

# ANUARIO DE LA COMPETENCIA DEL MERCOSUR

2024





Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida ni transmitida en cualquier forma o por cualquier medio electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación o cualquier otro sistema de almacenamiento y recuperación de información con fines comerciales. Los artículos publicados en el presente material son de exclusiva responsabilidad de los autores y no representan la posición oficial de las instituciones participantes.

MATERIAL DE DISTRIBUCIÓN GRATUITA



## **INSTITUCIONES PARTICIPANTES**

### **REPÚBLICA ARGENTINA**

COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA  
COMPETENCIA

### **REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA

### **REPÚBLICA DEL PARAGUAY**

COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA

### **REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY**

COMISIÓN DE PROMOCIÓN Y DEFENSA DE LA  
COMPETENCIA



**EQUIPO EDITORIAL**  
**COORDINACIÓN DE LA TERCERA EDICIÓN**

**COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA**  
**REPÚBLICA ARGENTINA**

Catalina Aldama, Directora Nacional de Promoción de la Competencia

Germán Zamorano, Director de Promoción de la Competencia

Romina Caviglia, Coordinadora de Relaciones Internacionales

**MIEMBROS**

**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA**  
**REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**

Alexandre Cordeiro Macedo, Presidente

Bruna Pamplona de Queiroz, Chefe da Assessoria Internacional

**COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA**  
**REPÚBLICA DEL PARAGUAY**

Rolando Díaz Delgado, Miembro del Directorio

Andrea Candia, Asesora del Directorio

**COMISIÓN DE PROMOCIÓN Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA**  
**REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY**

Alejandra Giuffra, Presidente





# ÍNDICE

<b>PRESENTACIÓN</b>	<b>1-2</b>
<b>APRESENTAÇÃO</b>	<b>3-4</b>
<b>ENTREVISTA</b>	<b>5-7</b>
<b>REPÚBLICA ARGENTINA</b>	
<b>ANTECEDENTES INMEDIATOS Y PERSPECTIVAS EN EL CONTROL DE CONCENTRACIONES ECONÓMICAS E INVESTIGACIONES POR CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS EN ARGENTINA</b>	<b>11-32</b>
ANTECEDENTES IMEDIATOS E PERSPECTIVAS DAS INVESTIGAÇÕES DE CONTROLE DE CONCENTRAÇÕES E CONDUTAS ANTICOMPETITIVAS NA ARGENTINA	
<i>Germán Zamorano</i>	
<b>HECHOS DESTACADOS EN MATERIA DE PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA EN ARGENTINA</b>	<b>33-50</b>
DESTAQUES DA AVOCACIA DA CONCORRÊNCIA NA ARGENTINA	
<i>Catalina Aldama</i>	
<b>REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL</b>	
<b>LOS PRINCIPALES CASOS DE CONCENTRACIONES Y CONDUCTAS ANALIZADOS POR EL CADE EN 2023. DESAFÍOS ENCONTRADOS POR LA AUTORIDAD ANTITRUST BRASILEÑA EN EL ANÁLISIS DE CONTROL DE ESTRUCTURAS Y EN LA LUCHA CONTRA LAS INFRACCIONES AL ORDEN ECONÓMICO</b>	<b>53-77</b>
OS PRINCIPAIS CASOS DE CONCENTRAÇÃO E DE CONDUTA ANALISADOS PELO CADE EM 2023. DESAFIOS ENCONTRADOS PELA AUTORIDADE ANTITRUSTE BRASILEIRA NA ANÁLISE DE CONTROLE DE ESTRUCTURAS E NA REPRESSÃO A INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA	
<i>Alexandre Barreto De Souza y Tatiane Oliveira Negreiro</i>	

**ADVOCACY EN EL CADE: EJEMPLOS PRÁCTICOS DE LA EXPERIENCIA BRASILEÑA** 79-99

ADVOCACY NO CADE: EXEMPLOS PRÁTICOS DA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

*Lílian Santos Marques Severino, Gerson Carvalho Bênia y Camila Sanson Pererira Bastos*

**REPÚBLICA DEL PARAGUAY**

**ANÁLISIS SUSTANCIAL DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA DE PARAGUAYA EN CASOS DE ABUSOS DE POSICIÓN DOMINANTE** 103-141

ANÁLISE SUBSTANCIAL DA COMISSÃO NACIONAL DE CONCORRÊNCIA DO PARAGUAI EM CASOS DE ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE

*Rolando Díaz Delgado*

**EL ANÁLISIS REGULATORIO COMO ESTRATEGIA DE PROMOCIÓN DE LA CULTURA DE LA COMPETENCIA EN LA CONACOM EN EL 2023** 143-167

A ANÁLISE REGULATÓRIA COMO ESTRATÉGIA DE PROMOÇÃO DA CULTURA DA CONCORRÊNCIA NA CONACOM EM 2023

*Pablo Ramírez Ayala*

**REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY**

**LA INTRODUCCIÓN DE UN “DOBLE UMBRAL” EN EL CONTROL DE CONCENTRACIONES ECONÓMICAS EN URUGUAY: LA REFORMA LEGAL DEL 2023** 171-179

A INTRODUÇÃO DE UM "LIMITE DUPLO" NO CONTROLE DE CONCENTRAÇÕES ECONÔMICAS NO URUGUAI: A REFORMA LEGAL DE 2023

*María de León, Daniel Ferrés y Alejandra Giuffra*

# PRESENTACIÓN

Presentamos la tercera edición del **Anuario de la Competencia del MERCOSUR**, fruto de la cooperación entre las autoridades de competencia de la región, el Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) de Brasil, la Comisión Nacional de Competencia (CONACOM) de Paraguay, la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia (CPDC) de Uruguay, y la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) de Argentina.

Se trata de una publicación que sigue dando sus primeros pasos, pero busca afianzarse como una herramienta para reunir y dar a conocer las principales actuaciones de las agencias del bloque en materia de aplicación de las normativas de competencia de cada país, y los esfuerzos de promoción de la cultura de la competencia en estas jurisdicciones.

En esta oportunidad, los artículos aportados recogen las medidas y decisiones más relevantes de las autoridades en el marco de investigaciones por conductas anticompetitivas y procedimientos de análisis de control de concentraciones económica del último año, como sanciones por prácticas contrarias a la competencia, multas por falta de notificación o notificación tardía, medidas de tutela anticipada, aprobaciones de fusiones condicionadas al cumplimiento de medidas estructurales y/o conductuales e, incluso, el rechazo de operaciones de concentración económica.

A su vez, una innovación de este número ha sido incorporar artículos que recopilan las acciones de promoción de las agencias, como la emisión de recomendaciones pro-competitivas, la evaluación de normativas y regulaciones, la realización de investigaciones de mercado, entre otros.

En lo que se ha convertido en una sección especial del Anuario, la entrevista de esta edición a un experto en defensa de la competencia fue realizada al Profesor Herbert Hovenkamp, abogado especializado en derecho de la competencia, quien proporcionó algunas recomendaciones para las autoridades de competencia de América Latina y cómo mejor asignar los escasos recursos para lograr un *enforcement* que pueda tener un impacto en la realidad económica, así como también ciertas perspectivas sobre los desafíos de analizar los mercados digitales desde un enfoque de competencia.

Agradecemos sinceramente a todos aquellos que han contribuido a la elaboración de esta edición, particularmente a las autoridades de competencia de los cuatro estados partes del MERCOSUR y a sus equipos de trabajo, a la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR (STPR), al equipo editorial, y a los autores que han aportado sus textos a este número. Su dedicación y experiencia han sido cruciales para el éxito de este esfuerzo colectivo.

Esperamos que este Anuario sea una herramienta valiosa para todos los interesados en la política de competencia del MERCOSUR, fomentando el debate informado y la colaboración entre los estados partes. Estamos convencidos de que, al compartir conocimientos y experiencias, podremos avanzar hacia un mercado más justo y competitivo, beneficiando a nuestras economías y a nuestros ciudadanos.

Les invito a explorar las páginas de este Anuario y a participar activamente en las discusiones que surjan a partir de sus hallazgos.

**Alexis Pirchio**

Presidente de la

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

de la República Argentina

# APRESENTAÇÃO

Apresentamos a terceira edição do Anuário da Concorrência do MERCOSUL, resultado da cooperação entre as autoridades de concorrência da região, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) do Brasil, a Comisión Nacional de Competencia (CONACOM) do Paraguai, a Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia (CPDC) do Uruguai e a Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) da Argentina.

Nossa publicação ainda está em sua fase inicial, mas busca se estabelecer como uma ferramenta para reunir e divulgar as principais ações das agências do bloco na aplicação das normas de concorrência de cada país e os esforços para promover uma cultura de concorrência nessas jurisdições.

Nesta ocasião, os artigos incluem as medidas e decisões mais relevantes das autoridades no âmbito das investigações de condutas anticompetitivas e dos procedimentos de análise de controle de atos de concentração do último ano, como sanções por práticas anticoncorrenciais, multas por falta de notificação ou notificação tardia, medidas de tutela antecipada, aprovações de atos de concentração condicionadas ao cumprimento de medidas estruturais e/ou comportamentais e até mesmo o indeferimento de operações de concentração.

Uma inovação desta edição foi a incorporação de artigos que compilam as ações de *advocacy* das agências, como a emissão de recomendações pró-competitivas, a avaliação de normas e regulamentos e a realização de pesquisas de mercado, entre outras.

No que se tornou uma seção especial do Anuário, a entrevista do especialista em concorrência desta edição foi conduzida com o Professor Herbert Hovenkamp, advogado especializado em direito da concorrência, que forneceu algumas recomendações para as autoridades de concorrência da América Latina e a melhor forma de alocar recursos escassos para alcançar uma aplicação que possa ter um impacto na realidade econômica, bem como algumas perspectivas sobre os desafios de analisar os mercados digitais a partir de uma abordagem de concorrência.

Agradecemos sinceramente a todos que contribuíram para a elaboração desta edição, em especial às autoridades de concorrência dos quatro estados partes do MERCOSUL e suas equipes de trabalho, à Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL (STPR), à equipe

editorial e aos autores que contribuíram com seus textos para esta edição. Sua dedicação e experiência foram cruciais para o sucesso desse esforço coletivo.

Esperamos que este Anuário seja uma ferramenta valiosa para todos os interessados na política de concorrência do MERCOSUL, promovendo o debate informado e a colaboração entre os estados partes. Estamos convencidos de que, ao compartilhar conhecimentos e experiências, poderemos avançar em direção a um mercado mais justo e competitivo, beneficiando nossas economias e nossos cidadãos.

Convido-os a explorar as páginas deste Anuário e a participar ativamente das discussões que surgirem a partir de suas conclusões.

**Alexis Pirchio**

Presidente de la

Comisión Nacional de Defensa da la Competencia

de la República Argentina

# **ENTREVISTA**

## **Herbert Hovenkamp**

Herbert Hovenkamp es abogado experto en defensa de la competencia, profesor de la Universidad James G. Dinan. Es miembro de la Academia Americana de las Artes y las Ciencias, y en 2008 ganó el Premio John Sherman del Departamento de Justicia por su contribución a la legislación antimonopolio. En el año 2012 formó parte del Comité de la ABA encargado de asesorar al Presidente electo en asuntos antimonopolio. Es autor de una variedad de libros de derecho de la competencia y coautor de libros de casos sobre antimonopolio, derecho de propiedad y un libro de casos gratuito de código abierto sobre innovación y política de competencia. Ha sido consultor en numerosos casos antimonopolio para diversas entidades gubernamentales y demandantes privados.

## ENTREVISTA A HERBERT HOVENKAMP

Agosto 2024

- 1) Las autoridades de competencia latinoamericanas luchan a veces por atraer la atención del público y de las partes interesadas sobre las cuestiones de competencia. ¿Cuál es su consejo para revertir esta situación? ¿Cuáles deberían ser las prioridades de las agencias de competencia jóvenes mientras construyen su jurisprudencia?**

Creo que es importante que las autoridades de competencia seleccionen los objetivos correctos preguntándose qué mercados en ese país en particular se están «quedando atrás», es decir, muestran una falta de competencia de precios o de innovación, o la producción no ha seguido el ritmo de otros sectores. En Estados Unidos hemos cometido durante demasiado tiempo el error de centrarnos en algunos de los mercados y empresas más innovadoras y de crecimiento más rápido para aplicar medidas agresivas, que es precisamente lo contrario de lo que debería hacer una política de competencia sólida.

- 2) A lo largo de su carrera académica, ha publicado numerosos artículos en los que se debaten los objetivos de la defensa de la competencia. En este sentido, algunas de las jurisdicciones más desarrolladas han venido defendiendo en los últimos años que otras cuestiones, como la sustentabilidad y la igualdad de género, deberían tenerse en cuenta en el análisis de competencia. Sin embargo, desde otra perspectiva, los países latinoamericanos siguen lidiando con problemas económicos fundamentales, como la pobreza y la desigualdad social. Por lo tanto, ¿cree que el debate sobre la inclusión de otros criterios y objetivos en el análisis de defensa de la competencia es todavía demasiado prematuro en América Latina o que deberíamos seguir esta nueva tendencia internacional?**

Hablando de Estados Unidos en particular, el derecho *antitrust* es sólo uno entre muchos cuerpos legales. El lenguaje de las leyes antimonopolio de Estados Unidos es puramente económico y establece sus objetivos en términos de competencia y monopolio. Por ello, no



proporciona una métrica independiente para evaluar cuestiones como la igualdad de género, la protección del medio ambiente o la sustentabilidad, como tales. Por supuesto, en algunos casos las restricciones en estas áreas también pueden ser restricciones de la competencia. Por ejemplo, un acuerdo entre fabricantes para limitar los controles de la contaminación podría ser impugnado en virtud de las leyes antimonopolio, no porque el acuerdo perjudique al medio ambiente, sino porque es un contrato que restringe el comercio.

**3) Muchos de sus artículos hacen referencia al papel del principio de bienestar del consumidor en la política antimonopolio. A este respecto, nos gustaría conocer su opinión sobre cuál es el alcance de este principio en los mercados digitales, en particular en los mercados de precio cero. Por último, ¿cómo podría la defensa de la competencia proteger mejor el bienestar del consumidor en la era digital?**

El objetivo de la defensa de la competencia en los mercados digitales debería ser el mismo que en todos los mercados, es decir, perseguir las prácticas que limitan la producción de forma poco razonable o restringen la innovación. En general, el principio de bienestar del consumidor favorece los precios bajos, la producción elevada (medida por cantidad o calidad) y la innovación sin restricciones. En los mercados de precio cero, centrarse en el «precio» puede no ser muy informativo y sería mejor pensar en la cantidad o calidad de la producción o en los efectos sobre la innovación. Pero todo ello conduce al mismo objetivo.

A la hora de pensar en la protección de los consumidores y del trabajo, lo mejor es partir de la premisa de que un nivel demasiado bajo de *enforcement* de la política de defensa de la competencia es perjudicial, pero un nivel demasiado alto también puede serlo. La clave está en identificar el punto de máxima producción, lo que suele ser difícil. No se puede simplemente suponer, por ejemplo, que un mayor número de operaciones de fusión o más actuaciones contra las empresas dominantes producirán mejores resultados económicos.



# **REPÚBLICA ARGENTINA**

## **COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA**

**Presidente:** Alexis Pirchio



# **ANTECEDENTES INMEDIATOS Y PERSPECTIVAS EN EL CONTROL DE CONCENTRACIONES ECONÓMICAS E INVESTIGACIONES POR CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS EN ARGENTINA**

## **ANTECEDENTES IMEDIATOS E PERSPECTIVAS DAS INVESTIGAÇÕES DE CONTROLE DE CONCENTRAÇÕES E CONDUTAS ANTICOMPETITIVAS NA ARGENTINA**

*Germán Zamorano*

### **RESUMEN**

Este artículo presenta un conjunto de acciones llevadas a cabo en el último año por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) en relación con operaciones de concentraciones económicas y conductas anticompetitivas.

En cuanto a las actuaciones referidas a concentraciones económicas, se describe el compromiso de desconcentración acordado entre la CNDC y las empresas notificantes en la fusión Linde/Praxair, detallando los elementos del análisis económico de la operación que llevaron a la CNDC a implementar esta medida. Otro hito relevante ocurrió el 6 de julio de 2023, cuando entró en vigencia el nuevo *Reglamento para la Notificación de Operaciones de Concentración Económica* que, entre otras incorporaciones, formalizó la creación de un «procedimiento sumario» (PROSUM) para la tramitación de operaciones de concentración económica con menor probabilidad de generar efectos negativos significativos sobre la competencia. El nuevo reglamento fue complementado con el establecimiento de criterios de inclusión y exclusión para la tramitación bajo el PROSUM. Finalmente, se enumeran y describen brevemente las multas impuestas por notificación tardía durante el último período.

En lo que respecta a las actuaciones en materia de conducta anticompetitivas, se ofrece un breve repaso de un conjunto de medidas preventivas adoptadas en el marco de investigaciones por presuntas prácticas anticompetitivas. Asimismo, se destaca la implementación de un sistema en

línea para la presentación de denuncias ante la CNDC por conductas contrarias a la competencia, así como también la reciente reglamentación del Programa de Clemencia y la conformación de la Unidad de Clemencia encargada de la recepción y tramitación de las solicitudes al programa.

**Palabras clave:** Operaciones de Concentración Económica – Reglamento - Conductas Anticompetitivas – Programa de Clemencia

## RESUMO

Este artigo apresenta um conjunto de ações realizadas no último ano pela Comissão Nacional de Defesa da Concorrência (CNDC) em relação a concentrações econômicas e condutas anticompetitivas.

Com relação às ações relacionadas a concentrações econômicas, descreve o compromisso de desconcentração acordado entre a CNDC e as empresas notificantes na fusão Linde/Praxair, detalhando os elementos da análise econômica da operação que levaram a CNDC a implementar essa medida. Outro marco relevante ocorreu em 6 de julho de 2023, quando entrou em vigor o novo Regulamento para Notificação de Concentrações Econômicas, que, entre outros acréscimos, formalizou a criação de um "procedimento sumário" (PROSUM) para o processamento de operações de concentração econômica com menor probabilidade de gerar efeitos negativos significativos sobre a concorrência. A nova regulamentação foi complementada pelo estabelecimento de critérios de inclusão e exclusão para o processamento no âmbito do PROSUM. Finalmente, as multas impostas por notificação tardia durante o último período são listadas e brevemente descritas.

No que refere às condutas anticompetitivas, é feita uma breve análise de um conjunto de medidas preventivas adotadas no âmbito das investigações de supostas práticas anticoncorrenciais. Destaca-se também a implementação de um sistema on-line para a apresentação de reclamações perante a CNDC por condutas anticompetitivas, bem como a recente regulamentação do Programa de Leniência e a criação da Unidade de Leniência encarregada de receber e processar as solicitações do programa.

**Palavras chave:** Operações de Concentração Económica – Regulamentação – Condutas Anticompetitivas – Programa de Leniência.

## INTRODUCCIÓN

Entre junio de 2023 y junio de 2024, se han registrado algunas actuaciones significativas de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) en lo que refiere a la aplicación de la Ley 27.442 de Defensa de la Competencia (LDC) en materia de control de operaciones de concentración económica, así como también en el ámbito de las investigaciones por conductas anticompetitivas. Sin embargo, el período observado se destaca, principalmente, por los avances regulatorios realizados por la CNDC al régimen de notificación de concentraciones económicas y, más recientemente, la incorporación de una reglamentación específica para el Programa de Clemencia, con el objetivo de lograr una más rápida y efectiva detección, investigación y sanción de las prácticas concertadas.

En cuanto al control de operaciones de concentración económica, este período se destaca por la intervención en la fusión entre Linde y Praxair, dos de los principales proveedores de gases medicinales e industriales a nivel mundial y nacional.

En efecto, a mediados de 2023, la CNDC emitió un dictamen en el que recomendó al entonces Secretario de Comercio aplicar ciertas medidas estructurales y conductuales en el mercado de oxígeno, de manera de mitigar los efectos adversos que generaría la fusión entre Linde y Praxair, tal como fue notificada originalmente, por encontrar que dicha operación tenía el potencial de disminuir, restringir o distorsionarla competencia, perjudicando el interés económico general.

En materia regulatoria, una evolución clave del período fue la entrada en vigor del *Reglamento para la Notificación de Operaciones de Concentración Económica*, que reemplazó la reglamentación anterior que databa del año 2001, la cual introdujo múltiples cambios en lo que respecta al régimen de control de las concentraciones económicas, entre las que se destaca la introducción formal del procedimiento simplificado o "procedimiento sumario" (PROSUM) previsto en el artículo 10 de la LDC, diseñado para agilizar el trámite de concentraciones económicas con menor probabilidad de efectos negativos significativos sobre la competencia. En complementariedad con el nuevo procedimiento, en agosto de 2023, por medio de la Disposición 62/2023, se establecieron los criterios de elegibilidad para el PROSUM, en consonancia con el proceso de modernización y

adaptación del marco regulatorio que se inició en 2018 con la sanción de la LDC.

Finalmente, durante el período, la CNDC impuso tres sanciones por notificación tardía, subrayando la importancia del cumplimiento oportuno de las obligaciones regulatorias y un enfoque riguroso en la vigilancia y penalización de incumplimientos en este ámbito.

En lo que refiere a la detección e investigación de conductas anticompetitivas, a lo largo del período analizado, se destaca la implementación del *Reglamento para la Ejecución del Programa de Clemencia*, aprobado en mayo de 2024, tras un proceso de consulta pública iniciado en marzo de ese mismo año. Este desarrollo representa un progreso significativo para fortalecer una de las principales tareas de la CNDC, la detección y persecución de cárteles. El reglamento establece procedimientos claros para que individuos y empresas puedan acogerse a beneficios de exoneración o reducción de sanciones, siempre que colaboren con la CNDC proporcionando información crucial para la detección y sanción de prácticas colusivas.

En cuanto a las medidas preventivas, la actual Secretaría de Industria y Comercio adoptó varias acciones a instancias de la CNDC. El 17 de noviembre de 2023, se implementó una medida preventiva en el mercado de tarjetas de crédito tras una denuncia de la Cámara Argentina de Fintech. En abril de 2024, se dictó una medida de tutela anticipada contra las principales empresas de medicina prepaga del país, investigadas por presuntas prácticas colusivas. Una tercera medida preventiva fue dictada el 21 de mayo de 2024 contra la empresa Tele Red Imagen S.A., responsable de la provisión de la señal deportiva TyC Sports, en el marco de una investigación por una presunta negativa de venta de la mencionada señal de deportes.

Finalmente, se destaca la implementación de la plataforma Trámites a Distancia (TAD) para radicar denuncias por conductas anticompetitivas ante la CNDC. Esta herramienta permite a los ciudadanos presentar denuncias por conductas anticompetitivas de forma virtual y remota, eliminando la necesidad de asistencia presencial ante la autoridad. Establecida mediante la Resolución SC 1046/23, esta modernización busca facilitar el acceso a los procedimientos regulatorios y fomentar una mayor participación ciudadana en la vigilancia de los mercados.



En resumen, el período entre junio de 2023 y junio de 2024 ha sido testigo de una intensa actividad por parte de la CNDC, enfocada en resguardar la competencia en los mercados y prevenir prácticas que podrían perjudicar al bienestar económico general. Las intervenciones en fusiones y la implementación de nuevos procedimientos y sanciones demuestran un compromiso continuo con la protección de la competencia en Argentina.

## **HECHOS RELEVANTES VINCULADOS CON EL ÁREA DE CONCENTRACIONES ECONÓMICAS: JUNIO 2023 – JUNIO 2024**

### **Desconcentración en el mercado de oxígeno | Operación Linde/Praxair**

En diciembre de 2021, la CNDC había emitido un Informe de Objeción en el marco del análisis de esta fusión, señalando las preocupaciones que despertaba la operación en varios mercados de gases. En julio de 2023, como resultado del análisis de la fusión entre Linde y Praxair, dos de las principales empresas proveedoras de gases medicinales e industriales a nivel nacional y mundial, la CNDC emitió un dictamen<sup>1</sup> recomendando al entonces Secretario de Comercio subordinar la aprobación de la operación al cumplimiento de un condicionamiento que incluía la desconcentración en el mercado de oxígeno, así como también medidas conductuales.

Linde y Praxair, las empresas involucradas en la operación, se dedican principalmente a la producción y comercialización de gases, contando con una red operativa de alcance global. Linde es una empresa de origen alemán que se ha consolidado como la segunda empresa más grande del mundo en el abastecimiento de gases para industrias en términos de facturación. Praxair, de origen estadounidense, es la tercera empresa en facturación en lo que refiere al suministro de gases para industrias. En Argentina, las dos empresas se encuentran activas en la producción y comercialización de gases medicinales, gases industriales, gases especiales, en la provisión de helio y en el suministro de servicios asociados, específicamente, servicios de cuidados respiratorios a domicilio.

---

<sup>1</sup> Ver dictamen en: [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2023/08/linde\\_praxair\\_dictamen\\_y\\_reso\\_2.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2023/08/linde_praxair_dictamen_y_reso_2.pdf)

Al analizar la fusión, la CNDC halló que, en Argentina la producción y comercialización de gases para uso industrial (gases industriales y especiales) y para uso medicinal está mayoritariamente concentrada en cuatro grandes competidores con presencia global e integrados verticalmente: Linde, Praxair, Air Liquide y Air Products. Estos jugadores tienen presencia en la mayoría de los mercados que componen la oferta de gases industriales, especiales y medicinales. Existen algunas empresas locales más pequeñas que operan en mercados puntuales de gases industriales y/o gases especiales, pero no ofrecen una cartera tan variada como la de las firmas mencionadas. Además, ciertas empresas de menores dimensiones, que no están integradas verticalmente en la producción de gases, se dedican al fraccionamiento, envasado y comercialización minorista de algunos gases. En muchos casos, son los mismos cuatro grandes competidores quienes proveen esos gases como insumo.

Específicamente, la CNDC identificó como principal preocupación la concentración que generaría la operación en la producción de oxígeno líquido, siendo que las empresas fusionadas pasarían a tener el 52,5% de la capacidad instalada para la producción de dicho gas, convirtiéndose en el principal productor del país.

Dicha concentración tenía el potencial de generar efectos negativos en la comercialización de oxígeno líquido, considerando que, si bien existen empresas dedicadas a la venta y distribución de gases que lo comercializan a establecimientos de salud y empresas industriales, muchas de ellas, en tanto no se encuentran integradas verticalmente en su producción, lo adquieren a Linde y/o Praxair. Así, el poder de mercado de las fusionadas en la etapa de producción podía tener efectos en el mercado de comercialización si la entidad fusionada restringiera el suministro o aumentaran el precio del oxígeno, provocando la expulsión de esas empresas del mercado de comercialización.

Asimismo, la concentración en la provisión de oxígeno también tenía el potencial de generar efectos perjudiciales en la comercialización de otros gases. Esto en virtud de que el oxígeno es el gas más vendido en lo que respecta a la oferta de gases en Argentina —en volumen, representa el 60% de los gases comercializados—, por lo que las empresas que comercializan una cartera de gases (nitrógeno, argón, dióxido de carbono y otros gases especiales), podían verse perjudicadas al encontrarse restringida la posibilidad de ofrecerle a sus clientes oxígeno, el gas más demandado de su

cartera de productos, en caso de que no pudieran abastecerse de él por reducción de la oferta o aumento del precio.

La preocupación sobre el nivel de concentración en la oferta de oxígeno líquido se encontraba acentuada por tratarse de un insumo fundamental, tanto de uso medicinal como industrial. En el ámbito de la salud es un medicamento esencial utilizado dentro de instituciones sanatoriales y hospitalarias, cuyo uso principal es la terapia con oxígeno en casos de hipoxia (oxigenación insuficiente de los tejidos), pero también en el tratamiento de enfermedades pulmonares obstructivas, envenenamiento por monóxido de carbono, neumonías, infartos de miocardio, distensión abdominal, neumotórax y embolia gaseosa, y como diluyente de anestésicos, tanto gaseosos como volátiles. A su vez, el oxígeno producido por las fusionadas también se utiliza en terapias domiciliarias, lo que, implicaba el reforzamiento de una relación vertical preexistente, en tanto ambas empresas se encuentran también activas en la oferta de servicios de cuidado respiratorio a domicilio, que tienen como uno de sus principales insumos al oxígeno. A nivel industrial se utiliza para la producción de acero, de químicos, el cortado y soldado de metales, el blanqueamiento del papel, la fundición del vidrio, la purificación de agua, el tratamiento de aguas servidas, la piscicultura, para reactores nucleares enfriados con gas y para el análisis de metales, entre otros.

Tal como fue mencionado, debido a los efectos perjudiciales derivados de la concentración en la producción y comercialización de oxígeno, y considerando que este es un bien esencial en el ámbito de la salud y un insumo clave en diversas industrias, la CNDC recomendó al entonces Secretario de Comercio condicionar la aprobación de la operación al cumplimiento de una serie de remedios estructurales y conductuales.

Los remedios estructurales incluyeron una desconcentración en todos los eslabones de la cadena de oxígeno líquido, con el objetivo de asegurar la entrada de un nuevo competidor en el mercado con una cuota del 7,5%, que pueda competir con las empresas fusionadas, restableciendo así las condiciones de competencia efectiva previas a la operación. Estas medidas consistieron en:

- a) Establecer un contrato de 5 años, con dos opciones de renovación por otros 5 años cada una, para asegurar la provisión de 75 toneladas diarias de oxígeno líquido al costo de producción;

- b) vender tres plantas fraccionadoras de oxígeno líquido y dos camiones cisterna para su traslado y;
- c) transferir los contratos de suministro de oxígeno a clientes de hospitales públicos y privados en distintos puntos del país.

En abril de 2024, la empresa Roberto Salinas e Hijos S.A. —conocida en el sector como Cascia Gases— adquirió el paquete de activos desinvertidos por Linde/Praxair. Esta compradora es una empresa argentina fundada en 1974, que posee una planta productiva en la provincia de Tucumán donde produce oxígeno (para uso industrial y medicinal), nitrógeno y argón. Además, la firma comercializa otros gases como dióxido de carbono, óxido nitroso, acetileno y mezclas de aplicación especial, y ofrece servicios de oxigenoterapia.

Antes de la adquisición, Roberto Salinas e Hijos S.A. tenía una participación del 2% en la producción total de oxígeno líquido a nivel nacional, según la capacidad instalada. Con la adquisición, esta participación aumenta al 9,5%. Además, su suministro de gases se concentraba principalmente en el noroeste argentino. Según lo declarado por la propia empresa, la compra de estos activos le permitirá ingresar a los mercados medicinales e industriales de regiones como el Noreste, Noroeste, Centro y Cuyo de Argentina.

La cesión de 75 toneladas diarias de oxígeno, junto con los clientes y todos los activos necesarios para su transporte y distribución, como camiones y plantas de fraccionamiento, constituyen un activo estratégico para la creación de una unidad de negocios autónoma e independiente. Esto garantizará que la entrada al mercado sea rápida y significativa. La CNDC consideró que esta iniciativa reúne las condiciones para que la nueva participante, integrada verticalmente, pueda convertirse en un competidor efectivo y vigoroso en el menor tiempo posible, tanto en el mercado aguas arriba como en el mercado aguas abajo. Además, podrá consolidar su posición en un tiempo razonable, de acuerdo con los plazos contemplados en la propuesta de desinversión, corrigiendo así el daño que esta operación hubiera causado en términos de competencia.

Adicionalmente, la CNDC estableció una serie de medidas de carácter conductual que tienen como objetivo monitorear la efectiva competencia en el mercado de nitrógeno y gases importados. Para ello, las empresas

fusionadas deberán presentar información respecto a sus ventas por el plazo de 5 años, a la vez que deben informar a sus filiales desde las cuales las partes importen uno o más gases hacia la Argentina, que no podrán negar la venta ni discriminar injustificadamente la adquisición de dichos gases por parte de otros interesados en la Argentina.

## **Establecimiento de los criterios de inclusión en el PROSUM**

Tal como se fue comentado de manera exhaustiva en la edición anterior de este Anuario, el 18 de mayo de 2023, por medio de la Resolución 905, fue aprobado el nuevo *Reglamento para la Notificación de Operaciones de Concentración Económica*<sup>2</sup>, reemplazando la Resolución 40 de 2001 de la ex Secretaría de Defensa de la Competencia y del Consumidor, cuyo Anexo I había establecido la "Guía para la notificación de operaciones de concentración económica". El 6 de julio de 2023 entró en vigencia el nuevo reglamento, pasando a ser aplicable a todos los actos de concentración a ser notificados para su autorización, de acuerdo a lo dispuesto en el Capítulo III de la LDC.

Aunque los cambios dispuestos por la nueva reglamentación fueron múltiples, el más significativo fue la introducción de un procedimiento simplificado o procedimiento sumario (PROSUM), previsto en el artículo 10 de la LDC, que funciona en oposición al procedimiento ordinario y que resulta aplicable a aquellas operaciones de concentración económica que tuvieran menor probabilidad de tener efectos negativos significativos sobre la competencia. La implementación del PROSUM dio lugar a la creación de un nuevo formulario de notificación, denominado "Formulario 0" o "F0".

La resolución de aprobación del reglamento delegó en la CNDC el establecimiento de los criterios de elegibilidad que una operación de concentración económica debe reunir para que pueda tramitar bajo el PROSUM. En este sentido, en complementariedad con el nuevo reglamento, el 28 de agosto de 2023, la CNDC publicó en el Boletín Oficial la Disposición

---

<sup>2</sup> Ver en:

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do;jsessionid=C70C97F926A46397D8CBC9DBB5A50911?id=383980>

62/2023<sup>3</sup>, la cual establece los criterios de inclusión y exclusión para que una operación de concentración económica pueda tramitarse bajo el PROSUM.

La CNDC, entonces, estableció que una operación de concentración económica pueda tramitar bajo el PROSUM cuando se trate de:

- a) Operaciones de concentración económica de conglomerado.
- b) Exista un cambio en la naturaleza del control sobre la entidad objeto, de control conjunto a exclusivo, y hacia un controlante preexistente.
- c) Operaciones de concentración económica que generan relaciones horizontales en las que la participación de mercado conjunta en cada uno de los mercados relevantes afectados por la operación resulta inferior al 20%.
- d) Operaciones de concentración económica que generan relaciones horizontales en las que la participación de mercado conjunta en cada uno de los mercados relevantes afectados por la operación resulta inferior al 35% y el aumento del IHH es menor a 150 puntos.
- e) Operaciones de concentración económica que generan relaciones verticales en las que las participaciones individuales en cada mercado verticalmente vinculado resultan inferiores al 30%.

Asimismo, la CNDC estableció los escenarios que determinan que una concentración, aun cumpliendo con alguno de los criterios de inclusión al PROSUM no puede tramitar bajo el procedimiento sumario y, en consecuencia, deba ser derivada al procedimiento ordinario. En ese sentido, una operación no podrá tramitar bajo el PROSUM, cuando se verifiquen alguno de los siguientes elementos:

- a) Al momento de iniciar el trámite, las partes no se encuentren en condiciones de proporcionar la totalidad de la información y documentación establecida en el Formulario F0;
- b) El IHH post-operación en un mercado relevante afectado sea mayor que 2.500 puntos;

---

<sup>3</sup> Ver en: <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/385000-389999/388895/norma.htm>

- c) la concentración elimine un competidor vigoroso y efectivo (actual o potencial);
- d) la concentración combine dos entidades innovadoras importantes;
- e) existan indicios de que la concentración permitiría impedir la expansión de competidores en algún mercado relevante afectado;
- f) una empresa ya instalada en un mercado pretenda adquirir una compañía pequeña pero altamente innovadora, aunque aún sin alcanzar su techo tecnológico, ya sea para utilizar su tecnología o desactivarla;
- g) la operación pudiera aumentar significativamente el poder de mercado de las partes, debido a la combinación de recursos tecnológicos, financieros o de otro tipo, aunque las entidades que se combinen no operan en un mismo mercado;
- h) la concentración genere una cartera de productos y/o servicios;
- i) la operación notificada suponga la creación de una empresa en participación (*joint venture*) por parte de empresas que permanecen independientes, lo que ocurrirá cuando la operación implique la creación de un *joint venture* para un segmento de negocios específico;
- j) en un cambio de control de conjunto a exclusivo, se presente alguna de las siguientes situaciones:
  - La empresa que adquiere el control exclusivo de la entidad objeto sea a su vez competidora directa de dicha entidad, siempre que la participación de mercado sea sustancialmente alta.
  - La autoridad de aplicación no hubiera examinado la operación previa de adquisición del control conjunto respecto de la entidad objeto por parte de la empresa que adquiere el control la empresa que deja de ser controlante en virtud de la operación notificada.
- k) Cuando, en forma contemporánea a la operación, la adquirente o la entidad objeto tengan participaciones societarias en empresa/s

competidora/s que sean superiores al 5% del capital social o de los votos;

- l) Cuando un organismo nacional regulador económico deba emitir la opinión prevista en el artículo 17 de la LDC, salvo que las partes acrediten —al momento de realizar la notificación— que el organismo en cuestión no tiene objeciones respecto al eventual impacto sobre la competencia en el mercado respectivo y el cumplimiento del marco regulatorio aplicable;
- m) Cuando la CNDC considere que se requiere más información para analizar apropiadamente los efectos de la operación sobre la competencia.

Desde la formalización del PROSUM en septiembre de 2023 hasta julio de 2024, se han notificado un total de 25 operaciones bajo el régimen simplificado, de las cuales siete ya han sido aprobadas. El tiempo promedio entre la notificación y el dictamen de la CNDC ha sido de cinco meses. Es importante destacar que el tiempo de análisis se ha ido reduciendo progresivamente: el tiempo de resolución de los primeros casos bajo el régimen PROSUM fue de siete meses, mientras que, en los casos de resolución más reciente, el tiempo desde el inicio hasta la finalización del procedimiento ha sido de, aproximadamente, dos meses.

### **Multas por notificación tardía**

La LDC establece un régimen de control de operaciones de concentración económica que prevé la notificación obligatoria ante la CNDC de las operaciones que se encuadran en los artículos 7° y 9° de la mencionada norma. Asimismo, prevé que una operación notificable debe ser informada para su autorización antes, o bien hasta una semana después de cerrado el acuerdo que la establece. La norma también indica que la autoridad de aplicación puede sancionar con multa a las empresas que no notifican o notifican de manera tardía una operación de concentración que, de acuerdo a lo dispuesto en la normativa, sea notificable.

Por regla general, en el caso de adquisiciones, el régimen vigente prevé que es la parte compradora (quien adquiere el control de la empresa objeto) la que debe notificar la concentración económica, por lo que, en caso



que la empresa adquirente incumpla con la obligación de notificación queda expuesta a una sanción.

Para graduar la multa, la LDC establece que la autoridad de aplicación deberá considerar, entre otros, la gravedad de la infracción, el daño causado, el tamaño del mercado afectado, y la reincidencia o antecedentes del responsable, así como también la capacidad económica. La norma también dispone que el nivel de colaboración prestado por el infractor podrá ser considerado un atenuante en la graduación de la sanción.

La normativa estipula que el monto de la multa se encuentre valuado en unidades móviles, una unidad de medida que es actualizado anualmente por la Secretaría de Industria y Comercio del Ministerio de Economía.

En el período estudiado, la CNDC recomendó al Secretario de Industria y Comercio la imposición de dos multas por notificación tardía.

El 7 de junio de 2023 se impuso una multa por notificación tardía a un conjunto de personas físicas que adquirieron la mayoría accionaria de la firma Catedral Alta Patagonia S.A. El plazo previsto para efectuar la notificación venció el día 23 de diciembre del 2011, por lo que las partes presentan un retraso en la notificación de la operación que al día de la fecha supera los 2700 días, a contar desde el perfeccionamiento de la operación y a la fecha de emisión del dictamen de la CNDC. En virtud de ello, la CNDC estableció una multa diaria total de 25.000 pesos, en virtud de la falta de notificación de la operación de concentración económica, a contar desde el día 22 de diciembre de 2011 hasta el día hábil anterior al que efectúen en forma efectiva, mediante la presentación correspondiente del formulario F1, la notificación de la operación de concentración económica.

A su vez, el 12 de julio de 2023, la CNDC recibió la notificación de una concentración económica consistente en la adquisición por parte de la firma Ulands S.A. de una fracción de campo ubicado en la Provincia de Santa Fe. El cierre de la transacción tuvo lugar el día 22 de junio de 2023 y no fue notificada en tiempo y forma conforme a lo estipulado en los Artículos 9° y 84 de la LDC. De conformidad con lo establecido en el Artículo 84 y en el inciso b) del Artículo 55 de la ley, se consideró para establecer la multa el volumen de negocios consolidado a nivel nacional registrado por el grupo económico al que pertenezcan los infractores, durante el último ejercicio económico. La multa solo se impuso a la empresa Ulands S.A., que fue la

compradora y quien se encontraba obligada a notificar la operación de concentración económica.

## **HECHOS RELEVANTES VINCULADOS CON EL ÁREA DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS: JUNIO 2023 – JUNIO 2024**

### **Medida preventiva en el mercado de tarjetas de crédito**

Tal como fue anticipado, en materia de *enforcement* en el marco de investigaciones por presuntas conductas anticompetitivas, a lo largo del período analizado, la CNDC recomendó el dictado de tres medidas preventivas.

El artículo 44 de la LDC faculta a la autoridad de aplicación de la norma, que actualmente es la CNDC en conjunto con la Secretaría de Industria y Comercio, para que, en cualquier etapa de una investigación, imponga el cumplimiento de condiciones u ordene el cese de conductas con el objetivo de evitar que se produzca un daño, o disminuir la magnitud del perjuicio, su continuación o agravamiento. La LDC prevé que estas medidas, si bien son recurribles por los sujetos alcanzados, deben cumplirse a partir de su dictado.

