tanto, impuso la desconcentración parcial del grupo formado, de modo de excluir del mismo a las actividades de fabricación de las fibras de poliéster y acrílico pertenecientes a la empresa adquirida. Otro caso del período inicial en el cual se impuso un condicionamiento sustancial fue “Grupo Gerdau/Korf” (1995), por el cual se producía una concentración importante en ciertos segmentos de la industria siderúrgica brasileña. Para autorizar la operación el CADE exigió el desmembramiento de una de las compañías del grupo adquirido (Siderúrgica Pains), por entender que su incorporación al grupo adquiriente fortalecería indebidamente la posición dominante del mismo en el mercado de productos siderúrgicos laminados¹⁹⁷.

El siguiente hito en la jurisprudencia brasileña sobre control de fusiones y adquisiciones es el caso “Colgate/Kolynos” (1996), que fue uno de los que en su momento tuvo mayor repercusión pública. La operación fue el reflejo de una adquisición internacional por la cual Colgate se hizo cargo de la compañía norteamericana American Home Products, pero en el mercado brasileño de cremas dentales implicó la consolidación de dos empresas cuyas participaciones eran del 25,5% (Colgate) y del 52,5% (Kolynos). El caso resultó muy importante porque sentó el

¹⁹⁷ Esta decisión fue objetada por el grupo Gerdau, el cual llegó luego a un acuerdo con el CADE por el cual sustituyó el compromiso de venta de la Siderúrgica Pains por el cumplimiento de ciertas condiciones, relacionadas con la venta de una planta de laminación, la difusión de tecnología y el establecimiento de un programa de reinserción laboral, entre otras. Al respecto, véase Conselho Administrativo de Defesa Econômica (1996).

precedente de que el CADE podía intervenir en operaciones realizadas fuera del país (pero que tenían efectos sustanciales en el mercado brasileño) y porque inició una nueva etapa en cuanto a las metodologías de análisis aplicadas. Los condicionamientos impuestos por el CADE consistieron en darle a Colgate la opción de desprenderse de la marca Kolynos o de suspender temporariamente su uso. Como la empresa eligió esta última alternativa, se comprometió a no comercializar productos bajo la marca Kolynos durante un período de cuatro años y a ofrecer públicamente a empresas competidoras contratos de producción de cremas dentales por un volumen de 14 mil toneladas al año, brindando asimismo asistencia técnica para que distribuidores y cadenas de supermercados lanzaran sus propias marcas al mercado.

También resulta relevante como antecedente jurisprudencial la decisión del CADE en el caso “Mahle/Metal Leve” (1998), que fue el reflejo de una adquisición objetada en Estados Unidos por la Comisión Federal de Comercio. Las empresas implicadas en esta operación se dedicaban a la producción de autopartes utilizadas como insumos por la industria automovilística. Uno de los mercados relevantes era el de pistones, en el cual se consideró que, si bien la operación elevaba la concentración, generaba también sinergías positivas significativas y no hacía desaparecer la competencia (que inclusive se veía incrementada por el probable ingreso de nuevos competidores). En el otro mercado relevante, el de camisas, la adquisición implicaba en cambio la formación de un monopolio que no parecía que fuera a ser desafiado en breve por ninguna otra empresa, y no había tampoco ninguna defensa de eficiencia importante. Por eso el CADE decidió autorizar la operación en el mercado de pistones (y en otros mercados en los cuales no afectaba los índices de concentración), pero obligar al adquirente a desprenderse del negocio de camisas de la empresa adquirida, a fin de permitir el ingreso de un nuevo competidor.

Otro caso de concentración económica de suma importancia en la historia antitrust brasileña es “Brahma/Antarctica” (2000), en el cual las dos principales empresas cerveceras de Brasil se fusionaron y dieron origen a la compañía AmBev, que pasó a ser una de las mayores del mundo en su tipo. El caso estuvo complicado por el hecho de que la fusión había sido alentada por el propio gobierno brasileño, si bien con anterioridad el CADE había objetado parcialmente varias operaciones en el mercado

cerveceros por entender que el mismo se hallaba extremadamente concentrado¹⁹⁸. Estas influencias cruzadas jugaron probablemente un papel importante para hacer que la operación finalmente se aprobara, si bien dicha aprobación implicó la subordinación de la misma a varios condicionamientos. El principal de ellos fue la enajenación de una marca de cerveza (Bavaria) y de una fábrica de cerveza en cada una de las regiones en las que se divide la República de Brasil, con el agregado de que el comprador de dicha marca y de dichas fábricas debía ser una empresa que tuviera capacidad para competir a nivel nacional pero que no tuviera, antes de la fusión, una participación de más del 5% en el mercado brasileño. AmBev debía también, durante un período de cuatro años, compartir su red de distribución con la empresa que comprara sus plantas, y comprometerse a no imponer cláusulas de exclusividad a sus distribuidores ni intentar prácticas de venta atada de sus productos.

El desmembramiento de activos fue también el modo que encontró el CADE para condicionar la aprobación de la concentración “Bompreço/Barbosa” (2003), en el cual una gran cadena brasileña de supermercados (Bompreço) adquirió otra cadena (Barbosa), que operaba principalmente en los estados de Bahía y Sergipe. En el análisis de esta concentración, el CADE ponderó una serie de argumentos de eficiencia presentados por las partes, así como también la posibilidad de fijar ciertos condicionamientos de conducta. También analizó el impacto que la operación podía tener en los mercados mayoristas de los principales productos que los supermercados implicados vendían. Finalmente, el caso concluyó con una decisión por la cual el nuevo grupo que se constituía debía desprenderse de un total de dieciséis locales, en las ciudades de Salvador (Bahía), Feira de Santana (Bahía) y Aracaju (Sergipe). Dichos locales debían enajenarse en tres bloques (uno por cada ciudad), que inclusive podían venderse de manera conjunta, y quienes los compraran tenían también la opción de adquirir los derechos sobre la marca “Barbosa” y sobre la tarjeta de descuentos “Credi-Hiper” (emitida en su momento por los supermercados Barbosa)¹⁹⁹.

Pero el caso de concentración económica que hasta ahora generó mayores controversias en Brasil ha sido sin duda “Nestlé/Garoto” (2007), que primero fue

¹⁹⁸ Ejemplos de estas operaciones objetadas con anterioridad son “Brahma/Miller” (1997) y “Antarctica/Annheuser Busch” (1997), que implicaron individualmente a las dos compañías cuya fusión dio origen a AmBev.

¹⁹⁹ Para una reseña de este caso, así como también de los casos “Colgate/Kolynos” y “Brahma/Antarctica”, véase Oliveira y Rodas (2004), parte II.

prohibido por el CADE y luego fue autorizado por un juzgado federal de la ciudad de Brasilia. El caso en cuestión se refería a la adquisición de una importante empresa brasileña fabricante de chocolates y otras golosinas (Garoto) por parte de la compañía suiza Nestlé, que ya operaba en el mismo sector en Brasil. Los mercados más afectados por esta fusión eran el de tabletas de chocolate y el de bombones cubiertos con chocolate, en los cuales la participación conjunta de Nestlé y Garoto se ubicaba entre un 61% y un 88%. Si bien en tales mercados operaba también otra empresa de importancia (Kraft, a través de su marca Lacta), las autoridades antitrust brasileñas entendieron que dicha competencia resultaba insuficiente para contrarrestar el incremento de poder de mercado del grupo Nestlé-Garoto, y que se trataba de mercados con elevadas barreras de entrada dadas por altos costos de distribución y publicidad, y por la fidelidad de los consumidores a ciertas marcas muy reconocidas.

Para emitir su decisión, en el año 2004, el CADE aparentemente analizó alternativas menos fuertes que la prohibición total de la concentración entre Nestlé y Garoto, pero llegó a la conclusión de que las mismas no eran viables porque el núcleo de la operación tenía que ver justamente con los mercados en los cuales el aumento de la concentración era mayor. La resolución administrativa que prohibió la fusión tuvo sin embargo una disidencia de parte del propio presidente del CADE, que entendía que era preferible aprobar la operación con condicionamientos de conducta que deshacer una fusión que de hecho ya se había producido en la práctica. Esta parece haber sido también la opinión del juez que terminó autorizando la concentración, si bien su sentencia se fundó en aspectos de procedimiento y no en cuestiones de fondo. Cabe aclarar, sin embargo, que este último fallo ha sido apelado por el CADE ante el Tribunal Federal Regional de Brasilia, que a fines del año 2008 no había emitido todavía su opinión sobre el asunto.

Si bien la mayoría de los casos en los que el CADE ha objetado operaciones de concentración son de naturaleza horizontal, existe también jurisprudencia al respecto de carácter vertical. Un ejemplo de esto es “Nitroquímica/Mineração Floral” (1997), en el cual el principal productor brasileño de ácido fluorídrico y otros productos químicos (Nitroquímica) adquirió a su principal proveedor de insumos (Mineração Floral). El potencial anticompetitivo de la operación fue considerado importante, ya que Mineração Floral era el principal productor de fluorita, insumo necesario para la producción de

distintos bienes en los que Nitroquímica tenía intereses diversos. Por un lado, la operación podía tener el efecto de obstaculizar el acceso a la provisión de fluorita de los competidores de Nitroquímica, elevando sus costos de producción y excluyéndolos del mercado. Por otro, podía generarle problemas de provisión a empresas que no competían con Nitroquímica pero dependían de la fluorita producida por Mineração Floral, si es que Nitroquímica limitaba la producción de las variedades de fluorita que no utilizaba en su propia producción. Por todo ello la operación fue subordinada al cumplimiento de ciertas condiciones de comportamiento, ligadas con el mantenimiento de las condiciones comerciales pre-fusión para los compradores de fluorita y de ácido fluorídrico, y con la realización de las inversiones necesarias para garantizar la provisión de las variedades de fluorita que Nitroquímica no utilizaba en sus propios procesos productivos.

7.4.3. Argentina

En la Argentina, el procedimiento de control previo de fusiones y adquisiciones fue introducido en el año 1999 por la ley 25.156, que contiene además dos artículos de fondo sobre el tema. El primero de ellos (artículo 6) define qué se entiende por concentración económica, en tanto que el segundo expresa que están prohibidas “las concentraciones económicas cuyo objeto o efecto sea o pueda ser restringir o distorsionar la competencia, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general” (artículo 7 de la ley 25.156, modificado por el decreto 396/2001)²⁰⁰.

El control previo establecido por la ley argentina de defensa de la competencia implica la obligación de informar a la autoridad antitrust todas aquellas operaciones de concentración económica que superen los 20 millones de pesos e involucren empresas cuyas ventas dentro del territorio de la República Argentina superen los 200 millones de pesos²⁰¹. La ley 25.156 establece que la decisión respecto de aprobar, desaprobar o

²⁰⁰ La jurisprudencia antitrust argentina registra también un caso de adquisición tratado con anterioridad a la sanción de la ley 25.156 (“D. Castro c/ Standard Electric y otros”, 1985), en virtud de una denuncia que lo objetaba como una conducta anticompetitiva. El mismo concluyó con la aceptación de las explicaciones de las empresas denunciadas, basándose principalmente en el argumento de la empresa en decadencia.

²⁰¹ El límite de los 20 millones de pesos fue introducido en marzo del año 2001 por el decreto 396/2001. Hasta ese momento también era obligatorio que las empresas que vendían más de 2500 millones de pesos a nivel mundial informaran a la autoridad antitrust argentina sus operaciones de concentración económica

condicionar una fusión está en cabeza del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia, creado por la propia norma. Como a fines del año 2008 dicho tribunal no se hallaba aún constituido, las operaciones en cuestión han sido evaluadas por las autoridades de aplicación de la ley antitrust anterior, es decir, por el secretario de estado a cargo del área de comercio interior, previo dictamen de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC).

Para establecer los criterios básicos de evaluación de las operaciones de concentración económica, en la Argentina se han emitido lineamientos específicos sobre el tema, que han sido aprobados por la resolución 164/2001 de la Secretaría de Defensa de la Competencia y del Consumidor, y que están inspirados en las pautas estadounidenses sobre fusiones y adquisiciones²⁰². Su principal innovación respecto de dichas pautas está en que contienen un capítulo específico sobre el impacto de la competencia proveniente de productos importados, que en una economía relativamente pequeña como la argentina es muchas veces el principal freno para que las empresas locales ejerzan su poder de mercado.

7.4.3.1. Creación de posiciones monopólicas

Al igual que en la mayoría de las jurisprudencias antitrust del mundo, en la Argentina las operaciones de concentración económica que han merecido algún tipo de objeción total o parcial se encuentran en muchos casos ligadas con situaciones de creación de una posición monopólica. Es así que el primer caso en el cual la CNDC aconsejó condicionar una operación al desmembramiento de una parte del negocio de las empresas que se concentraban tuvo como causal la creación de un monopolio en un mercado televisivo regional. El caso en cuestión fue “Telefónica/Atlántida Comunicaciones” (2000), por el cual se concentraron dos *holdings* que operaban en los mercados de televisión abierta, comercialización de espacios publicitarios y servicios de internet. Si bien las empresas involucradas superponían sus actividades en varios sectores, la CNDC identificó un único mercado en el cual consideró que la competencia

que tuvieron efectos en el país. Luego de estos cambios el número de concentraciones informadas se redujo significativamente, ya que se evitaron numerosas notificaciones de adquisiciones relativamente pequeñas por parte de grandes empresas.

²⁰² En rigor, estos lineamientos son el segundo conjunto de pautas sobre fusiones que se aprobaron en la Argentina desde la sanción de la ley 25.156. Los mismos reemplazaron a los lineamientos contenidos en la Resolución 726/1999 de la Secretaría de Industria, Comercio y Minería.

se hallaba fuertemente amenazada, que era el de televisión abierta de la ciudad de Mar del Plata. Como en dicho mercado los únicos dos canales quedaban bajo el control del mismo grupo empresario, la aprobación de la fusión se condicionó a la venta de uno de ellos a un operador independiente²⁰³. El perjuicio potencial que la mayor concentración podía crear en este caso tenía que ver tanto con los intereses de los televidentes como con los de los anunciantes. Ambos verían limitada la oferta disponible con el consiguiente perjuicio de dicha limitación sobre la calidad y, en el caso de los anunciantes, existía también el peligro de un incremento en los precios debido al mayor poder de mercado que podía tener un único oferente de espacios de publicidad televisiva.

Idéntico criterio al de la operación anterior fue el que se aplicó pocos meses después con motivo de la concentración “Fresenius/RTC” (2000). En ese caso lo que se produjo fue la adquisición de una empresa prestadora de servicios de hemodiálisis (RTC) por parte de su competidora más importante (Fresenius). Cada una de dichas empresas controlaba varios centros de diálisis en el territorio argentino (47 en el caso de Fresenius y 48 en el de RTC), y existían ocho áreas urbanas en las cuales las actividades de ambas empresas se superponían. En cinco de ellas (las correspondientes a las ciudades de Bahía Blanca, Cipolletti, Neuquén, Nogoyá y Paraná), la concentración llevaba incluso a la creación de un monopolio, ya que los únicos centros de hemodiálisis existentes eran propiedad de RTC o de Fresenius. Por ese hecho fue que la aprobación de la operación se hizo bajo la condición de que las empresas enajenaran un centro de diálisis en cada una de dichas ciudades (con la excepción de Paraná, donde se les exigió que vendieran dos de los centros que poseían), a efectos de que en tales mercados se mantuviera cierta competencia y no se creara un monopolio del servicio bajo análisis. Una característica peculiar del dictamen de la CNDC en este caso fue que en el mismo se opinó que, dada la forma en que se determinaban los precios de los servicios de diálisis, la monopolización no iba a tener mayor influencia sobre los mismos. La creación de posiciones monopólicas, sin embargo, se consideró igualmente nociva por entenderse que la calidad de las prestaciones sí podía verse afectada por la mayor

²⁰³ Con posterioridad a la intervención de la autoridad antitrust, el ente regulador de las actividades de radiodifusión (COMFER) obligó al grupo a desprenderse de otro canal de televisión abierta del área urbana de Buenos Aires, zona en la cual había pasado a controlar dos emisoras sobre un total de cinco existentes.

concentración, y fue consecuentemente prohibida en las ciudades anteriormente mencionadas.

También puede interpretarse como una resolución que buscó impedir la creación de una posición monopólica a la que cerró el caso “OCA/Correo Argentino” (2001), que fue la primera operación de concentración totalmente desautorizada por las autoridades antitrust argentinas. Dicha operación habría implicado la adquisición de la empresa concesionaria del servicio oficial de correos y telégrafos por parte su única competidora de importancia en varios de los mercados relevantes analizados. Dichos mercados eran esencialmente los de servicio postal nacional, servicio postal internacional, cartas documento, telegramas y *clearing* bancario. En tales mercados la integración entre OCA y el Correo Argentino habría implicado la formación de un virtual monopolio, en lugar del duopolio que existía mientras las empresas permanecieran separadas. No sucedía lo mismo en el mercado de distribución de paquetes ni en el del servicio postal internacional expreso, en los cuales ambas empresas enfrentaban una competencia importante por parte de otras compañías. Estas últimas actividades, sin embargo, representaban una proporción pequeña de los negocios de OCA y del Correo Argentino, en relación con los segmentos en los que aparecían los mayores problemas de competencia.

En el caso OCA/Correo Argentino se presentó también una interacción interesante entre regulación y defensa de la competencia, ya que las tarifas del servicio oficial de correos se hallaban reguladas por la Comisión Nacional de Comunicaciones. Dicha regulación, sin embargo, tenía como uno de sus pilares la idea de que el correo oficial enfrentaba competencia en los distintos mercados en los que actuaba, con lo cual su adquisición por parte de OCA implicaba un cambio sustancial en las reglas de juego. Tampoco se consideraron suficientes para revertir la opinión negativa sobre la fusión las defensas de eficiencia presentadas por las compañías, que aparentemente no incluyeron una identificación ni una cuantificación precisa de los efectos invocados.

Otra concentración económica prohibida por las autoridades argentinas de competencia por consideraciones relacionadas con la creación de una posición monopólica fue “Teledigital/Esmeralda-Venado Tuerto Televisión” (2003), en la cual un operador de televisión por cable que prestaba servicios en numerosos puntos del país (Teledigital) quiso adquirir de manera simultánea a los otros dos operadores con los

cuales competía en la ciudad de Venado Tuerto (Santa Fe). Para justificar esta operación, que creaba un monopolio en un mercado local de televisión por cable, la empresa adquiriente argumentó que la misma generaba ganancias de eficiencia, y también utilizó el argumento de la empresa en decadencia (ya que las dos compañías que intentaba comprar se encontraban en procesos de quiebra). En su análisis de la operación, sin embargo, la CNDC consideró que las eficiencias invocadas no eran en este caso admisibles, puesto que se trataba básicamente de la eliminación de redes superpuestas de televisión por cable que ya se hallaban instaladas, y cuyos ahorros en términos de costos de oportunidad eran escasos. Tampoco se aceptó aquí el argumento de la empresa en decadencia, principalmente porque Teledigital no era el único comprador interesado en adquirir los activos de estas empresas, y la alternativa disponible implicaba por lo tanto una opción menos restrictiva de la competencia.

En la resolución del caso de la televisión por cable de Venado Tuerto tuvo importancia la definición de mercado relevante que utilizó la CNDC, que abarcó solamente a la televisión por cable y no a la televisión satelital o a otros tipos de servicios televisivos. Este criterio, sin embargo, se modificó para el análisis de la concentración “Multicanal/Cablevisión” (2007), en la cual se tomaron como mercados relevantes a los mercados de televisión por suscripción (es decir, por cable y satelital, conjuntamente considerados) en cada una de las áreas urbanas afectadas. Esta última fusión fue una operación mucho más grande que la anterior, pero terminó siendo autorizada sin condicionamientos (si bien en la aprobación se incorporaron una serie de obligaciones adquiridas por las partes en virtud de un compromiso ofrecido por ellas), a pesar de que las empresas involucradas competían entre sí en dieciocho ciudades argentinas (entre ellas, Buenos Aires, La Plata, Córdoba y Santa Fe) y en algunas de ellas eran las únicas dos operadoras de televisión por cable.

Otro caso en el cual puede decirse que la creación de una posición monopólica fue autorizada es “Jumbo/Home Depot” (2002), que implicó la adquisición de los activos que la empresa Home Depot poseía en la Argentina por parte de quien era el propietario de su único competidor directo (Easy). Tanto Home Depot como Easy eran cadenas de supermercados especializadas en la venta de materiales de construcción y productos para la reparación y mantenimiento del hogar, y como consecuencia de la operación todos los locales de Home Depot pasaron a operar bajo la marca Easy. A

pesar de ello, la CNDC aconsejó en este caso que la adquisición se aprobara sin condicionamientos, entendiendo que, dado el desarrollo incipiente de ese tipo de supermercados en la Argentina, no correspondía considerar a los mismos como un mercado en sí mismo sino como negocios que competían contra otras formas alternativas de comercialización de los productos que vendían. Con dicha definición del mercado relevante, la participación conjunta de Easy y Home Depot en las ventas de cada uno de los productos que comercializaban resultaba reducida, por lo cual se interpretó que la fusión entre ambos no implicaba una restricción significativa de la competencia. El caso Jumbo/Home Depot, sin embargo, podría verse también como una aplicación del argumento de la empresa en decadencia al mercado de los supermercados de materiales de construcción. Esto se debe a que, en razón de su escasa rentabilidad, Home Depot había decidido abandonar el mercado argentino y los de otros países sudamericanos, pudiendo interpretarse que Jumbo era el único comprador potencial con interés en adquirir los activos que su competidor estaba dejando.

7.4.3.2. Oligopolios concentrados

Buena parte de los casos de fusiones o adquisiciones horizontales que han merecido algún tipo de observación por parte de las autoridades argentinas de defensa de la competencia se refieren a situaciones que, sin implicar la creación de monopolios, afectaban mercados oligopólicos muy concentrados. Uno de dichos casos, que merece ser destacado por el tipo de análisis económico llevado a cabo por la CNDC, es “AES/Gener” (2001). El mismo implicó la adquisición de una empresa de generación eléctrica (Gener) por parte de un grupo que ya poseía participaciones en los segmentos de generación y distribución de electricidad (AES). Para estudiar el impacto de esa operación sobre la competencia se tuvieron en cuenta no sólo los *market shares* de las empresas involucradas sino que se efectuaron también ejercicios de simulación respecto del posible efecto de la concentración sobre los precios de la energía eléctrica. De dichos ejercicios surgió que el nuevo grupo tendría un poder muy grande para influir sobre el precio mayorista de la electricidad, a través del uso de su capacidad instalada de generación en el área metropolitana de Buenos Aires y en la zona de Río Negro y Neuquén. Por eso la aprobación de la operación se condicionó a la venta por parte de AES de sus participaciones en las empresas Hidroeléctrica Piedra del Águila (Neuquén)

y Central Puerto (Buenos Aires), con lo cual el problema de competencia mencionado se redujo a niveles mucho menores²⁰⁴.

También mereció objeciones relacionadas con el aumento de la concentración en algunos segmentos oligopólicos la operación objeto del caso “Bayer/Aventis” (2002), referida a productos agroquímicos e insecticidas. Si bien la participación de los laboratorios involucrados en esta concentración no era excesivamente grande a nivel global, la misma crecía considerablemente cuando se analizaban ciertos productos específicos, en los cuales la principal competencia para cada laboratorio era algún producto del otro. Esto hizo que la autoridad antitrust condicionara la aprobación de la operación a la realización de ciertas desinversiones consistentes en la cesión de determinadas marcas, que debieron ser elegidas por las partes de acuerdo con lineamientos elaborados por la CNDC. Como en ese caso la operación era el reflejo local de una concentración de carácter internacional, los requisitos para aprobar la misma tuvieron en cuenta los efectos de otras desinversiones ya realizadas, ordenadas por las autoridades de defensa de la competencia de Estados Unidos y de la Unión Europea.

Otro caso de importancia analizado por la CNDC, que también implicó un desmembramiento sustancial de activos, fue “AmBev/Quilmes” (2003). El mismo trajo aparejada una importante concentración horizontal en el mercado de cerveza, que se produjo a consecuencia de la adquisición de la empresa con mayor participación de mercado (Quilmes) por parte de su principal competidora (AmBev, propietaria de la marca Brahma). Esto implicaba elevar sustancialmente los índices de concentración del sector cervecero argentino, y crear un grupo económico con una participación de mercado del 81,4%. La concentración en cuestión, sin embargo, presentaba ciertas ganancias de eficiencia que la CNDC estimó en unos 27 millones de pesos anuales, y que se originaban en un mejor uso de los recursos en las áreas industrial y de distribución.

La consideración conjunta de los efectos de la concentración sobre el poder de mercado y sobre la eficiencia productiva llevó a que la adquisición de Quilmes por AmBev fuera finalmente aprobada, pero con la condición de que el grupo que se consolidaba enajenara una de sus principales plantas (la que se utilizaba para producir la

²⁰⁴ Para un análisis de este caso, y de otras fusiones que afectaron a los mercados energéticos en la

cerveza Brahma) y tres marcas de cerveza (Bieckert, Palermo e Imperial, todas ellas propiedad de Quilmes) a un nuevo ingresante al mercado argentino. La idea era que dicho ingresante pasara a tener una participación de mercado similar a la que tenía Brahma antes de la fusión, y reemplazara a AmBev en su papel de principal competidor del grupo mayoritario. El grupo AmBev-Quilmes, asimismo, debió comprometerse a facilitarle sus canales de distribución al nuevo ingresante durante los primeros años de operación de éste en el mercado²⁰⁵.

