

“En general, iniciar un nuevo proyecto tiene un cierto glamour que nos envuelve, nos cautiva, nos atrapa, nos emociona. Y hoy, que tenemos el enorme privilegio de presentar el primer número de nuestro Anuario de la Competencia del MERCOSUR, no podemos negarlo: estamos profundamente emocionados.

Como todos los proyectos, este también inició con una idea. Y, como todas las ideas, sin las personas y las decisiones oportunas, esta también se hubiera quedado solo en eso, en una idea”.

Rolando Díaz Delgado

Presidente del Directorio

*Comisión Nacional de la Competencia
Paraguay*

Anuario de la Competencia del MERCOSUR

2022

Anuario de la Competencia del MERCOSUR

2022

Anuário da
Concorrência do
MERCOSUL

ISBN: 978-99925-3-777-0



ANUARIO DE LA COMPETENCIA DEL MERCOSUR

2022



COORDINACIÓN DE PRIMERA EDICIÓN

COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA

Asunción- República del Paraguay



TETĀ ÑEMUREKO
MOHENDAHA
Aty
Comisión
NACIONAL DE
LA COMPETENCIA



MERCOSUR
TPR
Tribunal Permanente
de Revisión

Diagramado por la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión

—MERCOSUR—

Diseño y diagramación de portada y contraportada a cargo del
Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicación del
Paraguay.

Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida o transmitida
en cualquier forma o por cualquier medio electrónico o mecánico,
incluyendo fotocopiado, grabación o cualquier otro sistema de ar-
chivo 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.

Título original: Anuario de la Competencia del Mercosur

© Comisión Nacional de la Competencia,

Asunción, República del Paraguay, 2022

ISBN: 978-99925-3-777-0

Depósito Legal Ley 1328/98 de Derechos de Autor y Derechos Co-
nexos de la República del Paraguay.

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

COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA

REPÚBLICA DEL PARAGUAY

ROLANDO DÍAZ DELGADO
PRESIDENTE DEL DIRECTORIO

PABLO RAMÍREZ AYALA
JEFE DEL DEPARTAMENTO DE ABOGACÍA

MIEMBROS

**COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA
COMPETENCIA**

REPÚBLICA ARGENTINA

RODRIGO LUCHINSKY
PRESIDENTE

CATALINA ALDAMA
DIRECTORA NACIONAL DE PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA
ROMINA CAVIGLIA
ENCARGADA DE RELACIONES INTERNACIONALES

**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA
ECONÔMICA**

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

ALEXANDRE CORDEIRO MACEDO
PRESIDENTE

BRUNA PAMPLONA DE QUEIROZ
CHEFE DA ASSESSORIA INTERNACIONAL

**COMISIÓN DE PROMOCIÓN Y DEFENSA DE LA
COMPETENCIA**

REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

NATALIA JUL
PRESIDENTA

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	xi-xii
---------------------	---------------

Rolando Díaz Delgado

APRESENTAÇÃO	xiii-xiv
---------------------	-----------------

Rolando Díaz Delgado

REPÚBLICA ARGENTINA

DICTÁMENES RELEVANTES SOBRE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA. DICIEMBRE 2019 – JULIO 2022	3-34
--	-------------

PARECERES RELEVANTES SOBRE TRANSAÇÕES DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA. DEZEMBRO DE 2019 - JULHO DE 2022

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

DICTÁMENES RELEVANTES SOBRE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS. DICIEMBRE 2019 – JULIO 2022	35-55
--	--------------

PARECERES RELEVANTES SOBRE COMPORTAMENTOS ANTICONCORRENCIAIS. DEZEMBRO 2019 – JULHO 2022

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

10 ANOS DE CONTROLE PRÉVIO DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA NO BRASIL: EXPERIÊNCIAS RECENTES E UM OLHAR PARA O FUTURO 59-78

10 AÑOS DE CONTROL PREVIO DE ACTOS DE CON-
CENTRACIÓN ECONÓMICA EN BRASIL: EXPERIENCIAS
RECIENTES Y UNA MIRADA AL FUTURO

Ana Sofia Cardoso Monteiro Signorelli e Isabella Santiago Accioly

ÚLTIMAS ATUAÇÕES EM MATÉRIA DE PRÁTICAS RESTRITIVAS 79-98

ÚLTIMAS ACTUACIONES SOBRE PRÁCTICAS RESTRIC-
TIVAS

Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann, Rafael Rossini
Parisi, Lucas de Góis Barrios, Ingrid Cristina Soares Silva e Júlia
Yanis Fidanza Araújo