La primera de estas medidas fue emitida el 17 de noviembre de 2023 en el mercado de tarjetas de crédito. Las actuaciones se iniciaron a partir de una presentación de la Cámara Argentina de Fintech, que denunció la implementación de los programas “Payment Intermediary Foreign Exchange Operators” (“PIFO”) y “Expanded Merchand Location Pilot Program” (“EMLP”), por parte de Visa y MasterCard, respectivamente. Según la denuncia asentada ante la CNDC, la puesta en marcha de estos programas generaba potenciales problemas de competencia, en tanto, implicaban, por un lado, el incremento de las tarifas aplicables al procesamiento de operaciones transfronterizas o *cross-border* y, por el otro, la utilización de información comercialmente sensible de potenciales competidores, con una finalidad anticompetitiva.

La CNDC identificó que la marca de tarjeta de crédito Visa suscribe contratos con adquirentes y comercios donde se presume que establecen cláusulas de exclusividad territorial. Estas prácticas podrían estar operando

como una restricción vertical, típica de contratos entre proveedores y clientes de un bien o servicio, donde una de las partes (o ambas) se comprometen a no comerciar con empresas competidoras de la otra parte.

En este contexto, se presumió un posible abuso de posición dominante explotativo por parte de Visa, basado en un comportamiento discriminatorio, bajo la amenaza de negar el acceso a su red. En particular, se señaló un aumento excesivo e injustificado de tarifas para transacciones transfronterizas mediante la aplicación de cláusulas contractuales de Visa. También se observó una discriminación entre adquirentes locales y extranjeros que permite la aplicación de tasas no reguladas por el Banco Central de la República Argentina, y una coacción para la aceptación de condiciones comerciales desfavorables, afectando directamente el bienestar de los consumidores.

La CNDC estableció una teoría del daño relacionada con un incremento arbitrario y significativo de tarifas aplicables únicamente al procesamiento de operaciones con comercios internacionales, junto con la imposición de restricciones territoriales que perjudican a los agregadores de pago digitales locales. Además, se identificó discriminación contra los agregadores locales y un empeoramiento de las condiciones comerciales transfronterizas para los consumidores que no poseen tarjetas de crédito que operen en el exterior.

En virtud de ello, la entonces Secretaría de Comercio, por recomendación de la CNDC, resolvió dictar una medida de tutela anticipada, según el Artículo 44 de la LDC. Se ordenó a Visa Inc., Visa International Service Association, Prisma Medios de Pago S.A.U., y First Data Cono Sur SRL, suspender la ejecución o implementación de cualquier cláusula contractual que impida a una empresa facilitadora de pagos en el país procesar transacciones de comercios en el exterior, en compras realizadas por consumidores en Argentina, hasta que la CNDC dicte una decisión sobre el fondo de la cuestión. Asimismo, se ordenó a estas empresas abstenerse de implementar cualquier política comercial que limite la subadquirencia de transacciones transfronterizas y de dar de baja a los comercios fuera del país afiliados por facilitadores de pagos locales, así como de bloquear el acceso a la red Visa para operaciones transfronterizas que involucren a dichos comercios.

La investigación por la presunta conducta anticompetitiva descripta sigue en curso en la CNDC.

## Medida preventiva a empresas de medicina prepaga

El 17 de abril de 2024, en el marco de una investigación por presuntas prácticas concertadas iniciada a mediados de enero del 2024, la CNDC emitió un dictamen aconsejando al Secretario de Industria y Comercio del Ministerio de Economía la adopción de una medida de tutela anticipada en los términos del artículo 44 de la LDC, para que un conjunto de empresas de medicina prepaga, la confederación que las agrupa y la persona humana que la presidía, cumplan con una serie de requerimientos, con el objetivo de evitar daños al régimen de competencia.<sup>4</sup>

La apertura de la investigación, se realizó a partir de una denuncia ante la autoridad por cartelización en los términos del artículo 2, inciso a), de la LDC, en virtud del aumento coordinado de los precios de los planes de medicina prepaga de un conjunto de empresas del sector, a partir de enero de 2024.

Se debe considerar que, el sistema de salud argentino se organiza a través de tres subsistemas que coexisten: (i) el público, de carácter universal ya que en nuestro país el acceso a la protección de la salud es un derecho constitucional, (ii) el de la seguridad social, que brinda cobertura a aquellas personas que tienen un empleo registrado, o a quienes se encuentran inscritas al «Régimen Simplificado para Pequeños Contribuyentes»; y (iii) el privado, que ofrece cobertura voluntaria a aquellas personas que decidan pagarla, ya sea de manera directa o a través de derivación de aportes.

El sistema privado se compone de 674 entidades de medicina prepaga que, según datos de 2022, dan cobertura a un total de 6,8 millones de personas. Sin embargo, las diez entidades de mayor volumen concentran el 83% de afiliados.

Las empresas de medicina prepaga investigadas por la CNDC y alcanzadas por la medida de tutelada anticipada son Galeno Argentina S.A., Hospital Británico de Buenos Aires Asociación Civil, Hospital Alemán Asociación Civil, Medifé Asociación Civil, Swiss Medical S.A., Omint S.A. de Servicios, OSDE Organización de Servicios Directos Empresarios. Asimismo, la investigación incluye a la confederación que las agrupa (UAS),

---

<sup>4</sup> Ver en: [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2024/04/resolucion\\_y\\_dictamen.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2024/04/resolucion_y_dictamen.pdf)

junto al presidente de esta última, que a la vez preside la firma Swiss Medical S.A.

La medida preventiva, en primer lugar, dispuso que los valores de las cuotas de los planes de salud médico-asistenciales a ser cobradas no podrán superar el siguiente cálculo: la cuota del plan de salud médico asistencial del mes de diciembre de 2023 multiplicada por  $(1 + \text{la variación porcentual entre el Índice de Precios al Consumidor nivel general con cobertura nacional elaborado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos vigente al momento de la facturación correspondiente, y el mismo Índice correspondiente a diciembre de 2023})$ .

Asimismo, la medida ordenó cesar con cualquier tipo de intercambio de información, ya sea en el marco de las reuniones de la Confederación Unión Argentina de Salud (UAS) o cualquier otro ámbito, que se relacione con precios, servicios a proveer, costos y cualquier otra información comercial.

Además, se instó a las compañías de medicina prepaga a presentar información a la CNDC sobre precios nominales de cada plan de salud ofrecido, ingresos obtenidos por cada plan de salud y cantidad de afiliados en cada uno de los planes, desde diciembre de 2023 en adelante, e informar su actualización con una frecuencia mensual.

Originalmente, estaba previsto que la extensión de la medida fuera de seis meses, desde su notificación a las personas jurídicas o humanas alcanzadas. Sin embargo, a comienzos de junio de 2024, a raíz de un acuerdo alcanzado por la Superintendencia de Servicios de Salud (SSS) y un conjunto mayor de empresas de medicina prepaga que las alcanzadas por la medida de tutela anticipada recomendada por la CNDC, la Secretaría de Industria y Comercio dejó sin efecto dicha medida. La suspensión de la tutela anticipada se encuentra supeditada a la homologación del acuerdo entre la SSS y las empresas y no implica la interrupción de la investigación de la CNCD por presuntas prácticas colusorias, la cual sigue en curso.

## **Medida preventiva que cese la negativa de venta de una señal deportiva de televisión paga**

El 21 de mayo de 2024, en el marco de una investigación por presuntas conductas anticompetitivas, la CNDC emitió un dictamen aconsejando al Secretario de Industria y Comercio del Ministerio de Economía la adopción de una medida de tutela anticipada en los términos del artículo 44 de la LDC, para que, entre otras medidas, la empresa Tele Red Imagen S.A. cese cualquier negativa en la provisión de la señal deportiva TyC Sports y de los eventos deportivos sobre los cuales posee derechos de transmisión exclusiva.<sup>5</sup>

Asimismo, la medida ordenó que dicha empresa ofrezca la señal de deportes mencionada y los eventos deportivos que transmite de manera exclusiva a las empresas asociadas a la Cámara Argentina de Internet en condiciones comerciales, económicas y de contenido equitativas y de mercado, conforme lo establece la LDC.

Esta investigación se inició por una denuncia ante la CNDC realizada por parte de la Cámara Argentina de Internet, contra la empresa Tele Red Imagen S.A por una presunta negativa a proveer la señal de deportes TyC Sports a las empresas asociadas a dicha Cámara, desde el mes de junio de 2019, en todo el territorio nacional.

La Cámara Argentina de Internet reúne a las organizaciones proveedoras de servicios de acceso a internet, telefonía, soluciones de data-center, contenidos en línea y servicio de radiodifusión por suscripción mediante vínculo físico. Por su parte, la firma Tele Red Imagen S.A. se dedica a la producción y explotación de eventos deportivos, la distribución de contenidos de eventos deportivos producidos por terceros y la producción de publicidad.

En su denuncia, la Cámara Argentina de Internet indicó que Tele Red Imagen S.A. estableció condiciones de venta de la señal deportiva TyC Sports imposibles de cumplir para las empresas que integran la Cámara, lo cual podría constituir una violación al régimen de competencia.

La empresa Tele Red Imagen S.A. deberá dar cumplimiento a la medida de tutela anticipada, desde el momento de su dictado hasta que se resuelva la investigación en curso por presuntas conductas anticompetitivas, la cual sigue en curso en la CNDC.

---

<sup>5</sup> Ver en: [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2024/05/dictamen\\_y\\_reso- c1810\\_2.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2024/05/dictamen_y_reso- c1810_2.pdf)

## **TAD de conductas**

En septiembre de 2023, se realizó la implementación de la plataforma Trámites a Distancia (TaD) para la gestión remota de trámites de conductas anticompetitivas. De esta forma, la autoridad extendió el uso de la plataforma para la gestión remota de trámites, que ya se utilizaba en notificaciones de operaciones de concentración económica y solicitudes de opinión consultiva.

Con la implementación de TaD para el inicio de procedimientos por presuntas conductas anticompetitivas, toda persona puede realizar la presentación de una denuncia a través de esta plataforma, de manera virtual y remota, evitando asistir presencialmente ante la CNDC para remitir la denuncia, como sucedía hasta el momento, previo a la implementación de esta nueva modalidad.

## **Reglamento del programa de clemencia**

La sanción de la LDC en 2018 introdujo cambios significativos e innovaciones en el régimen de defensa de la competencia de Argentina. Una de las principales modificaciones incorporadas a la nueva normativa fue la creación de un Programa de Clemencia, previsto en el Capítulo VIII de la ley. El programa se encuentra dirigido a aquellas personas humanas y jurídicas que hubieran incurrido o estén incurriendo en una conducta concertada tipificada en el artículo 2° de la LDC; es decir, en las prácticas comúnmente conocidas como cárteles de núcleo duro —acuerdos para fijar precios, restringir la oferta, repartirse el mercado o coordinar posturas en licitaciones, concursos o subastas—, permitiendo a dichos solicitantes acogerse al beneficio de exención, o bien, de reducción de las sanciones previstas en la normativa, entre ellas, multas que pueden ascender hasta el 30% de la facturación de las empresas infractoras en Argentina. El acogimiento a dicho beneficio requiere de una colaboración continua con la CNDC por parte del solicitante, aportando información y evidencia que permita al organismo probar la existencia y el funcionamiento del cártel.

Una vez sancionada la LDC, el Decreto N° 480/2018 reglamentó su aplicación. En lo que respecta al Programa de Clemencia, el decreto delineó ciertos aspectos generales de su implementación, como la creación del Registro Nacional de Marcadores, a fin de inscribir todas las solicitudes al

beneficio de amnistía total o parcial que se realicen, indicándose el orden de prelación de cada solicitud de acuerdo a su fecha y orden de presentación. También, previó un procedimiento a seguir para la solicitud, tramitación, obtención o rechazo de la solicitud de clemencia y otorgamiento o rechazo del beneficio, conformado de cuatro etapas.

Ahora bien, desde la incorporación del Programa de Clemencia a la legislación de defensa de la competencia en Argentina, ningún cartel ha sido sancionado producto de una denuncia en el marco de dicho programa. Es por este motivo que, en marzo de 2024, la CNDC elaboró y puso a consulta del público un reglamento específico para el Programa de Clemencia con el objetivo de lograr una mayor participación al programa y, como resultado, una más efectiva identificación y persecución de carteles por parte de la CNDC.

Finalmente, el 28 de mayo de 2024, por medio de la Resolución 98/2024, la Secretaría de Industria y Comercio del Ministerio de Economía aprobó el *Reglamento para la Ejecución del Programa de Clemencia*<sup>6</sup>. El reglamento se basa sobre dos principios básicos. En primer lugar, la confidencialidad por parte de quienes deben recibir y tramitar la solicitud al programa y decidir en última instancia sobre el otorgamiento del beneficio, esto es la unidad competente dentro de la autoridad de aplicación. En segundo lugar, la cooperación plena, continua y diligente del solicitante del beneficio al programa con la autoridad.

La reglamentación precisa las etapas, el procedimiento y los requisitos que debe cumplir el solicitante para acogerse y obtener el beneficio de exoneración o reducción de la sanción correspondiente, según se encuentra previsto en los artículos 60 y 61 de la LDC y su normativa complementaria. A su vez, establece la posibilidad de realizar consultas sobre disponibilidad de marcadores, detalla la forma y el contenido de la solicitud de marcador, como así también la manera de solicitar el beneficio, y regula en detalle el alcance del deber de confidencialidad y cooperación de los solicitantes en el procedimiento.

---

<sup>6</sup> Ver en:

[https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2024/05/reglamento\\_para\\_la\\_ejecucion\\_del\\_programa\\_de\\_clemencia\\_2.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2024/05/reglamento_para_la_ejecucion_del_programa_de_clemencia_2.pdf)



Tal como lo establece el reglamento, a comienzos de junio de 2024 fue conformada la «Unidad de Clemencia» (UC), un equipo de trabajo que estará encargada de recibir y procesar las solicitudes de clemencia en su etapa inicial. Los cinco miembros de la UC fueron designados por las autoridades de la CNDC de acuerdo a lo dispuesto por el reglamento que establece que sus integrantes deben tener independencia de la Dirección Nacional de Conductas Anticompetitivas, de la Dirección Nacional de Concentraciones Económicas y no estar ejerciendo como autoridad de la CNDC. Asimismo, por lo menos uno de los agentes afectados a la UC debe contar con rango de Director Nacional, quien tendrá a su cargo la resolución o el despacho de los asuntos vinculados con la implementación y ejecución del mentado reglamento.

El reglamento otorga un alto grado de certeza sobre la forma de implementar el instituto creado por el Capítulo VIII de la LDC, lo que se traducirá en mayor interés y participación de los interesados en acogerse a sus beneficios. Es esperable que el Programa de Clemencia se transforme en una herramienta de relevancia para la detección, investigación y sanción de carteles.

## **CONCLUSIONES**

Durante el período de junio 2023-junio 2024, la autoridad argentina ha tenido una elevada actividad vinculada con las concentraciones económicas. En este sentido, se destaca la notificación de 67 operaciones, de las cuales 19 fueron analizadas y aprobadas. Se destaca el caso de Linde/Praxair, en el que la CNDC logró diseñar un remedio para morigerar los efectos negativos identificados. A su vez, se impusieron dos multas por notificación tardía, lo que refuerza la importancia del cumplimiento de los plazos establecidos por la LDC para una notificación oportuna de las operaciones de concentración económica.

Por otra parte, la reglamentación del PROSUM, estableciendo los criterios de elegibilidad para que una operación pueda tramitar bajo este procedimiento, constituye una medida fundamental a los fines de agilizar el análisis de las operaciones de concentración económica, evitando demoras innecesarias y posibilitando una resolución más eficiente de los casos.

A su vez, a lo largo del último año, la autoridad argentina ha tenido papel proactivo en el área de conductas anticompetitivas. Si bien no se han

sancionado empresas por abusos de posición de dominio o acuerdos colusivos, la implementación oportuna de medidas preventivas ha asegurado el resguardo competitivo de los mercados, reduciendo los efectos perjudiciales que este tipo de prácticas puede tener. Al respecto, cabe señalar que las investigaciones en las que se implementaron estas medidas aún continúan en curso.

Por otra parte, la implementación del sistema de tramitación en línea “TaD” para realizar denuncias por presuntas conductas anticompetitiva contribuye a una mayor participación ciudadana en la detección de este tipo de prácticas que afectan al interés económico general, a la vez que se espera que, a partir de la implementación *del Reglamento para la Ejecución del Programa de Clemencia*, se incremente la detección, investigación y sanción de cárteles, las infracciones más graves a la LDC, que constituyen un perjuicio significativo al bienestar social.

## **RESEÑA BIOGRÁFICA**

### ***Germán Zamorano***

Director de Promoción de la Competencia de la CNDC desde abril de 2024 y miembro de la Unidad de Clemencia desde junio de 2024. Durante 6 años se desempeñó como analista económico en la Dirección Nacional de Conductas Anticompetitivas. Es Licenciado en Economía, egresado de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires y Doctorando en Economía de la Industria y la Tecnología por la Universidad Federal de Río de Janeiro.

# HECHOS DESTACADOS EN MATERIA DE PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA EN ARGENTINA

## DESTAQUES DA ADVOCACIA DA CONCORRÊNCIA NA ARGENTINA

*Catalina Aldama*

### RESUMEN

El presente artículo ofrece un breve repaso de las acciones emprendidas para promover la competencia y fortalecer las relaciones institucionales de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC). En particular, se han llevado a cabo investigaciones de mercado en diversos sectores cuyo corolario, en ciertos casos, ha sido la recomendación de medidas pro-competitivas a sectores económicos puntuales. Asimismo, la firma de convenios de cooperación con otras agencias y organismos internacionales y la implementación de diversas estrategias de comunicación y difusión de las actividades de la CNDC y la cultura de la competencia han contribuido a una mayor divulgación de la principal misión de la autoridad de competencia argentina y los esfuerzos para preservar la competencia en los mercados.

**Palabras clave:** Cultura de la Competencia – Promoción – Investigación de Mercado – Documentos de Trabajo

### RESUMO

Este artigo oferece uma breve revisão das ações realizadas para promover a concorrência e fortalecer as relações institucionais da Comissão Nacional de Defesa da Concorrência (CNDC). Em particular, foram realizadas investigações de mercado em vários setores, cujo corolário, em certos casos, foi a recomendação de medidas pró-competitivas para setores econômicos específicos. Da mesma forma, a assinatura de acordos de cooperação com outras agências e organizações internacionais e a implementação de várias estratégias de comunicação e divulgação das atividades da CNDC e da cultura da concorrência contribuíram para uma

maior divulgação da principal missão da autoridade de concorrência argentina e dos esforços para preservar a concorrência nos mercados.

**Palavras chave:** Cultura da Concorrência – Promoção – Pesquisa de Mercado – Documentos de Trabalho

## INTRODUCCIÓN

La Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) —en consonancia con la Secretaría de Industria y Comercio— es la autoridad de aplicación de la Ley 27.442 de Defensa de la Competencia (LDC) y su principal misión es proteger y promover la competencia en los mercados, con el fin último de preservar el interés económico general, bien jurídico tutelado por la normativa.

En pos de esta misión, la CNDC la autoridad realiza tareas de aplicación, que principalmente consisten en el control de las operaciones de concentración económica y la detección, investigación y sanción de prácticas anticompetitivas, pero también realiza acciones de promoción de la competencia con el objetivo de anticipar y prevenir problemas vinculados con competencia en diferentes mercados de la República Argentina.

Este tipo de actuaciones se encuentran consolidadas en la Dirección Nacional de Promoción de la Competencia (DNPC). Dicha área se encuentra a cargo de las siguientes tarea: la realización de Investigaciones de Mercado de manera de analizar y monitorear el funcionamiento de los mercados y sus marcos regulatorios para proponer recomendaciones pro-competitivas; el establecimiento de relaciones institucionales con organismos nacionales e internacionales, tanto públicos como privados; la participación de la CNDC en eventos, reuniones, foros y congresos vinculados a la defensa de la competencia de manera de difundir las actuaciones de la agencia y tomar conocimiento de las tareas de *enforcement* y promoción de la competencia en otras jurisdicciones; la elaboración de manuales, guías, lineamientos y cualquier documento que sirva para la difusión de buenas prácticas para preservar o mejorar la competencia en los mercados, particularmente en lo que hace al diseño de licitaciones, el desarrollo de las actividades de las cámaras empresariales y los colegios de profesionales; la difusión de las actuaciones de la CNDC al público en general y a audiencias especializadas en antitrust, a través de distintos canales de comunicación, entre otras actividades.

Con el objetivo de repasar los hechos más destacados en materia de promoción de la competencia realizados por la CNDC a lo largo de los últimos años, el presente artículo se organiza como se describe a continuación. En la primera sección se realiza una revisión de las investigaciones de mercado más destacadas desarrolladas por la CNDC en los últimos cinco años.

En particular, en los mercados de terminales aeroportuarias, cemento portland, carne bovina, oxígeno medicinal y papel *tissue* y pañales descartables. Como corolario de muchas de estas investigaciones de mercado, la CNDC recomendó medidas pro-competitivas, que incluyeron modificaciones normativas en ciertos sectores o, propuestas regulatorias. Otro hecho destacado en este sentido fue la publicación de los lineamientos de investigaciones de mercado.

En la segunda sección se describen las principales tareas desarrolladas por la DNPC desde 2021 hasta la actualidad para mejorar la comunicación de las actuaciones de la CNDC ante la comunidad antitrust y al público en general, para lo cual se trabajó en la mejora de la página web, la búsqueda de nuevos canales de comunicación y la creación de material didáctico para exhibir información relativa a las tareas del organismo y las principales novedades de la autoridad.

En la tercera sección, se comentan algunos documentos de trabajo publicados por la CNDC a lo largo de los últimos años, que analizan en profundidad la evolución y aplicación de las normativas de defensa de la competencia, ofreciendo una visión integral y actualizada de las actuaciones de la agencia.

## **INVESTIGACIONES DE MERCADO Y RECOMENDACIONES PRO-COMPETITIVAS**

Las Investigaciones de Mercado (IM) son un tipo de procedimiento particular, cuya instrucción se encuentra entre las principales facultades de la CNDC y tienen como objetivo central obtener un diagnóstico de las condiciones de competencia bajo las cuales funcionan determinados mercados y sectores de la economía. En este sentido, las IM pueden ser eficaces para identificar restricciones a la competencia de tipo normativo, como medio para dirigirse a agentes del mercado con el fin de modificar prácticas vigentes o prevenir la aparición de prácticas potencialmente perjudiciales, y para mejorar el conocimiento del organismo sobre un sector específico que pueda resultar provechoso para el análisis de casos futuros.

Las IM finalizan con la publicación de un informe que expone los resultados del análisis realizado, sus conclusiones y, en caso de corresponder, las recomendaciones propuestas, que pueden comprender recomendaciones pro-competitivas, en caso de que se identifique la posibilidad de mejorar las

condiciones de competencia del mercado por medio de cambios en la regulación o en otras políticas públicas, o bien, la recomendación de abrir una nueva IM o encomendar un estudio de mercado a un consultor externo, así como también recomendar la apertura de nuevas actuaciones encaminadas a determinar la existencia de conductas anticompetitivas, en caso de que se encuentren indicios que así lo adviertan.

Cabe señalar que, desde hace décadas, la CNDC realiza investigaciones de mercado. Sin embargo, a partir de la publicación de los *Lineamientos para la elaboración de Investigaciones de Mercado* el 13 de enero de 2023, se cuenta con una guía más detallada que provee detalles sobre las diversas etapas de este procedimiento, así como las facultades de la CNDC para llevar a cabo este tipo de investigaciones.

### **Lineamientos para la elaboración de Investigaciones de Mercado**

Los lineamientos mencionados describen el procedimiento general que sigue la CNDC para realizar las IM. Para su elaboración, la DNPC, el área que se encuentra a cargo de este tipo de procedimientos, puede recurrir a información pública, antecedentes de la propia CNDC, así como también solicitar información a los distintos agentes que operan en el mercado vía requerimientos de información escritos o audiencias testimoniales de manera de conocer con mayor profundidad al sector en análisis.

Las IM son una herramienta de promoción de la competencia y, en el marco de ellas, no se produce afectación alguna a la situación jurídica de los agentes que participan en el mercado investigado. Por ende, no existen sujetos y/o empresas que revistan, propiamente, el carácter de “parte” en sentido procesal. Por el mismo motivo no resulta posible aplicar sanciones en el marco de este tipo de procedimiento, como tampoco disponer el dictado de medidas cautelares.

Sin perjuicio de lo anterior, los indicios de la existencia de prácticas anticompetitivas que surjan en el contexto de una IM podrían ser eventualmente investigados en el marco de un procedimiento autónomo, que tramitara bajo un expediente separado conforme a lo previsto en el Capítulo VI de la LDC. De la misma manera, cualquier indicio revelado en el marco de una IM de que haya tenido lugar una operación de concentración económica que pueda estar sujeta a la obligación de ser notificada y no lo haya sido, podrá ser investigada en el procedimiento previsto a tal fin.

Los mercados a investigar se definen sobre la base de criterios de prelación de determinados sectores sobre otros. El análisis puede incluir todos los eslabones de una cadena productiva, o bien, ser más acotado y encontrarse circunscripto a un eslabón o mercado particular. Del mismo modo, la investigación puede abarcar todo el territorio nacional o un ámbito geográfico más reducido.

Inicialmente, se recaba información y documentos que existan en fuentes públicas, o se encuentren en poder de la CNDC. La metodología de análisis incluye la identificación de la estructura del mercado y sus características específicas, el análisis de la formación y evolución de ciertas variables cuantitativas —como los precios—, la existencia de barreras a la entrada y expansión de competidores, el desempeño de las firmas en el mercado y su dinámica competitiva, así como la evaluación del marco regulatorio del sector investigado, entre otros factores.

Luego de ello, se implementan aquellas medidas que permiten a la CNDC recolectar información específica para la IM (requerimientos a terceros de información tanto cualitativa como cuantitativa, celebración de audiencias o entrevistas a participantes del mercado, expertos y organismos públicos, entre otros). Los resultados se plasman en un documento que incluye un análisis de las condiciones de competencia en el mercado analizado. Como consecuencia de la IM, la CNDC puede emitir recomendaciones de cambios normativos o regulatorios, o iniciar nuevas actuaciones por posibles conductas anticompetitivas. Con posterioridad a la realización de la investigación, la CNDC puede monitorear el mercado para evaluar la implementación de las recomendaciones realizadas y, en su caso, el efecto en las condiciones de competencia en el mercado.

A continuación, repasaremos las investigaciones de mercado más recientes desarrolladas por la CNDC en diversos sectores. Analizaremos tanto los procedimientos empleados como los resultados obtenidos, destacando las principales conclusiones y recomendaciones surgidas de cada estudio.

## **IM de terminales aeroportuarias**

En el año 2021, la CNDC realizó una IM sobre las condiciones de competencia en el almacenamiento y logística de cargas en terminales aeroportuarias. De acuerdo con el análisis efectuado, el transporte aéreo de carga requiere del acceso a la infraestructura aeroportuaria donde se recibe,



clasifica, prepara y manipula, entre otras actividades, la carga de importación y exportación que se transporta a través de aviones.

En el aeropuerto internacional de Ezeiza, localizado en Buenos Aires –desde donde entra y sale más del 90% de la carga transportada por avión del país–, los servicios de terminales de carga son prestados por Aeropuertos Argentina 2000 S.A. (AA2000), a través de su unidad de negocios Terminales de Carga Argentina (TCA). Esto es así en virtud de un contrato de concesión existente entre el Estado Nacional y AA2000 que le otorga a la empresa el monopolio de la explotación del aeropuerto, incluido el negocio de cargas.

En efecto, toda la carga que entra o sale del aeropuerto debe, obligatoriamente, utilizar las instalaciones de TCA. En consecuencia, la terminal de cargas puede ser catalogada como una facilidad esencial, pues se trata de un insumo indispensable e ineludible para la prestación de dichos servicios, y duplicar o sustituir este insumo no es factible desde una perspectiva legal o económica. Por lo tanto, la CNDC observó algunas cuestiones relativas a la eficiencia en la operación de la terminal y al sistema de precios de los distintos servicios cobrados que han tenido impacto en sus usuarios.

Sobre la base del análisis realizado, la CNDC recomendó al Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos (ORSNA) evaluar la factibilidad y conveniencia de permitir que existan múltiples terminales de carga en el ámbito del aeropuerto internacional de Ezeiza para que compitan entre sí. Asimismo, se indicó que para el caso de que se decida mantener la operación monopólica de la terminal de cargas, se establezca una regulación de los servicios que contemple el proceso de fijación, modificación y aprobación de las tarifas cobradas por los servicios de cargas aéreas y depósitos fiscales, la definición y control de los estándares de calidad del servicio y las funciones y obligaciones del ORSNA en cada caso.<sup>7</sup>

## **IM de cemento portland**

En el año 2022, la CNDC investigó las condiciones de competencia en la industria del cemento portland en la Argentina, encontrando un nivel de concentración significativo, barreras a la entrada elevadas y una competencia

---

<sup>7</sup> Ver en: <https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2021/12/dispo-im-11.pdf>

limitada. Además, concluyó que las empresas cementeras ejercen un poder de mercado localizado, lo que resulta en costos excesivos para la industria de la construcción en su totalidad, tanto en el ámbito privado como en el de obras públicas.

La CNDC halló que, la presencia de altos costos de transporte y la disponibilidad de información sobre competidores, entre otras variables que caracterizan a la industria, permitió que, al menos desde 2013 hasta 2018, las diversas empresas cementeras ejercieran un poder de mercado localizado geográficamente. Este poder se manifestó en un sistema de discriminación de precios basado en la distancia de cada cliente a la planta competidora más cercana. En resumen, el precio pagado por cada cliente estuvo fuertemente influenciado por la proximidad a una planta competidora.

La investigación determinó que, solamente para el período comprendido entre julio de 2017 y junio de 2018, el sobrecosto generado por la industria cementera debido al esquema de discriminación de precios ascendió a una cifra cercana a los 178 millones de dólares en todo el país, representando el 14% del total de facturación. Algunas de las provincias más afectadas debido al volumen comercializado fueron Córdoba (30M USD), Buenos Aires (40M USD), Mendoza (9M USD) y Salta (11M USD). Si bien en las provincias precitadas fue donde se identificó el mayor sobrecosto, son otras las provincias donde se ha observado una mayor discriminación de precios debido a la estructura concentrada de sus respectivos mercados. Entre ellas, puede mencionarse a Santa Cruz, Chubut y Jujuy, con precios muy por encima del promedio nacional (65%, 30% y 25% respectivamente).

Por esta razón, se emitió una recomendación a la Asociación de Fabricantes de Cemento Portland (AFCP) con respecto al intercambio de información sobre la producción y despacho de cemento en Argentina. Siguiendo los estándares internacionales y los lineamientos de la CNDC, se sugirió detener la solicitud, recepción y distribución de información detallada sobre la producción y despacho de cemento por provincia, con datos recientes de menos de doce meses.

El intercambio de información entre competidores es uno de los propósitos de las cámaras empresariales. Sin embargo, cuando la información es comercialmente sensible debido a su naturaleza, antigüedad y nivel de detalle, existe el riesgo de que las decisiones de mercado de los miembros de la asociación no sean tomadas de forma individual. Esto podría dar lugar a un

perjuicio para la competencia y el funcionamiento regular del mercado. La recomendación tuvo como objetivo prevenir que las empresas asociadas coordinen su comportamiento competitivo.

## **IM de carne bovina**

En el año 2023, como resultado de una IM, la CNDC concluyó que los distintos mercados que forman parte de la cadena de valor de la carne bovina no presentan indicadores de concentración significativos, por lo que existen escasas probabilidades de un daño al interés económico general. Se trata de un sector que presenta gran cantidad de agentes que participan del circuito productivo a lo largo y a lo ancho de todo el territorio nacional.

La relevancia del análisis realizado está ligada con la importancia que tiene el consumo de carne bovina para la población argentina. Desde el punto de vista del consumidor, la carne bovina es un producto de notable preponderancia en la canasta básica de consumo. A nivel nacional, el mercado de la carne bovina fue y es uno de los sectores productivos más relevantes en cuanto a los movimientos de capital que genera. A su vez, por su destacado rol, tanto en el mercado interno como externo, se presenta como uno de los grandes pilares de la economía nacional. A grandes rasgos, la producción de carne bovina involucra una cadena productiva que comienza con la cría y el engorde de ganado, continúa con su procesamiento (faena) y culmina en los centros de venta a nivel minorista o en el mercado internacional.

Si bien no se identificaron preocupaciones específicas vinculadas a la competencia en ninguno de los mercados analizados, se observó que la información que suele presentarse a los consumidores suele ser imprecisa, poca clara e incorrecta con relación a los diferentes productos elaborados por la industria. Por este motivo, la CNDC recomendó a la Secretaría de Agricultura Ganadería y Pesca y a la entonces Secretaría de Comercio, ambas pertenecientes al Ministerio de Economía de la Nación, la articulación y profundización de las políticas públicas que permitan una trazabilidad del producto que brinde mayor información de algunas de las características de los bovinos de donde provienen los cortes de carne que se comercializan en los comercios habilitados para tal fin. Esto con el objetivo de que los consumidores tengan mayor conocimiento sobre la carne que adquieren, lo

que podría generar una diferenciación de producto y una mayor dinámica competitiva, con el consecuente beneficio al interés económico general.<sup>8</sup>

## **IM de oxígeno medicinal**

En el año 2023, la CNDC concluyó una IM sobre la oferta de oxígeno medicinal, tras la cual concluyó que el mercado de elaboración de este gas en Argentina presenta un elevado grado de concentración y una reducida dinámica competitiva, tanto a nivel nacional como en los distintos mercados locales.

El oxígeno medicinal es un gas de carácter fundamental en el tratamiento de enfermedades para el desarrollo de la vida humana. Desde 2017 integra la lista de medicamentos esenciales de la Organización Mundial de la Salud (OMS). El uso principal es la terapia con oxígeno en casos de hipoxia (oxigenación insuficiente de los tejidos). Es demandado, principalmente, por establecimientos de salud como hospitales, sanatorios y clínicas, y también se utiliza en terapias domiciliarias.

En Argentina existen tres grandes empresas que concentran casi el 90% del mercado: las recientemente fusionadas Linde/Praxair, Air Liquide e Indura (subsidiaria local de Air Products). En el análisis de competencia, la CNDC concluyó que el mercado está altamente concentrado, a nivel nacional. A su vez, se observó que la dinámica competitiva es escasa: las participaciones son estables a lo largo del tiempo y los clientes no cambian de proveedor. Además, es un mercado con altas barreras a la entrada debido a la fuerte inversión que requiere ingresar como oferente.

En el análisis de las barreras a la entrada para el ingreso de nuevos competidores, se identificó que la autoridad regulatoria establece un grado de pureza para el oxígeno medicinal que inadvertidamente podría estar limitando la proliferación de generadores de oxígeno por medio de una tecnología alternativa.

La tecnología principal para la obtención de oxígeno medicinal es la licuefacción del aire por el método criogénico. El oxígeno se obtiene en estado líquido y es transportado a los establecimientos de salud donde se

---

<sup>8</sup> Ver en: [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2023/06/im15\\_dispo\\_y\\_anexo\\_2.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2023/06/im15_dispo_y_anexo_2.pdf)

almacena en tanques criogénicos y se regasifica para su aplicación en pacientes. En las terapias domiciliarias, el uso es a través de cilindros que almacenan oxígeno en estado gaseoso.

A diferencia del tradicional método de obtención de oxígeno por licuefacción del aire, que obtiene un oxígeno de pureza con mínimo de 99%, la tecnología por absorción por cambio de presión del aire (PSA), tal como es utilizada en Argentina y aprobada regulatoriamente en otros países, permite obtener oxígeno con un grado de pureza de 93% (+/- 3%). En este sentido, la CNDC consideró que una modificación regulatoria que disminuya el grado de pureza exigido para el oxígeno obtenido mediante el método PSA, en línea con las farmacopeas internacionalmente reconocidas, podría facilitar el desarrollo de un método que, en términos de defensa de la competencia, podría funcionar como un producto sustituto, al menos para algunos usos, del oxígeno producido mediante el método tradicional. En base a experiencias internacionales, la CNDC consideró que esta modificación podría ejercer presión competitiva sobre los precios que hospitales y clínicas abonan actualmente a las empresas proveedoras de gases medicinales.

En virtud de ello, la CNDC realizó una recomendación pro-competitiva al entonces Ministerio de Salud de la Nación y a la Autoridad Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología (ANMAT) para que evalúen la inclusión de oxígeno medicinal obtenido con método PSA con un grado de pureza de 93% +/-3% en la Farmacopea Argentina y la adecuación de la normativa relativa a la obtención de oxígeno medicinal por el método de PSA, de acuerdo con los estándares internacionales, posibilitando su efectiva aplicación y comercialización en todo el territorio nacional.

Esta modificación normativa permitiría que los centros de salud, principales demandantes de este insumo, puedan sustituir parte o el total del oxígeno medicinal que demandan a las empresas productoras de gases (que lo producen por medio de método criogénico) por oxígeno producido por el método PSA. Esto contribuiría a disminuir las cantidades demandadas en el mercado, generando un exceso de oferta que favorecería la reducción de los precios del oxígeno medicinal, un gas de carácter fundamental en el tratamiento de enfermedades para el desarrollo de la vida humana y considerado un medicamento esencial por la OMS.

## **IM de papel *tissue* y pañales descartables**

La IM sobre estos productos de consumo masivo, que concluyó en mayo de 2024, fue encomendada por la ex Secretaría de Comercio Interior con el objetivo de descartar posibles problemas de competencia en los mercados de productos de papel *tissue* y pañales descartables en Argentina. Previamente, ciertas empresas de estos sectores habían sido investigadas por presuntas conductas anticompetitivas por la CNDC, en función de antecedentes regionales en los que empresas de estos sectores con actividad en Argentina fueron sancionadas por participar de acuerdos colusivos por parte de las autoridades de competencia de otras jurisdicciones.

En el marco de esta IM, la CNDC concluyó que los mercados de productos de papel *tissue* —que incluyen papel higiénico, rollos de cocina, servilletas y pañuelos descartables— tienen un nivel de concentración moderado, mientras que el mercado de pañales descartables se encuentra altamente concentrado, aunque con un nivel de concentración menor que aquel observado al comienzo del período estudiado<sup>9</sup>.

Al igual que otros productos de consumo masivo, estos se venden principalmente a consumidores finales a través supermercados minoristas y mayoristas, autoservicios y otros comercios de proximidad especializados como farmacias, tiendas de perfumería y pañaleras, entre otros.

Prácticamente la totalidad de los productos consumidos en Argentina son producidos en el país, sin embargo, la matriz de costos tiene una alta correlación con el tipo de cambio debido a que la mayoría de los insumos son importados, siendo el más importante de ambas cadenas productivas la fibra celulósica.

En el caso de los productos de papel *tissue*, la estructura de la oferta está compuesta por una empresa multinacional y algunas Pequeñas y Medianas Empresas (PyMEs) de capitales nacionales. Por su parte, la producción de pañales está explicada fundamentalmente por tres empresas multinacionales y la presencia PyME es marginal, aunque se observa un ingreso reciente que tiene potencial de crecimiento.

Una de las principales diferencias entre ambos mercados es la participación que tienen las marcas propias de las cadenas comerciales minoristas y mayoristas. Mientras que en el caso de los productos de papel

---

<sup>9</sup> Ver en: [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2023/06/im15\\_dispo\\_y\\_anexo\\_2.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2023/06/im15_dispo_y_anexo_2.pdf)

*tissue* es muy relevante, su presencia en el mercado de pañales es prácticamente nula y discontinua. Sin embargo, este escenario podría modificarse debido al ingreso de empresas PyMEs con capacidad de producción para elaborar productos para terceros.

Finalmente, si bien ninguno de los mercados cuenta con regulaciones específicas, algunas de las empresas consultadas expresaron dificultades en la compra de insumos provenientes del exterior debido a las condiciones de acceso a divisas para el pago de importaciones. Este escenario pudo haber afectado la capacidad productiva y por ende el desempeño competitivo de los distintos competidores. Esta dificultad habría impactado más fuertemente sobre aquellas empresas con mayores limitaciones para acceder a financiamiento externo.

## **ESTRATEGIAS DE COMUNICACIÓN Y DIFUSIÓN DE LA CULTURA DE LA COMPETENCIA**

La comunicación clara y efectiva de las actuaciones de la CNDC y de contenido relacionado con la defensa de la competencia es un pilar fundamental en la estrategia de difusión de la misión de la autoridad, la cultura de la competencia y la promoción de buenas prácticas en los mercados. A lo largo de los últimos cuatro años, la CNDC ha profundizado su labor en este ámbito, poniendo en valor la página web del organismo, actualizando su contenido de manera frecuente para difundir las novedades de la agencia, creando funciones de tramitación en línea y nuevas secciones con información, adicionando nuevos canales de comunicación, como las redes sociales y la publicación de un *newsletter* con las principales noticias de la CNDC, y trabajando en la elaboración de dispositivos de comunicación cada vez más claros y atractivos, como infografías y videos.

En el año 2022, la DNPC centralizó la comunicación de las principales actuaciones de la CNDC a través de la página web del organismo y de la red social LinkedIn, en la cual la autoridad posee una cuenta institucional. La producción de este contenido involucra la redacción de textos, su traducción a distintos idiomas (inglés, francés y portugués), el diseño de infografías, entre otras tareas.

Las infografías son un dispositivo didáctico que combina texto e imagen, permitiendo explicar de manera resumida y con cierto atractivo visual, los detalles de cada caso, los mercados que involucran, las preocupaciones detectadas por la CNDC en materia de competencia y lo resuelto por la autoridad en cada oportunidad.

Como parte de estas tareas de difusión de la cultura de la competencia y comunicación de las actuaciones de la CNDC y otras actividades que lleva adelante el organismo, en el año 2023 se incorporó un *newsletter*, en el cual, con una frecuencia mensual, se comparten las novedades de la CNDC.