Otro caso importante que culminó con una aprobación condicionada fue “Telefónica/BellSouth” (2004), en el cual uno de los principales proveedores de telefonía celular (Telefónica) adquirió los activos de uno de sus competidores (BellSouth, propietario de la marca Movicom). Con esta adquisición, el número de empresas en el mercado argentino de telefonía celular pasó de cuatro a tres, y el nuevo grupo integrado pasó a tener más del 45% de los abonados del sistema. Para aconsejar la aprobación de la operación, sin embargo, la CNDC tuvo en cuenta que la empresa adquirida era la que estaba creciendo a un ritmo menor dentro del mercado, y que, en cambio, las otras dos empresas que no participaban de la fusión (Telecom y CTI) eran las que se comportaban de manera más dinámica y agresiva en su política de precios. Como el mercado de telefonía celular se hallaba además en franco crecimiento, se interpretó que la concentración no iba a restringir la competencia de manera significativa, pero de cualquier modo se le impuso a las partes la obligación de devolver parte del espectro radioeléctrico que poseían como entidades independientes, a fin de que el gobierno pudiera efectuar una nueva asignación del mismo (permitiendo la entrada de un nuevo operador al mercado)²⁰⁶.

La jurisprudencia argentina sobre concentraciones horizontales registra también algunos casos en los cuales los condicionamientos impuestos para aprobar una operación tuvieron que ver con obligaciones relacionadas con conductas y no con medidas de tipo estructural. El primer caso en el que se aplicó este enfoque fue

Argentina, véase Petrecolla y Bidart (2006).

²⁰⁵ El compromiso adquirido por Quilmes como consecuencia de su integración con AmBev finalmente se cumplió a través de la concentración “ICSA/Quilmes” (2006), por la cual una nueva empresa ingresante al mercado (ICSA) se hizo cargo de la planta productora de cerveza que había pertenecido a Brahma y de las marcas Imperial, Palermo y Bieckert. Esta nueva empresa, sin embargo, duró poco como entidad independiente, ya que luego fue adquirida por el principal competidor del grupo Quilmes/AmBev. Esta última adquisición (“CICSA/ICSA”, 2008) fue aprobada sin condicionamientos.

²⁰⁶ Para un análisis económico de los efectos de esta concentración, véase Coloma (2007a).

“Carrefour/Promodes” (2000), que implicó la concentración de dos cadenas de supermercados (Carrefour y Norte). En este caso, la única condición que se impuso a las empresas fue no incrementar la cantidad de bocas de expendio que poseían en el área urbana de Rosario. También entra dentro de la categoría de condicionamientos de conducta el que se requirió para aprobar la operación “Orígenes/Previnter” (2000), por la cual la principal administradora de fondos de jubilaciones y pensiones del mercado argentino (Orígenes) adquirió a un competidor relativamente pequeño (Previnter), pero que se caracterizaba por cobrar menores comisiones por sus servicios a algunos clientes. En ese caso la exigencia que se le impuso a Orígenes fue informar a todos los afiliados de Previnter cuyas comisiones se incrementaban del cambio que se estaba produciendo, y darles la oportunidad de traspasarse libremente a otra administradora de fondos dentro del plazo de cuatro meses, contados a partir de la fecha de la adquisición de Previnter por Orígenes²⁰⁷.

Al igual que en el resto de los países, también en la Argentina muchas operaciones horizontales que afectaban a oligopolios más o menos concentrados terminaron con resoluciones que las aprobaron sin imponerles ningún condicionamiento, por entenderse que la competencia no se veía disminuida. Ejemplos de esto son los casos “Bestfood/Arisco” (2000), “Philip Morris/Nabisco” (2001), “Molinos/Lucchetti” (2001), “Arcor/Bagley” (2004), “Arcor/La Campagnola” (2006) y “Fecovita/Resero” (2007), todos ellos referidos a mercados de productos comestibles o bebidas. En todas estas operaciones se entendió que los mercados involucrados, si bien se hallaban relativamente concentrados, presentaban bajas barreras de entrada y cierta apertura al ingreso de productos importados, lo cual hacía que los incrementos que se registraban en la concentración de algunos segmentos (por ejemplo, aceite de oliva en el caso Bestfood/Arisco, golosinas bañadas en chocolate en el caso Philip Morris/Nabisco, pastas secas en el caso Molinos/Lucchetti, galletitas en el caso Arcor/Bagley, mermeladas en el caso Arcor/La Campagnola, y vino común en el caso Fecovita/Resero) no permitieran presuponer que los grupos que se constituían fueran a obtener un aumento significativo en su poder de mercado.

En varios otros casos de bienes de consumo, sin embargo, se impusieron algunos condicionamientos estructurales cuando se consideró que las fusiones generaban un

²⁰⁷ Idénticos condicionamientos fueron luego aplicados en otras concentraciones que involucraron al

aumento muy importante en la concentración de algún mercado. En “Bimbo/Fargo” (2004), por ejemplo, se le obligó al grupo que se fusionaba (y que pasaba a tener una posición dominante en el mercado de pan rodado) que se desprendiera de una planta de producción y de una marca de pan (Lactal). Del mismo modo, en “Pernod Ricard/Allied Domecq” (2005), la autoridad antitrust argentina impuso el desmembramiento de varias marcas de bebidas alcohólicas diversas (whisky, gin, vodka y licor), en las cuales las dos empresas que se concentraban tenían participación. También hubo un condicionamiento similar en la concentración “Banco Macro/Banco Bisel” (2006), en el cual el grupo bancario que se formó debió desprenderse de una sucursal en una localidad (Capitán Bermúdez, provincia de Santa Fe) en la cual sólo había tres bancos (y dos de ellos pasaban a quedar en manos del grupo adquiriente). Finalmente, en “Sao Paulo Alpargatas/Alpargatas Argentina” (2008), la CNDC aconsejó aprobar la operación sujeta al desmembramiento de la marca Pampero, en una concentración que afectaba predominantemente al mercado de ropa de trabajo.

Pero casi con seguridad el caso más sorprendente de fusión horizontal en un oligopolio concentrado es “YPF/Dapsa” (2007), que directamente terminó en prohibición. La operación en cuestión era la adquisición, por parte de la principal empresa petrolera argentina, de una única estación de servicio en la ciudad de Buenos Aires, que pertenecía a otra petrolera de menor tamaño (Dapsa). Pese a lo limitado de la operación, y al hecho de que en la ciudad de Buenos Aires existen muchas decenas de estaciones de servicio de diferentes marcas, la CNDC aconsejó prohibir esta concentración, por entender que el mercado relevante debía limitarse a las estaciones de servicio que operaban en un radio de quince cuadras a la redonda, y que no sólo vendieran combustibles líquidos sino también gas natural comprimido. Con esta definición, YPF pasaba a tener tres estaciones de servicio, que abastecían el 88% del mercado relevante bajo análisis, y dicho porcentaje se consideró muy elevado (por lo que la adquisición no fue autorizada).

7.4.3.3. Concentraciones verticales y de conglomerado

Además de los casos horizontales reseñados en las secciones anteriores, la jurisprudencia generada a partir de la entrada en vigencia de la ley 25.156 presenta

mercado de administradoras de jubilaciones y pensiones, tales como “Met Life/Siembra” (2005).

varios casos de concentración vertical cuyo análisis resulta de interés. El más importante de todos ellos es sin duda “Aeropuertos Argentina 2000/LAPA” (2002), que es el único caso vertical que concluyó con una resolución que implicó su desautorización total. Esta operación implicaba la adquisición de la segunda mayor compañía aérea argentina (LAPA) por parte del concesionario de la red nacional de aeropuertos (Aeropuertos Argentina 2000).

En la opinión de la CNDC, la compra de LAPA por el grupo que controlaba la empresa Aeropuertos Argentina 2000 hubiera generado un peligro muy grande de cierre vertical del mercado, y la posibilidad de extender el poder monopólico ostentado por el comprador en el sector aeroportuario hacia el mercado de navegación aérea de cabotaje. Dicha posibilidad se originaba en que el uso de los aeropuertos representa un insumo esencial para la provisión del servicio de transporte aéreo, y en que la regulación vigente le otorgaba a Aeropuertos Argentina 2000 una discrecionalidad considerable en la determinación de tasas de embarque y condiciones de acceso a los aeropuertos. Esto hizo que la CNDC entendiera que el concesionario del sistema aeroportuario tenía fuertes incentivos para trasladar su poder de mercado al segmento de transporte aéreo, y para llevar a cabo conductas exclusorias tales como negativas de venta, discriminaciones de precios, subsidios cruzados y transferencias de costos de los servicios de transporte aéreo a los servicios aeroportuarios. Todo ello se sumaba al hecho de que la principal competencia de LAPA en el mercado aéreo de cabotaje (Aerolíneas Argentinas) se encontraba en un proceso de reorganización, lo cual podía ser aprovechado por el nuevo grupo para incrementar su poder de mercado en el sector aludido y restringir la competencia en el mismo.

Otro caso vertical que cabe mencionar en una reseña de la jurisprudencia argentina sobre fusiones y adquisiciones es “Juan Minetti/Hormix” (2001), en el cual el segundo mayor oferente de cemento del país (Juan Minetti) adquirió la mayoría del paquete accionario de una empresa hormigonera de la provincia de Córdoba (Hormix), que utilizaba dicho cemento como insumo. Este caso culminó con una resolución que autorizó la operación, con la condición de que el nuevo grupo se desprendiera del 30% de la capacidad instalada para la producción de hormigón que poseía en la provincia mencionada. Cabe aclarar que, en la provincia de Córdoba, Juan Minetti concentraba el 77% del mercado de cemento y había pasado a controlar el 69% del mercado del

hormigón elaborado, en virtud de que ya poseía con anterioridad participación en la empresa Hormigonera Central (que era, junto con Hormix, el otro oferente importante de hormigón en el mercado cordobés). De acuerdo con el dictamen de la CNDC, en ese caso los principales factores de preocupación relacionados con esta adquisición tuvieron que ver con la creación de una posición dominante unilateral en el mercado del hormigón, y con la posibilidad de que los oferentes de dicho mercado coordinaran entre sí conductas colusivas, por sí mismos o a través de políticas instrumentadas por Juan Minetti (en su carácter de proveedor dominante en el mercado del cemento).

También tuvo un carácter básicamente vertical la concentración que se produjo en el caso “Liberty Media/Cablevisión” (2001), el cual concluyó asimismo con una aprobación condicionada. En ese caso lo que aconteció fue una reorganización por la cual la empresa Cablevisión, operadora de uno de los mayores sistemas de televisión por cable de la Argentina, pasó a quedar controlada en partes iguales por los grupos Liberty Media y Hicks, quienes tenían también importantes participaciones en varios canales televisivos (y eran por lo tanto proveedores de Cablevisión y de otros operadores del servicio de televisión por cable). El principal problema de competencia que la CNDC identificó fue la posibilidad de que, como consecuencia de su asociación en Cablevisión, los grupos Hicks y Liberty Media pudieran coordinar sus conductas en el mercado de provisión de señales televisivas, a efectos de excluir competidores de Cablevisión o de los canales por ellos controlados. Esto llevó a que la concentración bajo análisis quedara subordinada a que Liberty Media vendiera su participación accionaria en uno de los principales canales de televisión que manejaba (Fox Sports), el cual era la principal competencia de la señal deportiva PSN (controlada a su vez por el grupo Hicks).

El caso de Liberty Media mencionado en el párrafo anterior fue uno de los primeros casos verticales que involucraron mercados de servicios televisivos, pero luego de él se produjeron varios más de cierta importancia. La propia empresa Liberty Media, por ejemplo, se vinculó nuevamente con el grupo Fox (“Liberty Media/Fox Sports”, 2004) en un caso en el cual la CNDC aprobó la concentración sujeta a que Fox Sports se desvinculara totalmente del grupo liderado por la empresa Torneos y Competencias, que era su mayor competidor en el mercado argentino de señales televisivas de contenido deportivo (y, especialmente, futbolístico). También fue

aprobada (en este caso, sin condicionamientos) la concentración “NewsCorp/DirecTV” (2005), por la cual un proveedor de señales televisivas se integró con el principal operador de televisión satelital de la Argentina²⁰⁸. Finalmente, en fecha más reciente, se aprobó la concentración “DirecTV/Torneos y Competencias” (2008), por la cual DirecTV ingresó como socio dentro de la principal empresa argentina proveedora de señales de carácter deportivo. En este último caso la aprobación vino con un condicionamiento de conducta, por el cual Torneos y Competencias se comprometió a no discriminar entre operadores de televisión por suscripción que tuvieran o no participación en su capital social.

Otro caso que involucró a los mercados televisivos y tuvo importantes aspectos verticales fue “Multicanal/Cablevisión” (2007), ya mencionado en la sección 7.4.3.1. Aquí los aspectos verticales tuvieron que ver con el hecho de que tanto Multicanal como Cablevisión estaban integrados con distintos proveedores de canales de televisión (Torneos y Competencias, Artear, I-Sat), lo cual creaba el peligro de que el nuevo grupo que se constituía pudiera querer excluir a competidores en el mercado de televisión por suscripción negándoles el acceso a dichos canales. Del mismo modo, también existía el peligro de que los excluidos fueran otros proveedores de canales de televisión que competían con los del grupo Multicanal-Cablevisión, a través de la negativa de éste de adquirirles sus señales. Por eso, dichos temas fueron incluidos dentro del compromiso que Multicanal y Cablevisión asumieron al fusionarse, el cual implicaba, entre otros aspectos, la no discriminación entre señales propias y ajenas al momento de adquirir contenidos televisivos, y la no discriminación entre operadores propios y ajenos al momento de vender los derechos sobre dichos contenidos.

La gran mayoría de las otras concentraciones verticales que pasaron por el proceso de control previo de fusiones y adquisiciones terminaron en aprobaciones sin condicionamientos. Dos ejemplos de esto, citados por la CNDC en su memoria trianual 1999-2001, son “Totalinef/TGN” (2000) y “Maersk/Terminal 4” (2001)²⁰⁹. En el primero de ellos, un productor de gas natural (Totalinef) fue autorizado a adquirir el 27% del paquete accionario de un importante transportador de dicho gas (TGN). La operación fue aprobada sin objeciones debido a que la participación de mercado de

²⁰⁸ Para un comentario más detallado sobre todos estos casos, véase Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (2007), capítulo 4.

²⁰⁹ Véase Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (2002), capítulo 3.

Totalinef como productor era reducida (5%), a que la adquisición no implicaba la toma de control de TGN, y a que el transporte de gas estaba sujeto a una fuerte regulación de precios y condiciones de servicio por parte del Ente Nacional Regulador del Gas (lo cual volvía muy difícil la comisión de prácticas anticompetitivas en ese segmento). En lo que se refiere al caso Maersk/Terminal 4, por su parte, el mismo implicó la adquisición, por parte de una empresa de transporte marítimo internacional (Maersk), de dos terminales ubicadas en el puerto de Buenos Aires. Esta operación también se aprobó sin ningún tipo de condicionamiento, por entenderse que, aun cuando las terminales adquiridas por Maersk pasaran a ser utilizadas de manera exclusiva por la empresa compradora, de cualquier modo existían varias terminales alternativas disponibles para el resto de las empresas navieras, por lo que la concentración no generaba ningún problema de cierre vertical del mercado.

En lo que se refiere al tema de las concentraciones de conglomerado, la jurisprudencia argentina no registraba hasta fines del año 2008 ningún caso de desautorización total ni parcial de una operación de ese tipo. Entre los numerosos ejemplos que pueden citarse sobre esto cabe mencionar los casos “Petrobras/Eg3” (2001) y “Pepsi/Quaker” (2001). El primero de ellos implicó una operación de extensión de mercado por la cual el principal refinador brasileño de combustibles líquidos (Petrobras) ingresó al mercado argentino a través de la adquisición de una empresa que poseía aproximadamente el 10% del mercado (Eg3). El segundo de dichos casos tuvo que ver con una operación de extensión de producto, por la cual una empresa con importantes participaciones en los mercados de bebidas gaseosas y comestibles salados (Pepsi) fusionó una de sus divisiones con otra empresa (Quaker) que se dedicaba principalmente a la producción de cereales²¹⁰.

La mayor concentración de conglomerado analizada hasta el momento por las autoridades antitrust argentinas, sin embargo, es “Petrobras/Pérez Companc” (2003), que involucró aspectos de carácter vertical, aspectos de extensión de producto y de extensión de mercado, y algunos aspectos menores de carácter horizontal. Si bien la CNDC aconsejó su aprobación sin condicionamientos, la operación concluyó con una resolución del Secretario de Defensa de la Competencia que aceptó un compromiso

²¹⁰ Varias otras concentraciones de extensión de mercado han sido aprobadas también en el sector de distribución de programas de televisión. Entre ellas pueden mencionarse a “Teledigital/Las Heras Televisión” (2000), “Pramer/GEMS” (2000) y “Artear/Teledifusora Bahiense” (2001).

ofrecido por el adquirente respecto de vender una parte del negocio. En este caso, el tema tuvo que ver con la adquisición por parte de la empresa brasileña Petrobras de un *holding* argentino que incluía intereses en los sectores de exploración y producción de petróleo y en los de transporte y distribución de gas y de energía eléctrica. El dictamen de la CNDC analizó los posibles impactos horizontales y verticales de la operación en los distintos mercados, y aconsejó su aprobación por entender que los mismos no restringían la competencia real ni potencial en ninguno de ellos. Hubo grupos, sin embargo, que realizaron planteos relacionados con el carácter estratégico de la empresa Transener (única transportadora de energía eléctrica de la Argentina, que formaba parte del grupo Pérez Companc) y con la inconveniencia de que la misma quedara en manos de una compañía controlada por el gobierno brasileño. Dichos argumentos se consideraron ajenos al bien jurídico protegido por la ley de defensa de la competencia, pero fueron incorporados en el marco de una negociación política entre las partes de la operación y el gobierno argentino. El resultado de dicha negociación fue un compromiso de Petrobras de transferir Transener a un comprador argentino, el cual fue incorporado a la resolución aprobatoria de la operación²¹¹.

²¹¹ Dicho compromiso fue finalmente llevado a cabo a través de la concentración “Dolphin/Transener” (2005), aprobada sin condicionamientos.

8. Conclusiones

La descripción de las normas y los casos de defensa de la competencia reseñados en los capítulos anteriores, junto con las herramientas de análisis económico descriptas y aplicadas a los mismos, permite extraer distintas conclusiones sobre diversos aspectos. En el presente capítulo nos concentraremos en las que pueden obtenerse sobre tres temas particulares: los requisitos para la aplicación efectiva de la política antitrust, la eficacia de la misma para cumplir con sus objetivos, y ciertos aspectos institucionales relacionados con la organización del sistema de defensa de la competencia.

8.1. Requisitos para la aplicación de la política antitrust

Tal como hemos mencionado en el capítulo 1, la defensa de la competencia es una política pública destinada a remediar las distorsiones, originadas en el ejercicio del poder de mercado, que se producen como consecuencia de la realización de prácticas anticompetitivas o concentraciones económicas. Esto implica que, para que resulte racional la aplicación de una política de defensa de la competencia, deberían cumplirse los siguientes cuatro requisitos:

- a) se ha decidido confiar en la competencia como mecanismo de asignación de recursos en la generalidad de los mercados;
- b) se están produciendo ciertas distorsiones en el funcionamiento de alguno de dichos mercados, atribuibles al ejercicio de poder de mercado;
- c) dichas distorsiones son imputables a los agentes económicos que operan en los mercados (es decir, a los oferentes o a los demandantes);
- d) las mismas generan una reducción del excedente total de los agentes económicos y del excedente de los consumidores.

El cumplimiento de estos cuatro requisitos como presupuesto lógico para la aplicación de una política de defensa de la competencia hace que la importancia de este tipo de política dentro del contexto legal de un determinado país dependa directamente del sistema económico que en él impera. Por ejemplo, si las normas vigentes prevén que existan numerosos mercados en condiciones de monopolio protegido, la defensa de la competencia no tendrá un papel importante porque no se estará cumpliendo el primero de los requisitos expuestos, es decir, que se confíe en la competencia como mecanismo

de asignación de recursos. Lo mismo ocurrirá si el sistema económico utiliza de manera muy extendida mecanismos de control de precios u otras regulaciones directas, o si está basado en objetivos muy diferentes de la eficiencia económica o del interés de los consumidores. En este último caso, lo que no se estará cumpliendo es el cuarto requisito enunciado en la lista anterior y, en cierta medida, tampoco el tercero, puesto que la mayoría de las distorsiones que puedan identificarse en la economía tendrán que ver con la intervención del gobierno y no con conductas imputables a los agentes privados.

8.1.1. Regulación del monopolio y defensa de la competencia

Tal como hemos visto en varios puntos de nuestro trabajo, las normas de defensa de la competencia suelen ser incapaces de resolver la mayor parte de los problemas de eficiencia generados por los monopolios naturales, ya que sus disposiciones no están pensadas para tratar casos en los que el monopolio tiene ventajas comparativas respecto de las formas competitivas. La manera apropiada de resolver estos problemas pasa en general por establecer legalmente la existencia del monopolio en los sectores afectados, y adoptar luego una normativa que limite específicamente el ejercicio de su poder de mercado (sea a través de empresas públicas o de mecanismos de regulación directa de la actividad privada). Esta normativa suele quedar por definición fuera del alcance de las leyes de defensa la competencia, en tanto se refiera a los bienes o servicios provistos bajo el régimen monopólico legalmente establecido o a las relaciones entre la empresa regulada y el regulador.

La actuación de las empresas sujetas a regímenes de monopolio legal en mercados en los que las mismas compiten real o potencialmente con otras entidades, sin embargo, puede caer dentro de la esfera de legislación antitrust, si es que se produce alguna fusión o adquisición que las involucra, si el monopolio legal en cuestión está utilizando su poder de mercado para obtener una ventaja anticompetitiva unilateral en áreas en las que está sometido a competencia (por ejemplo, compra de insumos, venta de bienes o servicios complementarios a su actividad monopólica, etc), o bien si en esas áreas está llevando a cabo prácticas de tipo colusivo. En ese último caso caen ciertos acuerdos entre empresas que están pugnando por la concesión de un determinado bien o servicio monopólico, y que convienen en no competir entre ellas en situaciones en las cuales lo que se está buscando es precisamente una “competencia por el monopolio”.

Las normas de regulación y de defensa de la competencia se superponen aún más en los casos de sectores regulados que están sujetos a regímenes de competencia. La idea es que aquí la ley antitrust actúa de manera supletoria a las normas propias de dichos sectores, que incluso pueden ser más detalladas en su caracterización de los actos o conductas específicos que se consideran anticompetitivos (por ejemplo, cuando existen instalaciones esenciales, subsidios cruzados, restricciones verticales, etc). Puede suceder también, sin embargo, que existan prácticas no invalidadas por las normas regulatorias y que sí infrinjan la legislación de defensa de la competencia, circunstancia en la cual esta última es la que resulta aplicable (a no ser que el sector como un todo esté explícitamente exceptuado de la aplicación del derecho antitrust, cosa que a veces sucede en algunos países en relación a determinadas actividades)²¹².

De los casos que hemos analizado en esta obra, se destacan al respecto los que se basan en la doctrina de las instalaciones esenciales. Dicha doctrina, en efecto, puede considerarse aplicable a una serie de situaciones en las cuales uno de los competidores de un mercado es a su vez monopolista natural en otro mercado (situado en general “aguas arriba” en la cadena de producción y comercialización). Cuando dicho monopolista natural se niega a ceder el activo sobre el cual ostenta dicho monopolio, y ese activo es además esencial para que sus competidores operen en el mercado en el cual compite contra ellos, entonces la jurisprudencia internacional se vuelve casi unánime en el sentido de que estamos ante una práctica anticompetitiva exclusoria²¹³. Puede darse, sin embargo, que la práctica en cuestión sea imposible porque está prohibida por una regulación específica (de la autoridad que controla el comportamiento del monopolista en el mercado en el cual ostenta el monopolio natural), y en ese caso, entonces, la defensa de la competencia se vuelve una norma meramente supletoria y, probablemente, innecesaria.

Otro caso en el cual la defensa de la competencia puede reemplazar a la regulación del monopolio en ausencia de ésta es cuando sanciona ciertos abusos explotativos de posición dominante (por ejemplo, discriminaciones de precios, ventas atadas o ciertas políticas de precios no equitativos). Sin embargo, si dichas conductas

²¹² Para un análisis general de las interrelaciones entre la regulación de los monopolios naturales y la defensa de la competencia, véase Spiller (1999).

²¹³ Ese es, por ejemplo, uno de los principios generales que puede extraerse de analizar la jurisprudencia argentina sobre prácticas de tipo exclusorio. Al respecto, véase Coloma (2007b).

están a su vez prohibidas por una regulación sectorial específica, también será dicha regulación la que supla a la defensa de la competencia en esa tarea²¹⁴.

8.1.2. Poder de mercado y defensa de la competencia

El segundo requisito que hemos mencionado como necesario para la aplicación racional de una política antitrust nos advierte sobre la inutilidad de la defensa de la competencia como un mecanismo para resolver distorsiones distintas a las relacionadas con el ejercicio del poder de mercado, ya que dicho ejercicio es precisamente lo que los mecanismos competitivos logran acotar. De este modo, si lo que se tiene es un problema de externalidades reales (por ejemplo, contaminación, congestión, sobrexplotación de recursos naturales, etc) no será defendiendo la competencia que el mismo va a poder resolverse, y tampoco será la defensa de la competencia el mecanismo más adecuado para resolver problemas de información (por ejemplo, publicidad engañosa, asimetría informativa entre compradores y vendedores, etc).