REPÚBLICA DEL PARAGUAY

CUOTA DE MERCADO Y POSICIÓN DOMINANTE EN LA JURISPRUDENCIA DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA (CONACOM) DE PARAGUAY 101-138

COTA DE MERCADO E POSIÇÃO DOMINANTE NA JU-
RISPRUDENCIA DA COMISSÃO NACIONAL DA CONCO-
RÊNCIA (CONACOM) DO PARAGUAI

Rolando Díaz Delgado

FACTORES PLUS Y ESTÁNDAR DE PRUEBA EN EL CASO TELEDEPORTES 139-160

FATORES PLUS E STANDARD DE PROVA NO CASO TELE DEPORTES

Fabrizio Castiglioni

REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

ANÁLISIS DEL RÉGIMEN DE CONCENTRACIONES ECONÓMICAS EN URUGUAY A LA LUZ DE LA REFORMA DE LA LEY N° 18.159 163-184

ANÁLISE DO REGIME DE FUSÕES ECONÔMICAS NO URUGUAI DEVIDO À REFORMA DA LEI N° 18.159

Martín Sequeira Terra

ANÁLISIS DE DOS CASOS EN URUGUAY DE ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE Y OFERTA CONJUNTA EN CONTRATACIONES PÚBLICAS. 185-209

ANÁLISE NO URUGUAI DE DOIS CASOS DE ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE E OFERTA CONJUNTA EM CONTRATOS PÚBLICOS

Natalia Marcos Sperati y Gonzalo Ramos Delacoste

PRESENTACIÓN

En general, iniciar un nuevo proyecto tiene un cierto glamour que nos envuelve, nos cautiva, nos atrapa, nos emociona. Y hoy, que tenemos el enorme privilegio de presentar el primer número de nuestro Anuario de la Competencia del MERCOSUR, no podemos negarlo: estamos profundamente emocionados.

Como todos los proyectos, este también inició con una idea. Y, como todas las ideas, sin las personas y las decisiones oportunas, esta también se hubiera quedado solo en eso, en una idea.

Nuestro Anuario surge como una iniciativa compartida por todas las autoridades de competencia del MERCOSUR que no quisieron dejarla en el mundo de las ideas, sino que decidieron materializarla para que fuera un puente permanente de unión, que facilitara aún más la comunicación y la cooperación entre ellas, y entre ellas y los agentes económicos, los académicos y los ciudadanos de nuestros cuatro países.

No cabe duda de que en nuestra materia hay un sinnúmero de publicaciones de altísimo nivel y especialización. Sin embargo, estamos seguros de que la publicación que hoy lanzamos viene a llenar un espacio que exigía ser ocupado.

En esta línea, nuestro Anuario pretende ser una plataforma de consulta obligada para conocer, de primera mano, el Derecho de la Competencia del MERCOSUR y de cada uno de los Estados que lo integran, las actuaciones de las autoridades de competencia, los criterios seguidos por cada una de ellas en sus diferentes ámbitos de actuación y un espacio de debate en el que participen todos los actores involucrados.

En este marco, en este primer número hemos decidido abocarnos al análisis de la práctica de nuestras autoridades en materia de concentraciones y de prácticas restrictivas de la competencia.

El Anuario que hoy presentamos ve la luz gracias a la firme convicción de que la cooperación interinstitucional es el camino que debemos transitar para coadyuvar, desde nuestra misión de promover y defender la libre competencia en los mercados, en la construcción del proceso de integración que lleva más de treinta años en marcha.

Qué duda cabe de que este primer número es el fruto de un gran esfuerzo de las instituciones y de las personas que han dicho sí en los momentos oportunos. Es por esto que tenemos que agradecer a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) de Argentina, al Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) de Brasil, a la Comisión Nacional de la Competencia (CONACOM) de Paraguay, a la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia (CPDC) de Uruguay, a la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR (STPR), al equipo editorial, y muy especialmente a nuestros autores, que en un tiempo récord han asumido el compromiso de escribir las páginas de esta historia que hoy inicia.

Con la firme convicción de que año tras año iremos consolidando este proyecto hasta convertirlo en una publicación de referencia en la materia, los invitamos a zambullirse en las páginas que siguen, en la confianza de que, no solo conocerán algo más de cada una de las jurisdicciones, sino que también disfrutarán al hacerlo.