El *newsletter* de la CNDC es enviado por correo electrónico a estudios jurídicos, abogados, economistas y otros expertos en defensa de la competencia de Argentina, y a las agencias de competencia de otras jurisdicciones. Además de las noticias del organismo, que incluyen tanto actuaciones relevantes en materia de concentraciones económicas, conductas anticompetitivas e investigaciones de mercado, como documentos elaborados por la CNDC, participación de la autoridad en foros y otros eventos de defensa de la competencia, entre otros, también se detallan los casos de operaciones de concentración económica aprobadas sin condicionamientos a lo largo del mes.

## **DIVULGACIÓN DE LA DOCTRINA EN DERECHO DE LA COMPETENCIA Y JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA**

A lo largo de los últimos años, la Dirección General de Estudios Económicos y Legales (DGEEL), en ciertos casos junto a la DNPC, ha publicado una serie de documentos de trabajo que analizan en profundidad la evolución y aplicación de las normativas *antitrust* en Argentina. Estos documentos, que en ciertos casos se encuentran acompañados por buscadores especializados, facilitan la localización de antecedentes y decisiones relevantes en materia de defensa de la competencia. Las temáticas abordadas en estos textos han sido: sanciones por conductas anticompetitivas, multas por notificación tardía de concentraciones económicas, soluciones conductuales y estructurales en el marco de operaciones de concentración económica, prescripción de acciones y el concepto de control en defensa de la competencia. Asimismo, desde 2022, la CNDC recopila antecedentes



jurídicos en materia de defensa de la competencia en los Boletines de Jurisprudencia. A continuación, resumiremos brevemente el contenido de los diferentes documentos.

En agosto del 2023, la DNPC elaboró un documento de trabajo en el que analiza las multas recomendadas a la autoridad de aplicación de la normativa de competencia en casos de conductas anticompetitivas. Este documento recopila la totalidad de las sanciones recomendadas por conductas anticompetitivas desde 1980, año en el que entró en vigencia la Ley 22.262, que creó la CNDC. El análisis histórico sobre la cantidad de sanciones y el monto de las multas permite observar la manera en que fue modificándose la injerencia de la CNDC en la realidad económica a lo largo del período estudiado y en cada sector de actividad. El documento se complementó con un buscador que permite agilizar y facilitar la localización de aquellos antecedentes de la CNDC en materia de sanciones de multa por conductas anticompetitivas.<sup>10</sup>

Asimismo, en diciembre del 2023, la DNPC elaboró un documento que reflexiona acerca de la noción de control y su interpretación en el derecho de la competencia. El concepto de control tiene gran relevancia en la aplicación de las leyes *antitrust*, puesto que se trata de un elemento clave para determinar cuándo se produce una concentración económica y tiene también una implicancia decisiva en materia de responsabilidad por conductas anticompetitivas. Al igual que otros institutos básicos de la normativa de defensa de la competencia, en lugar de atenerse a reglas formales del derecho de propiedad, está profundamente influenciado por el principio de realidad económica y su caracterización está en permanente evolución. El propósito de dicho documento fue el de brindar orientación acerca de las aplicaciones concretas que puede tener el concepto de control en los procedimientos que la CNDC lleva a cabo.<sup>11</sup>

En febrero del 2023, la DGEEL confeccionó un documento de trabajo en el que se efectúan diversas consideraciones acerca de las sanciones de multa por notificación tardía, un tipo de sanción prevista en la LCD. Tanto la notificación tardía de una operación de concentración económica,

---

<sup>10</sup> Ver en: [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/documento\\_de\\_trabajo\\_multas\\_cndc\\_f.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/documento_de_trabajo_multas_cndc_f.pdf)

<sup>11</sup> Ver en: [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/control\\_en\\_defensa\\_de\\_la\\_competencia\\_f.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/control_en_defensa_de_la_competencia_f.pdf)

entendiéndose como tal aquella que se realiza fuera del plazo previsto por la LDC, como así también la notificación que se efectúa sin cumplir con las formalidades previstas en la normativa aplicable, o bien, la falta de notificación, se consideran infracciones y, consecuentemente, son pasibles de una sanción consistente en una multa. Este documento tuvo por objetivo profundizar en los diversos aspectos de las multas por notificación tardía, comenzando por los requisitos que una operación de concentración económica debe reunir para ser notificable, siguiendo por los aspectos normativos del instituto y un detalle de los criterios legales y jurisprudenciales tenidos en cuenta por la CNDC para graduar la cuantía de las multas. El documento incluyó una recopilación de los antecedentes de la CNDC en la materia desde el año 2002 hasta 2022, junto con un buscador temático.<sup>12</sup>

En noviembre del 2023, la DGEEL publicó un documento de trabajo sobre soluciones conductuales y estructurales en concentraciones económicas. Dicho documento expone en qué consisten estas medidas, señala los aspectos normativos en los que se enmarca su implementación, describe las etapas de su aplicación por parte de la CNDC a través de un análisis jurisprudencial y los sectores en los que se han recomendado este tipo de soluciones. Al igual que en el caso anterior, este documento se complementó con un buscador temático de las decisiones sobre soluciones conductuales y estructurales que comprende el período 1999-2023.<sup>13</sup>

Por otra parte, los boletines de jurisprudencia judicial elaborados por esta misma Dirección, contienen jurisprudencia de interés en materia de defensa de la competencia. La publicación de estos documentos tiene como objetivo compilar, organizar y difundir las decisiones adoptadas por los diversos tribunales de justicia en los procedimientos instruidos en la CNDC, tanto en materia de concentraciones económicas, como opiniones consultivas, diligencias preliminares, conductas anticompetitivas e investigaciones de mercado. El primer boletín fue publicado en agosto del 2022 y el segundo, en abril del 2023. Al igual que en los casos anteriores, estos documentos se

---

<sup>12</sup>

Ver

en:

[https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/documentos\\_de\\_trabajo\\_sobre\\_multas\\_por\\_notificacion\\_tardia\\_vf\\_para\\_subir.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/documentos_de_trabajo_sobre_multas_por_notificacion_tardia_vf_para_subir.pdf)

<sup>13</sup> Ver en:

[https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/documento\\_de\\_trabajo\\_sobre\\_soluciones\\_conductuales\\_y\\_estructurales\\_vf\\_0.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/documento_de_trabajo_sobre_soluciones_conductuales_y_estructurales_vf_0.pdf)

complementan con el buscador de jurisprudencia judicial disponible en la página web de la CNDC, que está en continuo proceso de actualización, y contribuye a facilitar la localización de los antecedentes judiciales en materia de defensa de la competencia, permitiendo realizar una búsqueda temática de las decisiones adoptadas.

Finalmente, en noviembre de 2022, con el objetivo de complementar y actualizar el trabajo que la CNDC elaboró en el año 2016 sobre el instituto de la prescripción en materia de defensa de la competencia, se publicó un nuevo documento en el que se analizan los aspectos conceptuales de mayor relevancia y la evolución legislativa y jurisprudencial que ha tenido el instituto. En un sentido general, la prescripción es una de las formas por las cuales se extinguen las acciones. En materia de defensa de la competencia, la prescripción implica la extinción de la acción tendiente a perseguir y sancionar las infracciones tipificadas en el régimen normativo por el transcurso del tiempo. Para la elaboración de estos documentos se tuvo en cuenta la forma en que fue legislada la prescripción en las diferentes leyes de defensa de la competencia vigentes a lo largo del tiempo y la interpretación dada por la CNDC y el Poder Judicial en diferentes casos, como órganos de aplicación e interpretación de esas leyes.

## COMENTARIOS FINALES

La CNDC desempeña un papel vital en la promoción y protección de la competencia en diversos mercados de la Argentina. Una de las herramientas para ello, son las investigaciones de mercado, que permiten analizar y monitorear el funcionamiento de diferentes sectores económicos y sus marcos regulatorios. Estas investigaciones no solo diagnostican las condiciones de competencia, sino que también pueden identificar restricciones normativas y sugerir recomendaciones pro-competitivas. A lo largo de los últimos años, la CNDC ha realizado IMs en variados mercados, entre los que se encuentran los de terminales aeroportuarias, cemento portland, carne bovina, oxígeno medicinal y papel *tissue* y pañales descartables. Los resultados de estas investigaciones fueron publicados en informes que detallaron las conclusiones. En la mayoría de los casos, la CNDC propuso modificaciones de regulación o políticas públicas para mejorar las condiciones de competencia en los mercados analizados, dirigidos a agencias reguladoras o las áreas del Poder Ejecutivo competentes.

Otra actividad crucial de la CNDC fue la promoción de la cultura de la competencia a través de una comunicación efectiva con la comunidad *antitrust* y el público en general, mejorando continuamente su página web y buscando nuevos canales de comunicación. La creación de material didáctico ha sido fundamental para informar y educar sobre las tareas y novedades de la autoridad. Finalmente, la publicación de documentos de trabajo que ofrecen análisis detallados de la evolución y aplicación de las normativas *antitrust* en Argentina, acompañados de buscadores especializados, facilita la localización de antecedentes y decisiones relevantes en materia de defensa de la competencia, así como también da difusión a los criterios de análisis adoptados por la autoridad en su tarea de aplicación de la LDC.

## **RESEÑA BIOGRÁFICA**

### ***Catalina Aldama***

Directora Nacional de Promoción de la Competencia de la CNDC desde octubre de 2021 y miembro de la Unidad de Clemencia desde junio de 2024. Durante nueve años se desempeñó como analista económico en la Dirección Nacional de Concentraciones Económicas. Es Licenciada en Economía, egresada de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires.

**REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**

**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA**

**Presidente:** Alexandre Cordeiro Macedo



**OS PRINCIPAIS CASOS DE CONCENTRAÇÃO E DE CONDUTA ANALISADOS PELO CADE EM 2023. DESAFIOS ENCONTRADOS PELA AUTORIDADE ANTITRUSTE BRASILEIRA NA ANÁLISE DE CONTROLE DE ESTRUTURAS E NA REPRESSÃO A INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA.**

**LOS PRINCIPALES CASOS DE CONCENTRACIONES Y CONDUCTAS ANALIZADOS POR EL CADE EN 2023. DESAFÍOS ENCONTRADOS POR LA AUTORIDAD ANTITRUST BRASILEÑA EN EL ANÁLISIS DE CONTROL DE ESTRUCTURAS Y EN LA LUCHA CONTRA LAS INFRACCIONES AL ORDEN ECONÓMICO.**

*Alexandre Barreto De Souza*

*Tatiane Oliveira Negreiros*

**RESUMO**

As atribuições do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) são estabelecidas pela Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, e complementadas pelo Regimento Interno do Cade (RiCade). A autarquia desempenha três papéis principais: (i) Preventivo: examina e decide sobre fusões, aquisições de controle, incorporações e outros atos de concentração entre grandes empresas que possam afetar a concorrência; (ii) Repressivo: conduz investigações de cartéis e outras práticas prejudiciais à concorrência em todo o território nacional, culminando em julgamentos; e (iii) Educativo: promove a conscientização pública sobre práticas que podem danificar a concorrência, apoia estudos e pesquisas acadêmicas, estabelece parcerias com universidades e institutos de pesquisa, e organiza cursos, palestras e eventos

sobre o tema. Além disso, publica materiais como a Revista de Defesa da Concorrência e diversas cartilhas.<sup>1</sup> Este artigo se concentra em apresentar os principais casos analisados pela autoridade antitruste brasileira no ano de 2023, no âmbito de suas funções preventiva e repressiva.

**Palavras-chave:** Fusões e Aquisições - Investigação de Cartéis - Atos de Concentração Econômica - Práticas Anticoncorrenciais - Casos Antitruste Brasileiros 2023

## RESUMEN

Las competencias del Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE) están establecidas en la Ley 12529, de 30 de noviembre de 2011, y complementadas por el Reglamento Interno del CADE (RICADE). La autoridad desempeña tres funciones principales: (i) Preventiva: examina y decide sobre concentraciones económicas, y otras operaciones entre grandes empresas que puedan afectar la competencia; (ii) Represiva: realiza investigaciones de cárteles y otras prácticas perjudiciales para la competencia en todo el país, que culminan en sentencia; y (iii) Educativa: promueve la concientización pública sobre conductas que pueden dañar la competencia, fomenta estudios e investigaciones académicas, establece asociaciones con universidades e institutos de investigación y organiza cursos, conferencias y eventos sobre el tema. Además, publica materiales como la *Revista de Defesa da Concorrência* y varios manuales. Este estudio presenta los principales casos analizados por la autoridad brasileña en 2023, en el ámbito de sus funciones preventivas y represivas.

**Palabras clave:** Fusiones y Adquisiciones - Investigación de Cárteles - Operación de Concentración - Prácticas Anticompetitivas - Casos Brasileños de Defensa de la Competencia 2023

---

<sup>1</sup> <https://www.gov.br/cade/pt-br/acesso-a-informacao/institucional/competencias>.



## INTRODUÇÃO

A Lei de Defesa da Concorrência brasileira (Lei 12.529/2011) tem como finalidade prevenir e reprimir as infrações contra a ordem econômica baseada na liberdade de iniciativa e livre concorrência. Entre outros pontos, esta norma estabelece a forma de implementação da política de concorrência no país, dispondo sobre a competência dos órgãos encarregados de zelar pela prevenção e repressão de abusos do poder econômico.<sup>2</sup>

Dessa forma, o presente artigo abordará os principais aspectos analisados pelo Cade sobre eficiências em controle de estruturas e efeitos lesivos à ordem econômica no âmbito de condutas, envolvendo os principais casos concluídos no ano de 2023.

### Controle de estruturas

A Lei 12.529/2011 confere ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) a competência apreciar, de modo *ex-ante*, atos de concentração econômica (ACs) que preencham os requisitos previstos em seus artigos 88 e 90, incisos I a IV.

De acordo com os §5º e §6º do Artigo 88 da referida Lei, os ACs que impliquem a eliminação da concorrência em parte substancial do Mercado Relevante (MR), a criação ou reforço de uma posição dominante ou que possam resultar na dominação do MR de bens ou serviços só poderão ser autorizados se, na análise de ganhos de eficiência específica da operação puder ser observado:

I - cumulada ou alternativamente:

- a) aumentar a produtividade ou a competitividade;
- b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou
- c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e

II - sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes.

---

<sup>2</sup> Cartilha do Cade: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/aceso-a-informacao/perguntas-frequentes/cartilha-do-cade.pdf>, (2016, p. 7)

As concentrações empresariais podem trazer simultaneamente impactos positivos e negativos. Dentre os efeitos adversos, podemos citar o aumento de preços para os consumidores, a redução na quantidade, qualidade e variedade de produtos ou serviços oferecidos pelo mesmo preço, e uma desaceleração nas inovações em comparação aos níveis anteriores à operação.

Por outro lado, benefícios específicos da operação podem incluir melhorias na produtividade e competitividade devido a ganhos de eficiência, aprimoramento na qualidade dos produtos e maior diversidade de produtos, além da adoção de tecnologias superiores.

Portanto, cabe à autoridade antitruste avaliar se os efeitos adversos não excedem os benefícios. Em outras palavras, se o saldo for positivo para os consumidores, a operação poderá ser aprovada.

A determinação de se uma concentração é benéfica ou prejudicial requer uma análise específica para cada caso, considerando as eficiências geradas pela operação em contraste com os possíveis impactos negativos relacionados ao aumento do poder de mercado, configurando a condição de um efeito líquido positivo para o bem-estar econômico dos consumidores.<sup>3</sup>

Em 2023 foram analisados pelo Cade 611 atos de concentração. Desses, 592 foram aprovados sem restrições, 5 foram aprovados condicionados a assinatura de Acordo em Controle de Concentrações (ACC) e 2 foram reprovados. Dos 12 restantes, 4 foram arquivados por perda de objeto e 8 foram classificados como casos de "não conhecimento".<sup>4</sup> Os atos de concentração responderam por aproximadamente R\$ 1,2 bilhão do total de benefícios obtidos com a atuação do CADE.<sup>5</sup>

## **Efeitos lesivos à ordem econômica no âmbito de condutas**

---

<sup>3</sup> Guia de Atos de Concentração Horizontal: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf>, (p. 8)

<sup>4</sup> Documento de Trabalho nº 001/2024: [https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2024/DT\\_001-Beneficios-de-atuacao-do-Cade-em-2023.pdf](https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2024/DT_001-Beneficios-de-atuacao-do-Cade-em-2023.pdf) (p. 9)

<sup>5</sup> Documento de Trabalho nº 001/2024: [https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2024/DT\\_001-Beneficios-de-atuacao-do-Cade-em-2023.pdf](https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2024/DT_001-Beneficios-de-atuacao-do-Cade-em-2023.pdf) (p. 34)

Outra possibilidade de intervenção, por parte do poder público, na liberdade constitucional conferida aos agentes econômicos, visa reprimir as infrações à ordem econômica através do controle de condutas, controle este que é realizado *ex-post facto*.

De maneira geral, pode-se definir uma conduta anticompetitiva como a prática adotada por um agente econômico que possa, ainda que potencialmente, causar danos à livre concorrência, mesmo que o infrator não tenha tido intenção de prejudicar o mercado.

O poder de mercado por si só não é considerado ilegal, mas quando uma empresa ou grupo de empresas abusa desse poder adotando uma conduta que fere a livre concorrência, a prática configura-se em abuso de poder econômico. Esse abuso não está limitado a um conjunto restrito de práticas específicas, uma vez que a análise sobre a possibilidade de uma conduta causar dano à concorrência é complexa e são muitos os fatores analisados para que se possa caracterizar determinada prática como abuso.<sup>6</sup>

A definição, intencionalmente abrangente, não se limita a um conjunto específico de práticas, uma vez que essas condutas podem ocorrer de várias formas e manifestar-se de maneiras diferentes.

De acordo com o artigo 36 da Lei 12.529/11, uma conduta é considerada infração à ordem econômica quando sua adoção tem por objeto ou possa acarretar os seguintes efeitos, ainda que só potencialmente: limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência; aumentar arbitrariamente os lucros do agente econômico; dominar mercado relevante de bens ou serviços; ou quando tal conduta significar que o agente econômico está exercendo seu poder de mercado de forma abusiva.

O §3º do artigo 36 elenca algumas condutas, de forma exemplificativa e não exaustiva, que podem caracterizar infração à ordem econômica, na medida em que tenham por objeto ou possam produzir efeitos anticoncorrenciais. Se tais condutas realmente terão esse efeito quando adotadas é uma questão a ser analisada caso a caso.

---

<sup>6</sup> Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Perguntas sobre infrações à ordem econômica. Disponível em: [Perguntas sobre infrações à ordem econômica — Conselho Administrativo de Defesa Econômica \(www.gov.br\)](https://www.gov.br/CADE/pt-br/assuntos/consultas/consultas-CADE). Acesso em 15.06.2024.

Em 2023, foram julgados pelo Cade 17 casos de condutas anticompetitivas, sendo 13 casos de cartéis, 3 de condutas unilaterais e 1 de conduta comercial uniforme. Em 9 casos 16 houve condenação, sendo 8 relativos a pessoas jurídicas. Os demais processos foram arquivados (7) ou suspensos (1).<sup>7</sup> Os casos de cartéis responderam por cerca de R\$ 563 milhões dos benefícios gerados pela atuação da autarquia, sendo 6 processos administrativos julgados no mérito pelo Tribunal e 4 em que houve a negociação de um Termo de Compromisso de Cessação (TCC).<sup>8</sup>

## PRINCIPAIS ATOS DE CONCENTRAÇÃO ANALISADOS EM 2023

### Compra da DPA Brasil pela Lactalis<sup>9</sup>

A aquisição da Dairy Partners Americas Brasil Ltda. (DPA Brasil) pela Lactalis, significativos *players* no setor de laticínios brasileiro, foi aprovada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em outubro de 2023, com restrições. A aprovação da operação foi condicionada à celebração e cumprimento de um Acordo em Controle de Concentrações (ACC).

A DPA Brasil, uma *joint venture* anteriormente controlada pelas empresas Fonterra e Nestlé, é conhecida por seu portfólio de produtos lácteos refrigerados, incluindo marcas como Chamyto, Chandelle e Chambinho. Com a aquisição, a Lactalis, parte do grupo francês Lactalis, visou consolidar sua posição no mercado, adquirindo a totalidade das ações da DPA Brasil e de sua subsidiária integral, a Dairy Partners Americas Nordeste – Produtos Alimentícios Ltda. (DPAN).

Este movimento estratégico poderia levar a uma concentração significativa no mercado de produtos lácteos refrigerados, um segmento em que ambas as empresas possuíam substancial participação. Economicamente, a operação sugeria potenciais eficiências operacionais como a otimização da

---

<sup>7</sup> Documento de Trabalho nº 001/2024: [https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2024/DT\\_001-Beneficios-de-atuacao-do-Cade-em-2023.pdf](https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2024/DT_001-Beneficios-de-atuacao-do-Cade-em-2023.pdf) (p. 15)

<sup>8</sup> Documento de Trabalho nº 001/2024: [https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2024/DT\\_001-Beneficios-de-atuacao-do-Cade-em-2023.pdf](https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2024/DT_001-Beneficios-de-atuacao-do-Cade-em-2023.pdf) (p. 34)

<sup>9</sup> Ato de Concentração nº 08700.001142/2023-11

cadeia de suprimentos e a melhor utilização das instalações de produção. No entanto, essa concentração de mercado também poderia reduzir a competição, impactando negativamente os preços e a variedade de produtos disponíveis para os consumidores.

A resposta do Cade à operação foi crucial para moldar os contornos desse novo desenho de mercado, equilibrando eficiência operacional com a necessidade de manter um ambiente competitivo saudável. Nesse contexto, é importante explorar as principais características da operação, as preocupações concorrenciais identificadas e a solução encontrada para viabilizar a aprovação.

Durante a avaliação, verificou-se que a operação resultaria em uma sobreposição horizontal nos mercados de produtos lácteos refrigerados, como iogurtes, leite fermentado, *petit suisse*, sobremesas lácteas e requeijão, além da coleta de leite em São Paulo, Pernambuco, Paraná e Minas Gerais. Sobreposições horizontais em mercados concentrados são vistas com cautela pela teoria econômica antitruste, pois podem levar a menor competição, preços mais altos, menor quantidade e inovação reduzida.

A Superintendência-Geral do Cade (SG/Cade) avaliou o impacto potencial no mercado usando indicadores como o Índice Herfindahl-Hirschman (HHI), que mede a concentração de mercado. Concluiu-se que a operação poderia aumentar significativamente a concentração em certos segmentos do mercado de lácteos refrigerados, justificando preocupações regulatórias.

A SG/Cade também examinou as implicações de integração vertical que poderiam surgir da aquisição, como a potencial integração das atividades de captação de leite (atividade a montante) com a fabricação de produtos lácteos refrigerados (atividade a jusante). Embora a integração vertical possa trazer eficiências, como redução de custos de transação e melhor coordenação na produção, há riscos anticoncorrenciais associados, como o fechamento de mercado e a elevação das barreiras de entrada para outros competidores. No caso da Lactalis e da DPA Brasil, não foram identificadas preocupações concorrenciais significativas derivadas das integrações verticais propostas.

As requerentes argumentaram que a operação traria benefícios por meio de maior eficiência operacional e fortalecimento da cadeia de suprimento de laticínios, enquanto outros participantes do mercado, como

Vigor e Danone, expressaram preocupações sobre a redução da competição e o aumento do poder de mercado da Lactalis.

A avaliação dos argumentos pela SG/Cade reflete uma aplicação robusta das teorias antitruste, equilibrando eficiências operacionais potenciais com os riscos de um mercado menos competitivo.

Uma parte essencial da análise foi a segmentação da estrutura de oferta por marca, ao contrário de uma abordagem que considera apenas a empresa ou grupo econômico, proporcionando uma visão mais detalhada do cenário competitivo. O teste de mercado reforçou o papel central da marca na rivalidade do mercado, concluindo que a força e a reputação da marca são ativos cruciais nos mercados analisados.

Para mitigar os riscos identificados na operação, foram implementados remédios específicos, como o licenciamento das marcas Batavo e Batavinho nos segmentos de leite fermentado e *petit suisse* para a Tirol, uma empresa com atuação reconhecida no setor de produtos lácteos, especialmente na região Sul do país.

Trata-se de solução que o Cade já implementou em casos anteriores e em relação ao qual detém expertise em termos de construção e monitoramento.<sup>10</sup> Ao licenciar as marcas por um período prolongado, a possibilidade de formar um rival forte e competitivo no setor é viabilizada, garantindo que o mercado permaneça dinâmico e competitivo.

Este caso demonstra a complexidade e a importância de equilibrar a busca por eficiências operacionais com a necessidade de preservar um ambiente de mercado competitivo, fundamental para a proteção dos consumidores e a promoção da inovação.

## **Compartilhamento de infraestrutura entre Telefônica Brasil e Winity<sup>11</sup>** <sup>12</sup>

A operação envolvendo a Telefônica Brasil S.A. e a Winity II Telecom Ltda., entre a Telefônica Brasil S.A. e a Winity II Telecom Ltda.

---

<sup>10</sup> SEI nº 1299396

<sup>11</sup> Ato de Concentração nº 08700.008322/2022-35

<sup>12</sup> Parecer 4 (SEI nº 1231160)

destaca a complexa intersecção entre aspectos regulatórios e concorrenciais que envolvem o setor de telecomunicações.

Este caso é particularmente relevante devido à sua capacidade de mostrar como os arranjos estratégicos e operacionais dentro do setor podem influenciar tanto a estrutura de mercado quanto a dinâmica competitiva.

A análise dessa operação contou com a cooperação institucional entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), pois apresenta impactos concorrenciais que se relacionam com objetivos regulatórios estabelecidos no contexto de uma política pública setorial implementada pela Agência.

Neste contexto, o papel do CADE e ANATEL se torna crucial. Enquanto o CADE avalia os impactos concorrenciais do ato, a Anatel assegura que os aspectos regulatórios sejam observados, garantindo que o mercado de telecomunicações continue a servir aos interesses dos consumidores e contribua para o desenvolvimento tecnológico e econômico do Brasil. Este caso serve como um exemplo claro de como decisões estratégicas podem ter implicações de longo alcance, afetando desde a entrada de novos *players* no mercado até a qualidade e o preço dos serviços oferecidos aos consumidores finais.

Passemos então ao detalhamento dos contornos da operação e das preocupações concorrenciais levantadas pela Superintendência-Geral do CADE (SG-Cade).

A operação marca um importante evento no mercado de telecomunicações brasileiro, envolvendo a celebração de contratos interdependentes e complementares para o compartilhamento recíproco oneroso de elementos de infraestrutura de telecomunicações, tanto passiva quanto ativa.

A Telefônica Brasil, conhecida por sua marca Vivo, é um gigante das telecomunicações com atividades diversificadas no território brasileiro, incluindo serviços de telefonia móvel e fixa. Winity, por outro lado, foca na infraestrutura de redes móveis, oferecendo soluções como macro sites e *small cells*. O mercado no qual essas empresas operam é altamente competitivo e regulado, demandando uma gestão eficiente de infraestrutura e capacidade de inovação tecnológica.

O caso englobou vários aspectos sensíveis. Primeiramente, um dos contratos regula a cessão onerosa do direito de uso, em caráter secundário e exclusivo, de um bloco de 5 + 5 Mega-hertz (MHz) de faixas de espectro de radiofrequência de 700 MHz (713 MHz, 718 MHz e 768-773 MHz), em 1.120 municípios à Telefônica. Este contrato é denominado Contrato de Exploração Industrial de Radiofrequência (Contrato EIR).

Em contrapartida, a Telefônica aluga meios de rede à Winity para viabilizar a prestação de serviços móveis, disponibilizando recursos integrantes da rede de acesso da Telefônica para a constituição da rede de serviços móveis da Winity, com o objetivo de viabilizar a cobertura e atendimento de 1.012 trechos de rodovias e de 313 localidades, conforme obrigações assumidas perante a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel). Essa parte da operação é regulada pelo Acordo de Roaming e, posteriormente, por um acordo de RAN *Sharing*.

Adicionalmente, a Telefônica contrata elementos de infraestrutura passiva da Winity com o objetivo de viabilizar a ampliação da cobertura de serviços de telecomunicações móveis da Telefônica em determinadas localidades, conforme previsto no Contrato Master de Cessão de Uso e Construção (MLA). Esse arranjo é crítico pois cada contrato possui suas peculiaridades e interdependências que, juntas, formam a base do ato de concentração.

A relevância desses contratos interdependentes reside no fato de que eles não apenas facilitam o cumprimento de obrigações regulatórias importantes assumidas pela Winity perante a Anatel, mas também promovem o retorno financeiro dos investimentos realizados e a otimização do uso do espectro, contribuindo para aprimorar a qualidade dos serviços de telecomunicações móveis prestados pela Telefônica aos consumidores finais. Este compartilhamento de recursos entre as duas entidades permite uma operação mais eficiente e expansiva no mercado nacional, impactando positivamente na infraestrutura de telecomunicações do país e na qualidade do serviço oferecido ao usuário final.

Assim, este ato de concentração não é apenas uma transação corporativa, mas um desenvolvimento estratégico que reforça a capacidade de ambas as empresas de atenderem melhor suas bases de clientes e expandirem sua presença no mercado nacional, ao mesmo tempo em que cumprem com rigorosos requisitos regulatórios.



Quanto à definição do mercado relevante para o caso a Superintendência-Geral entendeu que a operação afeta principalmente o mercado de acesso às redes móveis em atacado e os serviços de construção, gestão e operação de infraestrutura para telecomunicações, e reconheceu a complexidade e a integração vertical e horizontal envolvida.

Adicionalmente, o mercado de varejo de serviços móveis de voz e dados também foi considerado relevante. Este mercado é caracterizado pela venda de serviços de telecomunicações diretamente aos consumidores finais e é impactado diretamente pelo compartilhamento de infraestrutura entre as operadoras. A competição neste mercado é diretamente afetada pelo grau de acesso que as operadoras têm à infraestrutura de rede compartilhada, o que influencia tanto a cobertura quanto a qualidade dos serviços oferecidos aos usuários finais.

Essas análises e definições de mercado formam a base sobre a qual o CADE e a ANATEL avaliaram os impactos do ato de concentração, garantindo que as operações respeitem tanto a legislação antitruste quanto as regulamentações específicas do setor de telecomunicações.

É importante explorar as implicações concorrenciais decorrentes dos três contratos interdependentes firmados entre a Telefônica Brasil e a Winity, cada um desempenhando um papel significativo no contexto do mercado de telecomunicações, com características e impactos específicos sobre o mercado e a dinâmica concorrencial.

O Contrato de Exploração Industrial de Radiofrequência (EIR), que envolve a cessão de faixas de espectro de radiofrequência de 700 MHz da Winity para a Telefônica, é fundamental para entender a dinâmica concorrencial no mercado de acesso às redes móveis em atacado. Este contrato resulta em uma sobreposição horizontal, onde a Winity aluga à Telefônica uma faixa do espectro em 1.120 municípios, levando a uma concentração espectral. A SG considerou a estrutura de oferta do mercado de acesso às redes móveis em atacado a partir da capacidade de uso de espectro das faixas inferiores a 1 GHz. A preocupação principal reside no fato de que tal concentração espectral poderia potencialmente limitar a competição ao reforçar a posição de mercado da Telefônica em numerosos municípios, aumentando assim as barreiras à entrada e a possibilidade de exercício de poder de mercado.

O Contrato de Cessão Onerosa de Meios de Rede (*RAN Sharing*), que regula o compartilhamento de infraestrutura de rede entre as duas empresas, é descrito como tendo um caráter permanente e começará a ter eficácia após o término do Acordo de *Roaming* e do Contrato de Opção. Ele também foi analisado sob a perspectiva de potencial concentração horizontal no mercado de acesso às redes móveis em atacado, destacando a permanência deste arranjo como um elemento crítico. O compartilhamento de infraestrutura pode trazer eficiências operacionais, mas também levanta a possibilidade de reduzir a competição ao limitar a disponibilidade de infraestrutura crítica para outros operadores de telecomunicações, reforçando assim as posições dominantes no mercado.

O Construção de Itens de Infraestrutura e Áreas Suplementares (MLA) trata da contratação de infraestrutura passiva pela Telefônica da Winity, com o objetivo de expandir a cobertura de serviços de telecomunicações móveis. Este acordo envolve relações verticais, onde uma operadora de telecomunicações aluga infraestrutura essencial de outra, o que poderia resultar em integrações verticais que afetam a concorrência. A preocupação levantada foi no sentido de que essas interações verticais podem permitir que a Telefônica fortaleça sua capacidade de controlar o acesso a recursos críticos, potencialmente exercendo maior poder no mercado ao impedir ou dificultar que concorrentes obtenham acesso a infraestrutura essencial.

Através desses contratos, a análise do potencial exercício de poder de mercado foi uma preocupação central. A possibilidade de reforço da concentração de mercado devido aos contratos EIR e de *RAN Sharing* pode limitar a entrada de novos players e reduzir a competição no mercado de telecomunicações. Ademais, o Contrato MLA, ao envolver integrações verticais, poderia facilitar práticas que marginalizam competidores ao restringir seu acesso a infraestrutura crucial. Juntos, esses fatores podem reforçar a posição dominante da Telefônica e da Winity no mercado, levando a possíveis efeitos anticompetitivos, como aumento de preços, redução na qualidade do serviço, ou inovação reduzida.

Em suma, a interdependência desses contratos e o papel das empresas envolvidas ressaltam tanto as potenciais eficiências que essas parcerias podem trazer como os riscos concorrenciais que podem emergir em um mercado já altamente concentrado.

Essa análise foi essencial para que o CADE avaliasse adequadamente o impacto da operação sobre a competição no mercado brasileiro de telecomunicações, garantindo que medidas regulatórias ou remediais apropriadas fossem aplicadas para mitigar quaisquer efeitos negativos.

Durante a instrução, diversas entidades como Abrintel e NeoTV se habilitaram como terceiros interessados, refletindo a relevância e o impacto potencial desta operação no mercado. Esses *players* expressaram preocupações em relação a contratos que podem causar sobreposição horizontal no mercado de acesso às redes móveis em atacado e criar integrações verticais, dificultando a entrada de novos competidores em infraestruturas como espectro e redes de telecomunicações.

Também foi destacada a possibilidade de a Telefônica e a Winity exercerem controle excessivo sobre recursos essenciais através de acordos de compartilhamento, limitando a competição de outros operadores. Além disso, foi manifestado o receio de que a redução na concorrência resultasse em aumento de preços, queda na qualidade dos serviços e menos inovação, afetando negativamente os consumidores.

O CADE, ao abordar estas preocupações, realizou uma análise detalhada da estrutura do mercado, dos efeitos potenciais da operação sobre a concorrência e dos argumentos apresentados pelas partes terceiras interessadas. A análise incluiu uma avaliação dos mercados relevantes de acesso às redes móveis em atacado e serviços de voz e dados no varejo. Foram consideradas também as interações verticais e horizontais resultantes da operação, bem como as eficiências operacionais que poderiam advir dos contratos de compartilhamento.

O CADE manteve-se atento às dinâmicas do mercado e às práticas das empresas envolvidas para assegurar a manutenção de um ambiente competitivo saudável e, após toda a extensa análise narrada, a operação foi aprovada sem restrições.

Esta decisão foi baseada na conclusão de que, apesar das preocupações levantadas, as eficiências geradas pela operação e a manutenção de um ambiente competitivo no mercado de telecomunicações seriam suficientes para mitigar os potenciais efeitos anticompetitivos.

A decisão também ressaltou a importância de monitoramento contínuo da implementação dos contratos e de suas consequências no mercado para garantir que não surjam efeitos anticompetitivos pós-operação.

A Anatel, também tem acompanhado de perto a operação para assegurar que as obrigações regulatórias sejam cumpridas.

### **Compra da Garoto pela Nestlé<sup>13</sup>**

A aquisição da Chocolates Garoto pela Nestlé Brasil foi iniciada em 2002 e se estendeu por mais de duas décadas, fato que revela algumas complexidades e desafios desta operação, que foi aprovada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em junho de 2023, sob a condição de celebração de Acordo em Controle de Concentrações (ACC).

Para ilustrar esta longa jornada, passo a revisitar as decisões críticas, as análises concorrenciais e as implicações legais desse caso notório.

A fusão foi notificada ao CADE em março de 2002, sob o regime de notificação *ex post* da Lei 8.884/1994, que autorizava a realização do negócio antes da aprovação regulamentar.

A análise técnica do CADE destacou que o mercado de chocolates apresentava elevadas barreiras à entrada, especialmente relacionadas aos investimentos substanciais em marketing e à fidelidade dos consumidores. A operação foi vista como potencialmente prejudicial à concorrência e as eficiências operacionais argumentadas pelas empresas consideradas incapazes de mitigar os riscos identificados.

Em 2004 o Tribunal do CADE decidiu pela reprovação da fusão, com base em preocupações significativas sobre seus efeitos anticoncorrenciais, que resultariam em um duopólio efetivo no mercado de chocolates. No entanto, a operação já havia sido consumada dois anos antes dessa decisão.

Em razão da recusa da autoridade antitruste em autorizar a operação na forma como foi apresentada, o caso foi judicializado pela Nestlé em 2005, o que culminou em mais de duas décadas de disputa.

---

<sup>13</sup> Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89.

Em 2009 uma decisão judicial determinou ao Cade a reabertura do ato de concentração e a realização de novo julgamento do caso. Em junho de 2021 a autarquia retomou a análise da operação.

A nova avaliação realizada pela SG/CADE, que subsidiou a configuração do acordo, demonstrou que entre 2001 e 2021 houve significativa entrada de concorrentes nos segmentos que levantaram preocupações quando da primeira análise do caso: chocolates sob todas as formas (industrializados prontos para consumo) e cobertura de chocolate. No primeiro, a participação de mercado da Nestlé/Garoto caiu de 50%-60% em 2001 para 30%-40% em 2021, enquanto que, no segundo, a empresa saiu de 80%-90% para 20%-30%, deixando de ser a líder no setor.

A conclusão da nova instrução feita pela Superintendência-Geral foi no sentido de que a rivalidade no mercado nacional de chocolates foi reconfigurada nos últimos 20 anos. Por esta razão, não faria sentido manter a decisão de reprovação do negócio, uma vez que os impactos da fusão Nestlé/Garoto já haviam sido absorvidos pelo mercado ao longo dos anos.

Em maio de 2023 a Nestlé apresentou proposta de acordo para encerramento da disputa judicial. Além de questões sobre a resolução da lide, a proposta também previu os seguintes compromissos comportamentais, assumidos pela Nestlé, para preservar a concorrência no mercado nacional de chocolates: (i) Não adquirir ativos de terceiros que representem conjuntamente participação de mercado, medida pelo faturamento no ano anterior à cada operação, igual ou superior a 5% do mercado relevante nacional de chocolates sob todas as formas, por cinco anos; (ii) Comunicação ao Cade sobre qualquer aquisição abaixo dos critérios legais de notificação por sete anos; (iii) Abster-se de intervir em pedidos de terceiros para a concessão de redução, suspensão ou eliminação de tributos incidentes sobre a importação de chocolates sob todas as formas ao Brasil; (iv) Manter os investimentos na fábrica da Garoto em Vila Velha-ES, pelo período mínimo de sete anos.

O acordo firmado entre o CADE e a Nestlé foi homologado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) em junho de 2023, e encerrou a controvérsia judicial de mais de 18 anos.

O caso Nestlé-Garoto permanece emblemático no estudo das fusões empresariais no Brasil. A aprovação condicional da fusão Nestlé-Garoto pelo

Cade, após mais de duas décadas de disputas regulatórias e judiciais, não apenas resolve um dos casos mais prolongados na história antitruste do Brasil, mas também serve como um estudo de caso crítico sobre os desafios enfrentados pelo controle de concentrações.

## **PRINCIPAIS CASOS DE CONDOTA ANTICOMPETITIVA ANALISADOS EM 2023**

### **Cartel GLP<sup>14</sup>**

O combate a cartéis é uma função essencial de órgãos antitruste ao redor do mundo, visando preservar a competição justa e proteger os consumidores de práticas que prejudicam a economia. Um exemplo claro desse esforço é o Processo administrativo conduzido pela Superintendência-Geral do CADE, que investigou um cartel envolvendo empresas distribuidoras e revendedoras de gás liquefeito de petróleo (GLP) no Distrito Federal e entorno, além de outras localidades da Região Centro-Oeste do Brasil.

Como sabido, cartel é um acordo explícito ou implícito entre concorrentes para, principalmente, fixação de preços ou quotas de produção, divisão de clientes e de mercados de atuação. O objetivo é, por meio da ação coordenada entre concorrentes, eliminar a concorrência, com o consequente aumento de preços e redução de bem-estar para o consumidor.

Cartéis prejudicam seriamente os consumidores ao aumentar preços e restringir a oferta, tornando os bens e serviços mais caros ou indisponíveis, e comprometendo a inovação tecnológica. Dentre as condutas anticompetitivas, o cartel é a mais grave lesão à concorrência.

O caso que será abordado neste tópico foi instaurado baseado em evidências robustas que apontavam para a existência de condutas anticompetitivas. Tais práticas incluíam, entre outras, a manipulação de preços e a divisão de mercados entre empresas, prejudicando a livre concorrência e elevando os preços para os consumidores finais.

---

<sup>14</sup> Processo Administrativo nº 08012.006043/2008-37.

A investigação começou após uma denúncia envolvendo o Sindicato das Empresas Transportadoras e Revendedoras Varejistas de Gás Liquefeito de Petróleo do Distrito Federal (Sindvargas) e seu então presidente, que teriam promovido reuniões com o objetivo de reajustar os preços do GLP para o consumidor final de R\$ 35,00 para R\$ 40,00 e instituir uma "comissão de monitoramento de preços".

Diversas etapas foram fundamentais para o desenvolvimento do processo, incluindo ações coordenadas entre a SDE/MJ, MPDFT, e a Polícia Civil do Distrito Federal, culminando na Operação Júpiter, que executou 32 mandados de busca e apreensão. Além disso, foram promovidas Averiguações Preliminares e inquéritos administrativos que detalharam as práticas ilícitas e coletaram provas substanciais.