Las herramientas jurídicas que se encuentran disponibles para solucionar los problemas de externalidades reales son básicamente tres: la regulación directa de la fuente de la externalidad (por ejemplo, control de emisiones contaminantes, restricción de prácticas como la caza y la pesca, prohibición de la circulación vehicular en ciertas áreas y días), el establecimiento de impuestos y subsidios que compensen los costos y beneficios sociales generados (por ejemplo, impuestos a los combustibles y a los cigarrillos, subsidios a la educación y al transporte ferroviario) y la creación de reglas de responsabilidad civil por la cual se establezcan derechos y obligaciones de las partes afectadas por la externalidad.

La creación de derechos a través de reglas de responsabilidad civil adquiere un matiz particular en los casos en los que se admite la negociación posterior de tales derechos a través de contratos. Si tal cosa sucede, lo que se habrá hecho es transformar lo que antes eran externalidades en bienes o servicios comercializables (por ejemplo, licencias para cazar, permisos para emitir un cierto nivel de sustancias contaminantes, peajes de una ruta), cuyo intercambio es ahora susceptible de generar situaciones de

²¹⁴ Sobre este tema, la jurisprudencia internacional tiene varios casos ilustrativos, como el de *C. Trinko c/ Verizon* (2004), en el cual la Corte Suprema de EEUU desistió de aplicar el derecho antitrust porque el asunto bajo análisis estaba específicamente regulado por la autoridad de telecomunicaciones. Idéntica actitud se adoptó en la Argentina en el caso “*N. Laporta c/ Telefónica y Telecom*” (1997), también

poder de mercado. Si el mercado así creado admite la concurrencia de varias entidades diferentes, habrá en él un papel para la legislación de defensa de la competencia, en caso de que se detecten prácticas anticompetitivas o se produzcan operaciones de concentración económica.

La información asimétrica, por su parte, es otra de las causas de distorsión de los mercados que cae fuera del accionar de la ley de defensa de la competencia. En este caso, la fuente de la ineficiencia proviene de que una de las partes involucradas en una transacción posee mayor información que la otra respecto de las características de los bienes o servicios comercializados, y tiene por lo tanto la capacidad potencial de aprovechar dicha ventaja. Esto genera a su vez un “comportamiento defensivo” de la parte desinformada, el cual provoca que operaciones que resultarían ventajosas dejen de realizarse por la incapacidad de contar con garantías creíbles que prevengan el comportamiento oportunista.

Los remedios que el sistema jurídico prevé para resolver los problemas de información asimétrica pasan por la existencia de regulaciones específicas (por ejemplo, normas de calidad, normas de presentación de estados contables) y de dos tipos de leyes generales referidas a temas en los que la asimetría informativa cumple un papel importante: lealtad comercial y defensa del consumidor. Las leyes de lealtad comercial suelen contener normas sobre identificación de mercaderías, denominaciones de origen, publicidad desleal, etc. Las leyes de defensa del consumidor, en cambio, suelen incluir disposiciones relativas a información al consumidor, condiciones de oferta y venta, certificados de garantía, términos abusivos y cláusulas ineficaces de los contratos de compraventa de bienes y servicios. Ambas pueden verse como intentos de reducir la severidad del problema de información asimétrica que aparece en la mayoría de las relaciones comerciales entre compradores y vendedores, que es un problema básicamente distinto del que intentan resolver las normas de defensa de la competencia.

Volviendo al tema de la relación entre poder de mercado y política antitrust, diremos que el papel del poder de mercado como elemento necesario para poner en marcha los mecanismos de la defensa de la competencia ha sido señalado por distintos autores, normas y antecedentes jurisprudenciales. Así, en su artículo sobre el tema, D'Amore (2002) sostiene que los procedimientos de defensa de la competencia suelen

referido al sector de las telecomunicaciones.

tener como objetivo dilucidar si una determinada conducta implica o facilita el ejercicio del poder de mercado. Bajo esa óptica, lo que resultaría objetable desde el punto de vista del derecho antitrust no sería la existencia en sí de poder de mercado, sino la existencia de una conducta que permita que el mismo aparezca, se incremente o se ejerza de manera más efectiva. El estándar contra el cual dicha situación debe compararse es el que se verificaría en ausencia de la conducta objetada, que no siempre implica la ausencia de poder de mercado.

Para ejemplificar lo expuesto, considérese el caso de una práctica colusiva, que es el tipo de conducta que más claramente infringe las legislaciones antitrust vigentes en el mundo. La misma resulta sancionable porque permite que las empresas eleven sus precios y reduzcan sus cantidades por encima de lo que se verificaría en ausencia de la práctica colusiva en cuestión, por más que en dicha ausencia el mercado no funcione tampoco de manera perfectamente competitiva. Del mismo modo, una práctica exclusoria será objetada cuando haga que quien la lleve a cabo consiga ejercer (o pueda llegar a ejercer, según la legislación que se analice) un poder de mercado mayor que el que tendría en ausencia de dicha práctica, por más que la eliminación de la misma no implique en absoluto que el responsable deje de tener poder de mercado.

El poder de mercado también es utilizado por las autoridades de defensa de la competencia como un mecanismo de “filtro” para saber si una determinada empresa está violando o no la legislación antitrust. Se da así que, en numerosas circunstancias, una misma práctica es anticompetitiva si la lleva a cabo una empresa con poder de mercado sustancial y no lo es si la lleva a cabo una empresa sin poder de mercado. Esto se aplica, por ejemplo, para la mayor parte de las restricciones verticales y de las fusiones y adquisiciones, cuyo único efecto anticompetitivo posible surge cuando las empresas que las llevan a cabo logran incrementar su poder de mercado por medio de la operación bajo análisis. El propio concepto de “abuso de posición dominante”, presente en las legislaciones europea, española, brasileña y argentina, presupone que las conductas que caen bajo su órbita son llevadas a cabo por empresas con posición dominante (que, como ya hemos visto, no sólo tienen poder de mercado sino que son además las únicas que lo poseen en grado significativo en el mercado en el que operan) y están por lo tanto exentas de objeciones si son realizadas por entidades sin poder de mercado. En la jurisprudencia estadounidense, asimismo, se exige corrientemente que, para condenar a

una empresa por un acto de monopolización, se pruebe que la misma tiene poder de mercado y que ha encarado acciones tendientes a la adquisición o mantenimiento intencional de dicho poder. Lo mismo vale para las referencias de la legislación mexicana al tema del “poder sustancial en el mercado relevante”, que hace que en muchas circunstancias se consideren válidas ciertas conductas cuando ese poder se encuentra ausente.

El poder de mercado también actúa como un filtro indispensable en la evaluación de fusiones y adquisiciones, y en esto la práctica internacional es casi totalmente unánime. Si una autoridad de competencia que debe analizar una fusión estima que el grupo que se está concentrando carecerá de poder de mercado luego de la concentración, la misma resultará aprobada de manera prácticamente indefectible. Y lo mismo sucederá si el grupo en cuestión tiene poder de mercado antes de la fusión y lo mantiene inalterado luego de la ella, sin aumentarlo. Este último caso explica por qué, en general, las concentraciones de conglomerado que no generan ningún “efecto cruzado” entre mercados se aprueban corrientemente sin más trámite.

8.1.3. Acción del gobierno y defensa de la competencia

El tercer requisito que hemos mencionado como presupuesto para la aplicación de las normas de defensa de la competencia tiene que ver con la idea de que el derecho antitrust sólo puede ser efectivo para resolver problemas de ejercicio del poder de mercado creados por los propios agentes económicos que actúan en los mercados, pero no para resolver problemas creados por agentes económicos que están fuera de los mismos (como puede ser, por ejemplo, el gobierno en su carácter de regulador). Es para ello crucial distinguir entre situaciones de poder de mercado creadas por concentraciones económicas o prácticas anticompetitivas de las empresas, y situaciones en las cuales las distorsiones han sido creadas por la propia organización del mercado (por ejemplo, barreras de entrada legales, precios regulados o controlados, acuerdos internacionales para administrar el comercio bilateral, etc).

Tal como hemos visto en el capítulo 4, la idea de que las restricciones a la competencia creadas por la intervención pública se hallan fuera del alcance del derecho antitrust suele designarse con el nombre de “doctrina Noerr-Pennington”, en referencia a dos casos norteamericanos en los cuales apareció el tema. Analizada desde el punto de

vista económico, su lógica general es poco menos que indiscutible, ya que la mayoría de las normas que conforman cualquier sistema jurídico son de una forma u otra restricciones a la competencia. En efecto, si dejamos de lado la legislación que conforma el derecho privado propiamente dicho, en especial la referida a derechos de propiedad y contratos, veremos que casi todas las otras normas incluyen en alguna medida restricciones al funcionamiento competitivo de los mercados. Esto es así porque muchas veces el objetivo de tales normas es corregir algún tipo de imperfección que tales mercados poseen, o bien porque están destinadas a cumplir con objetivos distintos de la eficiencia económica.

A fin de ilustrar los conceptos enunciados en el párrafo anterior, consideremos algunos ejemplos concretos. Tanto las normas que regulan los servicios públicos como las leyes de patentes, por citar sólo dos casos, suelen crear barreras de entrada legales que impiden el ingreso al mercado de aquellas empresas que no han ganado la concesión de un determinado servicio o que no han patentado un determinado producto recientemente inventado, otorgándole el monopolio sobre dichos mercados a las empresas que son titulares de la concesión o de la patente en cuestión. Asimismo, las normas que crean y regulan el funcionamiento de las escuelas y hospitales públicos pueden verse como actos que implican un incremento de costos o una reducción de ingresos para las escuelas y hospitales privados que comparten con aquellos los mercados de educación y salud, y lo mismo puede decirse de todas aquellas normas que establecen subsidios o exenciones impositivas para determinados sectores, empresas o áreas geográficas.

Los ejemplos mencionados no pueden de ninguna manera utilizarse para decir que esas normas infringen la ley de defensa de la competencia, ya que su misma esencia consiste en modificar el funcionamiento espontáneo que los mercados tendrían si ellas no existieran. Así, cuando se concede un servicio público, uno de los objetivos del poder concedente suele ser asegurar la provisión del mismo bajo determinadas condiciones, ofreciendo a cambio la exclusividad en un contexto en el cual se considera que la competencia no es un mecanismo factible o conveniente. Del mismo modo, cuando una patente le otorga a alguien el monopolio sobre una invención, lo que se está tratando de crear son incentivos para que las empresas se esfuercen por descubrir e inventar productos nuevos, dándoles a cambio derechos de propiedad por cierto tiempo

sobre el fruto de dichas invenciones. En los casos de la educación y la salud públicas, por su parte, la idea es que, por razones de equidad distributiva o por la presencia de fuertes externalidades, el estado está interesado en que esos servicios se ofrezcan en cantidades sustancialmente mayores que las que surgirían del equilibrio competitivo de los mercados, y decide por lo tanto proveer de manera gratuita o subsidiada dichas cantidades mayores.

La incapacidad lógica del derecho antitrust para cuestionar las políticas públicas que restringen la competencia no deja de ser, sin embargo, un motivo de preocupación para quienes actúan en el área de la defensa de la competencia, en especial cuando dicha incapacidad lleva a la convalidación de excesos manifiestos. Esto ha hecho que, en los distintos países, las agencias antitrust hayan comenzado a desarrollar actividades que suelen identificarse bajo el rótulo de “abogacía de la competencia” (*competition advocacy*). Las mismas suelen consistir en la emisión de opiniones no vinculantes sobre el carácter anticompetitivo de determinadas normas y actos de gobierno y sobre sus posibles efectos, destinadas a influir sobre otros poderes públicos que tienen la facultad de aprobar, modificar o derogar tales normas y actos de gobierno. En algunos casos, inclusive, estas actividades se encuentran institucionalizadas, a través de, por ejemplo, la obligación de que una agencia de defensa de la competencia dictamine cuando tiene lugar un proceso de privatización o de otorgamiento de una concesión.

A lo largo del presente volumen hemos mencionado dos casos particulares en los cuales las actividades de abogacía de la competencia tienen un impacto considerable. Uno de ellos es el sistema europeo de control de las ayudas de estado, por el cual la Comisión Europea autoriza, condiciona o prohíbe, basándose en su impacto sobre la competencia, las políticas de subsidios que los distintos estados miembros de la Unión Europea implementan respecto de sectores específicos²¹⁵. El otro es el sistema de declaración de la existencia de barreras de entrada impuestas por los estados que conforman la Federación Mexicana, por el cual la Comisión Federal de Competencia de México alerta sobre la aparición de aquellas restricciones a la competencia que entiende que resultan inconstitucionales.

²¹⁵ Tal como hemos visto en el capítulo 1, este sistema se halla basado en las disposiciones del artículo 87 del Tratado de la Comunidad Europea.

8.1.4. Generación de excedentes y defensa de la competencia

El cuarto y último requisito que hemos mencionado al comienzo del presente capítulo como un presupuesto lógico para la aplicación de la política antitrust es que las distorsiones que están tratando de resolverse a través de la defensa de la competencia generen una reducción del excedente total de los agentes económicos y del excedente de los consumidores. Este es un tema que ha aparecido frecuentemente a lo largo del presente libro, señalándose inclusive una serie de casos en los cuales la solución sugerida era diferente según se considerara que la medida del bien jurídico protegido por la defensa de la competencia era el excedente total o el excedente del consumidor. Del análisis de la jurisprudencia estudiada surge sin embargo que cada vez más ambos objetivos parecen ser necesarios para que se ponga en marcha la maquinaria de la política antitrust, en el sentido de que lo que se requiere para sancionar una conducta o bloquear una concentración económica es que tanto el excedente total como el excedente del consumidor se reduzcan a consecuencia de la conducta o concentración en cuestión (o, por lo menos, que uno se reduzca y el otro no aumente).

La confluencia simultánea de los dos objetivos se da de manera evidente en los casos de prácticas colusivas y de prácticas de exclusión lisa y llana de competidores, en los cuales el excedente total se reduce porque se reduce el excedente de los consumidores, y el excedente de los productores no aumenta en la misma medida. En los otros casos de conductas anticompetitivas sancionables, sin embargo, también suele operar un doble filtro de este tipo cuando las mismas se evalúan apelando a la regla de la razón. En las prácticas verticales, por ejemplo, lo normal es que se desista de sancionar aquellas conductas que no impliquen perjuicio al consumidor, e idéntico razonamiento se aplica para los precios predatorios (aun cuando surja de manera evidente que el precio presente es menor que el costo marginal y que, por ende, no está maximizando el excedente total de los agentes económicos). Del mismo modo, cuando en una práctica o concentración vertical se demuestra que el objetivo de la misma no es ejercer poder de mercado sino ahorrar costos de transacción o aprovechar economías de integración, normalmente no se entra a investigar más respecto del efecto último de la práctica sobre los consumidores, en el entendimiento de que se trata de una transacción eficiente que propende a la consecución de los objetivos generales de la política de competencia.

La necesidad del doble filtro para sancionar una práctica anticompetitiva aparece aún más cuando se trata de un abuso explotativo de posición dominante, el cual, en las legislaciones en las que se lo considera una infracción, debe ser por definición una práctica ineficiente que perjudique a los consumidores ²¹⁶. También surge implícitamente en los casos de fusiones horizontales, aun cuando hemos visto que varias normas sobre el tema parecen indicar que el estándar de evaluación a aplicar en estos casos es únicamente el excedente del consumidor y no el excedente total. Del análisis global de la jurisprudencia internacional, sin embargo, se desprende que rara vez las autoridades de defensa de la competencia bloquean una concentración horizontal eficiente, aunque pueda tener un leve impacto negativo sobre el excedente de los consumidores. Cuando este último impacto es fuerte, en cambio, el bloqueo parcial o total sí se produce, pero muy rara vez la operación que lo amerita es capaz de generar un incremento tal en el beneficio de los productores que compense la pérdida para los consumidores. Si dicha compensación puede darse las empresas tienen todavía disponible el argumento de la empresa en decadencia, que puede ser visto como una defensa adicional de eficiencia aplicable en aquellas circunstancias en las cuales la estructura industrial óptima implica que el número de competidores que operan en el mercado debe reducirse.

En la jurisprudencia estadounidense sobre fusiones horizontales ha aparecido con cierta frecuencia el tema de la “ponderación de los beneficios” (*weighting of the equities*). Con esta expresión, los tribunales estadounidenses han hecho referencia a que el bloqueo de una concentración económica genera el beneficio esperado de evitar que la misma provoque un daño anticompetitivo a los consumidores derivado del incremento del poder de mercado del grupo que se fusiona, pero al mismo tiempo puede generar el costo de impedir que la concentración objetada se concrete y pueda generar una serie de beneficios procompetitivos²¹⁷. Cuando el poder judicial norteamericano se ha referido a estos últimos, sin embargo, no lo ha hecho de manera demasiado clara, en el sentido de que dentro de dichos beneficios podrían entrar los ahorros de costos que la

²¹⁶ Quizás la única excepción en este punto se dé en los casos de abusos explotativos de carácter monopsónico. En esos casos, sin embargo, es igualmente necesario que la práctica en cuestión no implique un beneficio para los consumidores del bien final, ya que esto último podría operar como una defensa muy fuerte de la conducta objetada.

²¹⁷ Este argumento aparece de manera explícita, por ejemplo, en el fallo correspondiente a la fusión Heinz/Beech-Nut (2001).

fusión les genera a las empresas que se consolidan, pero también podría interpretarse que dichos ahorros sólo serían considerados “procompetitivos” si se trasladaran a los consumidores. El mismo tipo de análisis es también frecuente en los casos de acuerdos horizontales que implican algún tipo de integración económica (por ejemplo, acuerdos de especialización, de investigación y desarrollo, etc)²¹⁸.

8.2. Eficacia de la política antitrust

El tema de la eficacia de la política antitrust para cumplir con sus objetivos es susceptible de ser analizado desde distintas perspectivas. En los apartados anteriores, por ejemplo, hicimos referencia a la ineficacia de la defensa de la competencia para resolver problemas de monopolio natural, externalidades reales e información asimétrica, señalando en cambio que el derecho antitrust es normalmente apto para corregir problemas ligados con el ejercicio del poder de mercado en situaciones en las cuales lo más eficiente es que haya varias empresas compitiendo entre sí. En esta sección profundizaremos aún más esta idea, concentrándonos en el análisis de ciertas situaciones en las cuales la eficacia de la política antitrust es materia de discusión.

8.2.1. Represión de prácticas exclusorias

Uno de los casos en los cuales se plantean dudas respecto de la eficacia de la defensa de la competencia se da cuando una empresa utiliza su poder monopólico en un mercado o segmento del mercado para excluir competidores en otro mercado o segmento. Al respecto, las soluciones que ofrece el derecho antitrust comparado son básicamente dos: el desmembramiento empresarial, y la obligación de que la empresa bajo análisis cese en su comportamiento exclusorio (lo cual muchas veces implica concederle a sus competidores acceso a ciertos bienes o activos que monopoliza). Este último criterio es la base de la denominada “doctrina de las instalaciones esenciales”, a la que nos hemos referido en el capítulo 4. Alternativamente, estas soluciones pueden complementarse o sustituirse por soluciones regulatorias directas, que impliquen el control de los precios y de las condiciones de acceso que se fijan en el segmento monopolizado por parte de una autoridad administrativa específica.

²¹⁸ Al respecto, véase Federal Trade Commission y US Department of Justice (2000).

En general, la experiencia comparada muestra que muchos problemas de exclusión de competidores tienden a ser resueltos a través de mecanismos regulatorios cuando se trata de industrias ya reguladas (por ejemplo, servicios públicos) y a través de la política antitrust cuando se trata de industrias no reguladas previamente. En este último caso, sin embargo, la eficacia de la defensa de la competencia depende de manera crucial de la posibilidad de corregir el problema sin aplicar regulaciones directas²¹⁹, para lo cual resulta necesario que exista algún tipo de referencia de mercado que pueda utilizarse de manera analógica. Es por ello, por ejemplo, que Lipsky y Sidak (1999) señalan que la doctrina de las instalaciones esenciales puede ser eficaz si se aplica a activos monopolizados conjuntamente por varias empresas, y lo que se ordena es que se le dé a las restantes empresas acceso a los mismos en idénticas condiciones que a las empresas monopolizadoras. Si, en cambio, quien monopoliza la instalación esencial es una única empresa verticalmente integrada, no hay una manera fácil de hallar un estándar para comparar las condiciones de acceso de las otras empresas que dependen de dicha instalación esencial, y no existe en general una forma operativa de ordenar el cese de una conducta exclusoria²²⁰.

La alternativa a las soluciones propuestas por la doctrina de las instalaciones esenciales es el desmembramiento empresarial entre actividades monopólicas y actividades competitivas. Este desmembramiento puede ser decidido por las autoridades de defensa de la competencia o ser instrumentado a través de normas regulatorias, y complementarse o no con regulaciones directas sobre precios y condiciones de acceso. Cuando es dispuesto exclusivamente por un procedimiento antitrust en un contexto desregulado, sin embargo, su eficacia suele ser discutible, puesto que la mayor parte de los problemas de eficiencia que se generan en estos casos tienen que ver con la

²¹⁹ En el capítulo 6, por ejemplo, hemos mencionado el caso argentino “Universidad Nacional de Córdoba c/ Durford” (1997), en el cual la autoridad antitrust interpretó que el mismo se refería a un problema cuya esencia estaba en una situación de monopolio natural que no podía ser resuelta con mecanismos de defensa de la competencia.

²²⁰ En algunas situaciones particulares puede usarse una referencia de mercado indirecta que permita en cierto modo paliar el problema. Por ejemplo, en los casos “Fanski c/ Catedral Alta Patagonia” (Argentina, 1998) y “AEDI c/ CETRUSA” (España, 2000), reseñados en el capítulo 6, se les ordenó a los operadores de los medios de elevación de dos áreas dedicadas a la práctica del esquí que le ofrecieran el acceso a los mismos a los instructores de esquí que competían contra las escuelas verticalmente integradas con dichos operadores. El acceso en cuestión debía darse en las mismas condiciones en las cuales se le brindaba a los demás usuarios de los medios de elevación (es decir, a los esquiadores que no eran instructores de esquí), operando dichas condiciones como una referencia para determinar las obligaciones de los concesionarios de los medios de elevación sobre los activos que monopolizaban.

existencia en sí de un monopolio en el segmento monopolizado, más que con la exclusión de competidores en el segmento competitivo. Esto puede hacer que, una vez desmembrada la empresa integrada, la nueva empresa monopólica no integrada termine cobrando precios monopólicos no sólo a sus antiguos competidores sino también a su antiguo “socio” del cual acaba de desintegrarse, sin que se verifique ningún tipo de mejora en el funcionamiento competitivo de los mercados bajo análisis²²¹.

La eficacia de la defensa de la competencia en este tipo de asuntos no debe sin embargo evaluarse de manera aislada, sino en comparación con la eficacia de la regulación directa para resolver los problemas en cuestión. Esta última depende de manera crucial del costo social que implica crear y mantener una agencia regulatoria específica para un determinado mercado o sector, que es un costo que no sólo proviene de los recursos que el estado gasta en dicha agencia regulatoria sino también de los recursos que los agentes privados gastan en cumplir con sus resoluciones y en influir sobre ellas. En muchas circunstancias, por lo tanto, el mínimo costo social surge de algún tipo de combinación entre regulación directa y defensa de la competencia, que puede implicar desmembramiento obligatorio de ciertas actividades, acceso abierto obligatorio a ciertos activos en condiciones reguladas, regulación de precios en los segmentos monopólicos, y desregulación en los segmentos competitivos²²².

8.2.2. Condicionamiento de concentraciones económicas

Virtualmente los mismos problemas de exclusión de competidores que surgen en los casos de prácticas exclusorias, en los que debe optarse entre el desmembramiento empresarial y la obligación de dar acceso a los competidores, aparecen en los casos de concentraciones verticales (y en algunos casos de concentraciones de conglomerado) que crean un peligro de cierre del mercado. Aquí el punto que usualmente se plantea tiene que ver con la conveniencia de aplicar condicionamientos estructurales (que, en su forma extrema, pueden implicar prohibir la operación vertical bajo análisis) o condicionamientos de conducta (por ejemplo, la obligación de otorgar libre acceso a los competidores a cierta instalación esencial), o eventualmente no aplicar ningún

²²¹ El resultado, inclusive, podría ser un empeoramiento del funcionamiento de los mercados, si es que la desintegración obligatoria implica perder algún tipo de economía de integración entre las actividades que antes se llevaban a cabo dentro de una misma empresa y ahora pasan a realizarse en empresas separadas.

²²² Para una reseña de los menús disponibles al respecto, véase Spiller y Cardilli (1997).

condicionamiento y sólo actuar si, después de producida la concentración, se verifican comportamientos anticompetitivos de carácter excluyente.

En casos como los referidos en el párrafo anterior, la decisión de utilizar una u otra alternativa tiene que ver con la eficacia relativa de los condicionamientos bajo análisis, pero también con el objetivo que se persiga en el control de fusiones y adquisiciones. Vimos ya en el capítulo 7 que, si el estándar aplicable es el de la creación o refuerzo de una posición dominante, es posible que ciertas operaciones verticales se prohíban o se condicionen de manera más fuerte que si el estándar es el de la restricción de la competencia, y bajo dicha óptica pueden interpretarse algunas decisiones divergentes de las autoridades antitrust europeas y norteamericanas que han tenido lugar en los primeros años del siglo XXI²²³. Desde la modificación del reglamento de concentraciones económicas de la Unión Europea en el año 2004, sin embargo, la convergencia entre ambas jurisdicciones parece haberse incrementado de manera bastante significativa, ya que hoy en día el estándar de la restricción a la competencia es utilizado también por la Comisión Europea, y el de creación o refuerzo de una posición dominante parece ser utilizado de manera supletoria.