Rolando Díaz Delgado

Presidente del Directorio

Comisión Nacional de la Competencia

República del Paraguay

APRESENTAÇÃO

Em geral, iniciar um novo projeto tem um certo glamour que nos envolve, nos cativa, nos invade, nos emociona. E hoje, que temos o enorme privilégio de apresentar o primeiro número do nosso Anuário da Concorrência do MERCOSUL, não podemos negá-lo: estamos profundamente emocionados.

Como todos os projetos, este também iniciou com uma ideia. E, como todas as ideias, sem as pessoas e as decisões oportunas, essa também iria ficar apenas nisso, uma ideia.

Nosso Anuário surge como uma iniciativa compartilhada por todas as autoridades de concorrência do MERCOSUL que não quiseram deixá-la no mundo das ideias, mas que decidiram materializá-la para que fosse uma ponte permanente de união, que facilitasse ainda mais a comunicação e a cooperação entre elas, e entre elas e os agentes econômicos, os acadêmicos e os cidadãos dos nossos quatro países.

Não resta dúvida que em nossa matéria haja inúmeras publicações de altíssimo nível e especialização. No entanto, estamos seguros de que a publicação que hoje lançamos vem para preencher um espaço que exigia ser ocupado.

Nesta linha, o nosso Anuário pretende ser uma plataforma de consulta obrigada para conhecer, de primeira mão, o Direito da Concorrência do MERCOSUL e de cada um dos Estados que o integram, as atuações das autoridades da concorrência, os critérios seguidos por cada uma delas em seus diferentes âmbitos de atuação e um espaço de debate no qual participem todos os atores envolvidos.

Neste âmbito, neste primeiro número, decidimos abordar a análise da prática de nossas autoridades em matéria de concentrações e de práticas restritivas da concorrência.

O Anuário que hoje apresentamos sai à luz graças à firme convicção de que a cooperação interinstitucional é o caminho que devemos transitar para coadjuvar, desde a nossa missão de promover e defender a livre concorrência nos mercados, na construção do processo de integração que leva mais de trinta anos em andamento.

Nenhuma dúvida cabe de que neste primeiro número é o fruto de um grande esforço das instituições e das pessoas que disseram sim nos momentos oportunos. É por isso que devemos agradecer à Comissão Nacional de Defesa da Concorrência (CNDC) da Argentina, ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) do Brasil, à Comissão Nacional da Concorrência (CONACOM) do Paraguai, à Comissão de Promoção e Defesa da Concorrência (CPDC) do Uruguai, à Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL (STPR), à equipe editorial e, muito especialmente aos nossos autores, que em um tempo recorde assumiram o compromisso de escrever as páginas desta história que hoje inicia.

Com a firme convicção de que ano após ano iremos consolidando este projeto até convertê-lo em uma publicação de referência na matéria, os convidamos a submergir-se nas páginas que seguem, na confiança de que, não somente conhecerão algo mais de cada uma das jurisdições, mas que também disfrutarão ao fazê-lo.

Rolando Díaz Delgado

Presidente do Diretório

Comissão Nacional da Concorrência

República do Paraguai

REPÚBLICA ARGENTINA

COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA
DE LA COMPETENCIA

Presidente: *Rodrigo Luchinsky*

Vocales:

Pablo Lepere

Guillermo Pérez Vacchini

Balbina Griffa Díaz



DICTÁMENES RELEVANTES SOBRE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA. DICIEMBRE 2019 – JULIO 2022

PARECERES RELEVANTES SOBRE TRANSAÇÕES DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA. DEZEMBRO DE 2019 - JULHO DE 2022

RESUMEN

Este artículo realiza un repaso pormenorizado de los casos más relevantes de operaciones de concentración económica en los que ha intervenido la CNDC durante los últimos dos años y medio. Entre las cuestiones abordadas se encuentran aquellas operaciones donde la CNDC ha recomendado la imposición de remedios tanto estructurales como conductuales, el debut de la figura del Informe de Objeción contemplado en la Ley N.º 27.442 de Defensa de la Competencia, sancionada en 2018, para aquellas operaciones con potenciales efectos adversos para la competencia, y los casos de *gun jumping* en los cuales la CNDC ha recomendado la imposición de sanciones a empresas que no han notificado debidamente las operaciones de concentración económica en las que han participado.