Antes de aprofundar nas especificidades do caso, vale ressaltar que o gás de cozinha, como é popularmente conhecido o GLP, é subproduto do petróleo produzido pela Petrobras, empresa responsável pelo refino e comercialização deste produto para empresas do setor de distribuição. O GLP-13 é amplamente utilizado nas residências brasileiras para o preparo de alimentos, aquecimento da água, climatização de ambientes e para ativação de churrasqueiras e de lareiras.

Este produto é um clássico exemplo de produto homogêneo, conforme entendimento do CADE, em inúmeras oportunidades, no sentido de que o GLP é essencialmente um produto homogêneo cujo único fornecedor/importador é a Petrobras. Assim, as especificações técnicas do GLP comercializado pelas diferentes empresas distribuidoras é exatamente o mesmo, sendo que a diferenciação pela marca abrange outros atributos, como requisitos de segurança, garanti a e assistência técnica e, dentro deste contexto, consagra que a “homogeneidade facilita a combinação de preços, uma vez que as empresas competem em grande medida sobre essa variável”.

Disto, retira-se o racional das condutas praticadas pelos agentes no mercado de GLP a fim de acordar preços idênticos e dominar o mercado: o consumidor costuma procurar sempre por preços mais baixos, sendo este o único diferencial que analisa no momento de escolha do produto, motivo pelo qual a uniformização dos preços torna-se um incentivo para que o aumento do valor artificial seja mantido e para eliminar o diferencial competitivo, o que demonstra o potencial efeito nocivo à concorrência desta prática.

Ademais, foi constatado pelo CADE um evidente histórico de coordenação neste mercado. Verificou-se que a estrutura deste setor apresenta inúmeras características facilitadoras de condutas colusivas, tais como: (i) produto homogêneo, sem necessidade de customização; (ii) simetria entre as empresas; (iii) transparência nos preços, operação de capacidade, base de clientes e outras informações relevantes sobre os competidores e seus comportamentos; (iv) baixa elasticidade da demanda do mercado; (v) maturidade do mercado e previsibilidade da demanda; (vi) reduzido poder de compra de clientes; (vii) reduzido número de empresas, havendo, portanto, concentração de grande parcela da oferta em poucas empresas; (viii) reduzida capacidade de rivais em expandir a oferta no curto prazo; (ix) homogeneidade tecnológica; (x) ordens frequentes e pequenas; (xi) estabilidade tecnológica de produtos e processos; (xii) ausência de formas de conduta de precificação mais agressiva; e (xiii) histórico de coordenação.

Em razão dos variados fatores estruturais elencados acima, analisados de modo holístico, e pelo histórico de conduta do setor no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, pode-se concluir que se trata de mercado propício ao conluio.

A jurisprudência do Cade tem evoluído no sentido de tratar alguns tipos de condutas de cartel ou assemelhadas como condutas definidas por seu objeto ilícito aplicando-a estas a regra *per se*.

É o caso típico dos cartéis clássicos (*hard-core*) considerados como as mais graves infrações à ordem econômica. Estes cartéis se caracterizam, notadamente, por tratar-se de um acordo entre concorrentes que possuem uma estruturação institucionalizada e perene, ou seja, possuem uma intenção de durabilidade e manutenção do acordo e possuem algum grau de organização interna que permite uma sofisticada coordenação entre os agentes, como um monitoramento interno do cumprimento do acordo ou, até mesmo, compensações e punições entre seus membros.

Por sua nocividade, aliás, a maioria dos países que adota uma política de defesa da concorrência dá tratamento *per se* ao cartel clássico, dispensando a prova acerca dos prejuízos do cartel para reprimi-lo e presumindo seus efeitos nocivos a partir da comprovação da sua existência.



Neste sentido, o caso aqui abordado trata de uma conduta em que a simples comprovação de sua prática basta para caracterização do ilícito. Sendo, portanto, essa prática reprimida sob a ótica de análise *per se*.

Dito isto, passa-se a explicitar a dinâmica desse cartel e os demais contornos da investigação.

Considerando as especificidades do mercado e a alta probabilidade de práticas coordenadas tanto horizontal quanto verticalmente, a análise da SG foi feita distinguindo as duas etapas de comercialização de GLP, isto é, o (i) mercado de distribuição e de (ii) revenda.

Três eram as estratégias principais para dividir o mercado: (i) recusa de comercialização com revendedores abastecidos por alguma distribuidora concorrente; (ii) ameaça de retaliação contra os revendedores que comercializavam botijões de mais de uma distribuidora; (iii) e a divisão de clientes por meio do mecanismo do ajuste de tonelagem, pelo qual um revendedor somente podia trocar de bandeira, caso a distribuidora que estava perdendo o cliente fosse compensada pela outra distribuidora com um revendedor de volume de vendas equivalente.

A dinâmica do cartel no mercado de distribuição de GLP envolvia a coordenação entre distribuidoras e revendedores para fixar preços, dividir mercados e impor restrições verticais. Esse esquema resultou na eliminação da concorrência e no domínio do mercado de GLP no Distrito Federal e seu entorno.

Além disso, a dinâmica incluía a troca de informações entre os participantes do cartel, o que, embora por si só possa parecer inócuo, quando combinado com outras práticas como divisão de mercado e fixação de preços, caracteriza-se como prática anticompetitiva. A materialidade dessas práticas foi bem documentada e contribuiu para a condenação dos envolvidos.

No segmento de revenda, a dinâmica do cartel também se mostrou prejudicial. As práticas envolviam a coordenação entre revendedores para fixar preços, dividir mercados e executar retaliações contra quem não aderira ao acordo. Essas ações estavam alinhadas com as práticas no mercado de distribuição, criando um ambiente controlado que limitava severamente a competição.

Diante das provas colhidas no decorrer do Processo Administrativo, foi possível concluir que o cartel, mesmo atuando em duas áreas de comercialização do GLP, teve considerável êxito nas condutas anticompetitivas.

Em relação ao mercado de revenda de GLP, o cartel teve sua manutenção facilitada em razão da colaboração dos revendedores de GLP com representatividade e influência na categoria. A participação dos revendedores deu-se, especialmente, pelo auxílio no monitoramento dos ajustes de preços definidos pelo cartel, à medida em que apontavam aos consultores de venda das distribuidoras os varejistas que descumpriam os alinhamentos de preços, levando à punição desses.

Em meados de setembro o Tribunal do CADE decidiu pela condenação de 6 empresas e 16 pessoas físicas por prática de cartel. Dentre as pessoas jurídicas condenadas pela prática de cartel, 25 atuavam no mercado de revenda de GLP e uma no mercado de distribuição do produto. Já dentre as 16 pessoas físicas penalizadas, 14 detinham cargos de sócio ou exerciam poderes de administração.

Além das condenações, o Tribunal determinou o arquivamento do processo para 14 compromissários que cumpriram as obrigações previstas nos Termos de Compromisso de Cessação (TCCs). Também determinou o arquivamento para nove pessoas físicas e seis pessoas jurídicas por insuficiência de provas.

O cartel teve um impacto econômico considerável, resultando em aumentos injustificados dos preços do gás. Inspeções realizadas pelo Procon/DF constatou uma elevação de preços sem repasses de custos correspondentes pelas refinarias. Tais práticas não apenas inflacionaram os preços para o consumidor final, mas também distorceram as dinâmicas competitivas do mercado.

### **Cartel de Sacos de Lixo<sup>15 16</sup>**

O caso, considerado um cartel clássico, merece destaque em razão da imposição, às pessoas físicas, das penas não pecuniárias de proibição de

---

<sup>15</sup> Processo Administrativo nº 08700.005789/2015-02

<sup>16</sup> SEI nº 1287238

exercer comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica. A penalidade está prevista no artigo 38, inciso VI da Lei 12.529/2011.

Antes de adentrar na atuação do CADE na aplicação deste tipo de pena, passo a discorrer sobre a dinâmica do cartel aqui analisado.

Primeiramente, cumpre informar que o caso foi iniciado a partir de representação do Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado do Ministério Público do Estado de São Paulo – Núcleo Bauru (“GAECO/Bauru”), relatando suposto cartel em licitações públicas para aquisição de sacos de lixo, realizadas por municípios de vários Estados brasileiros, como São Paulo (foco central da conduta anticompetitiva), Minas Gerais, Paraná, Mato Grosso e Mato Grosso do Sul.

A instrução processual contou com o compartilhamento de provas pelo MP/SP, autorizado judicialmente, consistentes em: (i) áudios de interceptações telefônicas e demais informações obtidas no âmbito da investigação conduzida pelo GAECO/Núcleo Bauru na Operação Colludium (Processo Criminal nº 357/95-2014, em curso perante a 2ª Vara Criminal da Comarca de São Manuel/SP), (ii) documentos apreendidos em endereços ligados a empresas e pessoas físicas Representadas; e (iii) transcrições de interceptações telefônicas e cópia integral da denúncia oferecida pelo MP/SP.

O acordo colusivo se caracterizava pelo ajuste de comissões entre concorrentes, pagas aos licitantes que ofereciam cobertura ou retiravam suas propostas em leilões, estabelecendo um rodízio de vencedores nos certames e impondo prejuízos aos agentes econômicos fora do conluio.

Frequentemente, grande parte dos Representados se reunia e mantinha conversas telefônicas de caráter anticompetitivo, inclusive nos locais dos certames, para discutir e firmar acordos sobre preços, condições, vantagens e abstenções em licitações públicas para a aquisição de sacos de lixo por diversos municípios, especialmente no Estado de São Paulo.

Outra estratégia dos membros do cartel foi a apresentação de propostas de cobertura seguida da retirada de lances, com o objetivo de aumentar artificialmente o preço da proposta vencedora para além do praticado no mercado.

O cartel também envolvia o pagamento de compensações financeiras entre seus membros, como forma de aumentar as vantagens comerciais do grupo. Por meio dessa estratégia, os membros do cartel escolhiam o vencedor de um determinado certame, que, em troca, pagava um “prêmio” (geralmente 10% do valor da venda) a ser dividido entre os demais.

Também foram identificadas medidas de retaliação contra empresas que não aderiram ao cartel e a divisão do mercado entre seus membros. Em leilões de grande volume e com muitos lotes, os cartelistas dividiam os lotes entre si, evitando a concorrência direta.

As provas reunidas nos autos levaram à conclusão da existência de um cartel clássico, com a finalidade de limitar a livre concorrência em licitações públicas para a aquisição de sacos de lixo, mediante a combinação de condições comerciais, preços e vantagens; apresentação de propostas de cobertura, supressão de propostas e rodízio entre vencedores; além de retaliação a agentes dissidentes e compensações financeiras entre seus membros.

Ficou comprovado que os integrantes do cartel utilizavam um sistema de rodízio para definir os ganhadores de cada licitação, apresentando propostas de cobertura e suprimindo propostas no decorrer dos procedimentos licitatórios. Diante de todo o arcabouço fático e probatório o Tribunal do Cade condenou, sete empresas e 15 pessoas físicas por integrarem um cartel que causou prejuízos em licitações públicas destinadas à aquisição de sacos de lixo. As multas determinadas aos envolvidos na prática ilícita alcançam R\$ 14,5 milhões.

O colegiado também decidiu pela proibição, no prazo de cinco anos, de participação em licitações realizadas pela Administração Pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal e determinou ainda a publicação, em meia página e a expensas do infrator, em dois jornais brasileiros de grande circulação, de extrato da decisão condenatória, por dois dias seguidos, de duas semanas consecutivas.

Também foi imposto às pessoas físicas condenadas a proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, e de exercer funções de administrador em pessoas jurídicas, pelo prazo de 3 (três) anos.

Ocorre que a aplicação desse tipo de penalidade pelo CADE é pouco usual. Mesmo depois de mais de 10 anos da sua inclusão na norma de defesa da concorrência, a pena não pecuniária foi fixada em apenas 5 casos do histórico de decisões da autarquia. O ponto em comum dessas decisões é que todos os processos investigaram a conduta colusiva de cartel.<sup>17</sup>

A imposição de penas não pecuniárias a pessoas físicas envolvidas em ilícitos concorrenciais, vai ao encontro de práticas, recomendações e tendências verificadas em outras jurisdições, como política de *enforcement* da legislação concorrencial.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) enfrenta desafios significativos na análise de fusões e aquisições, bem como na repressão de práticas anticompetitivas. Em 2023, a autarquia lidou com a complexidade das investigações, a necessidade de equilibrar benefícios econômicos com riscos concorrenciais, e a gestão de longos processos judiciais que impactam a dinâmica de mercado.

A análise de atos de concentração e condutas anticompetitivas demanda uma compreensão aprofundada das dinâmicas de mercado. O CADE precisa balancear os ganhos de eficiência esperados com os riscos de redução de competição. Por exemplo, na aquisição da DPA Brasil pela Lactalis, foi necessário implementar um Acordo em Controle de Concentrações (ACC) para mitigar os riscos concorrenciais para o setor de laticínios.

Outro grande desafio é avaliar se os benefícios de uma fusão, como eficiências operacionais e melhoria na qualidade dos produtos, superam os potenciais impactos negativos, como aumento de preços e redução da inovação. No caso da Telefônica Brasil e Winity, o compartilhamento de infraestrutura visou ganhos operacionais, mas levantou preocupações sobre possíveis barreiras à entrada para novos competidores.

---

<sup>17</sup> Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/400458/proibicao-de-exercer-comercio-em-nome-proprio-ou-como-representante>

Casos mais complexos e prolongados, como a aquisição da Garoto pela Nestlé, podem criar incertezas no mercado. Este caso exemplificou a dificuldade enfrentada na reversão de operações já consolidadas e os desafios em manter um mercado competitivo durante longos períodos de litígio.

Em 2023, foram analisados 611 atos de concentração, dos quais a maioria foi aprovada sem restrições. Contudo, a necessidade de intervenções, como a reprovação ou aprovação condicionada, indica a vigilância contínua da autarquia para evitar abusos de poder econômico.

A repressão a cartéis e outras práticas anticompetitivas é uma função crucial. O combate a cartéis, como no caso do GLP e dos sacos de lixo, mostra a eficácia do CADE em identificar e punir práticas lesivas. No entanto, a aplicação de penalidades, especialmente as não pecuniárias, podem ser melhores exploradas.

A análise dos casos de 2023 revela um cenário de complexidade crescente, onde a autarquia precisa lidar com mercados dinâmicos e sofisticados. As intervenções do CADE, através de acordos, reprovações e penalidades, refletem um esforço contínuo para mitigar os riscos à concorrência e promover um ambiente de negócios saudável.

A efetividade dessas medidas, no entanto, depende de uma análise detalhada e de um monitoramento rigoroso, assegurando que os benefícios das operações sejam repassados à sociedade sem comprometer a livre concorrência.

## **RESUMO BIOGRÁFICO**

### ***Alexandre Barreto De Souza***

Alexandre Barreto de Souza é Superintendente-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Foi Presidente da mesma Instituição entre junho de 2017 e junho de 2021. Doutorando em Ciência Política pela Universidade de Lisboa (ULisboa), mestre em Administração Pública pela Universidade de Brasília (UnB). Funcionário público de carreira desde 1993, atuou em órgãos como Tesouro Nacional, Receita Federal, Senado Federal e Tribunal de Contas da União.

### ***Tatiane Oliveira Negreiros***

Tatiane Oliveira Negreiros é Assessora Técnica no Gabinete da Superintendência-Geral do Cade. Anteriormente, trabalhou por mais de sete anos em consultoria na área de Direito Concorrencial. É formada em Direito pela Universidade Paulista e Pós-graduada em Direito Tributário.





# **ADVOCACY NO CADE: EXEMPLOS PRÁTICOS DA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA**

## **ADVOCACY EN EL CADE: EJEMPLOS PRÁCTICOS DE LA EXPERIENCIA BRASILEÑA**

*Lílian Santos Marques Severino*

*Gerson Carvalho Bênia*

*Camila Sanson Pererira Bastos*

### **RESUMO**

A Lei nº 12.529/2011 estabelece competências ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica no âmbito preventivo, repressivo e educativo. Especificamente na matéria educativa, o Cade vem desenvolvendo diversas atividades para fomentar a cultura da concorrência no Brasil. Dentre essas atividades, tem-se as ações de *advocacy* perante outros formuladores de políticas governamentais através de interações entre a autoridade de defesa da concorrência com o poder público, o setor privado e a sociedade. Diante desse contexto, este estudo se propõe a explorar o panorama da atuação de *advocacy* pela autoridade brasileira nos últimos anos, bem como traz exemplos práticos, para fins ilustrativos a relação entre regulação e concorrência sob a perspectiva do direito e da economia, iniciando com a análise da experiência recente da autoridade brasileira em termos de *advocacy* com exemplos práticos de cada uma das quatro demandas mais comuns do DEE/Cade para ilustrar o tema, são elas: estudos temáticos, análises de propostas legislativas, análise de normativos propostos por agências reguladoras e demandas de Ministérios/outras órgãos.

**Palavras-chave:** Concorrência - Iniciativas de *Advocacy* - Brasil.

### **RESUMEN**

La Ley 12529/2011 establece las competencias del Consejo Administrativo de Defensa Económica en el ámbito preventivo, represivo y educativo. Específicamente en el campo educativo, el CADE viene

desarrollando varias actividades para fomentar la cultura de la competencia en Brasil. Entre ellas se incluyen actividades de promoción de la competencia ante otros organismos gubernamentales a través de interacciones entre la autoridad de defensa de la competencia y el poder público, el sector privado y la sociedad. En este contexto, ese estudio propone explorar el panorama de actuación de la promoción de la competencia por la autoridad brasileña en los últimos años, así como presentar ejemplos prácticos para ilustrar la relación entre regulación y competencia desde la perspectiva del derecho y la economía. El análisis comienza con la experiencia reciente de la autoridad brasileña en términos de promoción, presentando ejemplos de cada una de las cuatro demandas más comunes del Departamento de Estudios Económicos del CADE: estudios temáticos, análisis de propuestas legislativas, análisis de normativas propuestas por agencias reguladoras y demandas de Ministerios y otros organismos.

**Palabras clave:** Competencia - Iniciativas de Promoción de la Competencia - Brasil.

## INTRODUÇÃO

A Lei nº 12.529/2011, Lei de Defesa da Concorrência, confere ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) a competência para a prevenir e reprimir as infrações contra a ordem econômica (BRASIL, 2011). Em linhas gerais, a autoridade antitruste brasileira atua de preventivamente no âmbito do controle de estruturas, analisando fusões, aquisições de controle, incorporações e outros atos de concentração econômica entre grandes empresas que possam colocar em risco a livre concorrência. Sua atuação repressiva, por outro lado, objetiva investigar, em todo o território nacional, e, posteriormente, julgar eventuais condutas anticompetitivas, nos termos do art. 36 da referida Lei. Além destas atribuições, o Cade, em conjunto com a Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade (SEAE) – com competências exercidas hoje pela Secretaria de Reformas Econômicas (SRE),<sup>18</sup> do Ministério da Fazenda - desempenha um papel educativo, instruindo o público em geral sobre as diversas formas de infração da ordem econômica e os modos de sua prevenção e repressão.

No âmbito educativo, o Cade vem desenvolvendo atividades para fomentar e estimular estudos e pesquisas acadêmicas sobre o tema, firmando parcerias com universidades, institutos de pesquisa, associações e órgãos governamentais. Isso inclui a organização ou apoio a cursos, palestras, seminários e eventos relacionados à concorrência, além de publicações, como a Revista de Defesa da Concorrência. Outra função essencial do Cade é a realização de ações de *advocacy* para fortalecer questões concorrenciais perante outros formuladores de políticas governamentais. Essas ações, consideradas como um dos principais objetivos da Lei de Defesa da Concorrência, são realizadas através de interações entre a autoridade de defesa da concorrência com o poder público, o setor privado e a sociedade.

As interações com o setor privado e a sociedade civil possuem mais relação com as funções repressiva e preventiva. No caso da sociedade civil, é especialmente relevante fornecer orientação para que esta possa identificar e até mesmo denunciar condutas anticompetitivas, já para o setor privado, busca-se esclarecer condutas que possam ser reputadas como anticompetitivas. Por fim, mas não menos importante, as interações com o

---

<sup>18</sup>Decreto 11.907/2024. Art. 52: Compete à Secretaria de Reformas Econômicas está: “VIII - exercer as competências previstas no art. 19 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011”

poder público visam a abordagem de situações, especialmente, regulatórias, que estejam impondo obstáculos à livre concorrência.

De acordo com a teoria microeconômica, a regulação objetiva endereçar importantes falhas de mercado, que impedem os mercados de atingir um nível de Eficiência de Pareto.<sup>19</sup> É necessário, muitas vezes, que o governo atue para corrigir ou minimizar essas falhas, que podem ter diferentes fontes e efeitos como informações assimétricas, externalidades positivas e negativas, bens públicos, custos de transação dentre outras. Toda intervenção governamental gera consequências, sendo, portanto, crucial direcionar os esforços para setores em que as falhas de mercado são mais intensas e que sua intervenção pode realmente fazer a diferença de forma positiva.

No entanto, ao tomar decisões, como a regulação de mercados, as autoridades governamentais devem considerar uma perspectiva ampla dos seus possíveis efeitos, para evitar a imposição de regulações desnecessárias ou elaborá-las da melhor maneira possível para manter um ambiente concorrencial saudável. O Brasil, como outras economias com histórico de empresas estatais e profunda regulação, necessita de melhorias contínuas para promover uma aceitação ampla dos princípios concorrenciais, conforme apontado pela (OECD, 2019).

Considerando que não compete ao Cade o papel de regular mercados, mas sim atuar de forma preventiva, repressiva ou educativa em termos concorrenciais em todos os mercados, a presente discussão abordará a experiência da autoridade brasileira em sede de *advocacy*, nos últimos anos; e especificamente, apresentará exemplos práticos, para fins ilustrativos.

## **ATUAÇÃO DO CADE EM SEDE DE *ADVOCACY***

Segundo o artigo 11 do Regimento Interno do Cade, o Departamento de Estudos Econômicos (DEE) é responsável por “elaborar estudos e pareceres econômicos, de ofício ou por solicitação do Plenário do Tribunal, do Presidente, do Conselheiro-Relator ou do Superintendente-Geral, zelando pelo rigor e pela atualização técnica e científica das decisões do Cade” (CADE, 2021).

---

<sup>19</sup> A eficiência de Pareto corresponde a um equilíbrio no qual não é possível melhorar a situação de um agente sem piorar a situação de outro agente econômico.

Nesse sentido, a atuação do Cade em sede de *advocacy* nos últimos anos (2017-2023) concentrou-se principalmente nas atividades do DEE, embora não exclusivamente. Entre as demandas mais comuns estão:

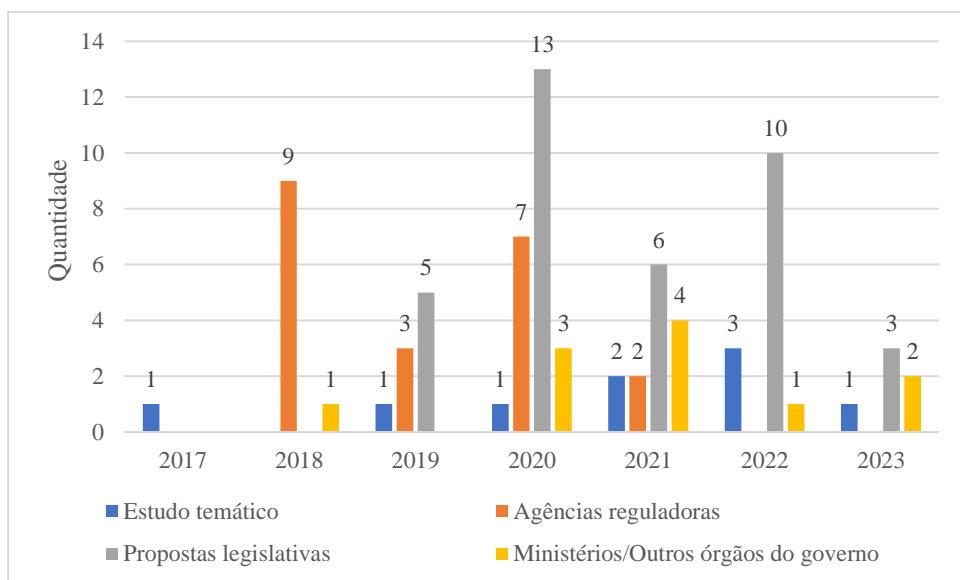
- Elaboração de estudos temáticos – subclassificados como “Estudo temático”;
- Manifestação em casos de propostas legislativas – subclassificadas como “Propostas legislativas”;
- Manifestação em consultas públicas, tomadas de subsídios ou propostas de regulamentações de agências reguladoras – subclassificadas como “Agências Reguladoras”; e
- Posicionamento técnico sobre questões concorrenciais específicas formuladas por Ministérios (incluindo notas sobre defesa comercial) ou outros órgãos do Governo (por exemplo TCU) – subclassificados como “Ministérios/Outros órgãos do governo”.

As subclassificações acima visam sistematizar os diferentes tipos de manifestações realizadas pelo Cade, atuando na advocacia da concorrência, e podem ser brevemente definidas segundo as demandas que visam atender: os “Estudos Temáticos” geralmente se originam da necessidade identificada por alguma instância do Cade (por exemplo, Superintendência-Geral, Tribunal, etc.) de se aprofundar o estudo de algum aspecto de um mercado que pode estar influenciando a atuação dos agentes econômicos e afetando o ambiente concorrencial; “Propostas Legislativas” são avaliações de efeitos concorrenciais de Projetos de Lei em tramitação no Poder Legislativo; “Agências Reguladoras” refere-se a manifestações sobre normas emitidas ou em análise por parte de agências reguladoras; “Ministérios/Outros Órgãos do Governo” inclui manifestações para atender demandas diversas como as realizadas por Ministérios sobre normas ou políticas públicas a serem implementadas, ou, ainda pedidos de manifestações por parte do Poder Judiciário em temas relativos à defesa da concorrência ou especificamente sobre análises ou decisões do Cade em casos concretos.

Um levantamento interno indica que no período de 2017-2023 foram elaboradas 78 notas técnicas pelo Departamento de Estudos Econômicos no âmbito de *advocacy*. Com base no Gráfico 1 percebe-se que a partir de 2020

houve um crescimento expressivo na quantidade de notas técnicas de *advocacy* emitidas pelo Departamento de Estudos Econômicos e esse movimento está diretamente relacionado a uma mudança estrutural que criou a Coordenação de Estudos de Mercado e Advocacia da Concorrência (CEMAC), reforçando a elaboração de estudos de mercado e de notas técnicas que versassem sobre *advocacy*. Além disso, é necessário destacar o pico de notas técnicas produzidas pelo DEE em 2020 no que tange a propostas legislativas, sendo que um fator que contribuiu para esse resultado foi a quantidade de propostas de alterações no arcabouço legal brasileiro cujo objeto possuía relação com os efeitos da pandemia da Covid-19 e que possuíam capacidade de gerar efeitos concorrenciais negativos.

**Gráfico 1 – Evolução da quantidade de notas técnicas do DEE no âmbito de *advocacy* por ano e subclassificação**



Fonte: Elaboração própria com base nos dados do DEE/Cade.

É importante ressaltar que as iniciativas de *advocacy* nem sempre resultam em notas técnicas, podendo incluir outros produtos (por exemplo, pareceres ou contribuições internas para subsidiar outros órgãos do próprio Cade), como mencionado anteriormente, o que torna essas estimativas apenas uma *proxy*, possivelmente subdimensionada. Portanto, é razoável concluir que os esforços realizados foram, na verdade, mais abrangentes do que sugerem os números.

Para que seja dada uma perspectiva prática dessas iniciativas, na próxima seção será destacado uma nota técnica por subclassificação (estudos temáticos, análise de propostas legislativas, agências reguladoras e ministérios e outros órgãos).

## **EXEMPLOS PRÁTICOS DE INICIATIVAS DO CADE EM *ADVOCACY***

### **Estudos Temáticos: Comercialização de Automóveis – Nota Técnica nº 28/2022/DEE/CADE<sup>20</sup>**

Em setembro de 2022, a Nota Técnica nº 28/2022/DEE/CADE apresentou a avaliação dos efeitos concorrenciais gerados pela Lei nº 6.729/1979, a Lei Ferrari, que regula as relações entre fabricantes de veículos automotores e seus concessionários.

Foi tecido um breve histórico sobre a lei, ressaltando que ela foi criada com o objetivo de regulamentar a concessão comercial no mercado automotivo. Destacou-se que o diploma legal era considerado um marco para a comercialização de automóveis no Brasil e que surgiu como forma de equilibrar a relação entre as multinacionais (que representam a indústria de fabricação ou montagem de veículos automotores) e os concessionários locais (que comercializam os produtos junto ao público final e prestam assistência técnica). Dentre outros assuntos, a referida lei estabelece condições específicas para (i) a delimitação da área geográfica para comercialização de veículos de uma marca específica, (ii) a prestação dos serviços de assistência técnica, garantia e revisão, (iii) o uso gratuito da marca do produtor, (iv) a exclusividade recíproca em relação aos produtos e à marca e (v) o prazo de vigência do contrato de concessão comercial.

Em linhas gerais, foram apresentados dados do setor automotivo, destacando a evolução do mercado desde o período em que a Lei Ferrari foi publicada. Apresentou-se uma análise da intervenção estatal em questões comerciais privadas. Destacou-se, também, que a Lei Ferrari continha

---

<sup>20</sup> CADE. Nota Técnica 28/2022. Processo 08700.004111/2020-61. Disponível em [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?HJ7F4wnIPj2Y8B7Bj80h1lskjh7ohC8yMfhLoDBLddY4nDQiVSkm2S7WQBm\\_jFGVe4aHGCIOLHG62-Q13uAUIRj2xHMDXOJrHQFGPKG9wQtJMNrUKhT\\_IKJWzMUkEpL](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?HJ7F4wnIPj2Y8B7Bj80h1lskjh7ohC8yMfhLoDBLddY4nDQiVSkm2S7WQBm_jFGVe4aHGCIOLHG62-Q13uAUIRj2xHMDXOJrHQFGPKG9wQtJMNrUKhT_IKJWzMUkEpL). Acesso em 30/05/2024.

diversos dispositivos que atuam como intervenções excessivas do Estado nas relações comerciais ente os agentes do setor, advertindo-se para o fato de que por mais que a regulação de um setor específico vise proporcionar benefícios para a economia, há sempre um risco grande de que tal intervenção estatal possa resultar em efeitos concorrenciais negativos, que podem ser prejudiciais ao desenvolvimento desse setor.

É importante destacar que a Lei Ferrari foi publicada em 1979 em um contexto de uma economia brasileira fortemente marcada pela intervenção estatal na economia e um mercado automobilístico dominado por quatro grandes fabricantes (General Motors, Ford, Volkswagen e Fiat). Daquela época para os tempos atuais, a economia brasileira evoluiu para um modelo de menor intervenção direta do Estado na economia, consagrando os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência como norteadores dessa visão, visão consolidada pela publicação da Lei nº 13.874/2019, a Lei de Liberdade Econômica (LLE), que traz entre seus princípios “*a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas e a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas*” (BRASIL, 2019). Em 2022, o mercado de automóveis no Brasil era disputado por mais de vinte fabricantes e o país se situava entre os dez maiores mercados mundiais.

Adotou-se o *toolkit* para avaliação concorrencial de leis e normas regulatórias da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OECD, 2019) como metodologia de análise. Foi feita uma avaliação da Lei Ferrari usando tal ferramenta e concluiu-se que algumas das características apontadas como anticoncorrenciais eram encontradas em maior ou menor grau em dispositivos da Lei Ferrari. Adicionalmente, foi reforçada a atuação do Cade, mediante manifestações do DEE, em sede de advocacia da concorrência, contra a inclusão em leis e projetos de lei de regras que representassem uma intervenção direta do Estado na economia e/ou uma restrição à liberdade dos agentes econômicos.

Ainda na linha dos efeitos da intervenção estatal em decisões que deveriam ser privadas, observou-se que alguns itens da Lei Ferrari dificultavam o estabelecimento de um ambiente competitivo no mercado automobilístico brasileiro, efeitos que se refletiam em limitação a escolhas dos consumidores.



Foi apontado o risco de que os agentes encontrem estímulos à adoção de condutas anticompetitivas no mercado automotivo. Ressaltou-se que a uniformidade de preços e condições de pagamento entre os concessionários poderia gerar efeitos semelhantes a uma política de transparência de preços, na medida em que os concessionários sabem quais os custos incorridos pelos seus concorrentes ao adquirirem seus produtos.

Também foi mencionado que outra distorção gerada pela Lei Ferrari seria a da dupla marginalização. Tal risco deriva da relação de exclusividade entre o fabricante e a concessionária para comercializar veículos de determinado fabricante em uma determinada área geográfica.

Foram identificadas ainda restrições verticais que constam na Lei Ferrari e são incluídas, ou pelo menos é permitido que se inclua, nos contratos de concessão e no decorrer das operações entre montadoras e concessionárias. Destacou-se que a Lei estabelece regras que implicam restrições verticais partindo de um princípio que tais regras geram benefícios para os agentes do mercado, especialmente fabricantes de veículos automotores e seus concessionários. Entretanto, não considera a possibilidade de que tais regras produzam efeitos anticompetitivos. Dentre as restrições verticais possibilitadas pela Lei Ferrari, cita-se: contrato de exclusividade, restrição territorial, estabelecimento de cotas de produtos para as concessionárias, exigência de estoque mínimo para as concessionárias e índice de fidelidade em relação à aquisição obrigatória de componentes e peças de reposição para os veículos fornecidos pelos fabricantes.

Embora não haja na Lei uma isenção à análise da autoridade de defesa da concorrência, observou-se que empresas do setor sempre poderão justificar práticas potencialmente abusivas com a alegação de que as mesmas estão respaldadas pelo texto da Lei específica que rege as relações entre fabricantes e concessionários. Portanto, a Lei restringe ou dificulta em alguma medida a ação da autoridade antitruste na apuração e punição de possíveis condutas anticompetitivas nos mercados de distribuição de veículos automotores no Brasil.

Em sede de conclusão, foi mencionado que o estímulo a um maior nível de competitividade e a eliminação de regras que limitam a concorrência nesse mercado fazem-se necessárias para desenvolver um ambiente realmente competitivo no mercado automotivo brasileiro, e com isso gerar uma melhoria de bem-estar ao consumidor final em termos de preços menores e

maior qualidade e variedade dos produtos e serviços prestados e incentivo à inovação.

Dessa forma, o Departamento de Estudos Econômicos do Cade entendeu que a regulação das relações entre fabricantes e concessionários de veículos automotores, materializada na Lei Ferrari, deve ser revisada no sentido de reduzir ou eliminar a intervenção do Estado e de aproximar esse mercado de um ambiente de livre concorrência, do qual decorrem benefícios para toda a sociedade.

Em 2023, o Ministério Público Federal, utilizando a Nota Técnica nº 28/2022/DEE/CADE como um dos fundamentos, entrou com ação junto ao Supremo Tribunal Federal, questionando dispositivos da Lei Ferrari, em face do princípio constitucional da livre concorrência.

## **Propostas Legislativas: Regulação de preços e oferta de combustíveis – Nota Técnica nº 07/2022/DEE/CADE**

Em março de 2022, o DEE publicou a Nota Técnica nº 7/2022/DEE/CADE<sup>21</sup> que fez uma análise do Projeto de Lei nº 1.873/2021, que institui o Programa Nacional dos Combustíveis Avançados Renováveis com vistas a incentivar o desenvolvimento de pesquisa, produção e consumo desse tipo de combustível no Brasil. A justificativa para o Projeto de Lei mencionava os objetivos de a diversificação da matriz energética nacional, de preservação ambiental e o desenvolvimento sustentável.

Inicialmente, deve-se contextualizar que no Brasil, normas regulatórias determinam que um determinado percentual de biodiesel deve ser adicionado ao óleo diesel produzido pelas refinarias (diesel A), o que resulta na produção do “diesel B”, produto vendido ao consumidor final. Norma da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), que regula o setor, define que atualmente o biocombustível à base de éster (FAME - *Fatty Acid Methyl Esters*) pode ser enquadrado como

---

<sup>21</sup> CADE. Nota Técnica 7/2022. Processo nº 08027.000179/2022-22. Disponível em [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?HJ7F4wnIPj2Y8B7Bj80h1lskjh7ohC8yMfhLoDBLddYB-Pn-bWr\\_V6YxAjwwVMOtObI6YbjmFTegeScBt8JDSZmju6DJ\\_QGjogitooJY7irW2nLS3-G61jXgb6QnBRPJ](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?HJ7F4wnIPj2Y8B7Bj80h1lskjh7ohC8yMfhLoDBLddYB-Pn-bWr_V6YxAjwwVMOtObI6YbjmFTegeScBt8JDSZmju6DJ_QGjogitooJY7irW2nLS3-G61jXgb6QnBRPJ) Acesso em 30/05/2024.

biodiesel, mas outras formas químicas, como HVO (*Hydrotreated Vegetable Oil*), de base parafínica, não seriam enquadráveis como tal. O HVO é um biocombustível de 2ª geração, mais eficiente que o biodiesel FAME atualmente regulamentado e produzido no Brasil. Notou-se ainda que estes dois produtos não eram as únicas alternativas para o aumento da produção de combustíveis renováveis. Outra possibilidade seria a regulação do “diesel de coprocessamento”, que se obtém por meio da produção conjunta em um único estágio de diesel A (fóssil) com parcela renovável a partir de óleos minerais. No entanto, esta formulação ainda não estava regulamentada pela ANP.

Sobre o Projeto de Lei analisado, ressaltou-se que ele ratificava a distinção entre os produtos “diesel verde” e “biodiesel”, ou seja, mantinha a definição de biodiesel para o produto já inserido na matriz energética (FAME) e definia como “diesel verde” os biocombustíveis produzidos a partir de recursos renováveis com as tecnologias mais avançadas conhecidas como de biocombustível de 2ª geração ou biocombustíveis renováveis avançados.

Além disso, a proposta legislativa determinava que os percentuais de diesel verde a serem adicionados ao diesel A, para formulação do diesel B vendido ao consumidor, deveriam respeitar “*o percentual mínimo obrigatório de biodiesel previsto em legislação*” (art. 4º). Isso significa, que os percentuais já definidos para o biodiesel FAME seriam mantidos e que a adição de biodiesel verde (ou de 2ª geração) deveria ser acrescida com uma consequente redução do percentual do diesel A no produto vendido ao consumidor.

Portanto, ao invés de considerar os tipos de biodiesel como substitutos, aderindo a uma tendência mundial onde se verifica a substituição do biodiesel de 1ª geração pelo biodiesel de 2ª geração, produzido com novas tecnologias e com resultados superiores em termos de desempenho e efeitos ambientais, o Projeto de Lei os tornava produtos complementares, eliminando a concorrência entre esses produtos de tecnologias diferentes, porém com a mesma utilidade para o consumidor, e estabelecendo uma proteção para os produtores de biodiesel de 1ª geração já estabelecidos no mercado nacional.

Argumentou-se que embora os tipos de biocombustíveis para uso em motores a ciclo diesel pudessem ser oriundos de tecnologias diferentes, o arcabouço regulatório deve garantir a concorrência entre os combustíveis substitutos para o consumidor escolher o produto mais eficiente (de menor custo por quilômetro rodado). Caso contrário, a regulação impediria a escolha

mais favorável ao bem-estar do consumidor. É imprescindível, portanto, a partir de critérios pré-determinados de garantia da qualidade, conferir liberdade de escolha ao consumidor para os bens que são substitutos.

Ressaltou-se, também, que o efeito limitador da concorrência e das escolhas do consumidor, com efeitos concorrenciais, econômicos e ambientais negativos para a sociedade, derivado dessas definições presentes no Projeto de Lei, se tornariam mais dramáticas considerando que há uma tendência de aumento da demanda por biocombustíveis avançados.

Adicionalmente, foram feitas considerações sobre a criação de barreira à entrada regulatórias no mercado de biodiesel. Explicitou-se que, para o mercado de biodiesel, a participação do biodiesel importado de forma a amparar a contestação do mercado internacional apenas seria permitida a partir de 2023. Além disso, o mercado de biodiesel apresenta reservas de mercado que podem dificultar a busca por maior eficiência pelos agentes. Nesse mercado, as usinas detentoras do Selo Biocombustível Social<sup>22</sup> detêm participação assegurada de 80% do biodiesel comercializado, limitando a possibilidade de contestação do biodiesel importado para abastecimento interno. São características que restringem a concorrência do mercado de biodiesel cujo efeito esperado é prejudicial ao consumidor, apesar do mérito da política para a agricultura familiar. Isto decorre do risco de que a participação mínima obrigatória mantenha no mercado usinas de biodiesel que não teriam competitividade para estarem caso tivessem de competir em igualdade de condições com os demais produtores.

Tais restrições naturalmente se refletem em custos maiores do biodiesel comparativamente ao óleo diesel A, o que implica maiores gastos para o consumidor na aquisição de combustível e, conseqüentemente, em perda de bem-estar resultado das falhas de competição citadas. Com efeito, verificou-se um substantivo descolamento do preço do diesel B (com adição de biodiesel) em relação ao preço do diesel A, nos anos de 2020 e 2021.

Analisando o Projeto de Lei, mencionou-se que ele trazia proposta que vai no sentido contrário ao estímulo à competição entre biocombustíveis, especialmente tipos diferentes de biodiesel, optando por preservar a proteção

---

<sup>22</sup> O Selo Biocombustível Social é conferido pelo Ministério do Desenvolvimento Agrário e Agricultura Familiar (MDA) para empresas processadoras do biodiesel que trabalham com matéria-prima produzida por agricultores familiares.

ao biodiesel FAME e criar uma nova proteção ao diesel verde, sem expressa menção a outras tecnologias de produção de combustíveis renováveis que não se enquadrem na categoria “diesel verde”.