La alternativa que parece estar ganando más adhesiones para estos casos en los últimos años es imponer condicionamientos de conducta que impliquen la obligación de no discriminar entre empresas controladas y no controladas. En Europa, por ejemplo, la tendencia ha ido hacia ese tipo de condicionamientos a partir de que el Tribunal de Justicia revocó la prohibición que la Comisión Europea le había impuesto a la fusión “Tetra Laval/Sidel” (2005). En la Argentina, asimismo, los condicionamientos de conducta de ese tipo han sido los preferidos para resolver algunos problemas verticales generados por ciertas concentraciones, siendo el ejemplo más importante el caso de la fusión “Multicanal/Cablevisión” (2007).

El tema de la eficacia de los condicionamientos de las operaciones de concentración aparece también en las fusiones horizontales, aunque aquí el punto básico a analizar es diferente. En los casos horizontales, los condicionamientos pueden servir para paliar dos tipos de problemas principales: que se cree o refuerce una posición dominante unilateral, o que se cree una estructura de mercado que facilite la colusión. El apuntar a uno u otro objetivo puede aconsejar soluciones distintas en determinados

²²³ Tal como vimos en el capítulo 7, el ejemplo más prominente de estas divergencias es el caso “General

casos. Por ejemplo, si se quiere contrarrestar una posición dominante individual por parte de un grupo que se está fusionando, puede ser conveniente obligarlo a venderle una serie de activos y marcas a un competidor ya existente, a fin de lograr que dicho competidor alcance una escala de operaciones más parecida a la del nuevo grupo fusionado. Si se quiere desincentivar la colusión, en cambio, será en general mejor obligar a que los activos se le entreguen a un nuevo ingresante al mercado, a fin de que el número de competidores existentes no disminuya.

La elección entre una y otra política respecto del comprador de los activos que se están desmembrando es un tema que no siempre se visualiza claramente, y es común que las agencias antitrust analicen los peligros de una fusión en términos de sus efectos unilaterales pero luego condicionen la operación apuntando más a los efectos coordinados de la misma²²⁴. En nuestra opinión, la clave para elegir entre las soluciones propuestas tiene que ver con el tipo de producto de que se trata (homogéneo, diferenciado) y con el tipo de competencia que rige en el mercado (por precios, por capacidad instalada). Se dará así que, si el producto es homogéneo y la competencia es básicamente por capacidad instalada, habrá que preocuparse más por los efectos coordinados e intentar que se produzca el ingreso de nuevos competidores al mercado. Si, en cambio, el producto es diferenciado y la competencia es básicamente por precios y por características de los productos, será más importante asegurarse que ninguna entidad pase a ostentar una posición de liderazgo, e intentar por lo tanto que alguna de las empresas preexistentes pueda competir con la empresa más grande en condiciones de mayor paridad.

Otro tema que hace a la eficacia de los condicionamientos impuestos en casos de fusiones y adquisiciones tiene que ver con la capacidad que puedan tener los desmembramientos empresarios parciales para generar competencia. Aquí el punto que frecuentemente se discute es si desmembrar cierto activo o división de una compañía

Electric/Honeywell” (2001).

²²⁴ Los ejemplos de esto son múltiples. En el capítulo 7 hemos mencionado el caso europeo “Nestlé/Perrier” (1992), el caso brasileño “Brahma/Antarctica” (2000) y el caso argentino “AmBev/Quilmes” (2003). En todos ellos el principal problema competitivo era la creación o refuerzo de una posición dominante unilateral, pero los condicionamientos elegidos exigieron el ingreso de nuevos competidores al mercado y buscaron impedir el fortalecimiento de los competidores existentes (temiendo probablemente que esto último facilitara la colusión). En algunos de esos casos, sin embargo, la autoridad antitrust admitió con posterioridad que un competidor preexistente se hiciera luego cargo de los activos desmembrados (tal como ocurrió en el mercado cervecero argentino luego de la concentración “CICSA/ICSA”, 2008).

integrada realmente sirve para que la entidad que adquiere dicho desmembramiento empresario entre a competir efectivamente al mercado o si, por el contrario, dicho desmembramiento no podrá autosostenerse como una empresa independiente. Diferentes respuestas para dicha cuestión harán que en determinadas circunstancias convenga que el comprador sea un competidor preexistente (aun cuando eso cree cierto peligro de colusión futura) o que se exija al grupo que se fusiona que el desmembramiento sea mayor al estrictamente necesario para resolver el problema de competencia bajo análisis. Ambas soluciones suelen generar controversias, en especial cuando las agencias antitrust y las partes de una operación de concentración tienen visiones diferentes respecto de la efectividad de las mismas.

En un artículo sobre los condicionamientos a las fusiones en Estados Unidos, por ejemplo, Blumenthal (2001) sostiene la conveniencia de que el tema se analice a través de un procedimiento en varias etapas, en el cual se parta de la presunción de que los desmembramientos deben definirse empleando la mínima medida de “negocio en marcha” (*entire business*) que resulte necesaria para resolver el problema de competencia que se esté analizando²²⁵. Dicha presunción podrá ser rebatida por el gobierno o por las empresas que se están fusionando, si es que alguno de ellos quiere un desmembramiento mayor o menor al sugerido por este criterio, o si tiene alguna preferencia específica respecto de la identidad del comprador del negocio que se está desmembrando. En esos casos, la forma de rebatir la presunción original implica demostrar la viabilidad o inviabilidad financiera de cierto desmembramiento empresario, según el mismo tenga un alcance mayor o menor y según se integre o no con los activos de un competidor preexistente.

8.2.3. Represión de abusos explotativos

Un último tema que hemos visto que pone en duda la eficacia de la política antitrust se refiere a la conveniencia de sancionar como prácticas anticompetitivas a los abusos explotativos de posición dominante. Tal como mencionamos en el capítulo 6, este tipo de prácticas no es sancionable en los países que siguen la tradición estadounidense, ya que se trata de situaciones en las cuales no aparece una restricción o

²²⁵ Esta medida, por ejemplo, puede ser en algunos casos una sucursal o una división de una empresa dedicada a determinado producto; en otros, puede ser simplemente una planta o un local comercial.

limitación a la competencia sino que lo que existe es un ejercicio unilateral del poder de mercado. En los países que siguen la tradición europea, en cambio, los abusos explotativos de posición dominante están generalmente reconocidos como infracciones al derecho antitrust, y las leyes de defensa de la competencia suelen contener referencias explícitas a los mismos²²⁶.

Algunos autores que analizan el tema desde la perspectiva de las normas inspiradas en el modelo europeo sostienen sin embargo la inconveniencia de aplicar las leyes antitrust a casos de abuso explotativo de posición dominante, mencionando, entre otros argumentos, el hecho de que, como los mismos no implican una restricción a la competencia, sancionar un abuso explotativo de posición dominante no sirve para “defender la competencia” en sentido estricto²²⁷. En un artículo sobre el caso argentino “CNDC c/ YPF”, Bouzat (2003) sostiene por ejemplo que prohibir los abusos explotativos de posición dominante podría tener el efecto indeseado de disuadir el ingreso al mercado de competidores potenciales que hallarían beneficioso entrar si los precios vigentes fueran supracompetitivos, pero que se abstendrían de hacerlo si los precios vigentes fueran menores. Este argumento resulta poco convincente, puesto que la forma racional de pensar de un competidor potencial que está evaluando ingresar a un mercado es suponer que los precios vigentes en un monopolio no tienen por qué mantenerse si la competencia en dicho mercado aumenta, por lo cual el valor de los precios monopólicos presentes como señal de los probables precios competitivos futuros es discutible (más aún si dichos precios se hallan influidos por una legislación que combate el abuso explotativo de posición dominante).

Sí nos parece relevante, en cambio, el hecho de que los abusos explotativos de posición dominante son muchas veces insancionables porque no hay manera objetiva de probar su ocurrencia, o bien porque la defensa de la competencia no tiene instrumentos para solucionar el problema planteado. Esto ha sido señalado ya en el capítulo 6 respecto de los precios no equitativos, cuya prueba es muchas veces imposible y cuya solución debe necesariamente pasar por regular directamente precios o cantidades (que son actividades que por definición están fuera del área de la defensa de la competencia).

²²⁶ Son ejemplos de esto, entre otros, los apartados “a” y “b” del artículo 82 del Tratado de la Comunidad Europea, y el inciso XXIV de la ley brasileña de defensa del orden económico (ley 8884, de 1994).

²²⁷ Tal es, por ejemplo, la postura sostenida por Otamendi (1999) y por Grossman y Serebrisky (2003), en artículos citados en capítulos anteriores.

Cuando esto último trata de ser sustituido por órdenes que consisten en obligar a una empresa a no aumentar sus precios o a retrotraerlos a los vigentes en determinada fecha, el efecto de dichas órdenes suele ser contraproducente, ya que las mismas no pueden ser mantenidas razonablemente por mucho tiempo y no sirven para solucionar de manera definitiva el problema que tratan de resolver.

No le cabe la misma crítica, sin embargo, a los abusos explotativos de posición dominante que se materializan a través de prácticas discriminatorias. Estos abusos implican situaciones en las cuales el problema bajo análisis puede resolverse simplemente y de manera permanente ordenando el cese de la conducta, con lo cual la política antitrust tiene un instrumento efectivo para intervenir que no implica meterse en el campo de la regulación directa. Sin dudas, dicho instrumento debe utilizarse con cautela, ya que, tal como vimos en el capítulo 6, existen prácticas discriminatorias que no son abusos de posición dominante, y también hay otras que, siéndolo, generan un resultado preferible al que el que se produce si la discriminación desaparece pero el abuso subsiste. También debe tenerse en cuenta que, aun cuando la discriminación sea explotativa e implique un perjuicio social, su eliminación puede resolver un problema relativamente menor en comparación con el problema más grande de la propia existencia de la posición dominante, que obviamente no puede solucionarse con una orden de cese de una conducta.

A pesar de lo dicho en el párrafo anterior, entendemos que no tiene por qué desestimarse la eficacia de la política antitrust como un modo de paliar los efectos perjudiciales de una práctica discriminatoria cuando ella configura un abuso explotativo de posición dominante. Esto es particularmente cierto cuando la posición dominante en cuestión aparece en un mercado desregulado, en el cual no existen soluciones regulatorias que puedan aplicarse de manera rápida y sencilla. Cuando dichas soluciones existen, en cambio, puede evaluarse su aplicación alternativa, y la no discriminación puede aparecer como un requisito impuesto por el ente regulador del sector que corresponda²²⁸.

Cabe reconocer, sin embargo, que la convergencia de criterios que parece estar

²²⁸ En la Argentina, por ejemplo, la Secretaría de Energía dictó en 1998 una resolución que prohíbe la discriminación de precios entre compradores mayoristas internos y externos de gas natural. Dicha disposición busca esencialmente lo mismo que la orden de cese dictada en el caso “CNDC c/ YPF” (2002) para el mercado de gas licuado de petróleo, que, a diferencia del gas natural, es un producto que en la Argentina no está sujeto a regulación de precios.

teniendo lugar en los últimos años en las distintas jurisdicciones apunta cada vez más a no sancionar los abusos explotativos de posición dominante. Son ejemplos de ello el caso estadounidense “C. Trinko c/ Verizon” (2004), en el cual los tribunales norteamericanos ratificaron su larga tradición al respecto, y el documento sobre abusos exclusorios de posición dominante de la Comisión Europea (2005b). Este último, al no tratar el tema de los abusos explotativos, dio a entender implícitamente que eran los abusos exclusorios los que más le preocupaban desde el punto de vista de la defensa de la competencia²²⁹.

8.3. Aspectos institucionales

La eficacia de la política de defensa de la competencia no depende sólo de su capacidad para encuadrar determinadas conductas como infracciones y para resolver determinados problemas de eficiencia a través de condicionamientos estructurales o de conducta. También tiene que ver con la posibilidad de generar un ordenamiento jurídico que sea aceptado y respetado por los agentes económicos, y de contar con instituciones que sean capaces de aplicar dicho ordenamiento. A lo largo del presente volumen hemos relevado sucintamente la experiencia de las autoridades de defensa de la competencia de cinco países (Estados Unidos, España, México, Brasil y la Argentina) y de la Unión Europea. Dichas experiencias nos pueden servir para extraer algunas conclusiones respecto de la eficacia relativa de distintos tipos de organización de la actividad antitrust, puesto que cada uno de esos estados tiene esquemas institucionales diferentes.

8.3.1. Organización de las agencias antitrust

Un primer tema que puede plantearse desde el punto de vista institucional es si resulta más eficaz tener un sistema de agencia única de defensa de la competencia (tal como ocurre en la Unión Europea, México o la Argentina) o si debe por el contrario preferirse un sistema de agencia doble (como los que rigen en Estados Unidos y Brasil, o como el que tuvo vigencia en España hasta el año 2007). El primero de dichos esquemas tiene la ventaja de concentrar en un solo organismo todas las funciones

²²⁹ Esta idea se refuerza aún más si se analiza la doctrina europea reciente sobre el tema. Son ilustrativos al respecto los artículos de Evans y Padilla (2005) y de Motta y Streel (2006), ya que ambos abogan por reducir al mínimo las intervenciones antitrust en casos de abuso explotativo de posición dominante.

relacionadas con la defensa de la competencia, y suele requerir por lo tanto menos recursos para realizar las mismas tareas. Su principal inconveniente es que en la mayoría de los casos la agencia antitrust única cumple al mismo tiempo funciones de fiscalía y de tribunal de competencia, y este doble papel puede generar conflictos de incentivos al momento de tomar decisiones. Esto es particularmente evidente en los casos iniciados de oficio, ya que el propio ente que está denunciando una conducta anticompetitiva es el que luego juzgará dicha conducta.

Otro punto ligado con el anterior tiene que ver con la independencia de la agencia antitrust respecto del poder político. Nótase así que ciertas agencias de competencia (por ejemplo, la Comisión Europea, el Departamento de Justicia de EEUU, la Secretaría de Derecho Económico de Brasil, la Comisión de Defensa de la Competencia de la Argentina) tienen una dependencia directa de las autoridades ejecutivas de sus respectivos estados, en tanto que otras agencias (por ejemplo, la Comisión Federal de Comercio de EEUU, la Comisión Nacional de la Competencia de España, la Comisión Federal de Competencia de México, el Consejo Administrativo de Defensa Económica de Brasil) son mucho más independientes de dichas autoridades ejecutivas. La mayor dependencia del poder político puede verse como una ventaja en cuanto a la posibilidad de coordinar la política de competencia con otras políticas públicas (por ejemplo, con las políticas de regulación directa), pero es sin duda una desventaja si se pretende que la defensa de la competencia sea una “política de estado” que tenga continuidad en el tiempo. Es por eso crucial que, si la agencia antitrust no es independiente del poder político, haya una participación importante del poder judicial en el sistema de defensa de la competencia.

Lo expuesto en el párrafo anterior puede ilustrarse a través de la experiencia europea. Si bien la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea es un órgano totalmente dependiente de las autoridades ejecutivas de la Comunidad Europea, y tiene al mismo tiempo funciones de fiscalía y de tribunal de primera instancia, sus decisiones son apelables ante los tribunales de justicia de la Unión Europea, y dichas apelaciones tienen un papel decisivo a la hora de definir concretamente el alcance del derecho antitrust comunitario. Lo mismo puede decirse del caso estadounidense, donde el sistema de defensa de la competencia es por demás descentralizado. De los casos expuestos en el presente volumen surge que, al menos en lo que se refiere a prácticas

anticompetitivas, la principal fuente del derecho antitrust norteamericano son los fallos de la Corte Suprema²³⁰, que a través de una jurisprudencia que ya tiene más de un siglo ha ido fijando una serie de criterios y ha ido progresivamente revisándolos en la mayor parte de los temas que hacen al derecho de la competencia.

El papel del poder judicial como creador de derecho de la competencia, sin embargo, es mucho menos importante y eficaz en los casos de países con escasa historia antitrust. Esto se debe a que, necesariamente, se precisa de un tiempo más o menos prolongado para que llegue a las instancias más elevadas del sistema judicial un conjunto representativo de casos de defensa de la competencia, y eso todavía no ha ocurrido en la mayoría de los países que no son Estados Unidos ni la Unión Europea. La historia de algunos de estos países nos muestran también que el propio poder judicial ha carecido de continuidad institucional, y por ende muchos fallos de un par de décadas atrás han perdido relevancia actual como precedentes jurisprudenciales²³¹. En esas circunstancias el principal creador de jurisprudencia antitrust es la agencia administrativa que entiende en el tema, que suele concentrar todos los casos y que puede por lo tanto crear en poco tiempo un cuerpo jurisprudencial más o menos completo y coherente. Para ello ayuda que sea independiente del poder político (y que, por lo tanto, no cambie de criterios cada vez que cambia el presidente o ministro de turno) y que sea única, y que también sean únicas las instancias de apelación de sus decisiones (es decir, que todo pase por la misma cámara de apelaciones y llegue eventualmente por la misma vía a la Corte Suprema u organismo equivalente)²³².

En los casos de organización institucional con doble agencia, el modelo más

²³⁰ En lo que se refiere a concentraciones económicas, en cambio, puede decirse que la principal fuente del derecho antitrust moderno en EEUU no son los fallos de la Corte Suprema sino las decisiones de la FTC y del Departamento de Justicia y, en especial, las pautas emitidas por esos organismos. Esto se debe a que entre ambos controlan virtualmente la totalidad de las fusiones importantes que se producen, y que desde 1974 no ha habido ningún caso antitrust de concentración económica que haya llegado a la Corte Suprema norteamericana.

²³¹ A eso contribuye también el hecho de que en numerosos países la propia legislación antitrust cambió radicalmente en el tiempo, lo mismo que el sistema económico en el cual dicha legislación opera.

²³² Un ejemplo claro en el cual esto último no ocurrió se da en el caso argentino, en el cual las resoluciones del secretario a cargo del área de defensa de la competencia se apelan en distintos tribunales federales. Como consecuencia de ello, resoluciones similares adoptadas en fechas cercanas con criterios idénticos fueron mantenidas o revocadas por distintas cámaras de apelaciones sin que pueda encontrarse una lógica común a las decisiones implementadas. Esto es particularmente visible en casos de prácticas exclusorias ligadas con el sector salud, respecto de las cuales existe una jurisprudencia bastante homogénea por parte de la CNDC y una dispersión notable de la misma cuando se analizan los fallos de las distintas cámaras de apelaciones del país. Es por eso importante que uno de los casos analizados haya llegado a la Corte Suprema de la Nación ("R. Barisio c/ Círculo Odontológico de Venado Tuerto", 2005),

común parece ser el de un organismo con funciones de fiscalía que depende directamente del poder político y otro organismo con funciones de tribunal de primera instancia que, si bien en general forma parte del poder administrador y no del poder judicial, tiene cierta independencia en cuanto a la designación de sus funcionarios y a la duración de los mismos. Tal es, por ejemplo, el esquema que rigió en España y que aún rige en Brasil y en Chile, y que en cierto modo compatibiliza las ventajas de la centralización como modo de generar rápidamente una jurisprudencia coherente y por otro lado mantiene separadas las funciones de fiscalía y tribunal para garantizar cierta imparcialidad en los casos importantes²³³.

En Estados Unidos, en cambio, el sistema de doble agencia es menos coherente desde el punto de vista institucional, ya que el Departamento de Justicia opera como una fiscalía que litiga directamente en el poder judicial y la Comisión Federal de Comercio es en cambio un órgano administrativo que cumple al mismo tiempo funciones de fiscalía y de tribunal de primera instancia. La división del trabajo que se da entre ambos organismos tiene que ver con cierta especialización sectorial y con el hecho de que sólo el DOJ puede accionar penalmente. Esto hace que la mayoría de los casos de colusión abierta queden a cargo de este último organismo, que es quien solicita al poder judicial las correspondientes multas y penas de prisión que la ley Sherman prevé para ese tipo de conductas anticompetitivas.

8.3.2. Naturaleza del derecho antitrust

Un último tema de importancia al que nos referiremos en el presente capítulo, que tiene que ver con aspectos institucionales del sistema de defensa de la competencia, es el de la naturaleza del derecho antitrust. Si bien este tema puede analizarse desde distintas perspectivas, una de las principales cuestiones que trae aparejado es qué tipo de tribunal (y, por extensión, qué tipo de procedimiento) debe usarse para resolver casos de defensa de la competencia. Las alternativas básicas al respecto son utilizar las

y que dicho tribunal haya fallado de manera coincidente con los criterios elaborados por la CNDC.

²³³ Cada experiencia nacional, obviamente, tiene sus matices. Hemos visto que en España el TDC resolvía los casos de prácticas anticompetitivas pero solo dictaminaba en los casos de fusiones, con lo cual estos últimos terminan siendo resueltos por el Consejo de Ministros (es decir, por el poder político). En Brasil, por su parte, no hay propiamente agencia doble sino triple, ya que además del CADE y de la SDE existe la Secretaría de Acompañamiento Económico, que elabora estudios de mercado (denominados “pareceres”) en cada uno de los casos antitrust importantes.

instituciones del derecho penal (más precisamente, del derecho penal económico), las del derecho comercial o las del derecho administrativo.

Desde el punto de vista de su congruencia con la lógica económica de la defensa de la competencia, la opción más adecuada para encuadrar al derecho antitrust parecería ser incluirlo dentro del derecho penal económico, ya que en general sus casos implican una intervención pública puntual destinada a reprimir conductas calificadas como infracciones al orden jurídico (que deben probarse de manera más o menos concluyente y sancionarse con multas y órdenes de cese o de desmembramiento empresarial). También pueden usarse, por analogía, las instituciones del derecho administrativo, en especial aquellas que están pensadas para litigar cuestiones relacionadas con entes reguladores. Esa rama del derecho, si bien está pensada para resolver problemas en los cuales el estado es parte en virtud de medidas específicas que el mismo toma, puede resultar apta para analizar la relevancia de las pruebas y para imponer multas, aun en casos en los cuales el infractor es privado y los múltiples damnificados también lo son.

En lo que se refiere a las instituciones de derecho comercial, las mismas son en principio las menos adecuadas para tratar problemas de derecho de la competencia, ya que están pensadas para resolver conflictos entre particulares y no para solucionar problemas en los cuales lo que está afectado es el interés general. Esto es algo particularmente delicado en ciertos casos antitrust en los cuales ambas cosas suelen confundirse, ya que muchas veces el denunciante tiene un interés particular opuesto al denunciado, pero la medida de dicho interés particular es muy distinta de la medida del interés general que se supone que el derecho antitrust protege.

Las principales ventajas que se esgrimen para utilizar al fuero comercial en los casos de defensa de la competencia tienen que ver con su mayor agilidad de procedimientos y con el hecho de que los tribunales comerciales suelen tener mayor experiencia en el análisis de contratos y prácticas comerciales. La óptica con la cual analizan usualmente dichos contratos y prácticas, sin embargo, es radicalmente distinta de la que debería utilizarse en los casos de defensa de la competencia, ya que hasta la propia realización de compromisos entre las partes puede llevar a soluciones privadas que vayan en contra del interés general en un caso antitrust y que un tribunal comercial se vea tentado de homologar. De todos modos, quizás lo más importante no sea tanto qué clase de tribunal va a entender en las apelaciones de los casos de defensa de la

competencia, sino lograr que dichos tribunales vayan generando una jurisprudencia homogénea que respete los principios de la lógica económica por la cual la competencia es normalmente deseable y merece ser defendida.

A efectos de ilustrar lo dicho en el párrafo anterior, resulta útil analizar una de las mayores particularidades del derecho antitrust estadounidense, que es la existencia de casos puramente privados en los que no participa ninguna agencia gubernamental. Tal como hemos mencionado en el capítulo 1, en esos casos la sanción no consiste en una multa sino en una indemnización que el demandado debe pagarle al demandante, y que puede llegar hasta el triple del daño sufrido por este último. Este es un mecanismo extraño para un derecho que es básicamente público y que se supone que defiende el interés general, y en cierto modo está reñido con la lógica económica que fundamenta a la defensa de la competencia como una intervención del estado tendiente a resolver situaciones de fracaso del mercado. En el sistema estadounidense, sin embargo, los litigios privados cumplen un papel muy importante como proveedores de incentivos para que los interesados denuncien la existencia de prácticas anticompetitivas, ya que la indemnización triple suele implicar un beneficio privado mucho más alto que el que se obtiene por el simple cese de la conducta denunciada. Si, como sucede en muchas circunstancias, algunos damnificados cuentan con información más detallada que el estado para probar la existencia de una práctica anticompetitiva, este incentivo a litigar puede transformarse en una poderosa fuerza para descubrir infracciones a la ley antitrust, y para disuadir a las empresas a cometerlas²³⁴.