Dessa forma, entendeu-se que o Projeto de Lei nº 1.873/2021 poderia produzir efeitos negativos sobre a concorrência, investimentos e bem-estar do consumidor no mercado de biocombustíveis. Acrescentou-se que, uma alternativa possível para dar seguimento ao projeto de lei, seria o mesmo permitir, claramente, que o diesel B seja uma mistura de diesel A adicionado de qualquer biocombustível compatível e igualmente intercambiável. Devendo permitir, ainda, que os mandatos de biocombustíveis (percentuais de biocombustíveis a serem adicionados ao diesel A) sejam disputados por todos potenciais concorrentes, tenham eles quaisquer nomes especificados. Tais mandatos, também, não poderiam ser pré-determinados, rigidamente, por lei, sendo aconselhável que o sejam por meio de determinação do Ministério setorial ou de Agência Reguladora, já que tais entidades podem avaliar a necessidade de mudança do nível do mandato, ponderando questões econômicas específicas e de custo-benefício de maneira mais flexível.

O Projeto de Lei ainda se encontra em tramitação na Câmara dos Deputados.

### **Agências Reguladoras: Divulgação de preços de dispositivos médicos – Nota Técnica nº 2/2021/DEE/CADE<sup>23</sup>**

Em janeiro de 2021, em resposta ao questionamento feito pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) sobre os possíveis impactos concorrenciais da proposta de medida regulatória relativa ao monitoramento de preços no mercado de dispositivos médicos no Brasil, o DEE formulou a referida nota técnica.

Foi tecido um breve histórico sobre a questão, salientando que o debate objeto de análise se intensificou no Brasil, em 2015, com as denúncias

---

<sup>23</sup> CADE. Nota Técnica 2/2021. Processo 08700.000213/2021-99. Disponível em [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?mYbVb954ULaAV-MRKzMwwbd5g\\_PuAKStTINgP-jtCH5MdmPeznqYAOxKmGO9r4mCfJITXxOMN01pTgFwPLudA00j\\_ziSvIsRBjTbxecXt93O5Zl0aEYIz3A6XVvENT35](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?mYbVb954ULaAV-MRKzMwwbd5g_PuAKStTINgP-jtCH5MdmPeznqYAOxKmGO9r4mCfJITXxOMN01pTgFwPLudA00j_ziSvIsRBjTbxecXt93O5Zl0aEYIz3A6XVvENT35) Acesso em 30/05/2024.

de irregularidades na compra e utilização de Órteses, Próteses e Materiais Especiais (OPME) no mercado de dispositivos médicos. Os problemas apontados (venda de dispositivos com sobrepreço, recebimento de comissões irregulares, fraudes, desvios, etc.) foram objetos de investigações de Comissões Parlamentares de Inquérito na Câmara dos Deputados e no Senado Federal e também estudadas por um Grupo de Trabalho Institucional (GTI-OPME) instituído pelo Poder Executivo Federal. Dentre todas as propostas apresentadas, constam a estruturação e a implementação de um sistema de informações que permitiria integrar bases de dados nacionais para o monitoramento do mercado de dispositivos médicos implantáveis e para futuras ações de redução das assimetrias de informações, além da elaboração de proposta para flexibilizar a importação de dispositivos médicos implantáveis e ampliar a produção nacional desses produtos no Brasil.

A nota técnica do DEE/Cade apresentou uma revisão da literatura que destacou que o dilema relativo à publicação de preços dos produtos é objeto de diversos debates teóricos e empíricos, não somente no mundo acadêmico como também nos órgãos de regulação e de defesa da concorrência.

Especificamente sobre a proposta de monitoramento de preços formulada pela Anvisa. Ponderou-se que prever o efeito final de uma política de publicidade de preços não é algo simples, uma vez que depende das características do mercado e do resultado líquido de forças que agem simultaneamente.

Analisando especificamente o mercado brasileiro, a própria ocorrência da chamada “máfia das próteses” revela a capacidade de alguns agentes em conjunto influenciarem os preços aqui praticados. Apontou-se que o Cade, inclusive, possuía investigações em andamento sobre denúncias de práticas de cartel por parte de empresas fabricantes de equipamentos médicos.

Destacou-se que esses indícios causavam preocupações quando eram analisadas implementações de políticas de publicidade de preços. Em geral colusões tácitas ocorrem em mercados que apresentam três características básicas: um pequeno número de ofertantes, relevantes barreiras à entrada e conhecimento mútuo dos preços praticados pelos agentes do mercado. Considerando os indícios de que as duas primeiras características se aplicam aos mercados de produtos de saúde, inclusive o brasileiro, a publicação dos preços pretendida pela Anvisa deveria levar em consideração a mitigação de

questos que teriam o potencial risco de facilitar a ocorrência de colusões tácitas no mercado de dispositivos médicos no Brasil.

Além dos riscos de colusões, salientou-se também outros efeitos da divulgação de preços e de índices. Se por um lado aumenta o nível de informação dos agentes, essa divulgação tem o potencial risco de criar preços de referência. Esses preços de referência funcionam como uma espécie de indexador informal, contribuindo não só para disseminar pressões para aumento de preços em outros produtos e serviços como também para influenciar a expectativa futura dos agentes a respeito dos preços do próprio produto de referência.

Por outro lado, ressaltou-se a relevância de que fossem avaliados com mais cautela os benefícios que a adoção de tal política proporcionaria aos consumidores. Apesar da tendência de se concluir que a disponibilidade de informações sobre preços teria um impacto direto sobre as escolhas dos consumidores, no mercado de saúde isso não é necessariamente uma verdade. É provável que um paciente prefira ser atendido por um médico de sua confiança ou prefira adquirir medicamentos e equipamentos médicos de um determinado fabricante mesmo que estes sejam mais caros do que outras opções disponíveis. Outros fatores também podem desempenhar um papel determinante na escolha dos consumidores, como a distância de um hospital no caso de um tratamento prolongado, por exemplo. Tudo isso acaba por reduzir o valor esperado do benefício da implementação da política pretendida.

Desta forma, o Cade alertou a Anvisa que a implementação da publicidade de preços de dispositivos médicos no Brasil deveria se dar de forma cautelosa com a observação de alguns pontos que podem trazer efeitos anticoncorrenciais não desejados.

Recomendou-se que, caso a Anvisa implementasse essa medida, essa implementação fosse feita de forma cautelosa considerando que a forma de divulgação dos dados pode gerar elevações de preços ao consumidor final. Apresenta alguns pontos que merecem destaque como a agregação das informações a grupos de no mínimo 3 empresas; defasagem das informações no tempo em no mínimo 3 meses; publicação apenas dos valores mínimos, máximos e os percentis 35% e 65%; não divulgação de valores médios para evitar pontos focais; entre outros. Orienta-se ainda fazer todos os esforços possíveis para diminuir ou mesmo eliminar as barreiras existentes à entrada

de novos fornecedores nesse mercado, reduzindo protecionismos e requisitos burocráticos e estimulando as importações.

## **Ministérios/outros órgãos: Análise do Guia de Avaliação de Impacto Concorrencial de Novas Outorgas de Terminais Portuários (Guia AIC-TP) – Nota Técnica nº 35/2021/DEE/CADE<sup>24</sup>**

Em 2021, o Departamento de Estudos Econômicos (DEE) do Cade, elaborou a Nota Técnica nº 35/2021/DEE/Cade, visando fornecer subsídios a respeito das metodologias de análise propostas pelo Guia AIC-TP no âmbito da política de defesa da concorrência, atendendo solicitação do Ministério da Infraestrutura, responsável pela realização dos leilões de terminais portuários no Brasil, naquele período.

O Guia AIC-TP apresenta referências técnicas para a realização da Análise de Impacto Concorrencial (AIC), “especialmente as provenientes de licitações – arrendamentos portuários e concessões operacionais de portos organizados” (ANTAQ, 2021). Para tanto, a AIC busca estimular a concorrência na fase do leilão, estimulando a máxima participação de agentes econômicos na disputa pelo ativo em licitação, e após o leilão, projetando cenários para identificar efeitos concorrenciais futuros.

O DEE chamou atenção para (i) as integrações verticais entre empresas que atuam em cadeias logísticas que incorporam serviços portuários; e (ii) a formação de consórcios de empresas para participar de licitações. O Departamento reforçou que ambos quesitos citados não são considerados negativos em termos concorrenciais de forma *per se*, podendo inclusive trazer eficiências econômicas e benefícios à licitação. Entretanto a depender do caso, é possível que se identifiquem riscos concorrenciais associados a essas condutas.

---

<sup>24</sup> CADE. Nota Técnica nº 35/2021/DEE/CADE. Disponível em: [ei.cade.gov.br/sei/controlador.php?acao=protocolo\\_visualizar&id\\_protocolo=1086365&id\\_procedimento\\_atual=1059133&infra\\_sistema=100000100&infra\\_unidade\\_atual=110000960&infra\\_hash=ecd4ccf6763cc029e3de57131ec17383fb8a117babb436d0f9ec73c73209fe04](http://ei.cade.gov.br/sei/controlador.php?acao=protocolo_visualizar&id_protocolo=1086365&id_procedimento_atual=1059133&infra_sistema=100000100&infra_unidade_atual=110000960&infra_hash=ecd4ccf6763cc029e3de57131ec17383fb8a117babb436d0f9ec73c73209fe04). Acesso em 02/06/2024.



Em linha com recomendações adotadas em diferentes países e inclusive pelo Cade (2016), foram elencadas as melhores práticas adotadas em âmbito internacional e que se aplicariam mais diretamente aos processos licitatórios objeto do Guia AIC-TP, a saber:

- Quando possível, permitir que empresas de menor porte participem, mesmo que elas não tenham capacidade de competir por todo o contrato;
- Definir os requisitos e especificações de forma clara e objetiva, evitando cláusulas de restrições desnecessárias que podem afastar competidores;
- Evitar desclassificar empresas de futuras competições ou vedar participações por motivos que não sejam estritamente necessários;
- Quando divulgar os resultados de um processo de concessão, considerar cuidadosamente qual informação divulgar, a fim de evitar a divulgação de informações sensíveis à competição;
- Evitar qualquer tratamento preferencial ou discriminação para uma determinada classe, tipo ou participante;
- Quando o risco de colusão for alto, usar o sistema de envelopes fechados (*sealed-bid*) ao invés de lances abertos (*ascending bid*) nos autos.

Em relação ao desenho dos editais, sugeriu-se que:

- Quanto a consórcios, deve-se avaliar a adoção de critérios que estimulem a competitividade, de forma a incentivar a participação de "entrantes" no mercado, e também evitando que tal instituto seja utilizado para "redução estratégica da demanda";
- Em relação à subcontratação, deve-se estabelecer critério para controle e cadastro de empresas subcontratadas, com

registro obrigatório, a fim de evitar a utilização do instituto como forma de pagamento lateral e cartelização;

- Sugere, ainda, a criação de incentivos para empresas “entrantes” no que tange aos critérios de pontuação para avaliação técnica das propostas.

Por fim, destacou-se que restrições à participação de agentes econômicos, quando necessária, deve ocorrer com muita cautela, considerando condições que indiquem efeitos concorrenciais negativos significativos e incontornáveis e com indicação de restrições mínimas capazes de neutralizar o possível prejuízo à concorrência.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Cade tem o papel de atuar de forma preventiva, repressiva e educativa em termos concorrenciais em todos os mercados no Brasil, conforme as competências atribuídas pela Lei 12.529/2011, Lei de Defesa da Concorrência. No âmbito educativo, as atividades de *advocacy* são de extrema relevância ao orientar especialmente o poder público sobre possíveis efeitos anticompetitivos ou até mesmo barreiras regulatórias, que podem ser às vezes desnecessárias ou pelo menos alteradas para se tornarem menos restritivas à concorrência.

O Departamento de Estudos Econômicos do Cade tem sido o responsável por liderar as atividades de *advocacy* na autarquia brasileira, apesar de essa não ser uma atividade exclusiva dessa unidade. Assim, o presente estudo buscou apresentar o panorama geral da atuação do Cade em *advocacy* nos últimos anos, trazendo exemplos de iniciativas das quatro demandas mais comuns de atuação do Cade para ilustrar o tema, são elas: estudos temáticos, análises de propostas legislativas, análise de normativos propostos por agências reguladoras e demandas de Ministérios/outros órgãos.

Por fim, observa-se que embora as intervenções governamentais, incluindo as regulações, sejam muitas vezes necessárias para corrigir falhas de mercado, elas têm diferentes consequências econômicas. Portanto, uma visão ampla dos seus possíveis efeitos, é crucial para que não se incorra em regulações desnecessárias ou, pelo menos, para desenhá-las de forma a manter um ambiente concorrencial saudável.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRASIL. (2011). *Lei 12.529/2011*. Fonte: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm)
- BRASIL. (2019). *Lei 13.848/2019*. Fonte: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/113848.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113848.htm)
- BRASIL. (2024). *Decreto 11.907/2024*. Fonte: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2023-2026/2024/Decreto/D11907.htm#art5](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2024/Decreto/D11907.htm#art5)
- CADE. (2020). *Nota Técnica 3/2020. Processo 08700.000400/2020-91*. Fonte: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yMKK1W8dHJRWaIrWeD7z3WqRYI3OpMxp31\\_21eggGsm2a8tURSfHnypW\\_mQns2HC7AjynFKGv4FqytkVol1YAr](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yMKK1W8dHJRWaIrWeD7z3WqRYI3OpMxp31_21eggGsm2a8tURSfHnypW_mQns2HC7AjynFKGv4FqytkVol1YAr)
- CADE. (2021). *Nota Técnica 11/2021. Processo 08027.000195/2021-34*. Fonte: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?mYbVb954ULaAV-MRKzMwwbd5g\\_PuAKStTINgP-jtCH5MdmPeznqYAOxKmGO9r4mCfJITXxQMN01pTgFwPLudAzJ1hyiFN65796a4cMTazabN70WkYlp-aa\\_\\_RMfQhZQ5](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?mYbVb954ULaAV-MRKzMwwbd5g_PuAKStTINgP-jtCH5MdmPeznqYAOxKmGO9r4mCfJITXxQMN01pTgFwPLudAzJ1hyiFN65796a4cMTazabN70WkYlp-aa__RMfQhZQ5)
- CADE. (2021). *Nota Técnica 3/2021. Processo 08700.000938/2021-87*. Fonte: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?mYbVb954ULaAV-MRKzMwwbd5g\\_PuAKStTINgP-jtCH5MdmPeznqYAOxKmGO9r4mCfJITXxQMN01pTgFwPLudA4rvmAg3ZYj45oTxX864lqrdcq3lMvABAnuFtNeqVzbE](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?mYbVb954ULaAV-MRKzMwwbd5g_PuAKStTINgP-jtCH5MdmPeznqYAOxKmGO9r4mCfJITXxQMN01pTgFwPLudA4rvmAg3ZYj45oTxX864lqrdcq3lMvABAnuFtNeqVzbE)
- CADE. (2021). *Regimento Interno. Aprovado pela Resolução nº 32, de 2 de fevereiro de 2021*. . Fonte: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/regimento-interno/Regimento-interno-Cade-versao-14-04-2023.pdf>
- CADE. (2022). *Nota Técnica 12/2022. Processo 08700.002582/2020-35*. Fonte: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?11fcbFkN81DNKUdhz4iilnqI5\\_uKxXOK06JWeBzhMdu1o7VqyXeq9tKSSC3I\\_YlnBX8Qjt099g7spbtEu5AyyymYWFmKD9fRsgIyP8u5hC\\_Nvf\\_Eark1MpkKfft33Pw](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?11fcbFkN81DNKUdhz4iilnqI5_uKxXOK06JWeBzhMdu1o7VqyXeq9tKSSC3I_YlnBX8Qjt099g7spbtEu5AyyymYWFmKD9fRsgIyP8u5hC_Nvf_Eark1MpkKfft33Pw)
- CADE. (2022). *Nota Técnica 28/2022. Processo 08700.004111/2020-61*. Fonte: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?HJ7F4wnIPj2Y8B7Bj80h1l1skjh7ohC8yMfhLoDBLddY4nDQiVSkm2S7WQBm\\_jFGVe4aHGCIOLHG62-\\_Q13uAUIRj2xHMDXOJrHQFGPKG9wQtJMNrUKhT\\_IKJWzMUkEpL](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?HJ7F4wnIPj2Y8B7Bj80h1l1skjh7ohC8yMfhLoDBLddY4nDQiVSkm2S7WQBm_jFGVe4aHGCIOLHG62-_Q13uAUIRj2xHMDXOJrHQFGPKG9wQtJMNrUKhT_IKJWzMUkEpL)
- CADE. (2022). *Nota Técnica 7/2022. Processo nº 08027.000179/2022-22*. Fonte: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?HJ7F4wnIPj2Y8B7Bj80h1l1skjh7ohC8yMfhLoDBLddYB-Pn-](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?HJ7F4wnIPj2Y8B7Bj80h1l1skjh7ohC8yMfhLoDBLddYB-Pn-)

bWr\_V6YxAjwwVMOtObI6YbjmFTegeScBt8JDSZmju6DJ\_QGjogitooJY7irW2  
nLS3-G61jXgb6QnBRPJ

OECD. (2019). *Competition Assessment Toolkit: Volume 1 - Principles*. Paris. Fonte: <https://www.oecd.org/daf/competition/46969642.pdf>

OECD. (2019). *Revisões por Pares da OCDE sobre Legislação e Política de Concorrência*. Acesso em 09 de 01 de 2023, disponível em <http://www.oecd.org/daf/competition/revisoes-por-pares-da-ocde-sobre-legislacao-e-politica-de-concorrenca-brasil-2019-web.pdf>

TCU. (2022). *Acórdão 1974/2022 – Plenário*. Fonte: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/\\*/NUMACORDAO%253A1974%2520ANOACORDAO%253A2022%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCI A%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1974%2520ANOACORDAO%253A2022%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCI A%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0)

## RESUMO BIOGRÁFICO

### *Lílian Santos Marques Severino*

Lílian Santos Marques Severino é Economista-Chefe no Departamento de Estudos Econômicos (DEE) no Conselho Administrativo de Defesa Econômica, ex-chefe de assessoria da Presidência, ex-coordenadora geral de análise antitruste na Superintendência Geral e ex-economista-chefe adjunta, ambos no Cade. Doutora em Economia pela Universidade Católica de Brasília em 2021, com realização de doutorado sanduíche com apoio da Capes na Barcelona Graduate School of Economics (GSE) em 2020. Mestre em Economia de Empresas pela Universidade Católica de Brasília em 2016 e bacharel em Ciências Econômicas pela Universidade Federal de Uberlândia em 2014. Possui experiência em análise de atos de concentração, análise probatória e efeitos de condutas anticompetitivas, estudos de avaliação ex-post, advocacia da concorrência e elaboração de Guias, como Guia de solicitação de dados ao Departamento de Estudos Econômicos do Cade e Guia de Dosimetria de Multas de Cartel do Cade. É professora nos cursos de graduação e pós-graduação de Economia do IDP.

### *Gerson Carvalho Bênia*

Gerson Carvalho Bênia é Coordenador de Estudos de Mercado e Advocacia da Concorrência do Departamento de Estudos Econômicos do Cade. Economista. Especialista em Defesa da Concorrência e Direito Econômico,

pela Fundação Getulio Vargas (FGV), em 2010. Mestre em Políticas Públicas e Desenvolvimento, pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), em 2019.

***Camila Sanson Pererira Bastos***

Camila Sanson Pereira Bastos atua no Departamento de Estudos Econômicos (DEE) no Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Técnica em Regulação. Mestre em economia, regulação e concorrência dos serviços públicos, em 2018, pela Universitat de Barcelona. Especialista em defesa da concorrência e direito econômico pela FGV, em 2022 e bacharel em direito pela UFRJ em 2009.



# **REPÚBLICA DEL PARAGUAY**

## **COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA**

### **Miembros del Directorio:**

Eduardo González Martínez, Presidente

Eduardo Barros Vasconcellos

Rolando Díaz Delgado





# ANÁLISIS SUSTANCIAL DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA DE PARAGUAYA EN CASOS DE ABUSOS DE POSICIÓN DOMINANTE

## ANÁLISE SUBSTANCIAL DA COMISSÃO NACIONAL DE CONCORRÊNCIA DO PARAGUAI EM CASOS DE ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE

*Rolando Díaz Delgado*

### RESUMEN

Este artículo pretende exponer y analizar cómo la Comisión Nacional de la Competencia de Paraguay (CONACOM) aborda los casos de abuso de posición dominante. El objetivo principal es identificar y exponer los rasgos característicos que configuran el abuso de posición dominante en el contexto paraguayo. Se detalla la metodología empleada por la CONACOM para evaluar estos casos, destacando los criterios y procedimientos específicos que se utilizan para determinar la existencia de conductas abusivas. Además, se presenta un análisis de los casos investigados por la CONACOM, ilustrando cómo la institución ha aplicado estos criterios en la práctica.

**Palabras claves:** Competencia - Defensa de la Competencia - Mercado Relevante - Posición Dominante - Abuso de Posición Dominante – Prácticas Restrictivas

### RESUMO

Este artigo pretende expor e analisar como a Comissão Nacional da Concorrência do Paraguai (CONACOM) aborda os casos de abuso de posição dominante. O objetivo principal é identificar e expor as características que configuram o abuso de posição dominante no contexto paraguaio. Detalha-se a metodologia empregada pela CONACOM para avaliar esses casos, destacando os critérios e procedimentos específicos utilizados para determinar a existência de condutas abusivas. Além disso, apresenta-se uma análise dos casos investigados pela CONACOM, ilustrando como a instituição aplicou esses critérios na prática.

**Palavras-chave:** Concorrência - Defesa da Concorrência - Mercado Relevante - Posição Dominante - Abuso de Posição Dominante - Práticas Restritivas

## INTRODUCCIÓN

El artículo 9° de la Ley N° 4956/2013, de Defensa de la Competencia (LDC), tipifica el abuso de posición dominante. Desde la promulgación de la LDC, la Comisión Nacional de la Competencia de Paraguay (CONACOM) ha tenido la oportunidad de expedirse, en casos de abuso de posición dominante, en dos oportunidades: (1) mediante la Resolución D/AL N° 87/2021, de 23 de noviembre de 2021, en el marco del sumario de investigación N° 003/2020, *TELEDEPORTES PARAGUAY S.A. s/ supuesta infracción a la Ley N° 4956/2013*; y (2) mediante la Resolución D/AL N° 59/2023, de 17 de noviembre de 2023, en el marco del sumario de investigación N° 03/2022, *BANCARD S.A. s/ supuesta infracción a la Ley N° 4953/2013*. En el primero de los casos, el Directorio de la CONACOM absolvió a la empresa acusada; mientras que en el segundo hizo lugar a la acusación, imponiendo sanción de multa y medidas correctivas.

Como apuntan Daniel Escoda Villacorta y Beatriz Sanz Fernández – Vega, aunque la existencia de la figura del abuso de posición dominante tenga sentido como instrumento que garantiza cierto control sobre la actividad de las empresas en posición de dominio, su objetivo último, *distinguir las conductas legítimas que estas empresas desarrollan en el ejercicio de su libertad de actuación en el mercado de aquellas conductas que pueden considerarse anticompetitivas precisamente por suponer un ejercicio excesivo de tal libertad*,<sup>1</sup> no puede negarse que no constituye tarea fácil. El juicio de valor que debe realizarse para determinar *si una conducta específica de una empresa en posición de dominio es una reacción normal en el libre juego de una competencia o una práctica digna de repulsa por las normas de competencia es un ejercicio significativamente complicado*.<sup>2</sup>

Esta es, sin lugar a duda, una primera razón que justifica el intento de caracterizar la prohibición contemplada en el artículo 9° de la LDC a la luz de la -aún escasa- jurisprudencia de la CONACOM. Así lo ha reconocido la

---

<sup>1</sup> ESCODA VILLACORTA, Daniel y SANZ FERNÁNDEZ – VEGA, Beatriz. “Prohibición del abuso de posición dominante (II): Tipos de abuso”, en BENEYTO, José María y MAILLO, Jerónimo (dirs.): *Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España*. 2ª Edición, Tomo I, Barcelona (España). Bosch – Wolters Kluwer, 2017, p. 460.

<sup>2</sup> ESCODA VILLACORTA, Daniel y SANZ FERNÁNDEZ – VEGA, Beatriz. “Prohibición del abuso de posición dominante (II): Tipos de abuso”, *op. cit.*, p. 460.

propia autoridad de aplicación, tanto en la primera,<sup>3</sup> como en la segunda<sup>4</sup> resolución.

Una segunda razón, estrechamente relacionada con la primera, y también apuntada por el Directorio de la CONACOM en las referidas resoluciones,<sup>5</sup> es que, los análisis realizados en los asuntos *TELEDEPORTES* y *BANCARD* constituyen los primeros trazos que permiten ir perfilando o definiendo los contornos concretos de la prohibición establecida en el Artículo 9° de nuestra LDC; al tiempo de contribuir al cumplimiento del principio de *predictibilidad* consagrado en el artículo 90 del *Decreto N° 1490/2014, por el cual se reglamenta la Ley N° 4956/2013 de Defensa de la Competencia* (DRLDC).

En este marco, en las páginas que siguen, nos abocaremos a la tarea de identificar los criterios apuntados por el Directorio de la CONACOM en los asuntos *TELEDEPORTES* y *BANCARD*, con el objetivo de exponer los rasgos peculiares que caracterizan o configuran el abuso de posición dominante; lo que puede servir de *guía* y contribuir a que las decisiones de la CONACOM resulten más previsibles, sin perjuicio, claro está, de su aplicación caso por caso y de la utilización de criterios complementarios que la misma autoridad pueda ir desarrollando en el futuro.

### ***Ruta crítica del análisis sustancial.***

La *ruta crítica* seguida por el Directorio de la CONACOM para el análisis sustancial de un supuesto de abuso de posición dominante, entendida como aquella secuencia de pasos esenciales y dependientes entre sí que deben seguirse para asegurar un análisis completo y adecuado, el mismo Directorio la ha resumido en: (1) determinación de los mercados relevantes; (2)

---

<sup>3</sup> PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Resolución D/AL N° 87/2021. 23 de noviembre de 2021*, p. 104.

<sup>4</sup> PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Resolución D/AL N° 59/2023, 17 de noviembre de 2023*, p. 126.

<sup>5</sup> PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. “Resolución D/AL N° 87/2021”, *op. cit.*, p. 104; y “Resolución D/AL N° 59/2023”, *op. cit.*, p. 126.

determinación de la posición dominante; y (3) determinación del abuso de dicha posición dominante.<sup>6</sup>

### **Definición de mercados relevantes.**

La delimitación del mercado relevante es el primer paso fundamental a la hora de analizar un caso de abuso; en la medida en que, solo en un mercado determinado puede existir posición dominante, y, por tanto, abuso de esa posición.

En este marco, la CONACOM, al igual que otras autoridades define el mercado relevante, tanto desde el producto como desde su dimensión geográfica y, en algunos casos, también su dimensión temporal. Definir el mercado relevante implica considerar factores esenciales del sector y la sustituibilidad de la oferta y la demanda.

Aunque la LDC trae, en su artículo 6°, una definición de mercado relevante, cabe destacar que este es un concepto jurídico indeterminado que requiere una apreciación de situaciones fácticas por parte de la autoridad administrativa. Esta determinación es una tarea intelectual, no discrecional, y debe basarse en una valoración precisa de hechos y pruebas.

Si bien, por una cuestión de espacio, en esta sede no profundizaremos en el concepto ni en los criterios utilizados por la CONACOM para la definición del mercado relevante, tarea que queda pendiente; cabe recordar que la delimitación del mercado relevante no es un fin en sí mismo, sino un medio para evaluar correctamente las consecuencias sobre la competencia. Permite identificar competidores directos, calcular cuotas de mercado, evaluar el poder de mercado de la empresa, y analizar los efectos competitivos de las prácticas comerciales. Una definición precisa del mercado relevante asegura un análisis riguroso y coherente, esencial para una evaluación justa y basada en criterios objetivos.

### **Determinación de la posición dominante.**

La noción de *posición de dominio* es uno de los conceptos básicos del Derecho *antitrust* europeo y español, y, por su influencia, también del

---

<sup>6</sup> PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. “Resolución D/AL N° 87/2021”, *op. cit.*, p. 48.

paraguayo y de muchos otros latinoamericanos. Es clave para la configuración del *abuso de posición de dominio* y para la valoración de las *operaciones de concentración*, en la medida en que la LDC considera incompatible con sus postulados aquellas operaciones de concentración que creen o refuercen una posición de dominio en el mercado.

La determinación de la posición dominante puede servir pues para ambos fines. Por esta razón, el análisis que, de su concepto y su modo de determinación, ha venido realizando la CONACOM puede resultar de utilidad práctica para el operador; por lo que, este tema ha centrado nuestra atención en otro trabajo que verá la luz casi simultáneamente con este; al cual nos remitimos,<sup>7</sup> atendiendo a que lo consideramos complementario y para evitar repeticiones.

No obstante, en esta sede no podemos dejar de señalar brevemente cuáles han sido los criterios seguidos por el Directorio de la CONACOM respecto de concepto de *posición dominante* y respecto de su determinación en los casos concretos puestos a su consideración.

En una línea similar, el segundo párrafo del artículo 9° de la *Ley paraguaya* establece que, a sus fines, *se entiende que una persona física o jurídica goza de posición dominante, cuando para un determinado producto o servicio no está expuesta a una competencia efectiva y sustancial.*

Ahora bien, la definición de referencia trae un concepto que habrá que desentrañar caso por caso: la no exposición de un determinado producto o servicio a *una competencia efectiva y sustancial.*

Como hemos podido constatar en el trabajo referido más arriba y al que nos remitimos, la definición de la LDC paraguaya sigue a la jurisprudencia y a los instrumentos europeos, aunque solo parcialmente, pues omite la referencia a la *posibilidad de comportarse con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, sus clientes y, finalmente, los consumidores.* Sobre ello, sigue la línea marcada por la derogada Ley

---

<sup>7</sup> DÍAZ DELGADO, Rolando. Factores que la CONACOM toma en consideración para la determinación de una posición dominante”, en *Anuario Nacional de la Competencia*, CONACOM – APEDEC, Asunción (Paraguay), 2024.

española 110/1963, de 20 de julio, *de represión de prácticas restrictivas de la competencia*.

Sin embargo, si bien la transposición a LDC del referido concepto no es íntegra; a nuestro criterio, debemos entender que cuando la disposición contenida en el Artículo 9° establece que *una persona física o jurídica goza de posición dominante, cuando para un determinado producto o servicio no está expuesta a una competencia efectiva y sustancial*, también está diciendo que tal situación le confiere la *posibilidad de comportarse con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, sus clientes y, finalmente, los consumidores*. Esto se desprende de la lectura de las disposiciones contenidas en el párrafo tercero y en el inciso b), del artículo 9° y del artículo 13 de la LDC.

En definitiva, de la simple lectura de las disposiciones referidas se desprende que el proceso de evaluación de la existencia de una posición dominante debe realizarse caso por caso y atendiendo a las diversas circunstancias particulares en presencia. En la doctrina y en la jurisprudencia comparada se ha destacado que no resulta posible establecer un patrón nítido de criterios esenciales que deban satisfacerse en todo caso o un orden de prelación de los factores relevantes para la determinación de una posición dominante. Más bien, se han señalado criterios y factores que deben ser analizados en conjunto y atendiendo a las peculiares características del caso concreto.

En esta línea, las *cuotas de mercado*, tanto de las empresas en análisis como de las demás empresas que participan del mercado relevante, pueden aportar los primeros datos estructurales del mercado, por lo que suele ser el punto de partida, y en muchos casos un factor determinante, del análisis que las autoridades de competencia, incluida la CONACOM, realizan para la constatación de una posición de dominio.

Sin embargo, aunque las cuotas de mercado ofrecen datos estructurales iniciales importantes, no siempre son por sí solas determinantes para establecer una posición dominante; incluso aunque nos encontremos ante una elevada cuota de mercado. Sin perder de vista que, cuando hablamos de una elevada cuota de mercado estamos hablando de un concepto relativo, que depende de las circunstancias específicas de cada caso y del contexto del mercado. Incluso si se pudiera identificar un umbral claro de cuota que sugiera dominancia, no sería suficiente para concluir la posición dominante

sin considerar otros factores. En concreto, como hemos tenido oportunidad de constatar en un trabajo anterior,<sup>8</sup> a diferencia de la mayor parte de la jurisprudencia comunitaria europea, que asigna una especial relevancia, incluso –en algún caso– el de presunción *iuris tantum* a una elevada cuota de mercado, y a una parte minoritaria, pero existente, de la jurisprudencia española, el Directorio de la CONACOM viene desarrollando una jurisprudencia coherente en el sentido de que la cuota de mercado debe ser tomada como un factor importante pero no determinante y siempre en conjunto con otros factores relevantes al momento de valorar una posición dominante en un mercado específico.

Entre los demás factores analizados por la CONACOM, que incluyen características intrínsecas de la empresa, la competencia, proveedores y clientes, cabe destacar, diferencia de cuotas entre la empresa bajo análisis y las demás competidoras, estabilidad y volatilidad histórica de las cuotas de mercado; grado de concentración de la oferta; potencia económica y comercial de los competidores; grado de integración vertical y dominancia en mercados conexos; barreras de entrada o expansión; poder compensatorio de la demanda; fase del mercado (expectativa de crecimiento y estabilidad de la demanda), entre otros.

### **Determinación del *abuso*.**

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) sentó el principio según el cual el que una empresa goce de una posición dominante no es *per se* reprochable. Así, entre otros, en los asuntos acumulados *Compagnie Maritime Belge* y *Dafra-Lines* el TJCE dijo que *la acreditación de la existencia de una posición dominante no implica, en sí misma, ningún reproche a la empresa de que se trate.*<sup>9</sup>

El principio se recibió en nuestra LDC, que en su último párrafo señala que quienes detenten una posición dominante de mercado no serán pasibles de sanciones establecidas en esta Ley. Por tanto, podríamos afirmar que, en

---

<sup>8</sup> DÍAZ DELGADO, Rolando. “Cuota de mercado y posición dominante en la jurisprudencia de la Comisión Nacional de la Competencia (CONACOM) de Paraguay”, en *Anuario de la Competencia del MERCOSUR* 2022. Asunción (Paraguay), CONACOM, 2022, pp. 1 – 138.

<sup>9</sup> COMUNIDADES EUROPEAS. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: *Sentencia de 16 de marzo de 2000, en los autos acumulados C-365/96 P y C-396 P, Parágrafo 37, p. I – 1458.*



un mercado competitivo, no solo no es reprochable, sino que incluso es deseable que las empresas en lidia aspiren a alcanzar una posición dominante en el mercado.

Lo que la LDC prohíbe y sanciona son los *abusos* de posición dominante. Por tanto, habrá que desentrañar, siguiendo la ruta crítica que venimos transitando, qué constituye *abuso*; y más específicamente cuáles son los criterios de valoración del órgano de aplicación de la conducta abusiva. Para hacerlo, nos apoyaremos principalmente en la doctrina expuesta por el Directorio de la CONACOM en los dos únicos casos resueltos en esta materia hasta ahora: *TELEDEPORTES* y *BANCARD*.

En este marco, primeramente, cabe recordar que la disposición contenida en el Artículo 9° de la LDC es, en lo pertinente y sustancial, una transposición casi literal, por una parte, de las disposiciones contenidas en los Artículos 2 y 102 de la *Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia* española<sup>10</sup> y del *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*,<sup>11</sup> respectivamente; y por otra parte, del Artículo 5° de la *Ley 25.156 de la Ley de Defensa de la Competencia* argentina;<sup>12</sup> por lo que no es de extrañar que el análisis del Directorio en los casos *TLEDEPORTES* y *BANCARD* se haya apoyado en gran medida, tanto en la doctrina como de la jurisprudencia desarrolladas a partir de dichas fuentes.<sup>13</sup>

---

<sup>10</sup> ESPAÑA. *Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia*. En Boletín Oficial del Estado, núm. 159, de 04 de julio de 2007.

<sup>11</sup> UNIÓN EUROPEA. *TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA. Versión consolidada*. Diario Oficial de la Unión Europea, C 83, de 30 de marzo de 2010.

<sup>12</sup> ARGENTINA. *Ley 25.156 de Defensa de la Competencia* fue derogada por la Ley 27.442 de Defensa de la Competencia, pasando el texto del referido Artículo 5° a convertirse en el Artículo 6° de la nueva Ley.

<sup>13</sup> Artículo 2. Abuso de posición dominante.

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.

La primera llamada de atención del Directorio, a este respecto, se centró en el hecho de que, ni en las prescripciones de la Ley española ni en las del Tratado encontramos una definición de abuso; así como tampoco en el Artículo 9º de la LDC.

Entonces, ¿qué prácticas son las que se prohíben? Siguiendo a Daniel Escoda Villacorta y Beatriz Sanz Fernández – Vega,<sup>14</sup> en la búsqueda de una respuesta, el Directorio parte destacando que, la literalidad de nuestro Artículo 9º establece que *queda prohibida la explotación abusiva* de una

- 
- d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque 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 dichos contratos.
3. La prohibición prevista en el presente artículo se aplicará en los casos en los que la posición de dominio en el mercado de una o varias empresas haya sido establecida por disposición legal.

Artículo 102 (antiguo artículo 82 TCE):

Será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo.

Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:

- a) imponer directa o indirectamente precios de compra, 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.

ARTICULO 5º — 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.

<sup>14</sup> ESCODA VILLACORTA, Daniel y SANZ FERNÁNDEZ – VEGA, Beatriz. *Prohibición del abuso de posición dominante (II): Tipos de abuso, op. cit.*, p. 461.

posición dominante y a continuación ofrece una lista, ejemplificativa y no exhaustiva, de conductas que pueden constituir abuso. Estamos, pues, en presencia de un *concepto jurídico indeterminado*, por lo que, para su caracterización, el Directorio acudió al catálogo de ejemplos señalados en el inciso a) del referido artículo, a la teoría económica, a la interpretación que de los referidos artículos 2 de la Ley española, 102 del Tratado, 5° de la derogada Ley argentina y 6° de la vigente Ley argentina, como a la interpretación que de ellos han realizados las autoridades administrativas y los respectivos tribunales, y a la rica doctrina que se ha desarrollado a propósito de las referidas disposiciones.

En este marco, la sentencia del Tribunal Supremo español, de 8 de mayo de 2003, (RJ 2003, 4209), *Tandem Transportes y Ruta Sur, Recurso de Casación núm. 4495/1998*, ha definido el abuso de posición dominante como:

una modalidad singular del abuso de derecho; un tipo cualificado de éste, que con sustento en la privilegiada libertad económica de que goza la empresa dominante, sobrepasa los límites normales del ejercicio del derecho para obtener ventajas de las transacciones, carentes de justificación, que no habría podido obtener en caso de una competencia practicable y suficientemente eficaz, lesionando directamente los intereses de terceros o el interés general al que atiende el sistema de defensa de la competencia. Es, en suma, un ejercicio antisocial de la excepcional libertad económica que otorga una posición de dominio en el mercado.<sup>15</sup>

Por su parte, en la jurisprudencia europea, en el asunto *HOFFMANN – LA ROCHÉ*:

el concepto de explotación abusiva es un concepto objetivo que se refiere a las actividades de una empresa en posición dominante que pueden influir en la estructura de un mercado en el que, debido justamente a la presencia de la empresa de que se trate, la intensidad de la competencia se encuentra ya debilitada, y que producen el efecto de obstaculizar, por medios diferentes de los que rigen una competencia normal de productos o servicios con arreglo a las prestaciones de los

---

<sup>15</sup> ESPAÑA. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO. (RJ 2003, 4209), *Tandem Transportes y Ruta Sur, Recurso de Casación núm. 4495/1998* el 18 de noviembre de 2021.

agentes económicos, el mantenimiento del nivel de competencia que aún exista en el mercado o el desarrollo de esa competencia.<sup>16</sup>

Al comentar este pasaje de la sentencia *HOFFMANN – LA ROCHÉ*, el Prof. Antonio Robles Martín-Laborda destaca que la misma tiene el mérito de que trata de ofrecer un criterio que permita distinguir la exclusión lícita de la ilícita: *la creación o refuerzo de una posición dominante no puede ya ser considerada, en sí misma, como contraria al art. 82, a no ser que resulte originada por una conducta «anormal»*. Desgraciadamente, sigue diciendo, *«anormal» es un concepto tan indeterminado como «abusiva»*.<sup>17</sup>

Un grado de mayor concreción aportó la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, en el asunto *IRISH SUGAR*, que luego de referir a los principios sentados en *HOFFMANN – LA ROCHÉ* y reiterados en *AKZO*, concluye en la reprochabilidad de la conducta de una empresa en posición dominante que elimine a un competidor y refuerce así su posición recurriendo a medios distintos a los propios de una competencia basada en méritos.

el artículo 86 del Tratado prohíbe que una empresa que ocupa una posición dominante elimine a un competidor y refuerce así su posición, recurriendo a medios distintos a los propios de una competencia basada en los méritos.<sup>18</sup>

Así, la determinación de si la conducta de una empresa con posición dominante constituye *abuso* de dicha posición, habrá que evaluarla a la luz de las evidencias concretas que demuestren que la misma ha recurrido *a medios distintos a los propios de una competencia basada en los méritos*.

### **Algunas consideraciones respecto de cómo debe aplicarse el artículo 9º de la LDC.**

---

<sup>16</sup> UNIÓN EUROPEA. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Sentencia de 13 de febrero de 1979, en el asunto 85/76, Hoffmann-La Roche & Co. AG contra Comisión de las Comunidades Europeas, parágrafo 39, p. 91.

<sup>17</sup> ROBLES, Martín y LABORDA, Antonio. Capítulo IV. La introducción del análisis económico en la prohibición del abuso de una posición de dominio. BERENGUER FUSTER, Luis; GINER PARREÑO, César; ROBLES, Martín y LABORDA, Antonio: La nueva legislación española ante la evolución del Derecho de la Competencia. Madrid - Barcelona: Fundación Rafael Del Pino – Marcial Pons. 2010, pág. 177.

<sup>18</sup> COMUNIDADES EUROPEAS. TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (Sala Tercera). Sentencia de 7 de octubre de 1991, Asunto T-228/97, IRISH SUGAR PLC. contra COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Parágrafo 111.

Bajo este título, el Directorio, apoyándose en la *ut supra* citada Sentencia del Tribunal Supremo español de 8 de mayo de 2003, que, como destaca Marco Araujo Boyd, en un tono didáctico *establece una serie de criterios que constituyen una verdadera declaración programática de aplicación de esta norma*,<sup>19</sup> concluye, de la mano de Alfonso Gutiérrez,<sup>20</sup> que la calificación de una conducta como abusiva debe estar sujeta a ciertas consideraciones:

- a) Tipicidad: en cuanto infracción administrativa susceptible de sanción, se trata de una conducta típica que ha de quedar necesariamente incurso en la prohibición del Artículo 9º de la LDC.
- b) Concepto jurídico indeterminado: la relación de conductas que incluye el Artículo 9º es meramente ejemplificativa y no exhaustiva, que por tanto no agota el tipo legal.
- c) Predictibilidad: *la calificación de la conducta como abusiva ha de ser predecible, quedando prohibida la interpretación analógica. Además, debe adoptarse la opción más favorable para la empresa imputada en caso de duda.*<sup>21</sup> Respecto de esto último, según nos recuerda la autoridad española de competencia, citando al Tribunal Supremo, hay que llamar *la atención sobre la oportunidad de “resolución a favor del imputado de las dudas razonables que no hayan podido ser despejadas,” toda vez que el procedimiento persigue la búsqueda de la verdad material, no ajustable a expectativas, sospechas o presunciones, y vedando las afirmaciones generales y las meras conjeturas o sospechas, por lo que debe venir precedido de pruebas irrefutables.*<sup>22</sup>

---

<sup>19</sup> ARAUJO BOYD, Marcos. Introducción al estudio de la jurisprudencia revisora de las resoluciones administrativas en materia de abuso de posición de dominio en España. 2021. pp. 1-22. Disponible en: < [https://frdelpino.es/investigacion/wp-content/uploads/2015/09/DE005-06\\_Introduccion\\_estudio\\_jurisprudencia-Araujo1.pdf](https://frdelpino.es/investigacion/wp-content/uploads/2015/09/DE005-06_Introduccion_estudio_jurisprudencia-Araujo1.pdf)>

<sup>20</sup> GUTIÉRREZ, Alfonso. “Artículo 2. Abuso de posición dominante”, en MASSAGUER, José; SALA ARQUER, José Manuel; FOLGUERA CRESPO, Jaime y GUTIÉRREZ, Alfonso (Directores). *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*. Cuarta Edición. Pamplona: Civitas – Thomson Reuters, 2015. pp. 200–201.

<sup>21</sup> GUTIÉRREZ, Alfonso. "Artículo 2. Abuso de posición dominante...". op. cit.

<sup>22</sup> ESPAÑA. COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA (CNMC). *Resolución Expte. S/0415/12. ABH-ISMA, de 4 de febrero de 2014*, Fundamento de Derecho Tercero, p. 27.

- d) Objetividad: *el abuso es un concepto objetivo, que no depende de la intencionalidad de su autor, ni de la causación de efectos en el mercado, si bien la culpabilidad de éste debe tomarse necesariamente en cuenta a la hora de imponer una sanción.*<sup>23</sup>
- e) Sin justificación económica objetiva y razonable: *no existirá abuso si la conducta está objetivamente justificada, esto es, si responde a una racionalidad económica distinta de la simple restricción de la competencia en el mercado.*<sup>24</sup> O, dicho de otra forma, *las conductas sin justificación objetiva son las que carecen de una racionalidad o lógica económica legítima (i.e., distinta de la voluntad de dañar a un competidor o restringir la competencia) y las que resultan comercialmente arbitrarias.*<sup>25</sup>

### **Factores generales, aplicables a todos los tipos de abusos.**

Seguidamente, el Directorio se sumerge en la tarea de subsumir el caso concreto en la prohibición establecida en el artículo 9° de la LDC, planteándose la siguiente pregunta: ¿cuáles son los factores que la CONACOM deberá tomar en consideración al encarar esta tarea?

Se responde señalando que, teniendo en cuenta la identidad sustancial existente entre las fuentes normativas de referencia, artículos 2 de la Ley española y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, parece claro que dichos factores no pueden ser otros que los contemplados en los párrafos 20, 21 y 22 de la *Comunicación de la Comisión – Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE*<sup>26</sup> a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes.<sup>27</sup> En este contexto, se deberá analizar, basándose en pruebas sólidas y convincentes, varios *generalmente* pertinentes, tales como la posición de la empresa dominante; las condiciones del mercado de referencia;

---

<sup>23</sup> GUTIÉRREZ, Alfonso: "Artículo 2. Abuso de posición dominante...". op. cit., p. 202.

<sup>24</sup> GUTIÉRREZ, Alfonso: "Artículo 2. Abuso de posición dominante...". op. cit., p. 202.

<sup>25</sup> GUTIÉRREZ, Alfonso: "Artículo 2. Abuso de posición dominante...". op. cit., p. 203.

<sup>26</sup> UNION EUROPEA. TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA. "Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea...", op. cit.

<sup>27</sup> UNION EUROPEA. COMUNICACION DE LA COMISION. "Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes". *Diario Oficial de la Unión Europea*. 2009/C 45/02, de 24 de febrero de 2009.

la posición de los competidores de la empresa dominante; la posición de los clientes o de los proveedores de insumos; el alcance de la conducta presuntamente abusiva; las posibles pruebas de la existencia del cierre del mercado; y las pruebas directas de una estrategia de cierre.<sup>28</sup>

Como indica la *Comunicación*, al examinar el caso concreto, la Comisión analizará los factores generales enumerados junto con otros factores más específicos a cada tipo, así como cualesquiera otros factores que pueda considerar pertinentes;<sup>29</sup> por lo que, a continuación, el Directorio pasa a analizar los factores específicos que, además de los generales señalados, deben ser considerados por la CONACOM para verificar la existencia o no del abuso imputado a la empresa.

### **Factores *particulares*, aplicables a cada *tipo*.**

En este punto cabe recordar los *tipos particulares* de *abuso* listados en el artículo 9° de la LDC, que, recordemos, según el Directorio de la CONACOM son meramente enunciativos.

Artículo 9°. - Abuso de posición dominante.

[...]

a) El abuso podrá consistir, en:

1. La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales, o de servicios no equitativos;
2. La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de los competidores o de los consumidores;
3. La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios;

---

<sup>28</sup> PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Resolución D/AL N° 87/2021*, *op. cit.*, pp. 134 – 135; y *Resolución D/AL N° 59/2023*, *op. cit.*, pp. 130 – 134.

<sup>2929</sup>UNION EUROPEA. COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN. “Orientaciones sobre las prioridades...”, *op. cit.*, § 21. 2009.

4. La aplicación injustificada, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros;

5. 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; y,

6. Obtener o intentar obtener, bajo la amenaza de ruptura de las relaciones comerciales, precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pago de cargos adicionales y otras condiciones de cooperación comercial no recogidas en las condiciones generales de venta que se hayan pactado.

[...]

De los seis tipos enunciados en el artículo, la CONACOM ha tenido oportunidad de abordar tres tipos.

a) Negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios:

A partir del párrafo 75, la *Comunicación* se ocupa de la denegación injustificada de suministro. En primer lugar, se nos recuerda que el análisis debe partir del supuesto *OSCAR BRONNER/MEDIAPRINT*.<sup>30</sup>

En primer lugar, parece que el derecho a elegir a sus socios contractuales y a disponer libremente de su propiedad son principios reconocidos universalmente en los sistemas jurídicos de los Estados miembros, reconocidos en ocasiones a nivel constitucional. Los atentados contra los citados derechos exigen que se hallen cuidadosamente justificados.

---

<sup>30</sup> COMUNIDAD EUROPEA. CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL F. G. JACOBS. Cuestión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht Wien (Tribunal Regional de Apelación de Viena) en calidad de Kartellgericht (Tribunal de Primera Instancia en asuntos de competencia) al Tribunal de Justicia, Oscar Bronner/Mediaprint, § 56. 28 de mayo de 1998.



A este respecto, huelga recordar que nuestro sistema constitucional, al adscribirse a la economía de mercado también está asumiendo las consecuencias que de ello se derivan.

En segundo término, consecuencia del primero, la *Comunicación* destaca que una intervención en virtud del Derecho de competencia requiere un examen pormenorizado cuando la aplicación del artículo 82 (actual 102 del TFUE), y, por tanto, también de nuestro artículo 9º, dé lugar a imponer a la empresa dominante una obligación de suministro. Este aspecto es relevante, ya que la imposición de esta obligación de suministro —incluso con una remuneración justa— puede socavar los incentivos de las empresas para invertir e innovar, pudiendo perjudicar a los consumidores.

El hecho de saber que pueden estar obligadas a suministrar en contra de su voluntad puede llevar a las empresas dominantes —o a las que prevén que pueden llegar a ser dominantes— a no invertir o a invertir menos en la actividad en cuestión. Además, los competidores pueden tener la tentación de aprovecharse de las inversiones de la empresa dominante en lugar de invertir ellos mismos. Ninguna de estas consecuencias beneficiaría a largo plazo a los consumidores.<sup>31</sup>

Referente a eso, el Abogado General F. G. Jacobs desarrolló el análisis que reproducimos a continuación y que el Directorio hizo suyo, en atención a que entendió que la interpretación realizada se ajusta a la que debería hacer respecto del Artículo 9º, inciso a) 3, en el marco del régimen constitucional en el que él está inmerso.

la justificación, en el ámbito de la política de la competencia, de una intromisión en la libertad de contratar de una empresa dominante exige en ocasiones proceder a una atenta ponderación de consideraciones divergentes. A largo plazo, es generalmente favorable para la competencia y de interés para los consumidores permitir que una sociedad se reserve para su propio uso aquellas instalaciones que haya desarrollado para las necesidades de su actividad. Por ejemplo, si se concediera con demasiada facilidad el acceso a una instalación de producción, de compra o de producción, un competidor no se vería estimulado a crear unas instalaciones similares. De esta forma, la competencia se reduciría a largo plazo aun cuando, a corto, se incrementara. Por añadidura, una empresa dominante se vería menos

---

<sup>31</sup> UNION EUROPEA. COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN. Orientaciones sobre las prioridades de control...”, op. cit.<sup>31</sup>

estimulada a invertir en unas instalaciones eficaces si sus competidores pudieran, previa solicitud, compartir sus beneficios. De esta forma, el mero hecho de que una empresa conserve una ventaja sobre un competidor al reservarse el uso de una instalación no puede justificar que se exija el acceso a ésta.

[...] al apreciar este problema, es importante no perder de vista que la primera finalidad del artículo [9º] es impedir las distorsiones de competencia —y, en particular, proteger los intereses de los consumidores— más que proteger la situación de los competidores particulares.<sup>32</sup>

En particular, cuando de la negativa a ceder acceso a una licencia en materia de derechos de propiedad intelectual se trate, el Abogado General F. G. Jacobs expone:

Al apreciar tales intereses en conflicto, es preciso dar pruebas de una atención particular cuando los bienes, servicios o instalaciones a los cuales se solicita el acceso son el fruto de una inversión de gran volumen. Este puede ser el caso, en particular por lo que se refiere a la negativa a conceder una licencia en materia de derechos de propiedad intelectual. Conceder los citados derechos exclusivos durante un período limitado implica, en sí mismo, sopesar el interés que presenta la libre competencia y también el interés que existe en estimular la investigación y el desarrollo, así como la creatividad. Por consiguiente, el Tribunal de Justicia declaró con razón que, a falta de otros factores, una negativa a conceder una licencia no constituía, en sí misma, un abuso.<sup>33</sup>

Finalmente, el Abogado General Jacobs concluye:

Me parece que una intervención de esta índole, [...] no puede justificarse, en el ámbito de la política de la competencia, más que en aquellos casos en los que la empresa dominante disponga de un verdadero poder sobre el mercado vecino. Por citar un ejemplo, podría suceder esto cuando sea imposible o en extremo difícil reproducir la instalación en razón de las exigencias físicas, geopolíticas o legales, o cuando la citada reproducción no sea del todo deseable por razones de

---

<sup>32</sup> COMUNIDAD EUROPEA. CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL F. G. JACOBS. Cuestión *prejudicial planteada por el Oberlandesgericht Wien...*, *op. cit.*

<sup>33</sup> COMUNIDAD EUROPEA. CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL F. G. JACOBS. Cuestión *prejudicial planteada por el Oberlandesgericht Wien...*, *op. cit.*

orden público. No es suficiente que el control que ejerce la empresa sobre la instalación le confiera una ventaja en cuanto a la competencia.<sup>34</sup>

[...] para que la denegación del acceso constituya un abuso, es preciso que la competencia sea extremadamente difícil, no sólo para la empresa que solicite el acceso, sino para cualquier otra empresa.<sup>35</sup>

Con base en los argumentos expuestos, el Directorio concluye, de la mano de la *Comunicación*, que las circunstancias que deben concurrir cumulativamente para concluir que nos encontramos en presencia de un abuso de posición dominante por denegación de suministro son:

- i) Necesidad objetiva del insumo: la que se traduce en el hecho de que *la denegación se refiera a un producto o servicio objetivamente necesario para poder competir con eficacia en un mercado descendente.*

Esto no significa que sin el insumo denegado ningún competidor podría introducirse o sobrevivir en el mercado descendente. Se considerará más bien que un insumo es imprescindible cuando no haya ningún sustituto real o potencial en el que puedan basarse los competidores del mercado descendente para contrarrestar —al menos a largo plazo— las consecuencias negativas de la denegación.<sup>36</sup>

- ii) Eliminación de la competencia efectiva: la que requiere que de las circunstancias particulares del caso resulte *probable que la denegación dé lugar a la eliminación de la competencia efectiva en el mercado descendente.*

Si se dieran por cumplidos los requisitos referidos a la necesidad objetiva del insumo, habría que pasar a verificar si es probable que la denegación dé lugar a la eliminación de la competencia efectiva en el mercado descendente.

---

<sup>34</sup> COMUNIDAD EUROPEA. CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL F. G. JACOBS. Cuestión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht Wien...”, op. cit.

<sup>35</sup> COMUNIDAD EUROPEA. CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL F. G. JACOBS. Cuestión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht Wien...”, op. cit.

<sup>36</sup> UNION EUROPEA. COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN. Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE<sup>36</sup>, op. cit.

iii) Perjuicio para el consumidor.

La Comisión considera que los consumidores pueden resultar perjudicados, por ejemplo, cuando los competidores excluidos por la empresa dominante de resultados de la denegación se ven impedidos de lanzar al mercado bienes o servicios innovadores y/o cuando es probable que se frustre la innovación subsiguiente. Esto puede ocurrir concretamente si la empresa que pide el suministro no pretende limitarse esencialmente a ofertar los bienes o servicios ya ofertados por la empresa dominante en el mercado descendente, sino que se propone producir bienes o servicios nuevos o mejorados para los que existe una demanda potencial de los consumidores o que puedan contribuir al desarrollo técnico.<sup>37</sup>

iv) La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de los competidores o de los consumidores.

En el asunto *BANCARD*, el Directorio tuvo la ocasión de analizar el tipo particular *limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de los competidores o de los consumidores*, siguiendo la misma metodología utilizada en *TELEDEPORTES*: buscó desentrañar los *requisitos particulares del tipo* a partir de la doctrina y la jurisprudencia desarrolladas a propósito de la aplicación de las normas que sirvieron de fuente al artículo 9º de la LDC.

En esa línea, nos recordó, en primer lugar, que los tribunales de la Unión Europea han confirmado<sup>38</sup> que la disposición del art. 82.b) –el artículo 9.a.2 de la LDC tiene idéntica redacción– estipula que una empresa dominante que limita la producción, la comercialización o el desarrollo técnico de sus competidores como los suyos propios<sup>39</sup> en perjuicio de los

---

<sup>37</sup> UNION EUROPEA. COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN. Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE<sup>37</sup>, op. cit.

<sup>38</sup> UNION EUROPEA. TRIBUNAL DE JUSTICIA. *Asuntos acumulados 40-48/73, Suiker Unie y otros*. [1975] E.C.R. 1663, p. 526

<sup>39</sup> TEMPLE LANG, John y O'DONOGHUE, Robert. op. cit. 48-49 y asuntos acumulados 40-48/73. *Suiker Unie y otros*, UE: C: 1975: 1663, apartados 526 y 527; Asunto C-241/91 P, *Radio Telefis Eireann* EU: C: 1995: 743; Asunto T-201/04 *Microsoft Corp.* UE: T: 2007: 3601, apartados 643 – 648

consumidores, comete una infracción a dicho artículo. En ese sentido, ha señalado:

Esta disposición no solo es aplicable a las situaciones en que la empresa dominante (monopolística) reduce su propia producción para aumentar los ingresos gracias al consiguiente aumento del precio, sino también a los casos en que las medidas tomadas por la empresa dominante limitan las actividades de otras empresas.<sup>40</sup>

Por tanto, siguiendo esa misma línea concluyó que la disposición del art. 9.a.2 de la LDC aplica a las situaciones en las que las medidas de limitación se dan sobre las propias actividades económicas de la dominante como también a las medidas que esta adopta para limitar las actividades de otras empresas.

Limitar significa que la empresa dominante crea un obstáculo o una desventaja que de otro modo no existiría<sup>41</sup> y con ello cierra un mercado. En ese sentido, las formas en que una empresa puede materializar las limitaciones a la competencia puede darse de diversas maneras; como, por ejemplo, cuando una empresa dominante mediante determinada medida limita o reduce el suministro de una materia prima a un competidor, pues en ese caso limita las posibilidades de que su competidor opere en el mercado; la limitación de la distribución puede consistir, por ejemplo, en la decisión de la empresa dominante de negarle a un competidor el acceso a los compradores pues a través de acuerdos decide comercializar sus productos o servicios mediante determinados puntos de venta, y, la limitación del desarrollo técnico puede materializarse, por ejemplo, privando a un competidor de acceso a la tecnología.<sup>42</sup>

Las formas señaladas son solo algunos ejemplos de cómo se podría limitar la producción, la distribución o el desarrollo técnico ya que podrían existir otras, pues un mismo objetivo: limitación, se puede conseguir mediante diversas formas; en ese sentido, en *Comunicación de la Comisión Europea – Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en*

---

<sup>40</sup> UNION EUROPEA. COMISIÓN EUROPEA. *Asunto COMP/C-1/36.915 — Deutsche Post AG*. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, del 25 de julio de 2001.

<sup>41</sup> TEMPLE LANG, John y O'DONOGHUE, Robert. Defining legitimate competition: how to clarify pricing abuses under Article 82 EC. op. cit., p. 48

<sup>42</sup> TEMPLE LANG, John y O'DONOGHUE, Robert. Defining legitimate competition: how to clarify pricing abuses under Article 82 EC. op. cit., p. 48

su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes desarrolla pautas sobre algunas formas concretas de abuso de posición de dominio además de las contempladas en la disposición base –TFUE–, entre las que podemos observar a los *acuerdos exclusivos* que se vuelven a dividir en: a) *obligaciones de compra exclusiva* y b) *descuentos condicionados*, con lo que podemos inferir que a través de estas, por ejemplo, bien puede limitarse la producción, la distribución y el desarrollo técnico. Y, teniendo en cuenta que en el asunto *BANCARD* se ha señalado a la exclusividad como medio para materializar el abuso de posición de dominio establecido en el artículo 9.a.2, se abocó a la tarea de analizar los requisitos de este subtipo.

Entonces, a partir de la *Comunicación* y la jurisprudencia, dejó sentado que son tres los requisitos que deben analizarse en supuestos en que la exclusividad sea el medio para que se considere configurado el abuso de posición dominante por *limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de los competidores o de los consumidores*:

i) Mercado cautivo:

A este respecto, sigue diciendo, la *Comunicación* esboza que, en algunos mercados,

*cabe que los competidores no puedan competir por toda la demanda de un cliente individual porque es inevitable mantener relaciones comerciales con la empresa dominante por lo menos para una parte de la demanda del mercado, por ejemplo, porque su marca es un «producto imprescindible» preferido por muchos consumidores finales o porque las limitaciones de capacidad de los otros proveedores son tales que una parte de la demanda solo puede ser satisfecha por el proveedor dominante<sup>43</sup>*

Sobre el requisito señalado, el Directorio advierte que, para considerarlo cumplido, la autoridad de aplicación deberá constatar que la empresa en posición dominante posee parte de la demanda reservada porque posee un producto imprescindible o por las limitaciones de capacidad de los

---

<sup>43</sup> UNIÓN EUROPEA. COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA. Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE, op. cit.

otros proveedores que hace que parte de la demanda solo pueda ser satisfecha por la dominante, es decir, parte de la demanda que el cliente contrataría en cualquier caso con la dominante.

Con relación a este elemento el Tribunal de Primera Instancia de la CE ha señalado:<sup>44</sup>

Por otro lado, de los documentos obrantes en autos se desprende, entre otras cosas, que HB dispone de la gama de productos más amplia y más popular en el mercado de referencia; que es el único proveedor de helados de consumo impulsivo en el 40 % aproximadamente de los puntos de venta del mercado de referencia; que forma parte del grupo multinacional Unilever, grupo que produce y comercializa helados desde hace muchos años en todos los Estados miembros y en otros muchos países en los que las empresas del grupo son muy a menudo los más importantes proveedores de sus mercados respectivos, y que la marca HB goza de una gran notoriedad. Por consiguiente, el Tribunal de Primera Instancia estima que la Comisión declaró acertadamente que para numerosos minoristas en el mercado de referencia es inevitable mantener relaciones comerciales con HB y que esta empresa ostenta una posición dominante en dicho mercado.

ii) La duración de la exclusividad y las penalizaciones:

Respecto de la duración de la exclusividad y las penalizaciones, el Directorio mencionó que las mismas deberán valorarse para determinar la lesividad del acuerdo exclusivo.

Al respecto, el TDC ha señalado que *este entramado de descuentos y penalizaciones ligados (directa o indirectamente) a la larga duración del contrato tiene por objeto o, cuando menos, produce el efecto de cerrar el mercado.*<sup>45</sup>

Por su parte, la *Comunicación* señala que:

cuanto mayor es la duración de la obligación, mayor es el probable efecto de cierre de mercado. Sin embargo, si para todos o para la mayor

---

<sup>44</sup> COMUNIDADES EUROPEAS. TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA. *Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Quinta)*, de 23 de octubre de 2003. Asunto T-65/98, Van den Bergh Foods Ltd, p. 104 y 156.

<sup>45</sup> ESPAÑA. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. Resolución de 19 de mayo de 2009 (AC 2009, 1094) Axión / Abertis.

parte de los clientes es inevitable mantener relaciones comerciales con la empresa dominante, incluso una obligación de corta duración puede dar lugar a un cierre anticompetitivo del mercado.

Por lo que, concluye el Directorio, no es necesario que la obligación de exclusividad sea de larga duración, pues si existe una demanda no contestable, incluso una exclusividad de corta duración puede dar lugar a un cierre de mercado.

iii) Eficiencias:

A este respecto, la *Comunicación* refiere que:

la Comisión tomará en consideración las pruebas que demuestren que los acuerdos exclusivos generan ventajas para ciertos clientes si dichos acuerdos son necesarios para que la empresa dominante realice ciertas inversiones destinadas específicamente a una relación comercial para poder suministrar a esos clientes.<sup>46</sup>

En cualquier caso, cabe recordar que las eficiencias deben ser alegadas y debidamente probadas por la parte que pretenda que ellas sean consideradas

iv) La aplicación injustificada, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros:

También en el asunto *BANCARD*, el Directorio, partiendo de la jurisprudencia española, y de la mano de Alfonso Gutiérrez,<sup>47</sup> concluye que son cinco los requisitos acumulativos que deben darse para que se considere configurado este *tipo particular* de abuso:

i) Aplicación de condiciones comerciales o contractuales desiguales:

Como afirma el Directorio, para considerar que este extremo se ha cumplido, la autoridad de aplicación deberá constatar que la empresa en

---

<sup>46</sup> UNIÓN EUROPEA. COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA. Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82...”, *op. cit.*

<sup>47</sup> GUTIÉRREZ, Alfonso. “Artículo 2. Abuso de posición dominante”, *op. cit.*, pp. 233–234.



posición dominante provee bienes o servicios a sus clientes en condiciones comerciales o contractuales diferentes, unas respecto de otras.

En una economía de mercado como la nuestra, la aplicación de condiciones comerciales o contractuales diferentes a diferentes clientes no es reprochable. Sin embargo, lo será en la medida en que esa discriminación se dé, por parte de una empresa dominante y siempre que concurren los requisitos generales y particulares del tipo.

- ii) Equivalencia de las prestaciones realizadas por la empresa dominante en contrapartida a las condiciones desiguales:

Según el Directorio, la autoridad deberá constatar, tras verificar el primer requisito, que los bienes o servicios provistos por la empresa dominante a diferentes clientes son equivalentes entre sí; o lo que es lo mismo, iguales en la estimación, valor, potencia o eficacia.

- iii) La existencia de una relación de competencia entre las entidades que contratan con la empresa dominante:

Aquí, la autoridad de aplicación, sigue diciendo, deberá verificar que la discriminación en el trato se da respecto de empresas que operan en el mismo eslabón de la cadena, es decir, en el mismo mercado relevante; o lo que es lo mismo, *debería analizarse si dichas empresas son competidoras*.<sup>48</sup>

- iv) La generación por la conducta de una desventaja competitiva para alguno de los contratantes:

A este respecto, sigue diciendo, la autoridad de aplicación deberá centrar sus esfuerzos en la constatación, por una parte, de una *desventaja*, es decir, de una circunstancia, característica, factor o situación que coloque a la empresa discriminada en una posición desfavorable en comparación con sus competidores, clientes del proveedor común, en el mercado; y, por otra parte, que dicha desventaja pueda afectar la capacidad de la empresa para competir de manera efectiva. Algunos ejemplos podrían ser, costos más altos, tecnología obsoleta, ubicación geográfica que supone mayores costos logísticos, economías de escala, etc.

---

<sup>48</sup> ESPAÑA. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA: Resolución de 19 de mayo de 2005, *Estaciones de Servicio*, op. cit., p. 7.

A este respecto, el TDC ha sentado:

Dilucidado que las condiciones contractuales eran desiguales, es necesario analizar si las prestaciones fueron o no equivalentes *si existiese equivalencia en las prestaciones, debería analizarse si dichas empresas son competidoras y, en este último supuesto, si dicha conducta colocó a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.*<sup>49</sup>

v) La ausencia de una justificación objetiva de la diferencia de trato:

Finalmente, el quinto requisito, exige que la autoridad de aplicación centre su atención en la valoración de la eventual justificación objetiva de la discriminación, cuya existencia impedirá la concurrencia del tipo legal,<sup>50</sup> tal como dejó sentado el TDC:

Dilucidado que las condiciones contractuales eran desiguales, es necesario analizar si las prestaciones fueron o no equivalentes, y si existen circunstancias objetivas que justifiquen la existencia de diferencias, ya que en este caso no habría un abuso de dominio.<sup>51</sup>

En este marco, el Directorio apunta que, si una empresa en posición dominante puede demostrar que existe una razón objetiva y legítima para tratar de manera diferente a ciertas empresas, es posible que se considere que la diferencia de trato está justificada. Sin embargo, si no se puede proporcionar una justificación válida, la autoridad de competencia podría considerar que la conducta es anticompetitiva.

La ausencia de una justificación objetiva de la diferencia de trato, sigue diciendo, se refiere a la situación en la que una empresa trata de manera diferente a distintos competidores o grupos de competidores sin tener una razón válida, razonable y objetiva para hacerlo.

Por esto, señala que, si tenemos en cuenta que el derecho de la competencia busca promover y defender la libre competencia en los mercados, cuando una empresa en posición dominante adopta prácticas que

---

<sup>49</sup> ESPAÑA. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA: Resolución de 19 de mayo de 2005, Estaciones de Servicio. *op. cit.*, p. 7.

<sup>50</sup> GUTIÉRREZ, Alfonso: “Artículo 2. Abuso de posición dominante”, *op. cit.*, pp. 6 – 7.

<sup>51</sup> ESPAÑA. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA: *Resolución de 19 de mayo de 2005, Estaciones de Servicio. op. cit.*

crean diferencias injustificadas en el trato entre competidores, lo que pudiera distorsionar la competencia y afectar el funcionamiento eficiente del mercado, es razonable que busque revertir, perseguir y sancionar este tipo de discriminaciones.

Sin embargo, el Directorio también apunta que no cualquier discriminación puede ser tratada como una infracción a la libre competencia, por lo que las autoridades de competencia suelen analizar si hay una justificación objetiva para tales diferencias de trato. En este marco, podrían considerarse circunstancias objetivas que justifiquen la discriminación, por ejemplo, el aumento de las economías de escala o un ahorro de costes, lo que supondría, en definitiva, unas situaciones de competencia por eficiencia de las propias prestaciones.<sup>52</sup>

El extinto Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) español ha acogido históricamente diversas justificaciones objetivas que permiten neutralizar el abuso:

las diferencias entre los volúmenes de producto adquirido por los clientes supuestamente discriminados, incluyendo la compra por algunos de ellos de gama completa de productos comercializada por el proveedor. También ha sido aceptado el carácter histórico o reciente del cliente o la compra estable de producto por oposición a la realización de pedidos aislados.<sup>53</sup>

Por otra parte, también ha señalado algunas circunstancias en las que no cabe hablar de justificación objetiva, tales como:

cuando la ventaja discriminatoria reservada a ciertos clientes consiste en una excepción o exoneración de un incremento general de tarifas aplicado a toda la clientela de la empresa dominante, incluso si los clientes beneficiados presentan un mayor volumen de compra o negocio que la media.<sup>54</sup>

En términos del TDC, el principio de no discriminación:

---

<sup>52</sup> PEREZ BENITEZ, Jacinto. “Tema 5. Abuso de posición de dominio”. En AAVV: *Manual práctico de Derecho de la competencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017. p. 186.

<sup>53</sup> GUTIÉRREZ, Alfonso: “Artículo 2. Abuso de posición dominante”, *op. cit.*, pp. 6 – 7.

<sup>54</sup> GUTIÉRREZ, Alfonso: “Artículo 2. Abuso de posición dominante”, *op. cit.*, pp. 26/27.

es una expresión específica del principio general de igualdad entre los operadores del mismo mercado, que exige que situaciones comparables no sean tratadas de forma diferente y que situaciones diferentes no sean tratadas de la misma manera, salvo cuando en uno u otro caso exista una justificación objetiva.<sup>55</sup>

Por otra parte, a los fines de la justificación objetiva, el Directorio señala la importancia de distinguir entre los supuestos en que los contratantes de la empresa dominante compiten con esta (o con alguna entidad de su grupo empresarial) y aquellos supuestos en los que la empresa dominante no opera aguas abajo y, en principio, ocupa una posición de neutralidad económica respecto de sus clientes.

A este respecto, nos recuerda lo apuntado por Alfonso Gutiérrez:

En el primer caso, nos hallaremos ante un posible abuso en mercados conexos, en el que el operador trata de extender su dominancia a un mercado próximo -pero distinto- al dominado mediante la aplicación a sus clientes/competidores de condiciones comerciales más desfavorables que las reservadas a sí mismo o a sus filiales. En realidad, la aplicación de condiciones discriminatorias en este supuesto no es sino una modalidad atenuada de la negativa de suministro a un cliente-competidor [...] No es por tanto de extrañar que, progresivamente, la doctrina del TDC (confirmada en sede judicial) haya convergido en ambos supuestos -negativa de suministro o suministro discriminatorio al cliente/competidor-, requiriendo para la existencia de abuso la afectación de un “recurso esencial”, necesario para competir con la empresa dominante.<sup>56</sup>

Por ello, sigue diciendo, cuando la discriminación favorece a una empresa perteneciente al mismo grupo empresarial que la de la empresa proveedora, la exigencia de que el bien o servicio objeto de la provisión revista la cualidad de esencial supone un requisito adicional. Esto tiene mucho sentido, en la medida en que resulta natural que, en la lógica económica de un grupo empresarial, unas empresas puedan beneficiarse de condiciones más

---

<sup>55</sup> ESPAÑA. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA: *Resolución de 16 de junio de 2005 (AC 2005, 1083)*, Exp. 580/04, *Gas Natural*. Fundamentos de Derecho 4º, p. 11; ESPAÑA. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA: *Resolución 22 de diciembre de 2004, Exp. 571/03, Uni2/Telefónica Móviles*, parágrafo 11, p. 17; ESPAÑA. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. *Resolución de 20 de diciembre de 2004, Expte. 573/03, Worldcom/Amena (2436/02 del Servicio)*, parágrafo 16, p. 20.

<sup>56</sup> GUTIÉRREZ, Alfonso: “Artículo 2. Abuso de posición dominante”, *op. cit.*, p. 235.

favorables para la adquisición de insumos de otras empresas del mismo grupo. Parece razonable que, cuando la discriminación favorece a una empresa del mismo grupo empresarial que el proveedor, no pueda exigírsele, sin más, que otorgue condiciones iguales a todas las empresas a las que suministra, por el solo hecho de ostentar una posición dominante. La especial responsabilidad a la que debe atenerse una empresa con posición dominante no puede alcanzar a todos sus productos. Debería abarcar, eso sí, a aquellos que sean esenciales para una competencia efectiva.

Por otra parte, también resulta lógico que, en la misma línea, cuando la discriminación se realice para favorecer, en el mercado aguas abajo, a una empresa que no forma parte del mismo grupo, el estándar del tipo no requiera que el producto o servicio revista la calidad de insumo esencial.

Por tanto, concluye, a la hora de abordar el análisis de justificación, habrá que determinar ante cuál de los supuestos nos encontramos en el caso concreto; de tal forma que, si nos encontráramos ante un caso de discriminación atribuido a una empresa dominante como realizado en favor de una empresa del mismo grupo empresarial o de una que no pertenece al mismo grupo empresarial.

### **Aplicación de la disposición contenida en el último párrafo del Artículo 9º**

La disposición contenida en el último párrafo del Artículo 9º no encuentra su fuente en los artículos 2 de la *Ley* española y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, ni en ningún otro artículo de los referidos cuerpos normativos, sin embargo, podemos encontrar algunos antecedentes en la jurisprudencia europea.<sup>57</sup>

Esta disposición cobra especial importancia a la hora de definir los factores que deben ser alegados y probados por la autoridad de aplicación para valorar y sancionar una supuesta conducta abusiva.

Los que detenten una posición dominante de mercado no serán pasibles, por esa sola circunstancia, de sanciones establecidas en la presente Ley,

---

<sup>57</sup> ESPAÑA. TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL. *Sentencia del Tribunal Supremo español*, de 8 de mayo de 2003, (RJ 2003, 4209), Tandem Transportes y Ruta Sur, Recurso de Casación núm. 4495/1998

a no ser que se compruebe por medio de procedimientos administrativos que las mismas han realizado alguna de las actividades prohibidas por la presente Ley, con el fin de obtener ventajas indebidas y causar perjuicio a otros, lo que no hubiera sido posible de no existir tal posición de dominio.

El párrafo de referencia parte sentando el principio general de que quienes *detenten una posición dominante de mercado no serán pasibles, por esa sola circunstancia, de sanciones*; lo que claramente deja entrever que la LDC solo reprocha el abuso de la posición dominante, no su posesión.

Como ha dejado sentado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE):

En efecto, la acreditación de la existencia de una posición dominante no implica, en sí misma, ningún reproche a la empresa de que se trate, suponiendo tan sólo que incumbe a ésta, independientemente de las causas que expliquen dicha posición, una responsabilidad especial de no impedir, con su comportamiento, el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en el mercado común.<sup>58</sup>

Consecuencia de esto es que la LDC, sigue diciendo el Directorio, por una parte, no tiene por objeto impedir que una empresa alcance, por sus propios méritos, la posición dominante en un mercado; y, por otra parte, tampoco pretende garantizar que competidores menos eficaces que la empresa que ocupa una posición de dominio permanezcan en el mercado.

Sin embargo, esto también significa que, sin tener en cuenta las razones por las que tiene tal posición dominante, la empresa de que se trata tiene una responsabilidad especial de no permitir que su conducta impida una competencia genuina y no falseada en el mercado.<sup>59</sup>

En este sentido, la jurisprudencia europea se ha consolidado en el sentido de que *el hecho de disfrutar de una posición dominante confiere a la*

---

<sup>58</sup> UNION EUROPEA. TRIBUNAL DE JUSTICIA (COMUNIDAD EUROPEA): *Sentencia de 9 de noviembre de 1983, Asunto 322/81, NV Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin*, párrafo 57.

<sup>59</sup> RODRÍGUEZ NATAL, Myriam; ARANDA CARLES, Bárbara y PASTOR RUIZ, Federico: “Capítulo III. Abuso de posición de dominio”, en LOMA-OSORIO, Diego (Coordinador): *Tratado de Derecho de la Competencia*. Pamplona: Abogacía General del Estado (Ministerio de Justicia) Thomson Reuters-Aranzadi, 2013. p. 191

*empresa en cuestión una responsabilidad especial cuyo alcance debe evaluarse teniendo en cuenta las circunstancias específicas de cada asunto.*<sup>60</sup>

Esta especial responsabilidad implica que las empresas que ocupan una posición dominante en un mercado tienen una carga adicional para asegurar que sus prácticas comerciales no perjudiquen a la competencia, los consumidores o el mercado en general. Cuando una empresa tiene una posición de dominio en un mercado, significa que tiene una influencia sustancial sobre la oferta, la demanda o los precios de un producto o servicio en particular. La idea detrás de la especial responsabilidad es que las empresas en posición de dominio deben ser conscientes de los eventuales impactos que sus actuaciones pueden producir en el mercado.

En ese sentido, los autores José María Beneyto y Jerónimo Maillo, hacen referencia sobre la especial responsabilidad de las empresas dominantes,<sup>61</sup> manifestando:

que las empresas dominantes no deben dejar de competir vigorosamente en el mercado por el hecho de serlo, al contrario, las empresas dominantes tienen el derecho y la obligación de seguir compitiendo.

Sin embargo, el legislador ha querido que disfrutar de una posición dominante haga recaer sobre cualquier empresa una especial responsabilidad, la de no restringir con su conducta una competencia que ya está debilitada por la intensidad de su propio poder de mercado.

---

<sup>60</sup> UNION EUROPEA. TRIBUNAL DE JUSTICIA (COMUNIDAD EUROPEA). Sentencia del Tribunal de Justicia (Comunidad Europea) op. cit.; UNION EUROPEA. TRIBUNAL DE JUSTICIA (COMUNIDAD EUROPEA). Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, Sala Segunda (Comunidad Europea) del 6 de octubre de 1994. Asunto T-83/91, Tetra Pak Comisión (Tetra Pak II), p. II 813.; UNION EUROPEA. TRIBUNAL DE JUSTICIA (COMUNIDAD EUROPEA). Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala Cuarta ampliada (Comunidad Europea) del 17 de julio de 1998. Asunto T-111/96, ITT Promedia/Comisión, p. II-2987, apartado 139; COMUNIDAD EUROPEA. TRIBUNAL DE JUSTICIA. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, Sala Tercera (Comunidad Europea) del 7 de octubre de 1999. Asunto T-228/97, Irish Sugar/Comisión.p. II-3021, apartado 112.; COMUNIDAD EUROPEA. TRIBUNAL DE JUSTICIA). Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, Sala Tercera (Comunidad Europea) del 30 de septiembre de 2003. Asunto T-203/01, Michelin/Comisión (Michelin II). p. II - 4116. Apartado 97.

<sup>61</sup> BENEYTO, José María y MAILLO, Jerónimo. “Capítulo X. Prohibición del abuso de posición dominante (I): aspectos generales y análisis de la posición de dominio individual y colectiva”, en *Tratado de Derecho de la Competencia*. 2º Edición, Wolters Kluwer: Barcelona, 2017. p. 433.

De este modo, las empresas dominantes deben seguir compitiendo, pero siendo muy conscientes de que no puede utilizar en su beneficio su poder de mercado para excluir a los competidores o para obtener beneficios extraordinarios, que no obtendrían si el mercado fuera competitivo. En palabras del Tribunal Supremo (TS).

“La constatación de que una empresa o entidad se encuentra en una posición dominante en un determinado mercado tiene dos consecuencias ya clásicas en el Derecho de la Competencia, formuladas por el TJCE (sentencia de 9 de setiembre de 1983, asunto Michelin, caso 322/1981): a) declarar que una empresa [que] tiene una posición dominante, [tiene] una especial responsabilidad en el mantenimiento en el mercado de unas condiciones no distorsionadas de la competencia, lo que implica que la conducta de la empresa dominante, para ser legítima, debe tener una justificación objetiva”. (Sentencia de 14 de enero de 2004, dictada por esta Sala en el recurso 867/2000)”

El corolario de la especial responsabilidad de la empresa dominante, por tanto, es que comportamientos que, realizados por ella, serían abusivos y supondrían una infracción, sin embargo, serían perfectamente legales si quien los realice fuera una empresa que no tuviera posición dominante.<sup>62</sup>

Por otra parte, el Directorio también refiere a la segunda parte del párrafo final del art. 9º, que, según señala, viene a incorporar un elemento más al tipo abuso de posición dominante, aplicable -en general- a todos los tipos particulares: el nexo o relación que debe existir entre la posición dominante, la conducta probada y subsumida en el tipo, y la finalidad de obtener ventajas indebidas y causar perjuicio a otros.

a no ser que se compruebe por medio de procedimientos administrativos que las mismas han realizado alguna de las actividades prohibidas por la presente Ley, con el fin de obtener ventajas indebidas y causar perjuicio a otros, lo que no hubiera sido posible de no existir tal posición de dominio.