Para que un esquema de litigios antitrust puramente privados pueda funcionar, sin embargo, es necesario que el sistema judicial tenga la capacidad de receptar las múltiples demandas que pueden plantearse y de operar en ellas de manera coherente. En el caso norteamericano, esto se facilita por la existencia de una jurisprudencia muy extensa sobre los distintos temas y por la obligatoriedad de la casación, por la cual los tribunales inferiores deben fallar siguiendo los precedentes de los tribunales superiores. Cuando alguno de estos elementos no se encuentra presente el sistema corre el riesgo de colapsar, ya que es capaz de generar precedentes incoherentes entre sí y de poner en riesgo la seguridad jurídica respecto de cuáles prácticas comerciales son lícitas y cuáles

²³⁴ Para un análisis formal de este punto, aplicado al caso de los acuerdos de precios, véase Salant (1987).

ilícitas, volviendo inclusive inoperante la legislación antitrust²³⁵. Es por eso, probablemente, que en la mayoría de los países del mundo se ha optado por tener un procedimiento antitrust que pase obligatoriamente por una agencia especializada que filtre los casos a analizar, y que sólo se llegue a la justicia por la vía de la apelación. En cuanto a la posibilidad de que se paguen indemnizaciones, la mayoría de los sistemas jurídicos las admiten como resultado de procedimientos posteriores, consistentes en demandas civiles o comerciales por daños y perjuicios, que deben litigarse una vez que las infracciones al derecho antitrust han sido ya comprobadas y sancionadas.

Como parte del proceso cada vez más acentuado de convergencia internacional en el ámbito de las normas de defensa de la competencia, es posible ver desde comienzos del siglo XXI que varias jurisdicciones han intentado introducir la posibilidad de los litigios antitrust privados. La que más se ha adelantado al respecto es probablemente la Unión Europea, que inclusive ha publicado recientemente un documento sobre el tema de las acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia (Comisión Europea, 2008).

²³⁵ De hecho, esta inoperancia parece haber afectado al propio derecho antitrust estadounidense, que durante las primeras décadas posteriores a la sanción de la ley Sherman tuvo una aplicación errática y poco relevante. Sólo cuando empezaron a aparecer los primeros casos importantes que llegaron a la Corte Suprema la situación comenzó a cambiar, y el sistema mixto de doble agencia y antitrust privado comenzó a generar una jurisprudencia mucho más coherente y completa.

Apéndice: Normas de defensa de la competencia

A continuación se reproducen extractos de las principales normas de defensa de la competencia reseñadas y citadas a lo largo del texto. Sólo se incluyen las partes más importantes de las normas en cuestión, y sólo las que se refieren a aspectos de fondo y no de procedimiento. Las normas correspondientes a la Unión Europea, España, México y la Argentina se reproducen según su texto oficial; las correspondientes a Estados Unidos y Brasil son traducciones propias.

A.1. Estados Unidos

A.1.1. Ley Sherman (1890)

Art 1. Los contratos, combinaciones en forma de *trusts* o conspiraciones que restrinjan el comercio ... quedan declarados ilegales. Quien realice algún contrato o entre en alguna combinación o conspiración de las declaradas ilegales en esta ley será considerado culpable ... y sancionado con multa ... o prisión que no excederá los tres años, o ambas.

Art 2. Toda persona que monopolice, o intente monopolizar, o acuerde o conspire con otras personas para monopolizar el comercio ... será considerado culpable ... y sancionado con multa ... o prisión que no excederá los tres años, o ambas.

A.1.2. Ley Clayton (1914)

Art 2 (modificado por la ley Robinson-Patman, 1936).

a) Es ilegal que cualquier persona que ejerza el comercio, en el curso de dicha actividad, discrimine precios entre diferentes compradores de bienes del mismo tipo y calidad, cuando alguno dichos compradores ejerce el comercio, ... y cuando el efecto de dicha discriminación sea reducir sustancialmente la competencia o tender a crear un monopolio. ... Nada de lo aquí establecido impedirá diferencias de precios originadas en diferencias en el costo de producción, venta o despacho resultante de los distintos métodos o cantidades en que dichos bienes son vendidos o despachados. ... Nada de lo aquí establecido impedirá cambios de precios ... en respuesta a cambios en las condiciones que afectan el mercado o la comercialización de los bienes, tales como ... el deterioro de bienes perecederos, la obsolescencia de bienes de estación, los remates judiciales, o las ventas de buena fe en procesos de liquidación de un negocio.

b) Luego de presentadas las pruebas ... de que ha habido discriminación de precios ... la carga de rebatir la acusación *prima facie* ... recae en la persona acusada. ... Nada de lo aquí establecido impedirá que un vendedor rebata la acusación *prima facie* ... mostrando que su menor precio ... fue cobrado de buena fe para igualar un precio igualmente bajo de un competidor.

c) Es ilegal ... el pago ... de comisiones por ventas ... u otras compensaciones, salvo por servicios prestados en relación con la compra o venta de bienes, a la otra parte de dicha transacción o a un agente, representante u otro intermediario.

d) Es ilegal ... el pago de cualquier beneficio a un comprador ... como compensación o en consideración de cualquier servicio ... prestado por dicho comprador, ... excepto cuando dicho pago ... esté disponible en términos proporcionalmente iguales para todos los otros compradores que compiten en la distribución de los productos o bienes.

e) Es ilegal ... discriminar a favor de un comprador y en contra de otro u otros ... a

través de contratos de provisión ... de servicios o instalaciones ... u ofertas de venta ... en términos no ofrecidos a todos los compradores de manera proporcionalmente igual.

f) Es ilegal ... aceptar o recibir de manera consciente una discriminación de precios prohibida en este artículo.

Art 3. Es ilegal ... alquilar o vender o contratar la venta de bienes ... bajo la condición de que el locatario o comprador ... no use o comercie los bienes ... de un competidor o competidores del locador o vendedor, cuando el efecto de dicho alquiler, venta o contrato ... sea reducir sustancialmente la competencia o tender a crear un monopolio.

Art 7 (modificado por la ley Celler-Kefauver, 1950). Ninguna persona que ejerza el comercio ... adquirirá, directa o indirectamente, todas o parte de las acciones o participaciones en el capital ... o en los activos de otra persona que ejerza el comercio, ... cuando ... el efecto de dicha adquisición sea reducir sustancialmente la competencia o tender a crear un monopolio.

A.1.3. Ley de creación de la Comisión Federal de Comercio (1914)

Art 5. a) 1) Se declaran ilegales los métodos desleales de competencia en el comercio o que afectan el comercio, y los actos y prácticas desleales o engañosos en el comercio o que afectan el comercio.

A.2. Unión Europea

A.2.1. Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (1999)

Art 81 (antiguo artículo 85 del Tratado de Roma, 1957).

1. Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y, en particular, los que consistan en:

- a) fijar, directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;
- b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;
- c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;
- d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
- e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas, cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas, y cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas, que contribuyan a mejorar la producción o distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:

- a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;
- b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

Art 82 (antiguo artículo 86 del Tratado de Roma, 1957). Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar el comercio entre los estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo. Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:

- a) imponer, directa o indirectamente precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;
- b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;
- c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
- d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

Art 87 (antiguo artículo 92 del Tratado de Roma, 1957). Salvo que el presente tratado disponga otra cosa, serán incompatibles con el mercado común, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre estados miembros, las ayudas otorgadas por los estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones.

A.2.2. Reglamento 139/2004 (Consejo de la Unión Europea)

Art 2.

2. Las concentraciones que no sean susceptibles de obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, en particular como consecuencia de la creación o refuerzo de una posición dominante, se declararán compatibles con el mercado común.

3. Las concentraciones que sean susceptibles de obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, en particular como consecuencia de la creación o refuerzo de una posición dominante, se declararán incompatibles con el mercado común.

A.2.3. Ley 15/2007 de defensa de la competencia (España)

Art 1.

1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:

- a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.
- b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.
- c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.
- d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.
- e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones

suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

3. La prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto, siempre que:

- a) Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas.
- b) No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y
- c) No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

Art 2.

1. Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.

2. El abuso podrá consistir, en particular, en:

- a) La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos.
- b) La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores.
- c) La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios.
- d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.
- e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

Art 10.

1. La Comisión Nacional de la Competencia valorará las concentraciones económicas atendiendo a la posible obstaculización del mantenimiento de una competencia efectiva en todo o en parte del mercado nacional. En concreto, la Comisión Nacional de la Competencia adoptará su decisión atendiendo, entre otros, a los siguientes elementos:

- a) la estructura de todos los mercados relevantes,
- b) la posición en los mercados de las empresas afectadas, su fortaleza económica y financiera,
- c) la competencia real o potencial de empresas situadas dentro o fuera del territorio nacional,
- d) las posibilidades de elección de proveedores y consumidores, su acceso a las fuentes de suministro o a los mercados,
- e) la existencia de barreras para el acceso a dichos mercados,
- f) la evolución de la oferta y de la demanda de los productos y servicios de que se trate,
- g) el poder de negociación de la demanda o de la oferta y su capacidad para compensar la posición en el mercado de las empresas afectadas,
- h) las eficiencias económicas derivadas de la operación de concentración y, en particular, la contribución que la concentración pueda aportar a la mejora de los sistemas de producción o comercialización así como a la competitividad empresarial, y la medida en que dichas eficiencias sean trasladadas a los consumidores intermedios y

finales, en concreto, en la forma de una mayor o mejor oferta y de menores precios.

4. El Consejo de Ministros, a efectos de lo previsto en el artículo 60 de esta Ley, podrá valorar las concentraciones económicas atendiendo a criterios de interés general distintos de la defensa de la competencia. En particular, se entenderá como tales los siguientes:

- a) defensa y seguridad nacional,
- b) protección de la seguridad o salud públicas,
- c) libre circulación de bienes y servicios dentro del territorio nacional,
- d) protección del medio ambiente,
- e) promoción de la investigación y el desarrollo tecnológicos,
- f) garantía de un adecuado mantenimiento de los objetivos de la regulación sectorial.

A.3. América Latina

A.3.1. Ley federal de competencia económica (México, 1993)

Art 8. Quedan prohibidos los monopolios y estancos, así como las prácticas que, en los términos de esta ley, disminuyan, dañen o impidan la competencia y la libre concurrencia en la producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes o servicios.

Art 9. Son prácticas monopólicas absolutas los contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí, cuyo objeto o efecto sea cualquiera de los siguientes:

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

II (modificado en el año 2006). Establecer la obligación de no producir, procesar, distribuir, comercializar o adquirir sino solamente una cantidad restringida o limitada de bienes o la prestación o transacción de un número, volumen o frecuencia restringidos o limitados de servicios;

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

IV. Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en las licitaciones, concursos, subastas o almonedas públicas.

Art 10 (modificado en el año 2006). Sujeto a que se comprueben los supuestos a que se refieren los artículos 11, 12 y 13 de esta Ley, se consideran prácticas monopólicas relativas los actos, contratos, convenios, procedimientos o combinaciones cuyo objeto o efecto sea o pueda ser desplazar indebidamente a otros agentes del mercado, impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas en favor de una o varias personas, en los siguientes casos:

I. Entre agentes económicos que no sean competidores entre sí, la fijación, imposición o establecimiento de la distribución exclusiva de bienes o servicios, por razón de sujeto, situación geográfica o por períodos de tiempo determinados, incluidas la división, distribución o asignación de clientes o proveedores; así como la imposición de la obligación de no fabricar o distribuir bienes o prestar servicios por un tiempo determinado o determinable;

II. La imposición del precio o demás condiciones que un distribuidor o proveedor debe observar al comercializar o distribuir bienes o prestar servicios;

III. La venta o transacción condicionada a comprar, adquirir, vender o proporcionar otro bien o servicio adicional, normalmente distinto o distinguible, o sobre bases de reciprocidad;

IV. La venta, compra o transacción sujeta a la condición de no usar, adquirir, vender, comercializar o proporcionar los bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero;

V. La acción unilateral consistente en rehusarse a vender o proporcionar a personas determinadas bienes o servicios disponibles y normalmente ofrecidos a terceros;

VI. La concertación entre varios agentes económicos o la invitación a éstos, para ejercer presión contra algún agente económico o para rehusarse a vender, comercializar o adquirir bienes o servicios a dicho agente económico, con el propósito de disuadirlo de una determinada conducta, aplicar represalias u obligarlo a actuar en un sentido determinado;

VII. 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, cuando existan elementos para presumir que estas pérdidas serán recuperadas mediante incrementos futuros en precios ...

VIII. El otorgamiento de descuentos o incentivos por parte de productores o proveedores a los compradores con el requisito de no usar, adquirir, vender, comercializar o proporcionar los bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero, o la compra o transacción sujeta al requisito de no vender, comercializar o proporcionar a un tercero los bienes o servicios objeto de la venta o transacción.

IX. El uso de las ganancias que un agente económico obtenga de la venta, comercialización o prestación de un bien o servicio para financiar las pérdidas con motivo de la venta, comercialización o prestación de otro bien o servicio.

X. El establecimiento de distintos precios o condiciones de venta o compra para diferentes compradores o vendedores situados en igualdad de condiciones, y

XI. La acción de uno o varios agentes económicos cuyo objeto o efecto, directo o indirecto, sea incrementar los costos u obstaculizar el proceso productivo o reducir la demanda que enfrentan sus competidores.

Art 11. Para que las prácticas a que se refiere el artículo anterior se consideren violatorias de esta ley, deberá comprobarse que el presunto responsable tiene poder sustancial sobre el mercado relevante, y que se realicen respecto de bienes o servicios que correspondan al mercado relevante de que se trate.

Art 16. Se entiende por concentración la fusión, adquisición del control o cualquier acto por virtud del cual se concentren sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general que se realice entre competidores, proveedores, clientes o cualesquiera otros agentes económicos. La Comisión Federal de Competencia impugnará y sancionará aquellas concentraciones cuyo objeto o efecto sea disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia respecto de bienes o servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados.

Art 17. En la investigación de concentraciones, la Comisión habrá de considerar como indicios de los supuestos a que se refiere el artículo anterior, que el acto o tentativa:

I. Confiera o pueda conferir al fusionante, al adquirente o agente económico resultante de la concentración, el poder de fijar precios unilateralmente o restringir sustancialmente el abasto o suministro en el mercado relevante, sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder;

- II. Tenga o pueda tener por objeto indebidamente desplazar a otros agentes económicos, o impedirles el acceso al mercado relevante; y
- III. Tenga por objeto o efecto facilitar sustancialmente a los participantes en dicho acto o tentativa el ejercicio de las prácticas monopólicas a que se refiere el capítulo segundo de esta ley.

A.3.2. Ley 8884 de defensa del orden económico (Brasil, 1994)

Art 20. Constituyen infracción al orden económico ... los actos ... que tengan por objeto o puedan producir los siguientes efectos, aunque no sean alcanzados:

- I) limitar, falsear o de cualquier forma perjudicar la libre competencia o la libre iniciativa;
- II) dominar el mercado relevante de bienes o servicios;
- III) aumentar arbitrariamente los beneficios;
- IV) ejercer de forma abusiva una posición dominante.

La conquista del mercado resultante del proceso natural fundado en la mayor eficiencia de un agente económico en relación con sus competidores no caracteriza el ilícito previsto en el inciso II.

Hay posición dominante cuando una empresa o grupo de empresas controla una porción sustancial del mercado relevante, como proveedor, intermediario, comprador o financiador de un producto, servicio o tecnología relativa a él.

La posición dominante a la que se refiere el párrafo anterior se presume cuando la empresa o grupo de empresas controla el 20% del mercado relevante, pudiendo ese porcentaje ser alterado por el CADE para sectores específicos de la economía.

Art 21. Las siguientes conductas, entre otras, son infracciones al orden económico, en la medida en que configuren hipótesis previstas en el artículo 20:

- I) fijar, imponer o practicar, en acuerdo con competidores, de cualquier forma, precios y condiciones de venta de bienes o de prestación de servicios;
- II) obtener o influir en la adopción de conductas comerciales uniformes o concertadas entre competidores;
- III) dividir los mercados de servicios o productos, terminados o semi-terminados, o las fuentes de abastecimiento de materias primas o productos intermedios;
- 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;
- VII) exigir o conceder exclusividad para la divulgación de publicidad en los medios de comunicación masiva;
- VIII) convenir previamente precios o ventajas en la competencia en licitaciones públicas;
- IX) utilizar medios engañosos para provocar la oscilación de precios de terceros;
- X) regular mercados de bienes o servicios, estableciendo acuerdos para limitar o controlar la investigación y el desarrollo tecnológico, la producción de bienes o la prestación de servicios, o para dificultar inversiones destinadas a la producción de bienes o servicios o su distribución;
- XI) imponer, en el comercio de bienes o servicios, a distribuidores, minoristas y representantes, precios de reventa, descuentos, condiciones de pago, cantidades mínimas o máximas, márgenes de beneficios u otras condiciones cualesquiera de

- comercialización relativas a negocios de éstos con terceros;
- XII) discriminar entre compradores o proveedores de bienes y servicios por medio de la fijación diferenciada de precios o de condiciones operativas de venta o prestación de servicios;
- 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;
- XV) destruir, inutilizar o acaparar materias primas, productos intermedios o terminados, así como destruir, inutilizar o dificultar la operación de equipos destinados a producirlos, distribuirlos o transportarlos;
- XVI) impedir la explotación de derechos de propiedad industrial o intelectual o de tecnología;
- XVII) abandonar, hacer abandonar o destruir cosechas o plantaciones, sin justa causa;
- 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;
- XX) interrumpir o reducir en gran escala la producción, sin justa causa;
- XXI) cesar parcial o totalmente las actividades de la empresa, sin justa causa;
- XXII) retener bienes de producción o de consumo, excepto para garantizar la cobertura de los costos de producción;
- XXIII) subordinar la venta de un bien a la adquisición de otro o a la utilización de un servicio, o subordinar la prestación de un servicio a la utilización de otro o a la adquisición de un bien;
- XXIV) imponer precios excesivos, o aumentar sin justa causa el precio de un bien o servicio.

Para caracterizar la imposición de precios excesivos o el aumento injustificado de precios, además de otras circunstancias económicas y mercadológicas relevantes, se considerará:

- I. el precio del producto o servicio, o su elevación, no justificados por el comportamiento del costo de los respectivos insumos, o por la introducción de mejoras en la calidad;
- II. el precio del producto anteriormente producido, cuando se trate de un sucedáneo resultante de alteraciones no sustanciales;
- III. el precio de productos o servicios similares, o su evolución, en mercados competitivos comparables;
- IV. la existencia de acuerdos de cualquier tipo, que resulten en incrementos del precio del bien o de los respectivos costos.

Art 54. Los actos ... que puedan limitar o de cualquier forma perjudicar la libre competencia, o resultar en el dominio de mercados relevantes de bienes o servicios, deberán ser sometidos a la apreciación del CADE.

1) El CADE podrá autorizar los actos ... que cumplan las siguientes condiciones:

- I. tengan por objetivo ... aumentar la productividad, mejorar la calidad del bien o servicio, o propiciar la eficiencia y el desarrollo tecnológico o económico;
- II. los beneficios generados sean distribuidos equitativamente entre los participantes, de un lado, y los consumidores o usuarios finales, de otro;
- III. no impliquen eliminación de la competencia en una parte sustancial del mercado

relevante de bienes o servicios;

IV. observen los límites estrictamente necesarios para cumplir los objetivos buscados.

2) También podrán ser considerados legítimos los actos previstos en este artículo, siempre que cumplan por lo menos tres de las condiciones previstas en el párrafo anterior, cuando sean necesarios por motivos preponderantes de la economía nacional y del bien común, y siempre que no impliquen perjuicio al consumidor o usuario final.

A.3.3. Ley 25.156 de defensa de la competencia (Argentina, 1999)

Art 1. Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley, los actos o conductas ... que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general.

Art 2. Las siguientes conductas, entre otras, en la medida que configuren las hipótesis del artículo 1, constituyen prácticas restrictivas de la competencia:

- a) fijar, concertar o manipular en forma directa o indirecta el precio de venta, o compra de bienes o servicios al que se ofrecen o demandan en el mercado, así como intercambiar información con el mismo objeto o efecto;
- b) establecer obligaciones de producir, procesar, distribuir, comprar o comercializar sólo una cantidad restringida o limitada de bienes, o prestar un número, volumen o frecuencia restringido o limitado de servicios;
- c) repartir en forma horizontal zonas, mercados, clientes y fuentes de aprovisionamiento;
- d) concertar o coordinar posturas en las licitaciones o concursos;
- e) concertar la limitación o control del desarrollo técnico o las inversiones destinadas a la producción o comercialización de bienes y servicios;
- f) impedir, dificultar u obstaculizar a terceras personas la entrada o permanencia en un mercado o excluirlas de éste;
- g) fijar, imponer o practicar, directa o indirectamente, en acuerdo con competidores o individualmente, de cualquier forma precios y condiciones de compra o de venta de bienes, de prestación de servicios o de producción;
- h) regular mercados de bienes o servicios, mediante acuerdos para limitar o controlar la investigación y el desarrollo tecnológico, la producción de bienes o prestación de servicios, o para dificultar inversiones destinadas a la producción de bienes o servicios o su distribución;
- i) subordinar la venta de un bien a la adquisición de otro o a la utilización de un servicio, o subordinar la prestación de un servicio a la utilización de otro o a la adquisición de un bien;
- j) sujetar la compra o venta a la condición de no usar, adquirir, vender o abastecer bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero;
- k) imponer condiciones discriminatorias para la adquisición o enajenación de bienes o servicios sin razones fundadas en los usos y costumbres comerciales;
- 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;
- ll) suspender la provisión de un servicio monopólico dominante en el mercado a un prestatario de servicios públicos o de interés público;

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.

Art 4. A los efectos de esta ley se entiende que una o más personas gozan de posición dominante cuando para un determinado tipo de producto o servicio es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional o en una o varias partes del mundo o, cuando sin ser única, no está expuesta a una competencia sustancial o cuando, por el grado de integración vertical u horizontal, está en condiciones de determinar la viabilidad económica de un competidor o participante en el mercado, en perjuicio de éstos.

Art 5. A fin de establecer la existencia de posición dominante en un mercado, deberán considerarse las siguientes circunstancias:

- a) el grado en que el bien o servicio de que se trate, es sustituible por otros, ya sea de origen nacional como extranjero; las condiciones de tal sustitución y el tiempo requerido para la misma;
- b) el grado en que las restricciones normativas limiten el acceso de productos u oferentes o demandantes al mercado de que se trate;
- c) el grado en que el presunto responsable pueda influir unilateralmente en la formación de precios o restringir al abastecimiento o demanda en el mercado y el grado en que sus competidores puedan contrarrestar dicho poder.

Art 6. A los efectos de esta ley se entiende por concentración económica la toma de control de una o varias empresas, a través de realización de los siguientes actos:

- a) la fusión entre empresas;
- b) la transferencia de fondos de comercio;
- c) la adquisición de la propiedad o cualquier derecho sobre acciones o participaciones de capital o títulos de deuda que den cualquier tipo de derecho a ser convertidos en acciones o participaciones de capital o a tener cualquier tipo de influencia en las decisiones de la persona que los emita cuando tal adquisición otorgue al adquirente el control de, o la influencia sustancial sobre misma;
- d) cualquier otro acuerdo o acto que transfiera en forma fáctica o jurídica a una persona o grupo económico los activos de una empresa o le otorgue influencia determinante en la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de una empresa.

Art 7 (modificado por el decreto 396/2001). Se prohíben las concentraciones económicas cuyo objeto o efecto sea o pueda ser restringir o distorsionar la competencia, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general.

Índice de casos

A continuación se enuncian los casos citados en el presente volumen, indicándose los años de los fallos o resoluciones que los resuelven, los códigos de dichos fallos y resoluciones, y los capítulos del libro en los que se hallan mencionados. En todos los casos aparece primero la parte acusadora o denunciante y luego la parte demandada o denunciada. En los casos de autorización de concentraciones económicas, se menciona primero a la empresa adquiriente o fusionante y luego a la empresa adquirida o absorbida.