Corresponde, según concluye, a la autoridad de aplicación verificar, sobre la base de pruebas sólidas y convincentes, que la empresa dominante ha realizado la práctica que se le atribuye con el fin de obtener ventajas indebidas y causar perjuicio a otros; en el entendimiento de que dichos resultados no

---

<sup>62</sup> BENEYTO, José María y MAILLO, Jerónimo. “Capítulo X”. *op. cit.*, p. 433.



hubieran sido posibles si la empresa no ostentara la referida posición dominante y sin perder de vista la especial responsabilidad que incumbe a las empresas en posición dominante.

## CONCLUSIONES

En su primera actuación en materia de abuso de posición dominante, el asunto *TELEDEPORTES*, el Directorio de la CONACOM esbozó los *trazos de la ruta crítica* que ella, como autoridad de aplicación de la LDC, debería transitar a la hora de valorar una conducta eventualmente abusiva de una posición dominante; la que puede resumirse, básicamente en los siguientes pasos:

- a) La determinación del o de los mercados relevantes;
- b) La determinación de la posición dominante; y
- c) La determinación del abuso de dicha posición dominante, para lo cual:
  - i) Habrá que tomar en consideración algunos rasgos fundamentales de la noción de abuso, tales como, que es una conducta típica, que es un concepto jurídico indeterminado, que debe ser predecible y exenta de interpretaciones analógicas, que es un concepto objetivo y carente de justificación económica objetiva y razonable.
  - ii) Toda la valoración habrá que realizarla sobre la base de pruebas sólidas y convincentes.
  - iii) Habrá que considerar algunos factores *generalmente* pertinentes, aplicables a todos los tipos de abuso, como la posición de la empresa dominante, las condiciones del mercado relevante, la posición de los competidores de la empresa dominante, la posición de los clientes o de los proveedores de insumos, el alcance de la conducta presumiblemente abusiva, las posibles pruebas de la existencia del cierre de mercado y las pruebas directas de una estrategia de cierre.

- iv) Habrá que valorar los factores o requisitos específicos que configuran el *tipo particular* de abuso de que se trate.
- v) Finalmente, habrá que considerar la disposición contenida en el último párrafo del artículo 9º, en cuya virtud, correspondería verificar, que la empresa dominante ha realizado la práctica que se le atribuye con el fin de obtener ventajas indebidas y causar perjuicio a otros; en el entendimiento de que dichos resultados no hubieran sido posibles si la empresa no ostentara la referida posición dominante y sin perder de vista la especial responsabilidad que incumbe a las empresas en posición dominante.

Y, en cumplimiento estricto del principio de *predictibilidad* consagrado en el artículo 90 del DRLDC, en el segundo asunto que le cupo analizar, el caso *BANCARD*, el Directorio, no solo transitó por la misma *ruta*, sino que, además, al hacerlo, imprimió más *color* a aquellos primeros *trazos*; lo que, en definitiva, contribuye nuevamente, como *bucle virtuoso*, a fortalecer la *predictibilidad* de los criterios de valoración de un abuso de posición dominante.

Finalmente, cabe recordar que el artículo 9º. a) contempla, además de los *tipos* particulares analizados en los asuntos *TELEDEPORTES* y *BANCARD*, otros tres tipos, que no han sido aún objeto de análisis por parte de la CONACOM.

- La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales, o de servicios no equitativos;
- 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; y,
- Obtener o intentar obtener, bajo la amenaza de ruptura de las relaciones comerciales, precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pago de cargos adicionales y otras condiciones de cooperación comercial no recogidas en las condiciones generales de venta que se hayan pactado.

No obstante, cabe esperar, producto de ese *bucle virtuoso* que autopotencia la *predictibilidad* de la *ruta crítica*, que, en los eventuales casos de abusos, tanto si versaren sobre *tipos* ya estudiados, como si versaren sobre algunos de los *tipos* aún no analizados, tanto la Dirección de Investigación, en su rol de investigador/acusador, como el Directorio, en su rol de juzgador, transiten la misma *ruta crítica*, contribuyendo con ello, en definitiva, a reforzar aún más la *predictibilidad* de la *ruta crítica*, y, con ello, la seguridad jurídica.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### PUBLICACIONES

BENEYTO, José María y MAILLO, Jerónimo. “Capítulo X. Prohibición del abuso de posición dominante (I): aspectos generales y análisis de la posición de dominio individual y colectiva”, en *Tratado de Derecho de la Competencia*. 2º Edición, Wolters Kluwer: Barcelona, 2017.p. 433.

COMUNIDAD EUROPEA. CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL F. G. JACOBS. “Cuestión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht Wien (Tribunal Regional de Apelación de Viena)” en *calidad de Kartellgericht (Tribunal de Primera Instancia en asuntos de competencia) al Tribunal de Justicia*, Oscar Bronner/Mediaprint, § 56. 28 de mayo de 1998.

DÍAZ DELGADO, Rolando. “Cuota de mercado y posición dominante en la jurisprudencia de la Comisión Nacional de la Competencia (CONACOM) de Paraguay”, en *Anuario de la Competencia del MERCOSUR 2022*. Asunción: CONACOM, 2022, pp. 109 – 126.

DÍAZ DELGADO, Rolando. “Análisis sustancial de la Comisión Nacional de la Competencia en materia de posición dominante”, en *Anuario Nacional de la Competencia*. Asunción: CONACOM – APEDEC, 2023.

ESCODA VILLACORTA, Daniel y SANZ FERNÁNDEZ – VEGA, Beatriz. “Prohibición del abuso de posición dominante (II): Tipos de abuso”, en BENEYTO, José María y MAILLO, Jerónimo (dirs.): *Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España*. 2ª Edición, Tomo I. Barcelona: Bosch – Wolters Kluwer, 2017. p. 460.

GUTIÉRREZ, Alfonso. “Artículo 2. Abuso de posición dominante”, en MASSAGUER, José; SALA ARQUER, José Manuel; FOLGUERA CRESPO, Jaime y GUTIÉRREZ, Alfonso (Directores). *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*. Cuarta Edición. Pamplona: Civitas – Thomson Reuters, 2015. pp. 200–201.

PEREZ BENITEZ, Jacinto. “Tema 5. Abuso de posición de dominio”. En AAVV: *Manual práctico de Derecho de la competencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017. p. 186.

ROBLES, Martín y LABORDA, Antonio. “Capítulo IV. La introducción del análisis económico en la prohibición del abuso de una posición de dominio”. En BERENGUER FUSTER, Luis; GINER PARREÑO, César; ROBLES, Martín y LABORDA, Antonio. *La nueva legislación española ante la evolución del Derecho de la Competencia*. Madrid - Barcelona: Fundación Rafael Del Pino – Marcial Pons. 2010, pág. 177.

RODRÍGUEZ NATAL, Myriam; ARANDA CARLES, Bárbara y PASTOR RUIZ, Federico: “Capítulo III. Abuso de posición de dominio”, en LOMA-OSORIO, Diego (coord.Coordinador): *Tratado de Derecho de la Competencia*. Pamplona: Abogacía General del Estado (Ministerio de Justicia) Thomson Reuters-Aranzadi, 2013. p. 183.

TEMPLE LANG, John y O'DONOGHUE, Robert. *op. cit.* 48-49 y asuntos acumulados 40-48/73. Suiker Unie y otros. UE: C: 1975: 1663, apartados 526 y 527; Asunto C-241/91 P, Radio Telefis Eireann EU: C: 1995: 743; Asunto T-201/04 Microsoft Corp. UE: T: 2007: 3601, apartados 643 – 648

#### ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS NACIONALES.

PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. Resolución D/AL N° 87/2021, del 23 de noviembre de 2021, p. 104.

PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. Resolución D/AL N° 59/2023, del 17 de noviembre de 2023, p. 126.

#### ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS INTERNACIONALES

ESPAÑA. COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA (CNMC). Resolución Expte. S/0415/12. ABH-ISMA, de 4 de febrero de 2014, Fundamento de Derecho Tercero, p. 27.

#### LEGISLACIÓN

LEY ARGENTINA. Ley 25.156 de Defensa de la Competencia fue derogada por la Ley 27.442 de Defensa de la Competencia, pasando el texto del referido Artículo 5° a convertirse en el Artículo 6° de la nueva Ley.

ESPAÑA. Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, Boletín Oficial del Estado, 04 de julio de 2007, N° 159.

#### JURISPRUDENCIA DE TRIBUNALES INTERNACIONALES

ARAUJO BOYD, Marcos. Introducción al estudio de la jurisprudencia revisora de las resoluciones administrativas en materia de abuso de posición de dominio en España. 2021. pp. 1-22.

COMUNIDADES EUROPEAS. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: Sentencia de 16 de marzo de 2000, en los autos acumulados C-365/96 P y C-396 P, Parágrafo 37, p. I – 1458.

COMUNIDADES EUROPEAS. TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (Sala Tercera). *Sentencia de 7 de octubre de 1991, Asunto T-228/97, IRISH SUGAR PLC. contra COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS.* Parágrafo 111.

ESPAÑA. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO. (RJ 2003, 4209), Tandem Transportes y Ruta Sur, Recurso de Casación núm. 4495/1998 el 18 de noviembre de 2021.

ESPAÑA. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. Resolución de 19 de mayo de 2009 (AC 2009, 1094) Axión / Abertis.

ESPAÑA. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. Resolución de 19 de mayo de 2005, Estaciones de Servicio. Exp. R 644/05, FD 4º, p. 7.

ESPAÑA. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA: Resolución de 16 de junio de 2005 (AC 2005, 1083), Exp. 580/04, Gas Natural. Fundamentos de Derecho 4º, p. 11;

ESPAÑA. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA: Resolución 22 de diciembre de 2004, Exp. 571/03, Uni2/Telefónica Móviles, parágrafo 11, p. 17; ESPAÑA. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. Resolución de 20 de diciembre de 2004, Expte. 573/03, Worldcom/Amena (2436/02 del Servicio), parágrafo 16, p. 20.

ESPAÑA. TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL. Sentencia del Tribunal Supremo español, de 8 de mayo de 2003, (RJ 2003, 4209), Tandem Transportes y Ruta Sur, Recurso de Casación núm. 4495/1998

UNION EUROPEA. TRIBUNAL DE JUSTICIA (COMUNIDAD EUROPEA): Sentencia de 9 de noviembre de 1983, Asunto 322/81, NV Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin, parágrafo 57.

UNIÓN EUROPEA. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Sentencia de 13 de febrero de 1979, en el asunto 85/76, Hoffmann-La Roche & Co. AG contra Comisión de las Comunidades Europeas, parágrafo 39, p. 243.

UNION EUROPEA. TRIBUNAL DE JUSTICIA. Asuntos acumulados 40-48/73, Suiker Unie y otros. [1975] E.C.R. 1663, p. 526

UNIÓN EUROPEA. TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Quinta), de 23 de octubre de 2003. Asunto T-65/9 8, Van den Bergh Foods Ltd, p. 104 y 156.

UNION EUROPEA. COMUNICACION DE LA COMISION. “Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes”. Diario Oficial de la Unión Europea. 2009/C 45/02, de 24 de febrero de 2009.

UNION EUROPEA. COMISIÓN EUROPEA. *Asunto COMP/C-1/36.915 — Deutsche Post AG*. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, del 25 de julio de 2001.

UNIÓN EUROPEA. TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA. “Versión consolidada”. Diario Oficial de la Unión Europea, C 83, de 30 de marzo de 2010.

UNION EUROPEA. TRIBUNAL DE JUSTICIA (COMUNIDAD EUROPEA). *Sentencia del Tribunal de Justicia (Comunidad Europea) op. cit.*; UNION EUROPEA. TRIBUNAL DE JUSTICIA (COMUNIDAD EUROPEA). *Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, Sala Segunda (Comunidad Europea)* del 6 de octubre de 1994. Asunto T-83/91, Tetra Pak Comisión (Tetra Pak II), p. II 813.; UNION EUROPEA. TRIBUNAL DE JUSTICIA (COMUNIDAD EUROPEA). *Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala Cuarta ampliada (Comunidad Europea)* del 17 de julio de 1998. Asunto T-111/96, ITT Promedia/Comisión. p. II-2987, apartado 139; COMUNIDAD EUROPEA. TRIBUNAL DE JUSTICIA. *Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, Sala Tercera (Comunidad Europea)* del 7 de octubre de 1999. Asunto T-228/97, Irish Sugar/Comisión.p. II-3021, apartado 112.; COMUNIDAD EUROPEA. TRIBUNAL DE JUSTICIA). *Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, Sala Tercera (Comunidad Europea)* del 30 de septiembre de 2003. Asunto T-203/01, Michelin/Comisión (Michelin II). p. II - 4116. Apartado 97.

## **RESEÑA BIOGRÁFICA**

### ***Rolando Díaz Delgado***

Rolando Díaz Delgado es abogado por la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción”. Realizó estudios de postgrado en el Programa de Doctorado sobre Aspectos fundamentales de Derecho Internacional Privado en la Universidad de Alcalá de Henares (España); de Especialista en Derecho de la Competencia en la Universidad Carlos III de Madrid (España); y de Regulación y Competencia en la Universidad de Valladolid (España). Es docente de la cátedra de Derecho Internacional Privado en la Universidad Nacional de Asunción y de Aplicación del Derecho Internacional a la Resolución Judicial en la Escuela Judicial (Consejo de la Magistratura). Es autor de diversas publicaciones jurídicas, nacionales e internacionales, sobre Derecho Internacional Privado, Arbitraje y Derecho de la Competencia. Participó como expositor en congresos, conferencias, seminarios, etc., nacionales e internacionales, sobre Derecho Internacional Privado, Arbitraje y Derecho de la Competencia. Fue Director General/Gerente General de empresas multinacionales y nacionales; Presidente de la Cámara de Empresas Maquiladoras de Exportación (CEMAP); presentador de un bloque de entrevistas (económicas, empresariales, inversiones, etc.) en el Noticiero Central de Red Guaraní, Árbitro paraguayo de la lista de árbitros del Tribunal Arbitral Ad Hoc del Mercosur, Árbitro de la lista del Centro de Arbitraje y

Mediación de la Cámara Nacional de Comercio y Servicios del Paraguay; Presidente de la Asociación Familias Formando Familias Paraguay (Miembro de la International Federation for Family Development – IFFD); y Miembro del Consejo Directivo de Enfoque Niñez. Ejerció la Presidencia del Directorio de la Comisión Nacional de la Competencia (CONACOM) entre agosto de 2021 y julio de 2023. Actualmente es Director del Instituto CONACOM y Miembro Titular del Directorio de la CONACOM.





# EL ANÁLISIS REGULATORIO COMO ESTRATEGIA DE PROMOCIÓN DE LA CULTURA DE LA COMPETENCIA EN LA CONACOM EN EL 2023

## A ANÁLISE REGULATÓRIA COMO ESTRATÉGIA DE PROMOÇÃO DA CULTURA DA CONCORRÊNCIA NA CONACOM EM 2023

*Pablo Ramírez Ayala*

### RESUMEN

Este artículo explica la forma en que la autoridad de competencia paraguaya, la Comisión Nacional de la Competencia (CONACOM) utiliza la emisión de opiniones de análisis regulatorio como estrategia de promoción de la cultura de la competencia en el país. Además de abordar el impacto que han tenido las opiniones, se desarrolla la metodología de dos pasos que ha sido implementada históricamente por la institución y que ha sido consolidada en una guía, aprobada en 2023. Finalmente, se exploran cuatro casos de interés en 2023, en los que se ha buscado conseguir diversos resultados, como evitar la imposición de barreras regulatorias sin justificación suficiente, promover medidas regulatorias procompetitivas, advertir sobre problemas existentes de competencia en sectores económicos y atender una cuestión de competencia en un proceso competitivo privado.

**Palabras clave:** Competencia – Abogacía - Análisis Regulatorio

### RESUMO

Este artigo explica a forma como a autoridade de concorrência paraguaia, a Comissão Nacional da Concorrência (CONACOM), utiliza a emissão de pareceres de análise regulatória como estratégia de promoção da cultura de concorrência no país. Além de abordar o impacto que os pareceres tiveram, desenvolve-se a metodologia de dois passos que foi implementada historicamente pela instituição, e que foi consolidada em um guia, aprovado em 2023. Finalmente, exploram-se quatro casos de interesse em 2023, nos quais se buscou conseguir diversos resultados, como evitar a imposição de barreiras regulatórias sem justificação suficiente, promover medidas

regulatórias pró-concorrência, advertir sobre problemas existentes de concorrência em setores econômicos e atender uma questão de concorrência em um processo concorrente privado.

**Palavras-chave:** Concorrência; Advocacia; Análise Regulatória

## INTRODUCCIÓN

La actual Constitución paraguaya de 1992 garantiza la competencia en el mercado;<sup>63</sup> sin embargo, Paraguay recién adoptó su primera ley integral en este ámbito en 2013, con la promulgación de la Ley N° 4956 *Defensa de la Competencia*.

Las autoridades de competencia enfrentan el desafío continuo de promover la cultura de la competencia en sus respectivas jurisdicciones, y esta tarea puede incrementarse ante un escenario en el que la ciudadanía aún está viendo las primeras intervenciones ante conductas anticompetitivas y se encuentra ante conceptos abstractos de doctrinarios del derecho y la economía que les parecen lejanos; y si los funcionarios del Estado mismo aún están en proceso de comprender los efectos que su actuación puede tener en el mercado a través de una eventual vulneración de la competencia mediante regulación, contratación pública u otro tipo de actuación.

En este contexto, la Ley N° 4956/2013 creó la Comisión Nacional de la Competencia (CONACOM) como autoridad de aplicación, con una doble misión de defender y promover la libre competencia en los mercados.<sup>64</sup> Por cuestiones administrativas y presupuestarias, la CONACOM recién logró establecerse en 2015 con un pequeño equipo de funcionarios que incluyó a los tres primeros miembros del Directorio,<sup>65</sup> y desde entonces ha tenido un crecimiento progresivo en la cantidad de funcionarios asignados a sus distintas áreas de trabajo.

Si bien la función de promover la libre competencia está encomendada al Directorio de la CONACOM como máxima autoridad,<sup>66</sup> y se han realizado actividades en ese sentido a lo largo de los años, no fue sino hasta 2021 que

---

<sup>63</sup> PARAGUAY. Constitución de la República del Paraguay. *Gaceta Oficial*, 22 de junio, número 63 bis, artículo 107.

<sup>64</sup> PARAGUAY. Ley N° 4956/2013 “Defensa de la Competencia”. *Gaceta Oficial*, 25 de junio de 2013, núm. 117, páginas 50-74, artículo 15.

<sup>65</sup> PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Balance Anual de Gestión Pública 2015*. Disponible en: <<https://www.mef.gov.py/web-presupuesto/archivo.php?a=2525282e3932383337f226252b34f5f3f4f8f2f5f6e3f5fae327333225273331f134282a250c3&x=e1e1080&y=e3e3082>>.

<sup>66</sup> PARAGUAY. Decreto N° 1490/2014 “Por el cual se reglamenta la Ley N° 4956/2013 ‘Defensa de la Competencia’”. *Gaceta Oficial*, 25 de abril de 2014, núm. 80, páginas 7-68, artículo 48.

pudo establecerse el Área de Comunicación, Abogacía y Capacitación, con el objetivo de asistir a la autoridad en la planificación y la ejecución de las estrategias institucionales de promoción.

## EL ANÁLISIS REGULATORIO COMO ESTRATEGIA DE PROMOCIÓN

La CONACOM adoptó diversas estrategias para promover la cultura de la competencia en los mercados. Desde sus inicios, sus funcionarios han organizado y participado en actividades de capacitación abiertas y dirigidas a ciertos sectores con miras a generar conciencia sobre la vigencia de la Ley N° 4956/2013, sus disposiciones y las ventajas de su cumplimiento. Para ello, se ha visto ayudada por diversas instituciones del sector público y privado en Paraguay, que han visto la necesidad y el potencial del entendimiento de la Ley.

Asimismo, ha coordinado y editado publicaciones, como guías, instructivos y lineamientos sobre cuestiones referentes a la confidencialidad de documentos presentados en el marco de expedientes, la definición del mercado relevante, la elaboración de programas de cumplimiento, las buenas prácticas para gremios y asociaciones empresariales, la regulación pro-competitiva, y la prevención y detección de conductas colusorias en contrataciones públicas.<sup>67</sup> Estas publicaciones son complementadas con la promoción de ensayos académicos, los cuales tienen cabida en la edición anual del *Anuario Nacional de la Competencia*<sup>68</sup> y la colaboración regional en la edición del *Anuario de la Competencia del Mercosur*<sup>69</sup> con las autoridades de competencia de Argentina, Brasil y Uruguay, por iniciativa de la CONACOM; y el concurso anual de ensayos llamado *Premio Nacional de Competencia*,<sup>70</sup> en el cual la ciudadanía puede escribir sobre barreras regulatorias a la competencia.

---

<sup>67</sup> PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Publicaciones*. Disponible en: <<https://www.conacom.gov.py/publicaciones>>.

<sup>68</sup> PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Anuario Nacional de la Competencia*. Disponible en: <<https://www.conacom.gov.py/anuario>>.

<sup>69</sup> PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Anuario de la Competencia del Mercosur*. Disponible en: <<https://www.conacom.gov.py/anuario-mercosur>>.

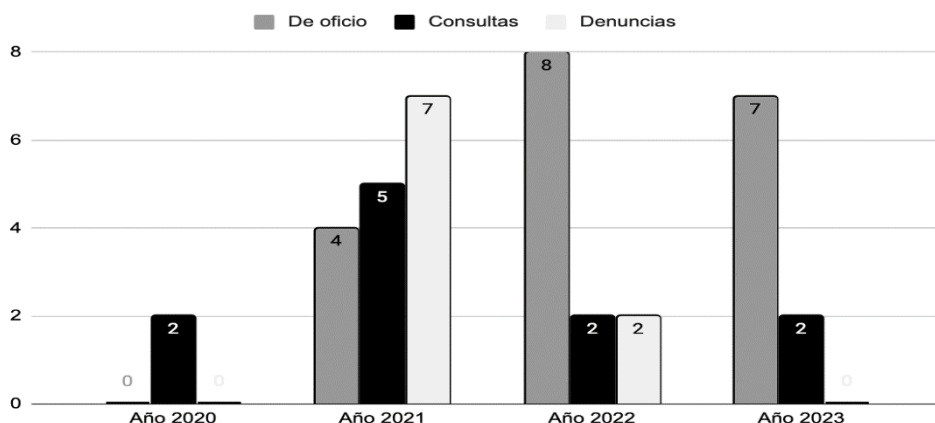
<sup>70</sup> PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Premio Nacional de Competencia*. Disponible en: <<https://www.conacom.gov.py/premio>>.

Estas barreras son también el foco de otra estrategia de promoción de la CONACOM: el análisis regulatorio. La CONACOM emite opiniones sobre proyectos normativos, normas vigentes y pliegos de contratación. En ocasiones, lo ha hecho por solicitud de una autoridad pública, por denuncia de un particular o sector económico afectado; y en otras, de oficio, al percatarse la autoridad de notorias distorsiones en el mercado causadas por la restricción estatal de la competencia.

## OPINIONES EMITIDAS

Entre 2020 y 2023, fueron emitidas treinta y nueve (39) opiniones,<sup>71</sup> la mayoría de las cuales surgieron de oficio, como puede observarse en el Gráfico 1. Cabe destacar que el alto número de opiniones emitidas en 2021 obedece a que, con el establecimiento del Área de Comunicación, Abogacía y Capacitación, fueron concluidos varios análisis que estaban en curso y habían sido asignados previamente a otras áreas de la institución, como la Asesoría Jurídica y la Asesoría Económica.

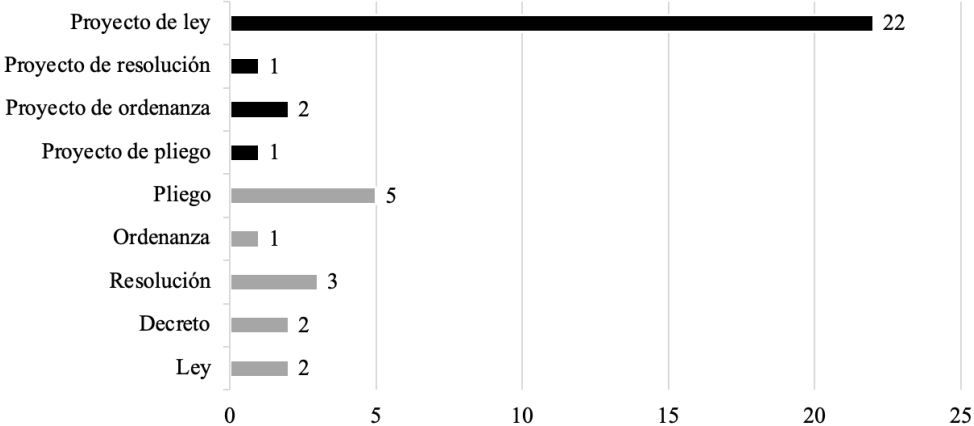
**Gráfico 1. Opiniones emitidas por la CONACOM, clasificadas por año y origen (2020-2023)**



La gran mayoría de las opiniones (67%) fueron emitidas sobre proyectos normativos (ley, resolución, ordenanza o pliego), puntualizando la importancia que la CONACOM da a intentar prevenir la imposición de barreras regulatorias a la competencia, como se ilustra en el Gráfico 2.

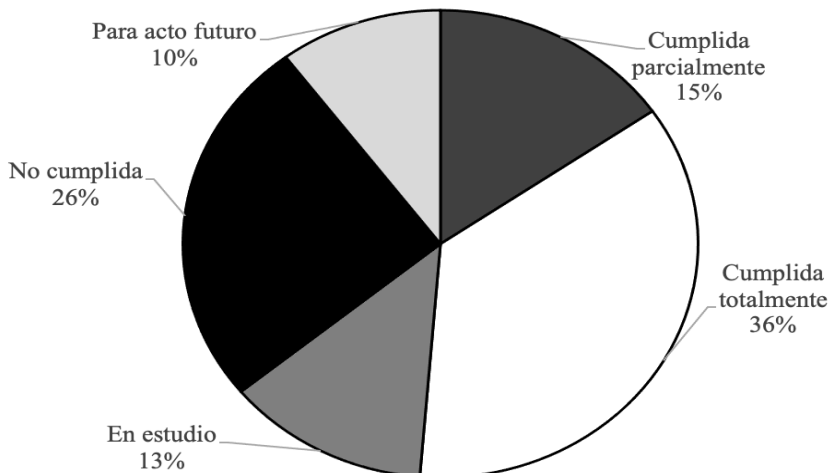
<sup>71</sup> PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Análisis regulatorio*. Disponible en: <<https://www.conacom.gov.py/opiniones>>.

**Gráfico 2. Normativas o proyectos sometidos a análisis regulatorio en las opiniones emitidas por la CONACOM (2020-2023)**



Entre las opiniones señaladas, la mayoría ha sido acogida al menos parcialmente por la autoridad a la cual está dirigida, como destaca el Gráfico 3. En esta clasificación, cabe destacar que algunas recomendaciones fueron emitidas para ser tenidas en cuenta en futuros actos como, por ejemplo, en casos de pliegos de licitaciones ya adjudicadas. Algunas opiniones, principalmente aquellas referentes a proyectos de ley, siguen en estudio en el Congreso Nacional al mes de abril de 2024.

**Gráfico 3. Opiniones emitidas por la CONACOM, clasificadas por cumplimiento por parte de autoridades a las que fueron dirigidas (2020-2023)**



Las opiniones de la CONACOM son un instrumento clave para que las autoridades públicas tomen en cuenta criterios de competencia al momento de decidir sobre regulaciones; con resultados alentadores. Además, muchas de las opiniones reciben atención en los principales medios de prensa del país, contribuyendo a la concienciación ciudadana paraguaya sobre el trabajo de su autoridad de competencia y la importancia de la competencia.

Esta tarea ha sido reconocida internacionalmente. En 2024, dos de las opiniones exitosas de la CONACOM: la Opinión D/RD N° 1/2021, referente a un proyecto de ordenanza en Ciudad del Este que hubiera impuesto restricciones a la operación de plataformas digitales de transporte; y la Opinión D/12/2021, relativa a un proyecto de ley que hubiera estandarizado para las transacciones monetarias electrónicas un nivel de seguridad de alto para la verificación de identidad de los usuarios (en perjuicio de que operadores del mercado utilicen otros medios innovadores de verificación de identidad) ganaron conjuntamente el concurso de abogacía de la Red Internacional de Competencia (ICN, por sus siglas en inglés) y el Banco

Mundial en la categoría de *Evaluación del riesgo de las nuevas tecnologías en el mercado*.<sup>72</sup>

## METODOLOGÍA PARA LA EMISIÓN DE OPINIONES

Para la emisión de las opiniones, la CONACOM realiza un análisis de dos pasos, ilustrado en la *Guía para la regulación con criterios de competencia* aprobada por el Directorio en 2023 sobre la base de las primeras experiencias institucionales.<sup>73</sup>

El primer paso consiste en identificar barreras regulatorias a la competencia, para lo cual se ha optado por el sistema propuesto por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). Esta organización, a través de sus *Herramientas para la evaluación de la competencia* propone analizar si la norma afecta la cantidad de competidores, la capacidad de competir, los incentivos para competir o las alternativas e información disponibles para consumidores al momento de decidir.<sup>74</sup>

El segundo paso implica someter dicha barrera a un análisis de necesidad y proporcionalidad, para determinar si la norma es eficiente y no impone condiciones discriminatorias. Este análisis ha sido históricamente realizado por la CONACOM sobre la base de las experiencias de la autoridad de competencia española, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).<sup>75</sup>

A través de este examen teórico de dos pasos, en el cual se incorpora un análisis de datos en caso de estar disponibles,<sup>76</sup> la CONACOM formula un

---

<sup>72</sup> BANCO MUNDIAL. *Competition Advocacy Contest 2024*. Disponible en: <<https://www.worldbank.org/en/events/2024/02/01/competition-advocacy-contest-2024>>.

<sup>73</sup> La referencia de la guía es: PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Guía para la regulación con criterios de competencia*. Disponible en: <<https://drive.google.com/file/d/1Lca7nllN701sAF10itI3sSV-FzsFNK8C/view>>.

<sup>74</sup> La referencia de la guía es: ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS. *Guía: Herramientas para la Evaluación de la Competencia*. Disponible en: <<https://www.oecd.org/daf/competition/98765433.pdf>>.

<sup>75</sup> La referencia de la guía es: ESPAÑA. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Trabajando por la competencia*. Disponible en: <<https://www.cnmc.es/file/54144/download>>.

<sup>76</sup> En ocasiones, la falta de datos implica que la CONACOM realiza un análisis puramente teórico, en cuyo caso, la opinión alerta al regulador de la necesidad de contar con datos



argumento de si la norma restringe o no injustificadamente la competencia. Si la norma no se considera suficientemente justificada, se recomienda al legislador o regulador levantar o rechazar la imposición de las restricciones.

### **OPINIONES DESTACADAS EMITIDAS EN 2023**

En total, fueron emitidas nueve (9) opiniones en 2023. Destacaremos cuatro de ellas, por las peculiaridades que tienen, cada una de ellas, denotando un objetivo distinto dentro de las posibilidades de abogacía de la CONACOM.

### **PROYECTO DE LEY DE PROMOCIÓN DE LA PRODUCCIÓN DE YERBA MATE**

En 2023, estuvo en estudio un proyecto de ley que fijaría el precio mínimo de venta de la materia prima *yerba mate hoja*, a través del cálculo de costo base de producción que haría una comisión u otros estudios técnicos actualizados. Se sancionaría toda venta a un precio inferior.

La fijación de precios es una barrera que afecta la capacidad de competir de los proveedores que operan en el mercado, ya que se verían limitados en el aprovechamiento de sus estructuras económicas para fijar el precio más competitivo para sus productos.

El Directorio se expidió en dos ocasiones sobre el proyecto de ley. La primera vez, la opinión fue emitida por solicitud de la Comisión de Industria, Comercio y Turismo de la Honorable Cámara de Senadores.

La exposición de motivos del proyecto de ley detalló que la necesidad de la ley surgía por la existencia de usura, precios muy bajos, sobrecosto de insumos y otros vejámenes que sufren los productores.<sup>77</sup>

---

precisos para la toma de decisiones. Esto es especialmente notorio cuando la CONACOM estudia proyectos normativos con plazos reducidos para su pronunciamiento, ya que la no disponibilidad inmediata de datos obliga a reiterar a los legisladores y reguladores sobre las consecuencias de imponer barreras regulatorias que no estén debidamente justificadas.

<sup>77</sup> PARAGUAY. CONGRESO NACIONAL. *Exposición de motivos del proyecto de ley “De fomento y protección a los pequeños y medianos productores de yerba mate – Ilex Paraguariensis, presentado por los senadores José Gregorio Ledesma Narváez y Juan Eudes*

En su Opinión D/01/2023,<sup>78</sup> el Directorio reconoció, en concordancia con lo expresado por la OCDE, que la fijación de precios mínimos puede utilizarse como respuesta a una competencia extremadamente vigorosa y como medio para proteger a los pequeños proveedores de la competencia desleal, aunque, como expresó la CONACOM en su *Guía para la regulación con criterios de competencia*, esto conlleva la expectativa de que los proveedores no puedan ganar participación del mercado ofreciendo precios mejores que los establecidos en la regulación.

También se advirtió que la fijación podría coartar la innovación, puesto que los actores podrían tener el incentivo de mantener estructuras que le permitan beneficiarse del margen de utilidad que les ofrezca la regulación, o bien buscar innovar solo en cuanto puedan maximizar dichos beneficios.

Un punto notorio es que la opinión se basó en la experiencia de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de Argentina que, en un análisis de las condiciones de competencia del sector yerbatero en dicho país, observó dos cuestiones principales. Por un lado, existiría un incumplimiento de los precios regulados debido a la informalidad del sector, que habría derivado en casos *donde el productor primario cobra 'en negro' y recibe un precio inferior al oficial*. Por otro lado, existiría una sobreoferta causada por las señales que la regulación daba a los productores por la fijación de precios altos.<sup>79</sup>

Al observarse que la norma podría no ser efectiva en atender las necesidades invocadas en la exposición de motivos, el Directorio recordó que problemas de competencia en el mercado pueden ser atendidos a través de los mecanismos de investigación y sanción de conductas anticompetitivas establecidos por la Ley N° 4956/2013.

---

Afara Maciel, de fecha 21 de setiembre de 2022". Disponible en: <<https://silpy.congreso.gov.py/web/descarga/expediente-147799>>.

<sup>78</sup> PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Opinión del Directorio D/01/2023, Proyecto de ley "De fomento y protección a los pequeños y medianos productores de yerba mate - Ilex Paraguariensis"*, del 5 de junio de 2023.

<sup>79</sup> ARGENTINA. COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. *Análisis de las condiciones de competencia en el sector yerbatero argentino de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia*. Disponible en: <[https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/sector\\_yerbatero\\_argentino\\_1.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/sector_yerbatero_argentino_1.pdf)>.

Ante la ausencia de estudios técnicos y datos que demuestren la necesidad y proporcionalidad de la normativa propuesta, y ante la imposibilidad de que el proyecto sea modificado debido a que ya había pasado por varias instancias constitucionales, el Directorio recomendó el rechazo del proyecto de ley, señalando que una medida de intervención económica que implique fijación de precios solo debe ser implementada en casos excepcionales en los que se demuestre la menor distorsión en la economía. Asimismo, la CONACOM ha recomendado que en casos donde se imponen medidas restrictivas, las mismas estén sujetas a plazos limitados, sujetos a monitoreo y evaluación para el levantamiento de las medidas cuando se observe que las condiciones del mercado se han normalizado.

A pesar de las observaciones formuladas, el Congreso Nacional decidió sancionar el proyecto de ley, por lo que el mismo fue remitido a la Presidencia de la República para su promulgación o veto. En dicha instancia, se formuló una nueva consulta a la CONACOM, que derivó en una segunda opinión.

En esta Opinión D/07/2023,<sup>80</sup> y ante la ausencia de nueva documentación que demuestre la necesidad y proporcionalidad de la regulación propuesta y el escenario de promulgación o veto, el Directorio recomendó a la Presidencia de la República el veto parcial de la normativa.

La Presidencia de la República, citando en gran medida la recomendación de la CONACOM, decidió vetar finalmente el proyecto de ley.<sup>81</sup> Sin embargo, en Paraguay, el veto presidencial puede ser rechazado por el Congreso si ambas cámaras legislativas (Senado y Diputados) así lo deciden, por lo que el trámite legislativo siguió por unos meses más hasta que, en 2024, la aceptación del veto por parte de la Cámara de Diputados terminó enviando la propuesta al archivo.<sup>82</sup>

---

<sup>80</sup> PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Opinión del Directorio D/07/2023, Proyecto de ley "De fomento y protección a los pequeños y medianos productores de yerba mate - Ilex Paraguariensis"*, del 16 de octubre de 2023.

<sup>81</sup> PARAGUAY. Decreto N° 575/2023 "Por el cual se objeta parcialmente el proyecto de ley N° 7170/2023 'De fomento y protección a los pequeños y medianos productores de yerba mate - Ilex Paraguariensis'". *Gaceta Oficial*, 25 de octubre de 2023, núm. 208, páginas 45-52.

<sup>82</sup> PARAGUAY. CONGRESO NACIONAL. *Proyecto de ley "De fomento y protección a los pequeños y medianos productores de yerba mate – Ilex Paraguariensis"*, presentado por los

## CONDICIONES DE COMPETENCIA EN SECTOR DE SEGUROS POR CRÉDITOS PARA LA COMPRA DE AUTOMÓVILES

En 2023, la Comisión Nacional de la Competencia realizó un estudio sobre la vinculación del seguro con el otorgamiento de créditos para la compra de automotores, tras reunirse con un gremio de agentes de seguros.

En Paraguay, los seguros son contratados de empresas aseguradoras. Sin embargo, existe la figura de la intermediación de seguros, en la que nos encontramos con dos tipos de intermediarios: los agentes y corredores, siendo la diferencia entre ellos que los primeros son personas físicas y los segundos, personas jurídicas.

El gremio de agentes de seguros acudió a la CONACOM a plantear un problema que afrontaba el sector. Afirmaron que empresas que venden vehículos a crédito e instituciones de crédito (bancos, cooperativas, financieras) obligaban a sus deudores a contratar seguro de ciertas aseguradoras y a través de ciertos agentes o corredores.

La CONACOM decidió abordar el problema a través de un análisis regulatorio, consultando a los reguladores del sector (Superintendencia de Bancos y Superintendencia de Seguros del Banco Central del Paraguay; e Instituto Nacional de Cooperativismo) sobre la situación. Asimismo, se consultó a diversas empresas vendedoras de automóviles, instituciones de crédito y gremios sobre sus prácticas relativas a créditos y seguros.

Del análisis de las respuestas recibidas, pudo observarse que algunas empresas estarían exigiendo a sus deudores a contratar seguros de ciertas aseguradoras, agentes o corredores como requisito para acceder al crédito. Algunas de estas empresas justificaron esta conducta señalando que realizan promociones específicas, mientras que otras manifestaron que tenían ciertas preferencias a la hora de trabajar con intermediarios del seguro y aseguradoras en su afán por garantizar la cobertura apropiada del seguro.

Entre los reguladores, el Banco Central del Paraguay informó que, desde su Superintendencia de Seguros, existe una resolución<sup>83</sup> que, además de prohibir a bancos y financieras a inducir a sus clientes a contratar a ciertas aseguradoras o intermediarios de seguro, los obliga a indicar en sus ofertas de seguro una aclaración expresa de la libertad de contratar a una empresa de su confianza.

En efecto, de las respuestas recibidas de las empresas consultadas, pudo notarse que los bancos y financieras negaban realizar la práctica o la justificaban dentro de la figura de las promociones; y pudo comprobarse al menos un caso de sanción a un banco por incumplimiento de la resolución de la Superintendencia de Seguros.

Tanto la OCDE en sus *Herramientas para la evaluación de la competencia*,<sup>84</sup> como la CONACOM, en su *Guía para la regulación con criterios de competencia*,<sup>85</sup> han notado que una barrera a la competencia puede ser constituida cuando una regulación contiene requisitos insuficientes de la información disponible a los consumidores al momento de tomar sus decisiones. En el caso en estudio, la CONACOM observó que la ausencia de una resolución similar por parte de la Superintendencia de Seguros, que abarque a las empresas que venden vehículos y otorgan créditos por su cuenta, así como a las cooperativas, podría contribuir a que los consumidores desconozcan sus derechos de contratar a los agentes, corredores y aseguradoras de su confianza al momento de contraer créditos y contratar los seguros que los respaldan. Por lo tanto, en su Opinión D/06/2023,<sup>86</sup> se recomendó extender los efectos de la resolución vigente para bancos y financieras a todas las empresas que participan en operaciones similares.

Ante toda esta información, el Directorio de la CONACOM también consideró prudente advertir a las empresas que otorgan créditos para la compra de vehículos de que la práctica de obligar al cliente deudor a contratar

---

<sup>83</sup> PARAGUAY. SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS. Resolución SS.RG N° 03/00.

<sup>84</sup> ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS. *Guía: Herramientas para la Evaluación de la Competencia*. Disponible en: <<https://www.oecd.org/daf/competition/98765433.pdf>>.

<sup>85</sup> PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Guía para la regulación con criterios de competencia*. Disponible en: <<https://drive.google.com/file/d/1Lca7nllN701sAF10itI3sSV-FzsFNK8C/view>>.

<sup>86</sup> PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Opinión del Directorio D/06/2023, Vinculación de los seguros de automotores con la venta de vehículos y el otorgamiento de créditos*, del 4 de agosto de 2023.

un agente, corredor o aseguradora podría constituir un acuerdo restrictivo de la competencia en los términos del artículo 8° de la Ley N° 4956/2013, pudiendo exponerse por lo tanto a una investigación, un sumario y eventual sanción.

No se trata de la primera vez que la CONACOM emite una opinión de análisis regulatorio que contiene una advertencia explícita hacia operadores del sector privado. Notoriamente, en 2022, una recomendación de gremios de bancos dirigida al Banco Central del Paraguay para la fijación regulatoria de tasas para transferencias interbancarias derivó en una opinión del Directorio que, además de examinar el proyecto de tarifario, recordó a los bancos que la recomendación colectiva de fijación de precios de manera abusiva constituye un acuerdo restrictivo de la competencia, prohibido por el artículo 8° de la Ley N° 4956/2013, e instó a los gremios a aplicar buenas prácticas en materia de competencia.<sup>87</sup>

Volviendo al caso de seguros, tras la emisión de la Opinión D/06/2023, el Directorio participó en varias actividades de capacitación, una de las cuales tuvo como público objetivo al gremio de empresas vendedoras de vehículos.<sup>88</sup> Asimismo, elaboró un material audiovisual didáctico para difundir masivamente las conclusiones de la opinión.

Con estas intervenciones, la CONACOM espera generar conciencia en el sector para que las prácticas sean revisadas.

## **PROYECTO DE LEY DE MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE PROMOCIÓN DE MICRO, PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS**

La Opinión D/06/2023 mencionada en el apartado anterior no fue la única emitida en 2023 que recomendó la emisión de una regulación procompetitiva. La Opinión D/05/2023 estudió un proyecto de ley que

---

<sup>87</sup> PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Opinión del Directorio D/05/2022, Propuesta del tarifario del SPI - Sistema de Pagos del Paraguay (SIPAP)*, del 9 de junio de 2022.

<sup>88</sup> PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *La CONACOM presentó a miembros de la CADAM el alcance de la Opinión D/06/2023*. Disponible en: <<https://conacom.gov.py/la-conacom-presento-a-miembros-de-la-cadam-el-alcance-de-la-opinion-d-06-2023/>>.

modificaría la normativa vigente en materia de micro, pequeñas y medianas empresas (mipymes) en el país.<sup>89</sup>

Las mipymes tienen una participación significativa en la economía paraguaya. El Censo Económico Nacional de 2011 reveló que las mipymes representaban el 96,8% de las unidades económicas y 61,6% del personal ocupado, aunque solo eran responsables del 10% de los ingresos por ventas.<sup>90</sup>

Paraguay tiene altos índices de informalidad en materia de mipymes. En 2019, un estudio del Ministerio de Industria y Comercio (MIC) reveló que, en 2018, de un total de 833.420 mipymes, menos de un tercio (225.928) estaba registrado ante la autoridad tributaria.<sup>91</sup> Adicionalmente, solo 4.928 se encontraban inscriptas en el registro específico de mipymes del MIC,<sup>92</sup> el cual implica un trámite adicional para el interesado.

Cabe destacar que, más allá de una simple imposición estadística, el registro de mipymes sería clave para el acceso a ciertos beneficios, como algunas preferencias en procedimientos de contrataciones públicas.

---

<sup>89</sup> PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Opinión del Directorio D/05/2023, Proyecto de ley “Que modifica los artículos 1, 4, 5, 6, 7, 8, 10, 13, 17, 18, 21, 22, 23, 24, 26, 27, 30, 31, 34, 36, 37, 39, 40, 43, 46, 47 y 48 de la Ley N° 4457/12 para las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas (MIPYMES)”*, del 30 de junio de 2023.

<sup>90</sup> PARAGUAY. DIRECCIÓN GENERAL DE ESTADÍSTICAS, ENCUESTAS Y CENSOS. *Censo Económico Nacional de 2011*. Disponible en: <[https://www.ine.gov.py/Publicaciones/Biblioteca/CEN2011/resultados\\_finales\\_CEN.pdf](https://www.ine.gov.py/Publicaciones/Biblioteca/CEN2011/resultados_finales_CEN.pdf)>, citado en: PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Opinión del Directorio D/05/2023, Proyecto de ley “Que modifica los artículos 1, 4, 5, 6, 7, 8, 10, 13, 17, 18, 21, 22, 23, 24, 26, 27, 30, 31, 34, 36, 37, 39, 40, 43, 46, 47 y 48 de la Ley N° 4457/12 para las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas (MIPYMES)”*, del 30 de junio de 2023.

<sup>91</sup> PARAGUAY. MINISTERIO DE INDUSTRIA Y COMERCIO. *Estudio sobre participación de las mipymes en las compras públicas del Paraguay* Disponible en: <<https://www.contrataciones.gov.py/t/download/BannerAdjunto/44>>, citado en: PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Opinión del Directorio D/05/2023, Proyecto de ley “Que modifica los artículos 1, 4, 5, 6, 7, 8, 10, 13, 17, 18, 21, 22, 23, 24, 26, 27, 30, 31, 34, 36, 37, 39, 40, 43, 46, 47 y 48 de la Ley N° 4457/12 para las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas (MIPYMES)”*, del 30 de junio de 2023.

<sup>92</sup> Destáquese que la legislación, el estudio del Ministerio de Industria y Comercio y el censo de la Dirección General de Estadísticas, Encuestas y Censos (actual Instituto Nacional de Estadística) tienen definiciones dispares sobre lo que constituye una mipyme, ya sea en términos de facturación o cantidad de trabajadores, dificultando la tarea de medir apropiadamente la magnitud del impacto de las mipymes en la economía paraguaya.

La Ley N° 4457/2012 fue promulgada con miras a, entre otros aspectos, formalizar el sector y facilitar su inclusión en la economía formal. Dicha ley establece los parámetros oficiales para que una empresa sea considerada como mipyme sobre la base de su facturación bruta o el número de trabajadores con que cuenta, pero debe realizar trámites para registrarse y acceder a los beneficios allí contemplados.

En 2022, un grupo de senadores consideró que la normativa no era lo suficientemente clara ni efectiva, por lo que planteó modificaciones al cuerpo normativo.<sup>93</sup>

La formalización de la economía puede llevar a mejorar las condiciones de competencia en el mercado, y medidas como la simplificación de registros, impuestos reducidos y la mejora en el acceso al financiamiento pueden llevar a un ecosistema más saludable para las mipymes, como observó el Directorio en la Opinión D/05/2023, citando a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo<sup>94</sup> (UNCTAD, por sus siglas en inglés).

En ese orden de ideas, la principal modificación propuesta en el proyecto de ley radicó en la automatización del registro de mipymes sobre la base de futuras inscripciones en el registro tributario, aunque el proyecto seguía exigiendo una actualización anual y una renovación del registro cada tres años.

Dado que se genera confusión al hablar de términos como *actualización* y *renovación*, y en vista de que el registro inicial se diseñaba como gratuito y automático, la CONACOM recomendó que todos estos

---

<sup>93</sup> PARAGUAY. CONGRESO NACIONAL. Proyecto de ley “Que modifica los artículos 1, 4, 5, 6, 7, 8, 10, 13, 17, 18, 21, 22, 23, 24, 26, 27, 30, 31, 34, 36, 37, 39, 40, 43, 46, 47 y 48 de la Ley N° 4457/12 para las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas (MIPYMES)”. Disponible en: <<https://silpy.congreso.gov.py/web/expediente/127112>>.

<sup>94</sup> CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO, *The covid-19 pandemic impact on micro, small and medium enterprises: Market access challenges and competition policy*. Disponible en: <[https://unctad.org/system/files/official-document/ditccip2021d3\\_en.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/ditccip2021d3_en.pdf)>, citado en: PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Opinión del Directorio D/05/2023, Proyecto de ley “Que modifica los artículos 1, 4, 5, 6, 7, 8, 10, 13, 17, 18, 21, 22, 23, 24, 26, 27, 30, 31, 34, 36, 37, 39, 40, 43, 46, 47 y 48 de la Ley N° 4457/12 para las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas (MIPYMES)”*, del 30 de junio de 2023.



trámites sean automáticos ya que, en teoría, los datos podrían corroborarse desde la base de la autoridad tributaria.

Además, se propuso que el registro automático alcance a las empresas ya existentes que operaban en el mercado dentro de los niveles de facturación bruta y número de trabajadores dispuestos por la ley. Esta recomendación fue realizada con el objetivo de impedir una regulación asimétrica entre empresas similares por la mera imposición de trámites burocráticos.

El proyecto ya preveía expandir el concepto de mipymes para incluir a las personas físicas que son profesionales independientes como beneficiarios de la ley, lo cual fue observado por el Directorio como una medida más aperturista que podría redundar, especialmente, en mayor competencia en procedimientos de contratación pública.

Entre otras disposiciones, la normativa propuesta también buscaba *garantizar* el acceso efectivo a materias primas para las mipymes, *en las mismas condiciones que las grandes empresas*. Si bien la norma propuesta no aclaraba cómo se ejecutaría dicha garantía, la CONACOM recordó, así como lo hizo en el caso del proyecto de ley de yerba mate, que si existen problemas de acceso a materia prima y si estas derivan de conductas prohibidas por la Ley N° 4956/2013, existen mecanismos para la atención de dichas circunstancias, a través de la investigación y sanción de dichas prácticas.

Asimismo, se regulaba el acceso a créditos con condiciones más ventajosas. El Directorio observó que esto podría generar costos adicionales a bancos e instituciones de crédito, pero notó a la vez que la ley prevé un mecanismo de financiación a través de un fondo fiduciario establecido por la ley.

Cabe destacar, además, que el proyecto modificaría el régimen tributario para las mipymes, cuestión que el Directorio consideró que debía ser estudiada primeramente por la autoridad tributaria y el MIC como autoridad de aplicación, ya que no resultaba claro si los cambios propuestos serían más beneficiosos y motivarían al sector a formalizarse.

Otras modificaciones propuestas no ameritaron mayor análisis desde el punto de vista de la competencia, por ser de carácter puramente procesal o institucional.

A pesar de la emisión de una opinión que no encontraba, en general, mayores objeciones al proyecto de ley, al mes de abril de 2024, el proyecto de ley sigue en estudio en el Congreso Nacional.<sup>95</sup>

## **CONTRATACIÓN DE DERECHOS DE TRANSMISIÓN POR TELEVISIÓN DEL FÚTBOL PARAGUAYO**

Probablemente la opinión más excepcional que emitió el Directorio de la CONACOM en 2023 fue la referente a un pliego de contratación privada, que concluyó un proceso de abogacía iniciado tras haberse cerrado un sumario por supuesta comisión de una práctica restrictiva con la absolución de la empresa acusada.

Para el contexto, en 2021, el Directorio resolvió no hacer lugar a una acusación formulada por la Dirección de Investigación de la CONACOM contra la firma Teledeportes Paraguay S.A., por supuesto abuso de posición dominante en la comercialización de las señales que transmiten por televisión los partidos de fútbol de torneos organizados por la Asociación Paraguaya de Fútbol (APF). En dicha resolución, sin embargo, la máxima autoridad institucional observó su preocupación por el mercado de adquisición de los derechos de televisación del fútbol de la APF y decidió iniciar un proceso de abogacía para evaluar si podían formularse recomendaciones que mejoren la competencia.<sup>96</sup>

El procedimiento fue realizado siguiendo el mismo esquema básico que el análisis regulatorio, aunque con ciertas particularidades ya que las barreras no se encontraban en una normativa, sino en documentos contractuales. En cuanto al primer paso, de identificación de barreras a la competencia, el estudio inició con los contratos anteriores suscritos entre la APF y la empresa Teledeportes Paraguay S.A. desde 2007, para luego analizar si las barreras detectadas se reflejaban en el pliego de bases y condiciones. En cuanto al análisis de la justificación, el mismo se centró en

---

<sup>95</sup> PARAGUAY. CONGRESO NACIONAL. *Proyecto de ley “Que modifica los artículos 1, 4, 5, 6, 7, 8, 10, 13, 17, 18, 21, 22, 23, 24, 26, 27, 30, 31, 34, 36, 37, 39, 40, 43, 46, 47 y 48 de la Ley N° 4457/12 para las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas (MIPYMES)”*. Disponible en: <<https://silpy.congreso.gov.py/web/expediente/127112>>.

<sup>96</sup> PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Resolución D/AL N° 87/2021, Sumario de Investigación N° 003/2020: “Teledeportes Paraguay S.A. s/ supuesta infracción de la Ley N° 4956/2013”* del 23 de noviembre de 2011.

la consideración de alternativas, buscando opciones más competitivas. El resultado fue expuesto en la Opinión D/03/2023.<sup>97</sup>

Dos barreras fueron detectadas en los contratos más recientes, y que podían generar problemas de competencia en el llamado.

Por un lado, los contratos iban sucediéndose uno tras otro con un derecho de preferencia conferido a la empresa ganadora de la licitación anterior. Esto significaba que, en el contexto de un llamado, el contratista actual no necesitaba participar en el procedimiento y tenía el derecho de revisar e igualar (o mejorar) la oferta ganadora para mantener los derechos.

Citando a Da Costa e Silva Lima, que consideró el caso de la televisora Globo, el Directorio expresó que esta cláusula podría producir el efecto de desincentivar la participación de nuevos oferentes, puesto que estos sabían que, de ser adjudicados en primera instancia, la única forma de ganar sería que el contratista incumbente no ejerza el derecho de preferencia y ello solo ocurriría si el monto adjudicado no fuese rentable, quedando así el oferente adjudicado con un contrato con condiciones desventajosas.<sup>98</sup>

Coincide con ello la experiencia de la autoridad de competencia uruguaya con la firma Tenfield relatada por Ramírez, al señalar que la incumbente tiene la mayor parte de la inversión en infraestructura hecha y amortizada, con personal ya capacitado, por lo que sería prácticamente imposible que no se iguale la oferta, salvo que la misma fuese realizada en base a un plan de negocios equivocado.<sup>99</sup>

---

<sup>97</sup> PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Opinión del Directorio D/03/2023, Llamado para adjudicar la cesión de los derechos de TV de los eventos del fútbol paraguayo organizados por la APF correspondientes a los años 2024 al 2027*, del 26 de junio de 2023.

<sup>98</sup> DA COSTA E SILVA LIMA, João Marcelo. “A cláusula de preferência em relações verticais”. *Revista de Defesa da Concorrência*. 2014, n° 1, vol. 1, pp. 11-32. Disponible en: <<https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrência/article/download/99/54/369>>, citado en: PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Opinión del Directorio D/03/2023, Llamado para adjudicar la cesión de los derechos de TV de los eventos del fútbol paraguayo organizados por la APF correspondientes a los años 2024 al 2027*, del 26 de junio de 2023.

<sup>99</sup> RAMÍREZ, Gustavo. “El derecho de preferencia de Tenfield”. *El País*. 25 sep 2011. Disponible en: <<https://www.elpais.com.uy/economia-y-mercado/el-derecho-de-preferencia-de-tenfield>>, citado en: PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Opinión del Directorio D/03/2023, Llamado para adjudicar la cesión de*

La APF observó que la preferencia permitía a los contratistas tener la oportunidad de amortizar su inversión y maximizar el valor del contrato. Sin embargo, la asociación tomó la decisión de modificar la redacción de la cláusula del próximo contrato a suscribirse, estableciendo un límite temporal. Esta propuesta fue considerada por el Directorio como una condición más competitiva que permitiría otorgar certidumbre al contratista y potenciales oferentes sobre los plazos de los derechos contractuales y abrir la competencia en licitaciones futuras.

La segunda barrera atendida estaba ligada a la cláusula de preferencia, en el sentido de que la oferta (que la firma incumbente tuviese que equiparar o mejorar) debía demostrar su seriedad mediante una garantía de oferta emitida por un banco de primer nivel con casa matriz en Estados Unidos o Europa, por el 100% del valor de la oferta. Este requerimiento generaba el efecto de elevar el costo de la oferta y desincentivaba nuevamente la participación en el llamado.

Mediante las conversaciones tripartitas de la APF, la firma Teledeportes Paraguay S.A. y el Directorio de la CONACOM, se logró que esta disposición no sea parte del pliego de bases y condiciones en el procedimiento de contratación de 2023.

Con estos cambios, la opinión del Directorio consideró que se daban condiciones más competitivas en el llamado con miras al futuro, aunque manifestó la necesidad de realizar un monitoreo de las etapas del proceso de contratación y de futuras convocatorias para evaluar si correspondía formular recomendaciones adicionales.

## CONCLUSIÓN

La autoridad de competencia paraguaya tiene la doble misión de promover y defender la competencia en los mercados. Bajo el concepto de promoción, la Comisión Nacional de la Competencia (CONACOM) realiza el análisis regulatorio de proyectos normativos, normativas existentes y hasta documentos de orden privado como estrategia de concienciación para

---

*los derechos de TV de los eventos del fútbol paraguayo organizados por la APF correspondientes a los años 2024 al 2027, del 26 de junio de 2023.*

analizar barreras a la competencia y recomendar su modificación o supresión.

Las opiniones de la CONACOM son públicas, reciben atención mediática y ciudadana y han sido reconocidas internacionalmente en un concurso organizado por el Banco Mundial y la Red Internacional de Agencias de Competencia.

La labor de análisis regulatorio de la CONACOM se realiza sobre la base de las recomendaciones en las Herramientas de Evaluación de la Competencia de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y las guías de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de España, que han sido consolidadas en las primeras opiniones de la CONACOM y conjugadas en su propia *Guía para la regulación con criterios de competencia*, emitida en 2023.

En 2023, la CONACOM emitió nueve opiniones buscando conseguir diversos resultados, como evitar la imposición de barreras regulatorias sin justificación suficiente, advertir sobre problemas existentes de competencia en sectores económicos, promover medidas pro-competitivas y atender una cuestión de competencia en un proceso competitivo privado. La pluralidad de objetivos de estos trabajos demuestra la flexibilidad de la función de abogacía dentro de la CONACOM.

La tarea de análisis regulatorio ha probado ser un pilar fundamental en las tareas de la CONACOM, complementando el trabajo realizado desde el ámbito del *enforcement* a través del control de concentraciones y la investigación y sanción de prácticas restrictivas de la competencia. Se espera que, en los próximos años, dicha labor continúe contribuyendo a la formación de una cultura de competencia en los sectores público y privado del Paraguay.

## **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

### **PUBLICACIONES**

ARGENTINA. COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. *Análisis de las condiciones de competencia en el sector yerbatero argentino de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia*. Disponible en:

<[https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/sector\\_yerbatero\\_argentino\\_1.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/sector_yerbatero_argentino_1.pdf)>.

BANCO MUNDIAL. *Competition Advocacy Contest 2024*. Disponible en: <<https://www.worldbank.org/en/events/2024/02/01/competition-advocacy-contest-2024>>.

CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO, *The covid-19 pandemic impact on micro, small and medium enterprises: Market access challenges and competition policy*. Disponible en: <[https://unctad.org/system/files/official-document/ditccip2021d3\\_en.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/ditccip2021d3_en.pdf)>.

DA COSTA E SILVA LIMA, João Marcelo. “A cláusula de preferência em relações verticais”. *Revista de Defesa da Concorrência*. 2014, n° 1, vol. 1, pp. 11-32. Disponible en: <<https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/download/99/54/369>>.

ESPAÑA. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Trabajando por la competencia*. Disponible en: <<https://www.cnmc.es/file/54144/download>>.

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS. *Guía: Herramientas para la Evaluación de la Competencia*. Disponible en: <<https://www.oecd.org/daf/competition/98765433.pdf>>.

PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Análisis regulatorio*. Disponible en: <<https://www.conacom.gov.py/opiniones>>.

PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Anuario de la Competencia del Mercosur*. Disponible en: <<https://www.conacom.gov.py/anuario-mercosur>>.

PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Anuario Nacional de la Competencia*. Disponible en: <<https://www.conacom.gov.py/anuario>>.

PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Balance Anual de Gestión Pública 2015*. Disponible en: <<https://www.mef.gov.py/web-presupuesto/archivo.php?a=2525282e3932383337f226252b34f5f3f4f8f2f5f6e3f5fae327333225273331f134282a250c3&x=e1e1080&y=e3e3082>>.

PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Guía para la regulación con criterios de competencia*. Disponible en: <<https://drive.google.com/file/d/1Lca7nllN701sAF10itl3sSV-FzsFNK8C/view>>.

PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *La CONACOM presentó a miembros de la CADAM el alcance de la Opinión D/06/2023*. Disponible en: <<https://conacom.gov.py/la-conacom-presento-a-miembros-de-la-cadam-el-alcance-de-la-opinion-d-06-2023/>>.

PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Premio Nacional de Competencia*. Disponible en: <<https://www.conacom.gov.py/premio>>.

PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Publicaciones*. Disponible en: <<https://www.conacom.gov.py/publicaciones>>.

PARAGUAY. DIRECCIÓN GENERAL DE ESTADÍSTICAS, ENCUESTAS Y CENSOS. *Censo Económico Nacional de 2011*. Disponible en: <[https://www.ine.gov.py/Publicaciones/Biblioteca/CEN2011/resultados\\_finales\\_CEN.pdf](https://www.ine.gov.py/Publicaciones/Biblioteca/CEN2011/resultados_finales_CEN.pdf)>.

PARAGUAY. MINISTERIO DE INDUSTRIA Y COMERCIO. *Estudio sobre participación de las mipymes en las compras públicas del Paraguay* Disponible en: <<https://www.contrataciones.gov.py/t/download/BannerAdjunto/44>>.

RAMÍREZ, Gustavo. “El derecho de preferencia de Tenfield”. *El País*. 25 sep 2011. Disponible en: <<https://www.elpais.com.uy/economia-y-mercado/el-derecho-de-preferencia-de-tenfield>>.

## NORMATIVAS

PARAGUAY. Constitución de la República del Paraguay. *Gaceta Oficial*, 22 de junio, número 63 bis.

PARAGUAY. Ley N° 4956/2013 “Defensa de la Competencia”. *Gaceta Oficial*, 25 de junio de 2013, núm. 117, páginas 50-74.

PARAGUAY. Decreto N° 1490/2014 “Por el cual se reglamenta la Ley N° 4956/2013 ‘Defensa de la Competencia’”. *Gaceta Oficial*, 25 de abril de 2014, núm. 80, páginas 7-68.

PARAGUAY. Decreto N° 575/2023 “Por el cual se objeta parcialmente el proyecto de ley N° 7170/2023 ‘De fomento y protección a los pequeños y medianos productores de yerba mate - Ilex Paraguariensis’”. *Gaceta Oficial*, 25 de octubre de 2023, núm. 208, páginas 45-52.

PARAGUAY. SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS. Resolución SS.RG N° 03/00.

## PROYECTOS DE LEY

PARAGUAY. CONGRESO NACIONAL. *Proyecto de ley “De fomento y protección a los pequeños y medianos productores de yerba mate – Ilex Paraguariensis”, presentado por los senadores José Gregorio Ledesma Narváez y Juan Eudes Afara Maciel, de fecha 21 de setiembre de 2022.* Disponible en: <<https://silpy.congreso.gov.py/web/expediente/126687>>.

PARAGUAY. CONGRESO NACIONAL. Proyecto de ley “Que modifica los artículos 1, 4, 5, 6, 7, 8, 10, 13, 17, 18, 21, 22, 23, 24, 26, 27, 30, 31, 34, 36, 37, 39, 40, 43, 46, 47 y 48 de la Ley N° 4457/12 para las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas (MIPYMES)”. Disponible en: <<https://silpy.congreso.gov.py/web/expediente/127112>>.

## ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS

PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Opinión del Directorio D/05/2022, Propuesta del tarifario del SPI - Sistema de Pagos del Paraguay (SIPAP), del 9 de junio de 2022.*

PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Opinión del Directorio D/01/2023, Proyecto de ley "De fomento y protección a los pequeños y medianos productores de yerba mate - Ilex Paraguariensis", del 5 de junio de 2023.*

PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Opinión del Directorio D/03/2023, Llamado para adjudicar la cesión de los derechos de TV de los eventos del fútbol paraguayo organizados por la APF correspondientes a los años 2024 al 2027, del 26 de junio de 2023.*

PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Opinión del Directorio D/05/2023, Proyecto de ley “Que modifica los artículos 1, 4, 5, 6, 7, 8, 10, 13, 17, 18, 21, 22, 23, 24, 26, 27, 30, 31, 34, 36, 37, 39, 40, 43, 46, 47 y 48 de la Ley N° 4457/12 para las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas (MIPYMES)”, del 30 de junio de 2023.*

PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Opinión del Directorio D/06/2023, Vinculación de los seguros de automotores con la venta de vehículos y el otorgamiento de créditos, del 4 de agosto de 2023.*

PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Opinión del Directorio D/07/2023, Proyecto de ley "De fomento y protección a los pequeños y medianos productores de yerba mate - Ilex Paraguariensis", del 16 de octubre de 2023.*



PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Resolución D/AL N° 87/2021, Sumario de Investigación N° 003/2020: “Teledeportes Paraguay S.A. s/ supuesta infracción de la Ley N° 4956/2013”* del 23 de noviembre de 2011.

## **RESEÑA BIOGRÁFICA**

### ***Pablo Ramírez Ayala***

Pablo Ramírez Ayala es abogado por la Universidad Nacional de Asunción y miembro del Cuadro de Honor (2012). Magíster en Derecho (LLM) por la Universidad de Reading (Berkshire, Reino Unido) con Distinción (2016). Beneficiario de las becas Chevening. En la actualidad, es Jefe de Departamento en el Área de Comunicación, Abogacía y Capacitación de la Comisión Nacional de la Competencia (CONACOM) de Paraguay. Previamente ocupó varios cargos en el Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones de Paraguay, incluyendo los de Jefe del Departamento de Asesoramiento Normativo y del Departamento Jurídico-Técnico. Las opiniones en el presente artículo son realizadas a título personal.



**REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY**

**COMISIÓN DE PROMOCIÓN Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA**

**Presidente:** Alejandra Giuffra



# LA INTRODUCCIÓN DE UN “DOBLE UMBRAL” EN EL CONTROL DE CONCENTRACIONES ECONÓMICAS EN URUGUAY: LA REFORMA LEGAL DE 2023

## A INTRODUÇÃO DE UM "LIMITE DUPLO" NO CONTROLE DE CONCENTRAÇÕES ECONÔMICAS NO URUGUAI: A REFORMA LEGAL DE 2023

*María de León*

*Daniel Ferrés*

*Alejandra Giuffra*

### RESUMEN

Este artículo describe las modificaciones introducidas en la Ley N° 20.212 de 2023 respecto del control de concentraciones económicas, contrastándolas con lo estipulado mediante la Ley N° 19.833 de 2019.

La Ley N° 19.833 introdujo el procedimiento de control previo de concentraciones empresariales que permitió modificar la existente notificación de concentraciones -cuyo propósito era informativo- y el mecanismo por el cual sólo se requería aprobación de la autoridad cuando se conformaba un “monopolio de hecho”. Sin embargo, la introducción de la Ley N.º 19. 833 ha promovido el umbral único de facturación, lo que condujo a que se notifiquen adquisiciones muy pequeñas que no generan efectos anticompetitivos.

De este modo, en 2023, la CPDC promovió la incorporación de un sistema de doble umbral que permite analizar específicamente las operaciones de concentración económica que puedan tener un impacto anticompetitivo, lo que fue plasmado en el artículo 192 de la Ley N° 20.212 de 2023.

**Palabras claves:** Doble umbral – control de concentraciones económicas – efectos anticompetitivos

### RESUMO

Este artigo descreve as alterações introduzidas na Lei nº 20.212, de 2023, em relação ao controle de concentrações econômicas, contrastando-as com as disposições da Lei nº 19.833, de 2019.

A Lei nº 19.833 introduziu o procedimento de controle prévio de concentrações de empresas, que permitiu a modificação da notificação existente de concentrações - cujo objetivo era informativo - e o mecanismo pelo qual a aprovação da autoridade só era necessária quando um "monopólio de fato" era formado. No entanto, a introdução da Lei nº 19.833 promoveu o limite único de faturamento, o que levou à notificação de aquisições muito pequenas que não geram efeitos anticoncorrenciais.

Assim, em 2023, a CPDC promoveu a incorporação de um sistema de duplo limite que permite analisar especificamente operações de concentração econômica que possam ter um impacto anticoncorrencial, o que foi incorporado no Artigo 192 da Lei nº 20.212 de 2023.

**Palavras-chave:** Limite duplo - controle de fusões - efeitos anticoncorrenciais

## INTRODUCCIÓN

En 2019, Uruguay introdujo en su régimen de defensa de la competencia el procedimiento de control previo de concentraciones empresariales, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 7 de la Ley N° 18.159 de 20 de julio de 2007, en la redacción dada por el artículo 3 de la Ley N° 19.833 de 20 de setiembre de 2019:

Art. 7 (Ley 18.159, en la redacción dada por el art 3 de la Ley 19.833)  
- Todo acto de concentración económica deberá ser notificado al órgano de aplicación para su examen previamente a la fecha del perfeccionamiento del acto o de la toma de control, el que acaeciére primero, cuando la facturación bruta anual en el territorio uruguayo del conjunto de los participantes en la operación, en cualquiera de los últimos tres ejercicios contables, sea igual o superior a 600.000.000 UI (seiscientos millones de unidades indexadas).

A los efectos de la interpretación del presente artículo, se considerarán posibles actos de concentración económica aquellas operaciones que supongan una modificación de la estructura de control de las empresas partícipes mediante: fusión de sociedades, adquisición de acciones, de cuotas o de participaciones sociales, adquisición de establecimientos comerciales, industriales o civiles, adquisiciones totales o parciales de activos empresariales, y toda otra clase de negocios jurídicos que importen la transferencia del control de la totalidad o parte de unidades económicas o empresas.

El órgano de aplicación reglamentará la forma y el contenido de las notificaciones requeridas, así como las sanciones correspondientes en concordancia con lo dispuesto por los artículos 17, 18 y 19 de la presente ley. Asimismo, podrá requerir información periódica a las empresas involucradas a efectos de realizar un seguimiento de las condiciones de mercado en los casos en que entienda conveniente.

Con anterioridad a la modificación legal, en Uruguay la notificación de concentraciones tenía un propósito mayormente informativo y la aprobación de la autoridad era requerida únicamente cuando se conformaba un “monopolio de hecho”. Por reforma legal, la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia y los reguladores sectoriales, asumieron la competencia de deber autorizar las concentraciones económicas entre empresas que alcancen un determinado volumen de negocios.

## **ANÁLISIS JURÍDICO: MODIFICACIÓN DE LA ESTRUCTURA DE CONTROL**

Si bien la Ley no define el significado de modificación de estructura de control, limitándose a entregar ejemplos no taxativos de éste, los actos de concentración económica son notificables y requieren la autorización de la CPDC en la medida que se produzca una modificación de la estructura de control, que la modificación de la estructura de control tiene efecto en territorio uruguayo y que se superen los umbrales de facturación, indicados en la ley.

De acuerdo a los ejemplos mencionados en el artículo 7 de la Ley N.º 18.159, es posible establecer que, de acuerdo con la normativa, existen dos modos de producir un cambio duradero en la estructura de mercado: mediante la fusión de empresas previamente independientes y mediante las distintas formas de adquisición del control de un agente económico previamente independiente. El control, por otra parte, guarda relación con la adquisición de influencia dominante en un ente jurídico o económico independiente.

## **ANÁLISIS ECONÓMICO DE LAS CONCENTRACIONES ECONÓMICAS**

El análisis económico de la Comisión debe identificar aquellas concentraciones económicas que puedan “restringir, limitar, obstaculizar, distorsionar o impedir la competencia actual o futura en el mercado relevante”, de acuerdo a lo establecido por el artículo 9 de la Ley N.º 18.159 de 20 de julio de 2007, en la redacción dada por el artículo 5 de la Ley N.º 19.833 de 20 de setiembre de 2019.

De acuerdo a lo establecido en la Guía de Análisis Económico de Concentraciones Económicas: “El objetivo de este análisis es diferenciar las operaciones que puedan tener efectos positivos sobre la competencia de aquellas que puedan tener efectos anticompetitivos. En caso de que se determine que una operación tenga efectos anticompetitivos la Autoridad de Competencia podrá prohibir o condicionar la misma.”

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley N.º 18.159: “El análisis de estos casos deberá incorporar, entre otros factores, la consideración del mercado relevante, la competencia externa y las ganancias de eficiencia.” En materia de eficiencias, el artículo 43 del decreto N.º 404/007, en la redacción dada por el artículo 20 del decreto N.º 194/020,



establece que, para ser consideradas en la evaluación económica de la concentración económica, deben surgir directamente de la concentración, que no puedan ser alcanzadas sin la concentración y que sean traspasables a consumidores; son las partes las que tienen la carga de su argumentación.

Las decisiones de la Comisión pueden ser: A) Autorizar la operación; B) Subordinar el acto de concentración al cumplimiento de las condiciones que el órgano de aplicación establezca; C) Denegar la autorización.

## **UMBRAL ÚNICO**

La introducción de la Ley N.º 19.833 de 2019 es positiva en cuanto al nuevo énfasis en el control previo de concentraciones económicas. Una característica del sistema promovido es el umbral único de facturación. En efecto, el marco de control de concentraciones económicas dispuesto por la reforma legal del 2019, se basa en la existencia de un único umbral de facturación por el cual es necesario solicitar la autorización de la Comisión cuando la facturación anual en Uruguay de las partes que participan en la concentración, en cualquiera de los últimos 3 ejercicios contables, sea igual o superior a 600 millones de unidades indexadas UI, considerando los valores de facturación de los participantes del acto de concentración, así como es “de las entidades controladas por ellos, de quienes los controlan, y de las entidades bajo el control de quienes también controlan a los participantes”.

El régimen de control de concentraciones económicas aprobado por el artículo 7º de la Ley 18.159 de fecha 20 de julio de 2007, en la redacción dada por el artículo 3º de la Ley 19.833 de 20 de setiembre de 2019, implicó que la CPDC debiera analizar las operaciones que superaran el umbral conjunto de facturación, incluso en casos en que la empresa adquirida tuviera una facturación individual poco significativa. En palabras de la Guía de Análisis Económico de Concentraciones Económicas: “La mayoría de las concentraciones económicas no tiene efectos negativos sobre la competencia, por lo contrario, permiten a las empresas reducir sus costos, asignar más eficientemente sus recursos, mejorar la calidad de los productos y servicios que ofrecen y realizar inversiones. Es por este motivo que es particularmente importante diferenciar entre las concentraciones que generan efectos positivos sobre la competencia de las que generan efectos anticompetitivos.” En esta línea, el sistema de umbral único es poco habitual, en la medida que resulta relevante considerar el tamaño relativo en el mercado de las dos empresas participantes en la concentración económica.

El uso exclusivo de umbrales combinados lleva a que las grandes empresas notifiquen incluso adquisiciones muy pequeñas que no se espera que produzcan significativos efectos anticompetitivos.

## **DOBLE UMBRAL**

En 2023, la CPDC promovió la incorporación de un sistema de doble umbral que permite analizar específicamente las operaciones de concentración económica que puedan tener un impacto anticompetitivo y que la evaluación de las concentraciones económicas esté enfocada en operaciones que por sus características puedan afectar de manera significativa la competencia. A la hora de promover la reforma legal, la Comisión consideró que, con el marco de control de concentraciones establecido por la reforma legal del 2019 vigente, la CPDC no llegó a rechazar ninguna concentración económica propuesta, habiendo identificado que más del 80% de las concentraciones presentadas se correspondió a situaciones en las cuales el impacto en los mercados se consideró nulo o poco significativo desde el punto de vista de la defensa de la competencia.

Los umbrales individuales para cada una de las partes aseguran que ambas partes de una fusión sujeta a notificación sean de un tamaño significativo. Un análisis desarrollado por el Banco Mundial estableció que 62 jurisdicciones a nivel mundial incluyen umbrales de notificación individuales dentro de sus criterios de notificación. En consonancia con la recomendación de organismos internacionales como el Banco Mundial y la OCDE, se promovió desde la CPDC incluir umbrales de notificación individuales y no solo combinados. Como reconoce la OCDE, “la mejor práctica es definir los umbrales de tamaño por separado para cada parte de la fusión, a fin de evitar una situación en la que se deba informar sobre una concentración en la que una empresa relativamente grande que supera un umbral adquiere de minimis una empresa mucho más pequeña, que es poco probable que tenga un efecto significativo en la competencia.”

En la evaluación de la reforma propuesta, la CPDC consideró que, de no ser aprobada la propuesta del doble umbral, la actividad de la Comisión seguiría centrada en el análisis de operaciones de concentración económica con muy bajo o nulo nivel de impacto en la competencia en los mercados, aspecto que compite con la priorización de lineamientos de acción de mayor

trascendencia en función de los objetivos que se plantean en la Ley de Promoción y Defensa de la Competencia.

Por otro lado, un resultado esperado de la propuesta de reforma apuntó a racionalizar el control previo de concentraciones económicas aplicando criterios y procedimientos de mayor eficiencia y eficacia, en concordancia con las sugerencias efectuadas por el Banco Mundial y la OECD y las mejores prácticas en derecho comparado. Con la incorporación de la regla del doble umbral, se pretendió focalizar el análisis de las concentraciones económicas en operaciones que, por sus características, puedan tener un impacto sustantivo en la competencia.

La reforma propuesta (“doble umbral”) buscó direccionar el trabajo de la CPDC hacia áreas de mayor impacto para la defensa de la competencia. Se debe considerar que el foco de la defensa de la competencia debe ser la acción contra las prácticas anticompetitivas (abuso de posición dominante y colusión) y que es poco efectivo intentar impactar en la competencia en el mercado vía el control previo de concentraciones económicas, especialmente aquellas de menor magnitud.

Asimismo, es importante tener en cuenta que los umbrales de notificación suelen revisarse periódicamente, en función de los resultados de su aplicación. Los datos recopilados sobre las fusiones que han tenido lugar, o que se han evitado mediante el control de fusiones, pueden utilizarse para evaluar el nivel en el que se han establecido los umbrales. Si se identificara que existen en la economía, distintas transacciones con efectos significativos en la competencia que caen por debajo de los umbrales, es posible que sea necesario reducirlos o establecer herramientas para que la autoridad pueda identificarlos. Por otro lado, si la mayoría de las transacciones notificadas no son problemáticas, entonces puede ser necesario aumentar los umbrales para mejorar la tarea de la autoridad de competencia.

## **COMPRAS SUCESIVAS O DE TECNOLOGÍAS DISRUPTIVAS**

La tramitación parlamentaria de la reforma del marco de control de concentraciones económicas en Uruguay llevó a considerar que aquellas operaciones que no alcancen el umbral de facturación individual previsto, se deban informar al órgano de aplicación quien podrá requerir la presentación de la solicitud de autorización prevista en la ley.

Esta propuesta se efectuó considerando la ocurrencia de operaciones de concentración sucesivas, aunque de menor cuantía, y operaciones que incluyan participantes con disrupciones tecnológicas, aun cuando su facturación sea menor al momento de proyectar la concentración económica. El texto alternativo dio una buena respuesta para mantener el análisis de operaciones pequeñas, que igualmente puedan justificar la atención de la Comisión y los reguladores sectoriales. El articulado final dio una respuesta a las preocupaciones de los posibles efectos en los mercados por el desarrollo de operaciones de concentración sucesivas (llamadas compras pac man) o de concentraciones económicas con empresas pequeñas que puedan igualmente aportar tecnologías con posibilidades disruptivas en ciertos mercados, y que pudieran quedar por fuera del control de concentraciones.

## **EL ARTÍCULO 192 DE LA LEY N.º 20.212**

En 2023, finalmente, Uruguay modificó el procedimiento de control previo de concentraciones empresariales, incorporando un doble umbral, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 7 de la Ley N° 18.159 de 20 de julio de 2007, en la redacción dada por el artículo 192 de la Ley N° 20.212 de 1° de noviembre de 2023:

Art. 7 (Ley 18.159, en la redacción dada por el art 192 de la Ley 20.212)

- Todo acto de concentración económica quedará condicionado a la autorización del órgano de aplicación cuando, en cualquiera de los últimos tres ejercicios contables, se configuren acumulativamente los siguientes extremos:

1) Que la facturación anual libre de impuestos en el territorio uruguayo del conjunto de los participantes en la operación, sea igual o superior a 500.000.000 UI (quinientos millones de unidades indexadas).

2) Que la facturación anual libre de impuestos en el territorio uruguayo de dos o más participantes en la operación, considerados individualmente, sea igual o superior a 30.000.000 UI (treinta millones de unidades indexadas).

Sin perjuicio de lo previsto en el inciso anterior, cuando la facturación anual libre de impuestos en el territorio uruguayo del conjunto de los participantes en la operación, en cualquiera de los últimos tres ejercicios contables, sea igual o superior a 500.000.000 UI (quinientos millones de unidades indexadas) pero no se alcancen los umbrales individuales previstos en el numeral 2) en dicho ejercicio, los participantes del acto

de concentración económica deberán informarlo al órgano de aplicación, quien podrá determinar, por resolución fundada dentro de los quince días hábiles siguientes a recibir la información, que el mismo quede sujeto a la solicitud de autorización prevista en la presente disposición.

Las solicitudes de autorización de concentraciones económicas deberán presentarse en forma previa al perfeccionamiento del acto o de la toma de control, lo que acaeciere primero.

A los efectos de la presente ley, se considerará concentración económica todo hecho, acto o convención que genere una transferencia o un cambio en el control de la totalidad o parte de uno o más participantes o unidades económicas, así como la creación o adquisición del control conjunto sobre una o varias entidades. A título enunciativo, comprende los llevados a cabo a través de: fusión de sociedades, adquisición de participaciones sociales, adquisición de establecimientos comerciales, industriales o civiles, adquisición total o parcial de activos empresariales. El término control se entenderá como la posibilidad de influir continua y decisivamente, de manera directa o indirecta, sobre la estrategia y el comportamiento competitivo de una o varias entidades.

El Poder Ejecutivo reglamentará la presente disposición a propuesta del órgano de aplicación, debiendo determinar los criterios para la cuantificación de los umbrales indicados en el inciso primero, así como los requisitos y condiciones que deberán cumplirse para informar o solicitar la autorización de concentración ante el órgano de aplicación.