Capítulo

Estados Unidos

Albretch c/ Herald (1968), 390 US 145, SCt	2, 5
Arizona c/ Maricopa County Medical Society (1982), 457 US 332, SCt	3
Aspen Highlands c/ Aspen Skiing (1985), 472 US 585, SCt	4
Automatic Radio c/ Hazeltine (1950), 339 US 827, SCt	4
Barry Wright c/ ITT Grinnell y Pacific (1983), 724 F2 227, 1 st Cir	4
Berkey c/ Kodak (1980), 603 F2 263, 2 nd Cir	4
Bonjorno c/ Kaiser Aluminum (1984), 752 F2 802, 3 rd Cir	4
Brooke c/ Brown & Williamson (1993), 61 US 4699, SCt	4, 6
Business Electronics c/ Sharp (1988), 485 US 717, SCt	5
Calcomp c/ IBM (1979), 613 F2 727, 9 th Cir	4
Cavalier c/ Verizon Virginia (2003), 330 F3 176, 4 th Cir	4
CBS c/ BMI y ASCAP (1979), 441 US 1, SCt	3
Chevron/Texaco (2001), FTC 011-0011, C-4023	7
Coca-Cola/Dr. Pepper (1986), 641 FSupp 1128	7
Concord Boat c/ Brunswick (2000), 207 F3 1039, 8 th Cir	6
Continental c/ GTE Sylvania (1977), 433 US 36, SCt	5
Copperweld c/ Independence Tube (1984), 467 US 752, SCt	3
Covad c/ Bell Atlantic (2005), 398 F3 666, DC Cir	4
Covad c/ BellSouth (2004), 374 F3 1044, 11 th Cir	4
Dagher c/ Texaco y Shell (2006), 126 SCt 1276	3
Dr. Miles c/ John Park (1911), 220 US 373, SCt	5
EchoStar/DirecTV (2002), CV-2138, US DOJ	7
EEUU c/ Addyston Pipe y otros (1898), 85 Fed 271, 6 th Cir	1, 3
EEUU c/ ADM y otros (1996), 96-CR-640, ND Ill	3
EEUU c/ Alcoa (1945), 148 F2 416, 2 nd Cir	4
EEUU c/ American Tobacco (1911), 221 US 106, SCt	4
EEUU c/ American Tobacco y otros (1946), 328 US 781, SCt	3
EEUU c/ Appalachian Coals (1933), 288 US 344, SCt	3
EEUU c/ AT&T (1982), 552 FSupp 131	4
EEUU c/ Borden y Bowman (1962), 370 US 460, SCt	6
EEUU c/ Brown Shoe (1962), 370 US 294, SCt	7
EEUU c/ Chicago Board of Trade (1918), 246 US 231, SCt	3
EEUU c/ Colgate (1919), 250 US 300, SCt	5
EEUU c/ Columbia Steel y otros (1948), 334 US 495, SCt	7
EEUU c/ DuPont de Nemours (1956), 351 US 377, SCt	2

EEUU c/ General Electric (1926), 272 US 476, SCt	5
EEUU c/ General Electric y otros (1961), CCH 70342, SD NY	3
EEUU c/ Grinnell (1966), 384 US 563, SCt	4
EEUU c/ Hoffmann-La Roche y otros (1999), 99-CR-184, ND Tex	3
EEUU c/ IBM y Remington (1936), 298 US 131, SCt	6
EEUU c/ IBM y STK (1998), DCC, 18-12-97	5
EEUU c/ International Salt (1947), 332 US 392, SCt	6
EEUU c/ Interstate Circuit y otros (1939), 306 US 208, SCt	3
EEUU c/ Microsoft (2002), DCC, 98-Civ-1232	6
EEUU c/ National Society of Professional Engineers (1978), 435 US 679, SCt	3
EEUU c/ Northern Securities (1904), 193 US 197, SCt	7
EEUU c/ Otter Trail (1973), 410 US 366, SCt	4
EEUU c/ Parke Davis (1960), 362 US 29, SCt	5
EEUU c/ Pfizer y otros (1973), 367 FSupp 91	3
EEUU c/ Playmobil (1995), CCH #71,000, DCC	5
EEUU c/ Schwinn (1967), 388 US 635, SCt	5
EEUU c/ Socony-Vacuum y otros (1940), 310 US 150, SCt	3
EEUU c/ Standard Oil (1911), 221 US 1, SCt	1, 4
EEUU c/ Standard Oil of California (1949), 337 US 293, SCt	5
EEUU c/ Terminal Railroad Association (1912), 224 US 383, SCt	4
EEUU c/ Times-Picayune (1953), 345 US 591, SCt	6
EEUU c/ Trans-Missouri Freight Association (1897), 166 US 290, SCt	1, 3
EEUU c/ Trenton Potteries (1927), 273 US 392, SCt	3
EEUU c/ UCAR y otros (1998), 98-CR-177, ED Pa	3
EEUU c/ Union Pacific (1912), 226 US 61, SCt	7
EEUU c/ United Shoe (1922), 258 US 451, SCt	6
EEUU c/ US Steel (1920), 251 US 417, SCt	6
EEUU c/ Von's (1966), 384 US 270, SCt	2, 7
EEUU c/ White Motor (1963), 372 US 253, SCt	5
Exxon/Mobil (1999), FTC 991-0077, C-3907	7
Falls City c/ Vanco (1983), 460 US 428, SCt	6
FTC c/ California Dental Association (1999), 526 US 756, SCt	3
FTC c/ DuPont de Nemours (1980), 96 FTC 653	4
FTC c/ General Foods (1984), 130 FTC 204	4
FTC c/ Indiana Federation of Dentists (1986), 476 US 447, SCt	3
FTC c/ International Shoe (1930), 280 US 291, SCt	7
FTC c/ Morton Salt (1948), 334 US 37, SCt	6
FTC c/ Procter & Gamble (1967), 386 US 568, SCt	7
FTC c/ Toys'R'Us (1998), FTC 941-0040, 9278	5
General Electric/Honeywell (2001), US DOJ, 5-2-2001	7, 8
General Mills/Pillsbury (2001), File 001-0213, FTC	7
Genzyme/Novazyme (2004), 69 Fed Reg 78029, FTC	7
Goldfarb c/ Virginia State Bar (1975), 421 US 773, SCt	3
GTE/Bell Atlantic (1999), US DOJ, 99-CIV-1119	7
Hasbrouck c/ Texaco (1990), 496 US 543, SCt	6
Heinz/Beech-Nut (2001), 246 F3 708, DC Cir	7, 8
E. Hyde c/ Jefferson Parish Hospital (1984), 466 US 2, SCt	6
Image Technical Service c/ Kodak (1992), 504 US 451, SCt	6

Independent Ink c/ Illinois Tool Works (2006), 126 SCt 1281	6
Inglis c/ ITT Continental Baking (1981), 668 F2 1014, 9 th Cir	4
Janich Bros c/ American Distilling (1977), 570 F2 848, 9 th Cir	4
Khan c/ State Oil (1997), 522 US 3, SCt	5
Krehl c/ Baskin Robbins (1982), 664 F2 1348, 9 th Cir	6
LaFarge/Blue Circle (2001), 66 Fed Reg 34682, FTC	7
Le Page c/ 3M (2003), 324 F3 141, 3 rd Cir	5
Magrane-Houston c/ Standard Fashions (1922), 258 US 346, SCt	5
MCI c/ AT&T (1983), 708 F2 1081, 7 th Cir	4
MCI WorldCom/Sprint (2000), US DOJ, 6-27-2000	7
Noerr c/ Eastern Railroads (1961), 365 US 127, SCt	4
Northeastern Telephone c/ AT&T (1981), 651 F2 76, 2 nd Cir	4
PayPal/eBay (2002), US DOJ, 2002	7
Pennington c/ United Mine Workers (1965), 381 US 657, SCt	4
Pepsi/Seven Up (1986), FTC 6-23-1986	7
Professional Real Estate Investors c/ Columbia Pictures (1993), 508 US 49, SCt	4
PSKS c/ Leegin (2007), 127 SCt 2705	5
Reeder-Simco c/ Volvo (2006), 126 SCt 860	6
Reynolds/BAT (2004), File 041-0017, FTC	7
Roland Machinery c/ Dresser (1984), 349 F2 380, 7 th Cir	5
Ross-Simmons c/ Weyerhaeuser (2007), 127 SCt 1069	4
SCM c/ Xerox (1981), 645 F2 1195, 2 nd Cir	4
Siegel c/ Chicken Delight (1971), 448 F2 43, 9 th Cir	6
Simpson c/ Union Oil (1964), 377 US 13, SCt	5
SmithKline c/ Eli Lilly (1978), 575 F2 1056, 3 rd Cir	6
Spray-Rite c/ Monsanto (1984), 465 US 752, SCt	5
Staples/Office Depot (1997), 970 FSupp 1066, DDC	7
Stokes & Smith c/ Trans-Wrap (1947), 329 US 637, SCt	4
Tampa Electric c/ Nashville Coal (1961), 365 US 320, SCt	5
Theatre Enterprises c/ Paramount y otros (1954), 346 US 537, SCt	3
Towmbly c/ Bell Atlantic y otros (2007), 127 SCt 1955	3
C. Trinko c/ Verizon (2004), 540 US 398, SCt	4, 6, 8
Universidad de Oklahoma y otros c/ NCAA (1984), 468 US 85, SCt	3
USA Petroleum c/ Arco (1990), 495 US 328, SCt	5
Utah Pie c/ Continental Baking y otros (1967), 386 US 685, SCt	6
Webster c/ Packard (1957), 243 F2 418, DC Cir	5
Zenith c/ Matsushita y otros (1986), 475 US 574, SCt	4
Unión Europea	
ABG c/ British Petroleum (1978), 3 CMLR 174, ECJ	4
Aeospatiale-Alenia/De Haviland (1991), 4 CMLR M2, ECom	7
B&I c/ Sealink (1992), 5 CMLR 255, ECom	4
BAT y Reynolds c/ Philip Morris (1988), 4 CMLR 24, ECJ	7
Binon c/ AMP (1985), ECR 2015, ECJ	5
Boeing/McDonnell-Douglas (1997), C366/16, ECom	7
Brasserie de Haecht c/ Wilkin-Janssens (1968), CMLR 287, ECJ	5
British Midland c/ Aer Lingus (1992), L96/34, ECom	4

Comisión Europea c/ AAMS (1998), L252/47, ECom	4
Comisión Europea c/ AENA (2000), L208/36, ECom	6
Comisión Europea c/ Ahlstrom y otros (1993), 4 CMLR 407, ECJ	3
Comisión Europea c/ Arjo y otros (2001), IP/01/1892, ECom	3
Comisión Europea c/ Arkema y otros (2006), COMP/38.620, ECom	3
Comisión Europea c/ AstraZeneca (2005), COMP/37.507, ECom	4
Comisión Europea c/ British Airways (2003), T-219/99, CFI	6
Comisión Europea c/ Boheringer Mannheim y otros (1970), ECR 769, ECJ	3
Comisión Europea c/ Bundesliga (2005), COMP/37.214, ECom	5
Comisión Europea c/ Cembureau y otros (1994), 4 CMLR 27, ECom	3
Comisión Europea c/ Consten y Grundig (1966), CMLR 418, ECJ	1, 5
Comisión Europea c/ Continental Can (1973), CMLR 199, ECJ	7
Comisión Europea c/ Deutsche Bundesbahn (1994), 4 CMLR 220, ECom	4
Comisión Europea c/ Deutsche Telekom (2003), COMP/37.578, ECom	4
Comisión Europea c/ Eni y otros (2006), COMP/38.638, ECom	3
Comisión Europea c/ FA Premier League (2006), COMP/38.173, ECom	5
Comisión Europea c/ Gaz de France y otros (2004), COMP/38.662, ECom	5
Comisión Europea c/ General Motors (2000), L59/1, ECom	5
Comisión Europea c/ General Motors Continental (1975), 1 CMLR 95, ECJ	6
Comisión Europea c/ Groupement des Fabricants de Papiers Peints (1976), 1 CMLR 589, ECJ	5
Comisión Europea c/ Hoffman-La Roche (1979), 3 CMLR 211, ECJ	4, 6
Comisión Europea c/ Hoffman-La Roche y otros (2001), L6/1, ECom	3
Comisión Europea c/ ICI y otros (1972), CMLR 577, ECJ	3
Comisión Europea c/ Michelin de Holanda (1983), 1 CMLR 282, ECJ	6
Comisión Europea c/ Michelin de Francia (2003), ECR II-4071, ECJ	6
Comisión Europea c/ Microsoft (2004), COMP/37.792, ECom	6
Comisión Europea c/ Pilkington y otros (2007), COMP/39.165, ECom	3
Comisión Europea c/ Publishers' Association (1989), 5 CMLR 33, ECJ	5
Comisión Europea c/ SAS y Maersk (2001), L265/15, ECom	3
Comisión Europea c/ Siemens y otros (2007), COMP/38.899, ECom	3
Comisión Europea c/ Suiker Unie y otros (1976), 1 CMLR 295, ECJ	3
Comisión Europea c/ Telefónica (2007), T-366/07, ECom	4
Comisión Europea c/ ThyssenKrupp y otros (2007), COMP/38.823, ECom	3
Comisión Europea c/ UCAR y otros (2001), L100/1, ECom	3
Comisión Europea c/ UEFA (2003), COMP/37.398, ECom	5
Comisión Europea c/ United Brands (1976), 1 CMLR 429, ECJ	2, 6
Comisión Europea c/ VBVB y VBBB (1985), 1 CMLR 27, ECJ	5
Comisión Europea c/ Volkswagen (1998), L262/14, ECom	5
Comisión Europea c/ Wanadoo (2007), T-340/03, CFI	4
Delimitis c/ Henninger Bräu (1991), 5 CMLR 210, ECJ	5
ECS c/ AKZO (1993), 5 CMLR 215, ECJ	4
Elopak c/ Tetra Pak (1997), 4 CMLR 662, ECJ	4, 6
Eurofix-Bauco c/ Hilti (1994), 4 CMLR 16, ECJ	6
General Electric/Honeywell (2005), T-210/01, CFI	7, 8
Kali & Saltz/MDK (1998), ECR I-1375, ECJ	7
Leyland c/ Automotive Products (1993), BCC 389, ECom	4
Lucazeau c/ SACEM (1989), 4 CMLR 248, ECJ	6

Lufthansa/Swiss (2005), M3770, ECom	7
MCI/WorldCom (1998), M1069, ECom	7
MCI WorldCom/Sprint (2000), M1741, ECom	7
Metro c/ Deutsche Grammophon (1971), CMLR 631, ECJ	5
Metro c/ Saba (1977), 2 CMLR 1, ECJ	5
Morgan Stanley c/ Visa (2007), COMP/37.860, ECom	4
Napier Brown c/ British Sugar (1990), 4 CMLR 196	4
Nestlé/Perrier (1992), 4 CMLR M17, ECom	7, 8
NDC Health c/ IMS Health (2004), 4 CMLR 28, ECJ	4
Procter & Gamble/Gillette (2005), M3732, ECom	7
Prokent c/ Tomra (2006), COMP/38.113, ECom	6
Raynair/Aer Lingus (2007), M4439, ECom	7
I. Schillgallis c/ Pronuptia (1986), 1 CMLR 414, ECJ	5
Sea Containers c/ Sealink (1994), L15/8, ECom	4
SEP y otros c/ Peugeot (2005), COMP/36.623, ECom	5
Tetra Laval/Sidel (2005), C-12/03, ECJ	7, 8
UPS c/ Deutsche Post (2001), L125/27, ECom	4, 6
Varta/Bosch (1991), 5 CMLR M2, ECom	7
Vilho Europe c/ Parker Pen (1996), ECR I-5457, ECJ	3
Zoja c/ CSC e ICI (1974), 1 CMLR 309, ECJ	4

España

3C c/ Telefónica y otros (1995), Expte 350/94, TDC	4
AEDI c/ CETRUSA (2000), Expte 463/99, TDC	6, 8
Antena 3 c/ Liga Española de Fútbol y otros (1993), Expte 319/92, TDC	5
Antena 3 y Gestevisión c/ AGEDI (2006), Expte 593/05, TDC	6
APP c/ Correos y Telégrafos (2005), Expte 584/04, TDC	6
ASINEM c/ Endesa (2006), Expte 606/05, TDC	4
Asociación de Estaciones de Servicio de Andalucía c/ Repsol (2001), Expte 490/00, TDC	5
ASTEL c/ Telefónica (2004), Expte 557/03, TDC	4
Asturcolchón c/ Tempur (2005), Expte 579/04, TDC	5
AUSBANC c/ Caja de Ahorros de Baleares y otros (1996), Expte 369/96, TDC	3
Ausonia/Arbora (1993), Expte C10/92, TDC	7
Ayuntamiento de Coslada c/ Playtex y otros (1997), Expte 383/96, TDC	5
Banco Santander/Banco Central Hispano (1999), Expte C39/99, TDC	7
BBV/Argentaria (2000), Expte C47/99, TDC	7
BT c/ Telefónica (1999), Expte 412/97, TDC	4, 6
Calviá Supermarket y otros c/ DIASA (2003), Expte 541/02, TDC	5
Canal 8 c/ Federación Española de Bolos y otros (2006), Expte 597/05, TDC	5
Cervezas Anaga c/ CERCASA (2007), Expte 614/06, TDC	5
CNE c/ Enagás y GNC (2005), Expte 580/04, TDC	4
Colegio de Protésicos Dentales de Tenerife c/ Colegio de Odontólogos de Las Palmas (2007), Expte 635/07, CNC	3
Dedalus c/ Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid (1994), Expte 339/93, TDC	3
EIA c/ Procuradores de Ponteareas (2006), Expte 603/05, TDC	3
EKO-AMA c/ Aguas de Mondáriz (2004), Expte 578/03, TDC	5

Electro Bazar Ernesto c/ CELSA y otros (1995), Expte 354/94, TDC	4
Endesa/Gas Natural (1999), Expte C38/99, TDC	7
Endesa/Iberdrola (2001), Expte C60/00, TDC	7
Federación de Empresarios de Cine de España c/ Walt Disney y otros (2006), Expte 588/05, TCC	3
FETEIA c/ Transmediterránea y otros (2004), Expte 561/03	3
Gas Natural/Endesa (2005), Expte C94/05, TDC	7
P. Guillén c/ Cosmeparf (1994), Expte 341/93, TDC	5
Heineken/Cruzcampo (1999), Expte C44/99, TDC	7
Iberdrola/Berrueza (2001), Expte C66/01, TDC	7
IMTC c/ Transmediterránea y otros (2004), Expte 555/03	3
Mahou/San Miguel (2000), Expte C58/00, TDC	7
N. Martín c/ Unión de Comerciantes de Gijón y otros (1996), Expte 359/95, TDC	4
J Martínez-Gil c/ Colegio Notarial de Madrid (2003), Expte 544/02, TDC	3
Metalibérica c/ Roca Radiadores (1995), Expte 356/94, TDC	6
Proemur c/ Electrofil y otros (1997), Expte 384/96, TDC	4
Retevisión c/ Telefónica (2000), Expte 456/99, TDC	4
Rotary Club de Ceuta c/ Transmediterránea y otros (2003), Expte 543/02, TDC	3
SDC c/ Endesa y otros (2004), Expte 552/02, TDC	6
SDC c/ Gas Natural (2003), Expte 540/02, TDC	6
SDC c/ Iberdrola (2007), Expte 601/05, TDC	6
SDC c/ Iberia y otros (1999), Expte 432/98, TDC	3
SDC c/ Rank Xerox y otros (1996), Expte 355/94, TDC	6
SDC c/ Rhône Poulenc y otros (1998), Expte 395/97, TDC	3
SDC c/ Viajes Iberia y otros (2000), Expte 476/99, TDC	3
SDC c/ Viesgo Generación (2006), Expte 602/05, TDC	6
SER/Antena 3 (1994), Expte C13/93, TDC	7
J. Serralta c/ Beyena (1994), Expte 347/94, TDC	6
Sogecable/Vía Digital (2002), Expte C74/02, TDC	7
STI c/ Telefónica (1999), Expte 394/97, TDC	6
Suresa y Mailhouse c/ Correos y Telégrafos (2003), Expte 542/02, TDC	6
Telefónica/Iberbanda (2005), Expte C93/05, TDC	7
Tubogas c/ Repsol Butano (2002), Expte 513/01, TDC	4
UNESPA c/ EMSFM (1997), Expte 361/95, TDC	6
Unión de Consumidores c/ Asociación de Tocoginecólogos (1995), Expte 351/94, TDC	3
Unión de Consumidores y otros c/ FAES y otros (2001), Expte 363/95, TDC, Sentencia Audiencia Nacional, 15/2/2001	5
Unión de Consumidores c/ Unión Videográfica Española y otros (1998), Expte 387/96, TDC	5
Unión Fenosa/Hidroeléctrica del Cantábrico (2000), Expte C54/00, TDC	7
UPA c/ Federación Nacional de Industrias Lácteas y otros (1997), Expte 352/94, TDC	3
Vale Music c/ SGAE (2002), Expte 511/01, TDC	6

México

Aeroméxico/Mexicana (1995), Expte CNT-25/95, CFC	7
Amec c/ Autobuses Unidos (1998), Expte DE-17/97, CFC	4
American Express c/ Visa (1997), Expte DE-06/96, CFC	4
Avantel y Alestra c/ Telmex (2002), Expte DE-33/99, CFC	4
BBVA/Bancomer (2000), Expte CNT-54/00, CFC	7
Baúl c/ Aeroméxico (1995), Expte IO-11/95, CFC	5
Carta Blanca c/ Nayarita (1999), Expte IO-46/97, CFC	6
CDF c/ Apasco, Cruz Azul y Cemex (1999), Expte DE-17/98, CFC	5
CFC c/ AC Nielsen (1998), Expte IO-22/97, CFC	5
CFC c/ ADM y Kyowa Hakko (1998), Expte IO-42/96, CFC	3
CFC c/ Aeropuertos y Servicios Auxiliares (1999), Expte IO-45/97, CFC	6
CFC c/ Alianza Nacional de Transportadores de Servicios de Turismo (1997), Expte IO-39/97, CFC	3
CFC c/ Asociación Mexicana de Agentes de Carga (1996), Expte IO-21/94, CFC	3
CFC c/ Banamex y otros (1994), Expte IO-06/94, CFC	3
CFC c/ CAAAREM (2007), Expte IO-01/06, CFC	5
CFC c/ Canacar (1995), Expte IO-19/94, CFC	3
CFC c/ Canalava y Anilpe (1993), Expte IO-05/93, CFC	3
CFC c/ Distribuidora de Combustóleo y otros (1997), CFC, 30-4-1997	3
CFC c/ LATEX y otros (2004), Expte IO-09/03, CFC	3
CFC c/ Nestlé (2001), Expte IO-06/00, CFC	6
CFC c/ Pemex-Refinación (1994), Expte IO-24/93, CFC	5
CFC c/ SNPP de Tampico (2006), Expte IO-04/04, CFC	6
CFC c/ Unión de Molinos y Tortillerías de Salvador Alvarado (2004), Expte IP-09/04, CFC	3
CFC c/ Unión de Tortillerías y Molinos de Temixco (2004), Expte IO-12/03, CFC	3
CFC c/ Unión de Transportistas de Los Cabos y otros (2006), Expte IO-01/05, CFC	3
CFC c/ Warner Lambert (1998), Expte RA-04/98, CFC	4
Citicorp/Banamex (2001), Expte CNT-99/01, CFC	7
Coca-Cola/Cadbury Schweppes (1999), Expte CNT-166/98, CFC	7
Coca-Cola/Jugos del Valle (2007), Expte CNT-12/07, CFC	7
Cryopharma c/ Savi y Novo (2007), Expte DE-33/06, CFC	6
Fábrica de Hielo y Cámaras de Refrigeración c/ Antartic y otros (1997), Expte IO-23/97, CFC	3
Ferromex/Ferrosur (2006), Expte CNT-132 y 134/05, CFC	7
Grupo México/Ferrosur (2002), Expte CNT-28/02, CFC	7
Grupo México/Seranor (1997), Expte CNT-LI-08/97, CFC	7
Kimberley Clark/Crisoba (1997), Expte CNT-53/97, CFC	7
Líneas Aéreas Azteca c/ Volaris y Avolar (2007), Expte DE-31/06, CFC	4
Mexicana/Aeroméxico (2007), Expte CNT-101/07, CFC	7
Miller y otros c/ Grupo Modelo (2006), Expte DE-25/04, CFC	5
Pepsi y otros c/ Coca-Cola y otros (2005), Expte DE-06/00, CFC	5
SCE c/ Telmex (2004), Expte DE-22/03, CFC	4

SDE c/ Canacintra y otros (2005), Expte DE-11/04, CFC	3
Servia/Alsur (1997), Expte CNT-LI-01/97, CFC	7
Sky/DirecTV (2004), Expte CNT-125/03, CFC	7
Telefónica c/ Telcel (2007), Expte DE-32/04, CFC	5
Televisa/Acir (2000), Expte CNT-149/00, CFC	7
Televisa/TVI (2007), Expte CNT-48/06, CFC	7
TFM c/ Ferromex (2004), Expte DE-57/01, CFC	4
Tortillerías San Antonio c/ Canaco (2000), Expte DE-46/99, CFC	3
Vendedores de Angostura c/ Unión de Vendedores Ambulantes de Angostura (2004), Expte DE-04/03, CFC	3
Brasil	
Amadeus c/ Sabre (2005), PA 790/02-76, CADE	5
AMFAP c/ Departamento de Tránsito de Minas Gerais (2000), PA 26652/95-75, CADE	4
ANS c/ Unimed de Assis (2007), PA 10712/05-22, CADE	4
ANS c/ Unimed de Ourinhos (2005), PA 1892/04-71, CADE	4
Antarctica/Annheuser Busch (1997), AC 83/96, CADE	7
J. Aquino c/ Febernati y Esso (1989), PA 37, CADE	4
Asbeg c/ Sitran y otros (1988), DS 25, CADE	3
Asociación de Tiendas de Shoppings c/ Shopping Center Iguatemi (2007), PA 6636/97-43, CADE	5
Auto Canela c/ Asociación de Distribuidores de Río Grande do Sul (1987), AP 134, CADE	5
Bérkel c/ Unigel y otros (2007), PA 8088/03-31, CADE	4
Bompreço/Barbosa (2003), AC 6976/01-58, CADE	7
Brahma/Antarctica (2000), AC 5846/99-12, CADE	7, 8
Brahma/Miller (1997), AC 58/95, CADE	7
Cabesp c/ Unimed São João (1998), PA 11866/94-84, CADE	4
CADE c/ Empel y otros (1988), PA 85, CADE	3
CANDE c/ Trikem (2005), PA 3541/00-71	6
CIEFAS c/ SINDILAC y otros (1998), PA 11521/94-11, CADE	3
Codima c/ Ibemep y otros (1990), PA 19, CADE	3
Colgate/Kolynos (1996), AC 27/95, CADE	7
Comisión del Consumidor c/ Kibon (1997), PA 11634/94-07, CADE	4
Condomínio Shopping c/ Center Norte (2005), PA 2841/01-13, CADE	5
Cooperativa Agropecuaria de Río Bonito c/ CCPL (1987), PA 47, CADE	4
Departamento de Abastecimiento y Precios c/ Alcon (1996), PA 68/92, CADE	6
Dispave c/ Volkswagen y otros (1988), PA 71, CADE	5
A. Duarte c/ Librería Eldorado y Editora Ática (1998), PA 18299/96-86, CADE	5
Elmo c/ Sindicato de Empresas de Seguridad y Vigilancia (1992), PA 109/88, CADE	3
Embratel e Intelig c/ Telesp y otros (2005), PA 1821/02, 1823/02 y 1824/02, CADE	6
Estado de Santa Catarina c/ Sindicato del Comercio Minorista de Combustibles Minerales de Florianópolis (2002), PA 2299/00-18, CADE	3
Fogarex c/ Lumix (1993), PA 10/91, CADE	4
Fundación Hospitalaria del Distrito Federal c/ Kodak (1987), PA 73, CADE	6

Grupo Gerdau/Korf (1995), AC 16/94, CADE	7
Hapvida c/ Unimed Mossoró (1999) , PA 21182/96-15, CADE	4
T. Higushi c/ Purina y Guabi (1995), PA 8/91, CADE	6
Interchemical c/ Sharp (1993), PA 1/91, CADE	6
Intermarítima c/ Tecon Salvador (2006), PA 5660/03-19, CADE	5
Itap c/ Ciba-Geigy (1989), PA 98, CADE	4
Labnew c/ Merck y MB (2001), PA 13002/95-97, CADE	4
Mahle/Metal Leve (1998), AC 84/95, CADE	7
Massami y otros c/ Serralgodão (1987), PA 75, CADE	4
Metropolitan c/ Sindicato de Despachantes Aduaneros de Santos (1998), PA 125/95-02, CADE	3
Nestlé/Garoto (2007), AC 1697/02-89, 4 ^{ta} Vara Federal de Brasilia, 16-3-07	7
Nitroquímica/Mineração Floral (1997), AC 22/95, CADE	7
Nogam c/ São Paulo Alpargatas (1998), PA 273/92, CADE	4
Nortox c/ Monsanto (2007), PA 8659/98-09, CADE	6
Oriental del Paraná c/ Petroquímica Triunfo (1988), AP 148, CADE	6
Orniex c/ Bombril (1989), PA 74, CADE	4
Pax Domini c/ Fama (1988), PA 80, CADE	6
Philip Morris c/ Souza Cruz (2000), PA 3303/98-25, CADE	5
Power Tech c/ Matel (2003), PA 172/98-42, CADE	4
Presidencia de la República c/ Laboratorios Aché y otros (1992), PA 12-20/91, CADE	6
Rhodia/Celbrás (1994), AC 12/94, CADE	7
Samp c/ Unimed Vitória (1998), PA 147/94, CADE	4
SDE c/ Assevirgs y otros (2007), PA 1826/03-10, CADE	3
SDE c/ CSN, Usiminas y Cosipa (1999), PA 15337/97-48, CADE	3
SDE c/ Estaleiro Ilha y Eisa (2001), PA 9118/98-26, CADE	3
SDE c/ Hoffmann-La Roche y otros (2007), PA 4599/99-18, CADE	3
SDE c/ Microsoft y TBA (2004), PA 8024/98-49, CADE	6
SDE c/ Sindipedras y otros (2005), PA 2127/02-14, CADE	3
SDE c/ Sindiposto y otros (2002), PA 4712/00-89, CADE	3
SDE c/ Vale do Rio Doce (2004), PA 7285/99-78, CADE	6
SDE c/ Valer y ACATS (1993), PA 32/92, CADE	5
SDE c/ Varig, TAM y Vasp (2004), PA 677/99-70, CADE	3
Seara c/ ICI (1993), PA 30/92, CADE	5, 6
SIPC y otros c/ Kraft Suchard (1997), PA 148/92, CADE	5
Sunab c/ Sindicato de Hoteles, Restaurantes y Bares (1983), AP 109, CADE	3
TVA c/ TV Globo (2001), PA 359/99, CADE	5
Unimed da Baixada Santista c/ Unimed de Santos (2001), PA 9124/98-29, CADE	3
 Argentina	
AAVYT c/ Aerolíneas Argentinas y otros (1999), Res 755/99, SICM	6
Acindar c/ Fabricaciones Militares (1986), Res 88/86, SCom	4
Acindar c/ Somisa (1982), CNPE, Sala 1, 22-10-1982	6
Aeropuertos Argentina 2000/LAPA (2002), Res 29/02, SDC	7
AES/Gener (2001), Res 73/01, SDC	7
AGP c/ CCAP y otros (1996), Res 382/96, SICM	3

M. Airasca y otros c/ AMPS (2005), Dictamen 462, CNDC	4
J. Aja c/ J. Ramos (1992), Res 39/92, SCom	4
AKRA c/ Georgalos y otros (2002), Dictamen 388, CNDC	5
Albemar c/ Cámara del Tabaco y otros (1996), Res 44/96, SCom	5
Alianza Gas c/ Atlante Gas (1983), Res 475/83, SCom	5
Almirante Brown c/ Terminal Salta y La Veloz del Norte (2006), Dictamen 652, CNDC	4
M. Altamirano c/ Arenera de la Cruz y otros (1991), Res 87/91, SCom	3
AmBev/Quilmes (2003), Res 5/03, SDC	7, 8
American Express c/ Visa y Mastercard (1997), Res 408/97, SICM	4
American Tool y Twill c/ Ezeta (2004), Dictamen 450, CNDC	3
APESF c/ varias cooperativas eléctricas (1984), Res 1083/84, SCom	6
Arcor/Bagley (2004), Res 151/04, SCT	7
Arcor/La Campagnola (2006), Res 11/06, SCI	7
Artear/Teledifusora Bahiense (2001), Res 16/01, SDC	7
ASEF c/ Cooperativa Eléctrica de Punta Alta y otras (1982), Res 708/82, SCom	6
Asociación Pampeana de Anestesiología c/ Colegio Médico de La Pampa (2005), Dictamen 445, CNDC	4
Aviabue c/ American Airlines y otros (2001), Res 115/01, SDC	3
Avicena c/ Hughes Tool Company (1986), Res 71/86, SCom	4
Banco Macro/Banco Bisel (2006), Dictamen 567, CNDC	7
R. Barisio c/ Círculo Odontológico de Venado Tuerto (2005), CSJN, 3-5-2005	4, 8
Bayer/Aventis (2002), Res 45/02, SDC	7
Bestfood/Arisco (2000), Res 69/00, SDC	7
Bieza c/ Refrescos del Sur (1984), Res 133/84, SCom	5
Bieza c/ Sierras del Mar (1984), Res 620/84, SCom	5
Bieza y Embotelladora San Miguel c/ Seven Up (1988), Res 407/88, SCom	6
Bimbo/Fargo (2004), Res 131/04, SCT	7
Bober c/ Rigolleau (1996), Res 41/96, SCom	5
Cable Grande c/ EDEERSA (2003), Res 61/03, SDC	5
CADAM c/ Luncheon Tickets (2007), CNPE, Sala A, 5-7-2007	6
Calliera c/ Embotelladora del Norte (1986), Res 384/86, SCom	4
Cámara Argentina de la Construcción c/ Cooperativa Entrerriana de Productores Mineros y otros (2003), Dictamen 417, CNDC	3
Cámara Argentina de Papelerías y Librerías c/ Supermercados Makro (1997), Res 810/97, SICM	4
Cámara de Producción y Comercio de Calzado c/ Exolgan y otros (2003), Dictamen 441, CNDC	3
Carrefour/Promodes (2000), Res 57/00, SDC	7
Casa Amado c/ Casa Garat y otros (1985), Res 154/85, SCom	5
D. Castro c/ Standard Electric y otros (1985), Res 451/85, SCom	7
CEAF c/ Colegio de Farmacéuticos de Buenos Aires (1999), Dictamen 325, CNDC	4, 5
CICC c/ Carrefour (1999), Dictamen 319, CNDC	4
CICSA/ICSA (2008), Res 45/08, SCI	7
Clorox c/ Unilever (2001), Dictamen 352, CNDC	4
CNDC c/ Acfor e Igarreta (1984), CNPE, Sala 1, 27-12-1983	5
CNDC c/ Air Liquide y otros (2005), Res 119/05, SCT	3

CNDC c/ Areneras del Litoral y otros (1988), Res 361/88, SCom	3
CNDC c/ Asociación Argentina de Anestesiología (1983), Res 198/83, SCom	3
CNDC c/ Axle y otros (1997), Res 730/97, SICM	3, 5
CNDC c/ CAESI (1998), Res 565/98, SICM	3
CNDC c/ Centro de Panaderos de Santiago del Estero y otros (1983), Res 319/83, SCom	4
CNDC c/CGCE y CPCE de la Capital Federal (1983), Res 201/83, SCom	3
CNDC c/ Círculo Médico de Resistencia (2001), Dictamen 350, CNDC	4
CNDC c/ Colegio de Farmacéuticos y Bioquímicos de la Capital Federal (1982), Res 131/82, SCom	3
CNDC c/ Colegio de Martilleros y Corredores Públicos de Mar del Plata (1983), Res 278/83, SCom	3
CNDC c/ Colegio de Traductores Públicos de Buenos Aires (1983), Res 254/83, SCom	3
CNDC c/ Duperial y Compañía Química (1985), Res 328/85, SCom	3
CNDC c/ Industrias Welbers (1983), CNPE, Sala 2, 5-7-1983	6
CNDC c/ Loma Negra y otros (2007), CNPE, Sala B, 26-8-2008	3
CNDC c/ Monsanto (2008), CFCC, Sala 3, 30-9-2008	6
CNDC c/ TRISA, TSC y otros (2007), CSJN, 5-6-2007	3, 5
CNDC c/ YPF (2002), CSJN, 2-7-2002	6, 8
CODESA c/ Asociación de Clínicas de Tucumán (2000), Dictamen 337, CNDC	4
Cooperativa Río Uruguay c/ La Buenos Aires (1996), Res 380/96, SICM	4
Cruzada Cívica c/ Movicom y Miniphone (1999), Res 10/99, SICM	6
Decotevé c/ Pramer (2000), Dictamen 388, CNDC	5
Decotevé c/ TRISA y TSC (2003), Res 66/03, SDC	5
DG de Comercio de Misiones c/ Posadas Cable y Televisión Misionera (2002), Res 47/02, SDC	6
Diario Los Andes c/ Diario Hoy (1988), Res 277/88, SCom	4
R. Díaz c/ Cooperativa San Bartolomé y Cablevisión San Bartolomé (1997), Res 524/97, SICM	4
R. Diez c/ Argón y otros (1995), Res 281/95, SCom	3
Di Paolo c/ Ipako y Polisur (1991), Res 4/91, SCom	6
Dirección Nacional de Comercio Interior c/ Pfizer (1995), Res 304/95, SCom	6
DirecTV/Torneos y Competencias (2008), Dictamen 709, CNDC	7
Dolphin/Transener (2005), Res 90/04, SCT	7
DTH c/ TRISA, TSC y otros (2003), Res 67/03, SDC	5
A. Dupuy c/ VCC y Cablevisión (1995), Res 243/95, SCom	3
Editorial Amfin c/ AGEA (1998), CNPE, Sala B, 9-11-1998	2, 6
Eolo c/ La Platense (1981), Res 574/81, SCom	4
Executive Class c/ Fuerza Aérea Argentina y Manuel Tienda León (1998), Res 131/98, SICM	4
Fanski c/ Catedral Alta Patagonia (1998), Res 421/98, SICM	6, 8
Farmia y Okane c/ Colegio Farmacéutico de Santa Fe y otros (1989), Res 51/89, SCom	5
Fecliba c/ Roux Ocefa, Rivero y Fidex (1998), Res 211/98, SICM	3
FECRA y otros c/ YPF (1995), Res 8, 30-31 y 159-161/95, SCom	5
Fecovita/Resero (2007), Dictamen 613, CNDC	7
Federación de Viñateros de San Juan c/ Giol (1985), Res 320/85, SCom	4

N. Ferrari c/ CTI y Unifón (1999), Res 33/99, SICM	6
N. Ferrari c/ Supercanal (1995), Res 81/95, SCom	6
Fresenius/RTC (2000), Res 83/00, SDC	7
V. Godoy c/ Círculo Médico de Misiones Zona Sur (1997), Res 1148/97, SICM	4
ICSA/Quilmes (2006), Res 61/06, SCI	7
Ifrisa c/ YPF y Ecsal (1982), Res 106/82, SCom	6
IMPRU c/ ACLER (2002), Dictamen 393, CNDC	4
Impsat c/ Telefónica y Telecom (2004), Dictamen 442, CNDC	4
Inflex c/ Sistemas Tecnológicos Aeronáuticos (1996), Res 141/96, SCom	4
INOS c/ Asociación Urológica de Rosario (1989), Res 50/89, SCom	3
INOS c/ Círculo Médico de Tandil (1995), Res 280/95, SCom	3
ISSN c/ Colegio Médico de Neuquén (1988), Res 469/88, SCom	3
Juan Minetti/Hormix (2001), Res 21/01, SDC	7
Jumbo/Home Depot (2002), Res 8/02, SDC	7
Juntas vecinales de Bariloche c/ Coopetel y otros (2003), Res 101/03, SCT	3
C. Kosloff c/ IATA y JURCA (1998), Res 472/98, SICM	5
La Casa del Grafito c/ Rich Klinger y Bruno Cape (1989), Res 28/89, SCom	3
A. Lafalla c/ Juan Minetti (2000), Res 309/00, SDC	6
La Nueva y otros c/ Cooperativa Eléctrica de General Pico (1988), Res 31/88, SCom	6
La Nueva y otros c/ Cooperativa Eléctrica de Santa Rosa (1985), Res 332/85, SCom	6
N. La Porta c/ Telefónica y Telecom (1997), CNPE, Sala A, 4-7-1997	6, 8
Lara Gas y otros c/ Agip y otros (1993), CSJN, 23-11-1993	3
M. Larrabite c/ Profertil (2004), Dictamen 436, CNDC	6
Liberty Media/Cablevisión (2001), Res 2/01, SDC	7
Liberty Media/Fox Sports (2004), Res 134/04, SCT	7
R. Lloveras c/ Cablevisión (2002), Res 78/02, SDC	6
Maersk/Terminal 4 (2001), Res 17/01, SDC	7
J. Mayol c/ Shell Gas y Totalgaz (2008), CF Posadas, 30-5-2008	5
Medinea c/ IAMIP y otros (2005), Dictamen 443, CNDC	4
Megavisión Santiago c/ Telefé y Cablevisión (2002), Res 14/02, SDC	5
Met Life/Siembra (2005), Res 102/05, SCT	7
Molinos/Lucchetti (2001), Res 33/01, SDC	7
Movicom y CTI c/ Telecom (2005), Dictamen 470, CNDC	6
Multicanal/Cablevisión (2007), Dictamen 637, CNDC	7, 8
Multicanal c/ Fox Sports y otros (2004), Dictamen 486, CNDC	5
Multicanal c/ HBO y otros (2005), Res 150/05, SCT	5
NewsCorp/DirecTV (2005), Res 49/05, SCT	7
Nogoyá Televisora Color c/ TSC y TRISA (2004), Res 114/04, SCT	5
H. Núñez c/ Roemmers (1996), Res 37/96, SCom	6
OCA/Correo Argentino (2001), Res 64/01, SDC	7
Olmo c/ Buena Vista-Columbia-TriStar (1998), Dictamen 302, CNDC	5
L. Pafundi c/ Fadespo y otros (1988), Res 470/88, SCom	5
Pepsi/Quaker (2001), Res 9/01, SDC	7
Pernod Ricard/Allied Domecq (2005), Res 181/05, SCT	7
Petrobras/Eg3 (2001), Res 150/01, SDC	7
Petrobras/Pérez Companc (2003), Res 62/03, SDC	7

Philip Morris/Nabisco (2001), Res 46/01, SDC	7
I. Piedra Crespo c/ Soda Jorgito y otros (1986), Res 126/86, SCom	4
Pramer/GEMS (2000), Res 277/00, SDC	7
A. Pregal c/ Massalin Particulares y otros (1995), Res 7/95, SCom	5
Procter & Gamble c/ Unilever y otros (1999), Res 884/99, SICM	4
Puigmarti c/ Ford y Volkswagen (1998), CNPE, Sala B, 9-3-1998	5
O. Queimaliños c/ Konex (1986), Res 105/86, SCom	6
Recorridos de la Tarde c/ AAER y otros (1992), Res 395/92, SCom	5
Refrescos del Litoral c/ Frontera (1991), Dictamen 137, CNDC	4
SADIT y otros c/ Massalin Particulares y otros (2000), Res 281/00, SDC	5
D. Salencor y otros c/ Catedral Alta Patagonia (2005), Dictamen 512, CNDC	6
Sao Paulo Alpargatas/Alpargatas Argentina (2008), Dictamen 687, CNDC	7
A. Savant c/ Matadero Vera (1982), Res 78/82, SCom	4
J. Savino c/ Editorial Glauco (1983), Res 455/83, SCom	5
Secretaría de Energía c/ YPF, Esso y Shell (1994), Res 99/94, SCom	3
O. Segal c/ Rodríguez González y otros (1996), Res 43/96, SCom	5
Sensormatic c/ Checkpoint (2000), Res 317/00, SDC	4
Silos Areneros de Buenos Aires c/ Arenera Argentina y otros (1986), Res 442/86, SCom	3
SRT c/ Cable Charlone y otros (2002), Res 17/02, SDC	4
Staff Médico c/ FeMeBA (1982), Res 101/82, SCom	4, 5
Supercanal c/ Tevefé (2003), Dictamen 404, CNDC	5
Supermercados Makro c/ Sava (1997), Res 548/97, SICM	5
Teledifusora c/ TSC (2002), Res 23/02, SDC	5
Teledigital/Esmeralda-Venado Tuerto Televisión (2003), Res 32/03, SDC	7
Teledigital/Las Heras Televisión (2000), Res 32/00, SDC	7
Telefónica/Atlántida Comunicaciones (2000), Res 53/00, SDC	7
Telefónica/BellSouth (2004), Res 196/04, SCT	7
Tidem c/ YPF y Fram (1984), Res 1184/84, SCom	5
Totalinef/TGN (2000), Res 267/00, SDC	7
L. Tripicchio c/ Centro de Industriales Panaderos de Lanús (1997), Res 607/97, SICM	3
Unión General de Tamberos c/ Cooperativa Popular de Santa Rosa (1982), Res 178/82, SCom	6
Universidad Nacional de Córdoba c/ Durford (1997), Res 1136/97, SICM	6, 8
C. Vassolo c/ Cooperativa Agraria de Tres Arroyos (1983), Res 315/83, SCom	6
Ventachap y otros c/ Siderar (2004), Res 30/04, SCT	4
YPF/Dapsa (2007), Res 4/07, SCI	7

Referencias bibliográficas

- Abdala, Manuel (1999). “¿Cómo se defenderá la competencia en Argentina?”; *Reunión Anual de la Asociación de Bancos Argentinos*, Buenos Aires, ABA.
- Adams, William y Yellen, Janet (1976). “Commodity Bundling and the Burden of Monopoly”; *Quarterly Journal of Economics*, vol 90, pp 475-498.
- Aguilar Álvarez, Javier (2000). *La libre competencia*. México, Oxford University Press.
- Areeda, Philip y Kaplow, Louis (1997). *Antitrust Analysis*, 5ta edición. Nueva York, Aspen.
- 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.
- Aumann, Robert (1964). “Markets with a Continuum of Traders”; *Econometrica*, vol 32, pp 34-50.
- Bain, Joseph (1950). “Workable Competition in Oligopoly: Theoretical Considerations and Some Empirical Evidence”; *American Economic Review*, vol 40, pp 35-47.
- Bain, Joseph (1956). *Barriers to New Competition*. Cambridge, Harvard University Press.
- Bamberger, Gustavo (2003). “Revisiting Minimum Resale Price Maintenance: State Oil vs. Kahn”; en Kwoka, John y White, Lawrence: *The Antitrust Revolution*, 4ta edición. Nueva York, Oxford University Press.
- Baumol, William; Panzar, John y Willig, Robert (1982). *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*. Nueva York, Harcourt Brace.
- Bellamy, Christopher y Child, Graham (1993). *Common Market Law of Competition*, 4ta edición. Londres, Sweet & Maxwell.
- Bertrand, Joseph (1883). “Théorie Mathématique de la Richesse Social”; *Journal des Savants*, vol 68, pp 499-508.
- Blumenthal, William (2001). “Reconciling the Debate over Merger Remedies: A Discussant’s Proposed Decision Rule”; *George Washington Law Review*, vol 69, pp 978-995.
- Bogo, Jorge (2000). “Caso Amfin vs. AGEA: comentario al fallo de la Cámara Penal Económica”; *Temas de Derecho Industrial y de la Competencia*, vol 4, pp 13-19. Buenos Aires, Ciudad Argentina.
- Bork, Robert (1978). *The Antitrust Paradox*. Nueva York, Basic Books.
- Bouzat, Gabriel (2003). “El abuso de posición dominante: un comentario al fallo YPF SA”; *La Ley*, vol 2003-B, 24-02-2003.
- Buccirossi, Paolo (2008). “Facilitating Practices”; en Buccirossi, Paolo: *Handbook of Antitrust Economics*. Cambridge, MIT Press.
- Burgess, Giles (1995). *The Economics of Regulation and Antitrust*. Nueva York, HarperCollins.
- Burnett, William (1994). “Predation by a Nondominant Firm: The Liggett Case”; en Kwoka, John y White, Lawrence: *The Antitrust Revolution*, 2da edición. Nueva York, Oxford University Press.
- Burns, Malcolm (1986). “Predatory Pricing and the Acquisition Costs of Competitors”; *Journal of Political Economy*, vol 94, pp 266-296.
- Cabanellas, Guillermo (1983). *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, 1ra edición. Buenos Aires, Heliasta.
- Cabanellas, Guillermo (2005). *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, 2da edición. Buenos Aires, Heliasta.

- Cabral, Luis (1995). *Economía industrial*. Lisboa, McGraw-Hill (Hay versión en castellano: *Economía industrial*; Madrid, McGraw-Hill).
- Canadian Competition Bureau (1992). “Predatory Pricing Enforcement Guidelines”. Ottawa, Consumer and Corporate Affairs Canada.
- Carlton, Dennis y Perloff, Jeffrey (1994). *Modern Industrial Organization*, 2da edición. Nueva York, HarperCollins.
- Chamberlin, Edward (1933). *The Theory of Monopolistic Competition*. Cambridge, Harvard University Press.
- Church, Jeffrey y Ware, Roger (2000). *Industrial Organization*. Boston, McGraw-Hill.
- Clark, John M. (1940). “Toward a Concept of Workable Competition”; *American Economic Review*, vol 30, pp 241-256.
- Coloma, Germán (1997). “La ley argentina de defensa de la competencia”; *Anales de la XXXII Reunión Anual de la Asociación Argentina de Economía Política*. Bahía Blanca, AAEP.
- Coloma, Germán (1998). “Integración y contratos verticales entre empresas”; Serie de Estudios Técnicos y Aplicados, Nro 1. Buenos Aires, ISEG.
- Coloma, Germán (1999). “La discriminación de precios y la defensa de la competencia”; Serie Seminarios Nro 13/99. Buenos Aires, Instituto Torcuato Di Tella.
- Coloma, Germán (2000). “Prácticas horizontales concertadas y defensa de la competencia”; Serie Documentos de Trabajo Nro 170. Buenos Aires, Universidad del CEMA.
- Coloma, Germán (2001). *Análisis económico del derecho privado y regulatorio*. Buenos Aires, Ciudad Argentina.
- Coloma, Germán (2002a). *Apuntes de organización industrial*; Serie Documentos de Trabajo Nro 221 y 222. Buenos Aires, Universidad del CEMA.
- Coloma, Germán (2002b). “Prácticas horizontales exclusorias y defensa de la competencia”; Serie Documentos de Trabajo Nro 228. Buenos Aires, Universidad del CEMA.
- Coloma, Germán (2004). “¿Integración vertical o cartelización?: el caso del fútbol codificado”; *Derecho Comercial y de las Obligaciones*, nro 208, pp 1032-1047.
- Coloma, Germán (2005). *Economía de la organización industrial*. Buenos Aires, Temas.
- Coloma, Germán (2007a). “The Effect of the Telefonica-BellSouth Merger on the Argentine Cellular Telephone Market”; *Telecommunications Policy*, vol 31, pp 541-557.
- Coloma, Germán (2007b). “La ley argentina de defensa de la competencia: cinco predicciones acerca de su aplicación”; *La Ley (Suplemento UCEMA)*, pgs 1-2, 6/7/2007.
- Coloma, Germán (2008a). “Una metodología unificada para el cálculo de elasticidades críticas, la definición de mercados relevantes y la simulación de fusiones horizontales”; *Anales de la XLIII Reunión Anual de la Asociación Argentina de Economía Política*. Córdoba, AAEP.
- Coloma, Germán (2008b). “Comentarios sobre los argumentos económicos analizados en cinco casos de apelación de la ley argentina de defensa de la competencia”; en Favier Dubois, Eduardo y Tajan, Guillermina: *Derecho de la competencia y su control judicial*. Buenos Aires, Ad-Hoc.
- Comisión Europea (1989). “La política de competencia en el mercado único”.

- Luxemburgo, Oficina de las Comunidades Europeas.
- Comisión Europea (2000). “Directrices relativas a las restricciones verticales”. Bruselas, Diario Oficial de las Comunidades Europeas.
- Comisión Europea (2001). “La política de competencia en la Unión Europea (XXXI informe anual)”. Luxemburgo, Oficina de las Comunidades Europeas.
- Comisión Europea (2004). “Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al reglamento del consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas”. Bruselas, Diario Oficial de las Comunidades Europeas.
- Comisión Europea (2005a). “Informe sobre la política de competencia 2005”. Luxemburgo, Oficina de las Comunidades Europeas.
- Comisión Europea (2005b). “DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses”. Bruselas, Diario Oficial de las Comunidades Europeas.
- Comisión Europea (2008a). “Directrices para la evaluación de las concentraciones no horizontales con arreglo al reglamento del consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas”. Bruselas, Diario Oficial de las Comunidades Europeas.
- Comisión Europea (2008b). “Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia”. Bruselas, Oficina de las Comunidades Europeas.
- Comisión Federal de Competencia (2004). “Informe anual 2004”. México, CFC.
- Comisión Federal de Competencia (2006). “Informe anual 2006”. México, CFC.
- Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (1997a). “Breve análisis económico de la ley argentina de defensa de la competencia”; Buenos Aires, Secretaría de Industria, Comercio y Minería.
- Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (1997b). “La ley de defensa de la competencia y los mercados de servicios para la salud”. Buenos Aires, Secretaría de Industria, Comercio y Minería.
- Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (2002). “Memoria trianual 1999/2000/2001”. Buenos Aires, Secretaría de Defensa de la Competencia y del Consumidor.
- Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (2007). *Problemas de competencia en el sector de distribución de programas de televisión en la Argentina*. La Plata, EDULP.
- Comisión Nacional de la Competencia (2008). “Informe sobre el sector de servicios profesionales y los colegios profesionales”. Madrid, CNC.
- Connor, John (2003). “Global Cartels Redux: The Amino Acid Lysine Antitrust Litigation”; en Kwoka, John y White, Lawrence: *The Antitrust Revolution*, 4ta edición. Nueva York, Oxford University Press.
- Conselho Administrativo de Defesa Econômica (1996). “Relatório Anual”. Brasília, Ministerio de Justicia.
- Conselho Administrativo de Defesa Econômica (1997). “Relatório Anual”. Brasília, Ministerio de Justicia.
- Conselho Administrativo de Defesa Econômica (1999). “Relatório Anual 1998/99”. Brasília, Ministerio de Justicia.
- Conselho Administrativo de Defesa Econômica (2001). “Relatório de Gestão”. Brasília, Ministerio de Justicia.

- Conselho Administrativo de Defesa Econômica (2007). “Relatório de Gestão”. Brasília, Ministerio de Justicia.
- Cont, Walter y Navajas, Fernando (2006). “Fusiones horizontales”; en Coloma, Germán: *Progresos en organización industrial*. Buenos Aires, Temas.
- Cournot, Augustin (1838). *Recherches sur les Principes Mathématiques de la Théorie des Richesses*. París, Hachette.
- Cox, Alan (2004). “The Frequently Forgotten Benefits of Price Discrimination”; en Wu, Lawrence: *Economics of Antitrust*. Nueva York, NERA.
- Dalkir, Serdar y Warren-Boulton, Frederick (2003). “Prices, Market Definition and the Effects of Merger: Staples-Office Depot”; en Kwoka, John y White, Lawrence: *The Antitrust Revolution*, 4ta edición. Nueva York, Oxford University Press.
- D’Amore, Marcelo (1998). “Estándares de intervención en los regímenes de control de fusiones”; *Anales de la XXXIII Reunión Anual de la Asociación Argentina de Economía Política*. Mendoza, AAEP.
- D’Amore, Marcelo (2000). “Abuso explotativo de posición dominante: el caso YPF en Argentina”; *Boletín Latinoamericano de Competencia*, nro 11, pp 7-16.
- D’Amore, Marcelo (2002). “Poder de mercado y análisis antitrust”; *Anales de la XXXVII Reunión Anual de la Asociación Argentina de Economía Política*. Tucumán, AAEP.
- D’Amore, Marcelo (2004). “Fijación vertical de precios en el fútbol codificado: el caso TRISA-TSCSA”; *Boletín Latinoamericano de Competencia*, nro 19, pp 4-32.
- Delgobbo, Alberto (2004). “Evaluación de posibles prácticas verticales anticompetitivas: estudio de un caso en el sector siderúrgico argentino”; *Anales de la XXXIX Reunión Anual de la Asociación Argentina de Economía Política*. Buenos Aires, AAEP.
- Demsetz, Harold (1974). “Two Systems of Beliefs about Monopoly”; en Goldschmid, H.; Mann, M. y Weston, F. (comp): *Industrial Concentration: The New Learning*. Boston, Little Brown.
- Demsetz, Harold (1982). “Barriers to Entry”; *American Economic Review*, vol 72, pp 47-57.
- Di Lorenzo, Thomas (1985). “The Origins of Antitrust: An Interest Group Perspective”; *International Review of Law and Economics*, vol 5, pp 73-90.
- Dixit, Avinash (1980). “The Role of Investment in Entry-Deterrence”; *Economic Journal*, vol 90, pp 95-106.
- Dixit, Avinash y Stiglitz, Joseph (1977). “Monopolistic Competition and Optimum Product Diversity”; *American Economic Review*, vol 67, pp 297-308.
- 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.
- Dorman, Gary (2004). “Implementing Price/Cost Tests for Predation: Practical Issues”; en Wu, Lawrence: *Economics of Antitrust*. Nueva York, NERA.
- Dromi, Roberto (1999). *Competencia y monopolio*. Buenos Aires, Ciudad Argentina.
- Elhauge, Einer y Geradin, Damien (2007). *Global Competition Law and Economics*. Oxford, Hart.
- Evans, David y Padilla, Jorge (2005). “Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules”; *Journal of Competition Law and Economics*, vol 1, pp 97-122.
- Farrell, Joseph y Shapiro, Carl (1990). “Horizontal Mergers: An Equilibrium Analysis”;

- American Economic Review*, vol 80, pp 107-126.
- Federal Trade Commission y US Department of Justice (1992). “Horizontal Merger Guidelines”. Washington DC, FTC-DOJ.
- Federal Trade Commission y US Department of Justice (1995). “Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property”. Washington DC, FTC-DOJ.
- Federal Trade Commission y US Department of Justice (2000). “Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors”. Washington DC, FTC-DOJ.
- Federal Trade Commission y US Department of Justice (2006). “Commentary on the Horizontal Merger Guidelines”. Washington DC, FTC-DOJ.
- Forchheimer, Karl (1908). “Theoretisches zum unvollständigen Monopole”; *Jahrbuch für Gesetzgebung*, vol 32, pp 1-12.
- Franceschini, José (1996). *Introdução ao direito da concorrência*. San Pablo, Malheiros.
- García Alba, Pascual (1994). “Un índice de dominación para el análisis de la estructura de los mercados”; *El Trimestre Económico*, vol 61, pp 499-524.
- Gellhorn, Ernest y Kovacic, William (1994). *Antitrust Law and Economics*. Saint Paul, West.
- Gilbert, Richard y Katz, Michael (2001). “An Economist’s Guide to U.S. v. Microsoft”; *Journal of Economic Perspectives*, vol 15, pp 25-44.
- 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.
- Grossman, Lucas y Serebrisky, Tomás (2003). “El abuso explotativo y la defensa de la competencia en Argentina”; *Boletín Latinoamericano de Competencia*, nro 16, pp 15-23.
- Harberger, Arnold (1971). “Three Basic Postulates for Applied Welfare Economics”; *Journal of Economic Literature*, vol 9, pp 785-797.
- Herfindahl, Orris (1950). *Concentration in the Steel Industry*; tesis doctoral no publicada. Nueva York, Universidad de Columbia.
- Hicks, John (1940). “The Valuation of Social Income”; *Economica*, vol 7, pp 105-129.
- Hirschman, Albert (1945). *National Power and the Structure of Foreign Trade*. Berkeley, University of California Press.
- Horowitz, Ira (1994). “The Reasonableness of Horizontal Restraints: NCAA”; en Kwoka, John y White, Lawrence: *The Antitrust Revolution*, 2da edición. Nueva York, Oxford University Press.
- Hylton, Keith (2008). “Weyerhaeuser, Predatory Bidding and Error Costs”; Working Paper 08-03. Boston, Boston University School of Law.
- Jensen, Michael (1988). “Takeovers: Their Causes and Consequences”; *Journal of Economic Perspectives*, vol 2, pp 21-48.
- Joseph, Robert (2007). “Minimum Resale Price Maintenance after *Leegin*”; *Illinois State Bar Association Conference on Antitrust and Unfair Competition*. Chicago, ISBA.
- Joskow, Paul y Klevorick, Alvin (1979). “A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy”; *Yale Law Review*, vol 89, pp 213-270.
- Kaldor, Nicholas (1939). “Welfare Propositions in Economics”; *Economic Journal*, vol 49, pp 549-552.

- Kenney, Roy y Klein, Benjamin (1983). "The Economics of Block Booking"; *Journal of Law and Economics*, vol 26, pp 497-540.
- Klein, Benjamin (2001). "The Microsoft Case: What Can a Dominant Firm Do to Defend its Market Position?"; *Journal of Economic Perspectives*, vol 15, pp 45-62.
- Klein, Benjamin; Crawford, Robert y Alchian, Armen (1978). "Vertical Integration, Appropriable Rents and the Competitive Contracting Process"; *Journal of Law and Economics*, vol 21, pp 297-326.
- Korah, Valentine (1997). *EC Competition Law and Practice*, 6ta edición. Oxford, Hart.
- Leftwich, Richard (1976). *The Price System and Resource Allocation*, 6ta edición. Hinsdale, Dryden Press (Hay versión en castellano: *Sistema de precios y asignación de recursos*; México, Interamericana).
- Lerner, Abba (1934). "The Concept of Monopoly and the Measurement of Monopoly Power"; *Review of Economic Studies*, vol 1, pp 157-175.
- Lipsky, Abbott y Sidak, Gregory (1999). "Essential Facilities"; *Stanford Law Review*, vol 51, pp 1187-1249.
- Lubambo, Murílio (2008). "La decisión del CADE en el cartel de las empresas de vigilancia"; *Boletín Latinoamericano de Competencia*, nro 24, pp 19-24.
- Mankiw, Gregory y Whinston, Michael (1986). "Free Entry and Social Inefficiency"; *Rand Journal of Economics*, vol 17, pp 48-58.
- Martínez Medrano, Gabriel (2002). *Control de los monopolios y defensa de la competencia*. Buenos Aires, Depalma.
- McGee, John (1958). "Predatory Price Cutting: The Standard Oil (N.J.) Case"; *Journal of Law and Economics*, vol 1, pp 137-169.
- Mello, Maria y Possas, Mario (2002). "Direito e economia na análise de condutas anticompetitivas"; en Possas, Mario (editor): *Ensaio sobre economia e direito da concorrência*. San Pablo, Singular.
- Melnik, Arie; Shy, Oz y Stenbacka, Rune (2008). "Assessing Market Dominance"; *Journal of Economic Behavior and Organization*, vol 68, pp 63-72.
- Molina Sandoval, Carlos (2006). *Defensa de la competencia*. Buenos Aires, Errepar.
- Motta, Massimo (2004). *Competition Policy: Theory and Practice*. Cambridge, Cambridge University Press.
- Motta, Massimo y Streeck, Alexandre (2006). "Exploitative and Exclusionary Excessive Prices in EU Law"; en Ehlermann, Claus y Atanasios, Isabela: *European Competition Law Annual: What is an Abuse of a Dominant Position?* Londres, Hart.
- Müller, Heinz; Gries, Gerhard y Giessler, Peter. (1968). *Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*. Francfort, Deutscher Fachverlag.
- Neumann, Manfred (2001). *Competition Policy*. Cheltenham, Edward Elgar.
- Neven, Damien (2008). "Analysis of Conglomerate Effects in EU Merger Control"; en Buccrossi, Paolo: *Handbook of Antitrust Economics*. Cambridge, MIT Press.
- Niels, Gunnar y Ten Kate, Adriaan (2000). "Predatory Pricing Standards: Is There a Growing International Consensus?"; *Antitrust Bulletin*, vol 45, pp 787-809.
- Office of Fair Trading (1998). "Competition Act 1998: The Major Provisions". Londres, OFT.
- Oliveira, Gesner (2001). *Concorrência: panorama no Brasil e no mundo*. San Pablo, Saraiva.
- Oliveira, Gesner y Rodas, João (2004). *Direito e economia da concorrência*. Río de

- Janeiro, Renovar.
- Organization for Economic Cooperation and Development (1989). *Predatory Pricing*. París, OCDE.
- Otamendi, Jorge (1999). “El interés económico general y la eficiencia económica en la ley de defensa de la competencia”; *La Ley*, vol 1999-F, pp 1087-1095.
- Paredes, Ricardo (1991). *Fundamentos para una política antimonopolios*. Santiago, Universidad de Chile.
- Pelcovits, Michael (2003). “The Long Distance Industry: One Merger Too Many?: MCI WorldCom and Sprint”; en Kwoka, John y White, Lawrence: *The Antitrust Revolution*, 4ta edición. Nueva York, Oxford University Press.
- Peña, Julián (2002). *Control de concentraciones económicas*. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni.
- Pérez Miranda, Rafael (2000). “El control de las fusiones y la represión a las prácticas monopólicas en el derecho mexicano”; *Temas de Derecho Industrial y de la Competencia*, vol 4, pp 127-181. Buenos Aires, Ciudad Argentina.
- Pereznieto, Leonel y Guerrero, Renato (2002). *Derecho de la competencia económica*. México, Oxford University Press.
- Petrecolla, Diego y Bidart, Marina (2006). “Defensa de la competencia en mercados energéticos: el enfoque integral de la autoridad argentina de la competencia”; en Coloma, Germán: *Progresos en organización industrial*. Buenos Aires, Temas.
- Phlips, Louis (1988). *The Economics of Imperfect Information*. Cambridge, Cambridge University Press.
- Phlips, Louis (1994). “On the Detection of Collusion and Predation”; *European Economic Review*, vol 40, pp 495-510.
- Pitofsky, Robert (1997). “Vertical Restraints and Vertical Aspects of Mergers: A U.S. Perspective”; *XXIV Annual Conference on International Antitrust Law and Policy*. Nueva York, Fordham Corporate Law Institute.
- Posner, Richard (1976). *Antitrust Law*. Chicago, University of Chicago Press.
- Posner, Richard (1981). “The Next Step in the Antitrust Treatment of Restricted Distribution: *Per Se* Legality”; *U. of Chicago Law Review*, vol 48, pp 6-26.
- Preston, Lee (1994). “Territorial Restraints: GTE Sylvania”; en Kwoka, John y White, Lawrence: *The Antitrust Revolution*, 2da edición. Nueva York, Oxford University Press.
- Rey, Patrick y Tirole, Jean (2007). “A Primer on Foreclosure”; en Armstrong, Mark y Porter, Robert: *Handbook of Industrial Organization*, volumen 3. Amsterdam, North Holland.
- Rey, Patrick y Vergé, Thibaud (2008). “Economics of Vertical Restraints”; en Buccrossi, Paolo: *Handbook of Antitrust Economics*. Cambridge, MIT Press.
- Rimoldi, Eve (2001). *Derecho y política de defensa de la competencia*. Buenos Aires, La Ley.
- Salant, Stephen (1987). “Treble Damage Awards in Private Lawsuits for Price Fixing”; *Journal of Political Economy*, vol 95, pp 1326-1336.
- Salop, Steven (1979). “Monopolistic Competition with Outside Goods”; *Bell Journal of Economics*, vol 10, pp 141-156.
- Salop, Steven y Scheffman, David (1983). “Raising Rivals’ Costs”; *American Economic Review*, vol 73, pp 267-271.
- Santiago, Luciano (2008). *Direito da concorrência*. Bahia, Juspodivm.

- Scherer, F. M. (2003). "Retailer-Instigated Restraints on Suppliers' Sales: Toys'R'Us"; en Kwoka, John y White, Lawrence: *The Antitrust Revolution*, 4ta edición. Nueva York, Oxford University Press.
- Secretaria de Direito Econômico (2008). "Programa de leniência". Brasília, SDE.
- Soldano, Arquímedes y Lanosa, Walter (1993a). "El abuso de posición dominante en la ley 22.262"; *El Derecho*, vol 21, nro 8379, pp 1-2.
- Soldano, Arquímedes y Lanosa, Walter (1993b). "El interés económico general en la ley de defensa de la competencia"; *La Ley*, vol 57, nro 248, pp 1-2.
- Spagnolo, Giancarlo (2008). "Leniency and Whistleblowers in Antitrust"; en Buccirosi, Paolo: *Handbook of Antitrust Economics*. Cambridge, MIT Press.
- Spence, Michael (1977). "Entry, Capacity, Investment and Oligopolistic Pricing"; *Bell Journal of Economics*, vol 8, pp 534-544.
- Spengler, Joseph (1950). "Vertical Integration and Antitrust Policy"; *Journal of Political Economy*, vol 58, pp 347-352.
- Spiller, Pablo (1999). "La defensa de la competencia: implicancias para la Argentina"; Cuaderno de Opinión No 5. Buenos Aires, Fundación Gobierno y Sociedad.
- Spiller, Pablo y Cardilli, Carlo (1997). "The Frontier of Telecommunications Deregulation"; *Journal of Economic Perspectives*, vol 11, pp 127-138.
- Stackelberg, Heinrich von (1934). *Marktform und Gleichgewicht*. Viena, Springer.
- Stigler, George (1968). *The Organization of Industry*. Homewood, Irwin.
- Sullivan, E. T. y Harrison, Jeffrey (1994). *Understanding Antitrust and its Economic Implications*, 2da edición. Nueva York, Matthew Bender.
- Sutton, John (1986). "Vertical Product Differentiation: Some Basic Themes"; *American Economic Review*, vol 76, pp 393-398.
- Telser, Lester (1960). "Why Should Manufacturers Want Free Trade?"; *Journal of Law and Economics*, vol 3, pp 86-105.
- Telser, Lester (1987). *A Theory of Efficient Competition and Cooperation*. Cambridge, Cambridge University Press.
- Turner, Donald (1962). "The Definition of Agreement under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal"; *Harvard Law Review*, vol 75, pp 655-706.
- US Department of Justice (1984). "Merger Guidelines". Washington DC, DOJ.
- US Department of Justice (1985). "Vertical Restraint Guidelines". Washington DC, DOJ.
- US Department of Justice (1999). "Antitrust Division Annual Report". Washington DC, DOJ.
- Varian, Hal (1985). "Price Discrimination and Social Welfare"; *American Economic Review*, vol 75, pp 870-875.
- Viscusi, Kip; Vernon, John y Harrington, Joseph (1995). *Economics of Regulation and Antitrust*, 2da edición. Cambridge, MIT Press.
- Werden, Gregory (1998). "Demand Elasticities in Antitrust Analysis"; *Antitrust Law Journal*, vol 66, pp 363-414.
- Whinston, Michael (1990). "Tying, Foreclosure and Exclusion"; *American Economic Review*, vol 80, pp 837-859.
- Whinston, Michael (2006). *Lectures on Antitrust Economics*. Cambridge, MIT Press.
- White, Lawrence (1994). "Application of the Merger Guidelines: The Proposed Merger of Coca-Cola and Dr. Pepper"; en Kwoka, John y White, Lawrence: *The Antitrust Revolution*, 2da edición. Nueva York, Oxford University Press.

Williamson, Oliver (1968). "Economics as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs"; *American Economic Review*, vol 58, pp 18-36.

Índice de contenidos

Prólogo a la segunda edición

Prólogo a la primera edición

1. Introducción

1.1. Concepto de defensa de la competencia

1.2. Reseña normativa

1.2.1. Estados Unidos

1.2.2. Unión Europea

1.2.3. Argentina

1.2.4. Otros países latinoamericanos

2. Conceptos analíticos fundamentales

2.1. Conceptos de teoría económica

2.1.1. Eficiencia y generación de excedentes

2.1.2. Ejercicio del poder de mercado

2.1.3. Mercados competitivos y oligopólicos

2.1.4. Diferenciación de productos

2.1.5. Discriminación de precios, ventas en bloque y ventas atadas

2.1.6. Barreras de entrada y mercados desafiables

2.2. Conceptos aplicados al análisis antitrust

2.2.1. Competencia efectiva y concentración del mercado

2.2.2. Posición dominante

2.2.3. Mercado relevante

2.2.4. Interés económico general

3. Prácticas horizontales colusivas

3.1. Conceptos básicos

3.1.1. Factores que favorecen o dificultan la colusión

3.1.2. Caracterización de las prácticas colusivas

3.2. Estados Unidos

3.2.1. Legislación y jurisprudencia

3.2.2. Pautas sobre colaboración entre competidores

3.3. Unión Europea

3.3.1. Legislación comunitaria

3.3.2. Jurisprudencia comunitaria

3.3.3. Legislación y jurisprudencia españolas

3.4. América Latina

3.4.1. México

3.4.2. Brasil

3.4.3. Argentina

3.4.3.1. Colusión abierta

3.4.3.2. Colusión encubierta y restricciones auxiliares

3.4.3.3. Asociaciones empresarias y profesionales

4. Prácticas horizontales exclusorias

4.1. Conceptos básicos

4.1.1. Monopolización y obstaculización del acceso al mercado

- 4.1.2. Depredación y ventas por debajo del costo
- 4.2. Estados Unidos
 - 4.2.1. Jurisprudencia sobre monopolización y exclusión de competidores
 - 4.2.2. Precios predatorios y otros intentos de monopolización
- 4.3. Unión Europea
 - 4.3.1. Jurisprudencia comunitaria
 - 4.3.2. El documento de la Comisión Europea sobre abusos exclusivos
 - 4.3.3. Legislación y jurisprudencia españolas
- 4.4. América Latina
 - 4.4.1. México
 - 4.4.2. Brasil
 - 4.4.3. Argentina
 - 4.4.3.1. Obstaculización del acceso al mercado
 - 4.4.3.2. Prácticas exclusorias concertadas
 - 4.4.3.3. Precios predatorios y estrangulamiento de precios
- 5. Prácticas verticales
 - 5.1. Conceptos básicos
 - 5.1.1. Caracterización de las restricciones verticales
 - 5.1.2. Fundamentos de las restricciones verticales
 - 5.2. Estados Unidos
 - 5.2.1. Fijación de precios de reventa
 - 5.2.2. Otras restricciones verticales
 - 5.3. Unión Europea
 - 5.3.1. Legislación y jurisprudencia comunitarias
 - 5.3.2. Pautas comunitarias sobre restricciones verticales
 - 5.3.3. Legislación y jurisprudencia españolas
 - 5.4. América Latina
 - 5.4.1. México
 - 5.4.2. Brasil
 - 5.4.3. Argentina
 - 5.4.3.1. Fijación de precios de reventa
 - 5.4.3.2. Distribución exclusiva
 - 5.4.3.3. Otras prácticas verticales
- 6. Prácticas explotativas y discriminatorias
 - 6.1. Conceptos básicos
 - 6.1.1. Abusos explotativos de posición dominante
 - 6.1.2. Discriminaciones explotativas
 - 6.1.3. Discriminaciones exclusorias
 - 6.2. Estados Unidos
 - 6.2.1. Discriminación de precios
 - 6.2.2. Ventas atadas
 - 6.3. Unión Europea
 - 6.3.1. Legislación y jurisprudencia comunitarias
 - 6.3.2. Legislación y jurisprudencia españolas
 - 6.4. América Latina
 - 6.4.1. México
 - 6.4.2. Brasil

- 6.4.3. Argentina
 - 6.4.3.1. Precios abusivos
 - 6.4.3.2. Discriminación de precios
 - 6.4.3.3. Ventas atadas
- 7. Concentraciones económicas
 - 7.1. Conceptos básicos
 - 7.1.1. Clasificación de las operaciones de concentración
 - 7.1.2. Política de comportamiento y política estructural
 - 7.2. Estados Unidos
 - 7.2.1. Legislación y jurisprudencia
 - 7.2.2. Pautas sobre fusiones y adquisiciones
 - 7.3. Unión Europea
 - 7.3.1. Legislación y jurisprudencia comunitarias
 - 7.3.2. Legislación y jurisprudencia españolas
 - 7.4. América Latina
 - 7.4.1. México
 - 7.4.2. Brasil
 - 7.4.3. Argentina
 - 7.4.3.1. Creación de posiciones monopólicas
 - 7.4.3.2. Oligopolios concentrados
 - 7.4.3.3. Concentraciones verticales y de conglomerado
- 8. Conclusiones
 - 8.1. Requisitos para la aplicación de la política antitrust
 - 8.1.1. Regulación del monopolio y defensa de la competencia
 - 8.1.2. Poder de mercado y defensa de la competencia
 - 8.1.3. Acción del gobierno y defensa de la competencia
 - 8.1.4. Generación de excedentes y defensa de la competencia
 - 8.2. Eficacia de la política antitrust
 - 8.2.1. Represión de prácticas exclusorias
 - 8.2.2. Condicionamiento de concentraciones económicas
 - 8.2.3. Represión de abusos explotativos
 - 8.3. Aspectos institucionales
 - 8.3.1. Organización de las agencias antitrust
 - 8.3.2. Naturaleza del derecho antitrust
- Apéndice: Normas de defensa de la competencia
 - A.1. Estados Unidos
 - A.2. Unión Europea
 - A.3. América Latina
- Índice de casos
- Referencias bibliográficas