Palabras clave: concentración económica – fusiones y adquisiciones - remedios – *gun jumping*

RESUMO

Este artigo fornece uma revisão detalhada dos casos de fusão mais relevantes nos quais o CNDC interveio durante os últimos dois anos e meio. Entre as questões abordadas estão aquelas transações nas quais a CNDC recomendou a imposição de remédios tanto estruturais quanto comportamentais, o início da figura do Relatório de Objeção contemplada na Lei Nº 27.442 da defesa da concorrência, sancionada em 2018, para aquelas transações com potenciais efeitos adversos sobre a concorrência, e os casos de *gun jumping* nos quais a CNDC recomendou uma imposição de sanções às empresas que não notificaram devidamente as transações de concentração econômica em que participaram.

Palavras-chave: concentração econômica - fusões e aquisições - remédios - *gun jumping*

1. INTRODUCCIÓN

En 1999, en Argentina, fue sancionada la Ley N° 25.156, que se constituyó como la primera normativa comprensiva para la defensa de la competencia. En dicha ley se incorporó el procedimiento de control de adquisiciones y fusiones, siendo este obligatorio para aquellas operaciones económicas que, de acuerdo a los parámetros cualitativos (tipo de operación) y cuantitativos (umbrales de volumen de negocios) estuvieran alcanzadas por la Ley de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC). La Ley también establecía que la notificación de las operaciones al organismo de aplicación de la LCD, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (en adelante, CNDC) -en conjunto con la Secretaría de Comercio Interior (en adelante SCI)-, podía realizarse con anterioridad a la consumación de la operación, o bien, una semana después de su realización. En la práctica esto implicó que la mayoría de las concentraciones fueran notificadas “*ex post*”, es decir, al término de la operación.

En 2018, la citada norma fue sustituida por la Ley N° 27.442 que, entre otras novedades, da lugar a la formación de una Autoridad Nacional de Competencia (en adelante, ANC). En este sentido, se debe contemplar que, el período considerado estuvo signado, en lo general, por la crisis sanitaria mundial provocada por el virus COVID-19, declarado pandemia por la Organización Mundial de la Salud a comienzos de 2020, y en lo particular, es decir, en lo referido al control de concentraciones, por las modificaciones establecidas por la nueva LDC.

En cuanto a los cambios al sistema de notificación y análisis de operaciones de concentración económica introducidos por la Ley N° 27.442, entre los más significativos se encuentra, en primer lugar, el establecimiento de un régimen de notificación, que sigue siendo obligatorio, pero pasa a ser “*ex – ante*”, es decir que, las operaciones alcanzadas por la nueva LDC deben ser notificadas para su examen “previamente a la fecha del perfeccionamiento del acto o de la materialización de la toma de control, el que acaeciere primero, ante la Autoridad Nacional de la Competencia”.

Sin embargo, transitoriamente, hasta que no haya transcurrido un año desde la puesta en funcionamiento de la ANC (lo cual aún no ha sucedido), las concentraciones podrán seguir siendo notificadas en el plazo de una semana a partir de los actos recién descritos, es decir, según la forma establecida bajo la derogada Ley N° 25.156. Por lo tanto, la autoridad de aplicación de la LDC en Argentina, que sigue siendo la CNDC junto con

la SCI hasta la formación de la Autoridad, se encuentra en un momento de transición en el que, si bien las operaciones de concentración aún se notifican ex-post, la nueva LDC aporta nuevas herramientas para el análisis de las adquisiciones y fusiones, que agilizan la tramitación de este tipo de expedientes.

Una segunda modificación importante tiene que ver con el aumento de los umbrales de volumen de negocios, que sirven como parámetro cuantitativo para delimitar cuáles son las operaciones de concentración económica que deben ser notificadas a la CNDC. A su vez, dichos umbrales han pasado a estar nominados en “unidades móviles”, una unidad de medida cuyo valor se establece anualmente, de manera de evitar su desactualización.

Por último, se debe considerar que, entre los procedimientos incorporados a partir de la nueva LDC, se encuentra el denominado Informe de Objeción (en adelante, IO), cuyo objetivo es el de realizar un análisis preliminar de las operaciones que generan algún tipo de preocupación desde el punto de vista de la competencia. El IO permite evaluar los efectos de una operación que la autoridad considere que tiene la potencialidad de restringir o distorsionar la competencia, y comunicar a las empresas involucradas, dentro de un plazo moderado y a través de un informe fundado, las preocupaciones que guarda respecto a su concreción, previo a la toma de una decisión. A partir de la publicación del IO, la autoridad debe convocar a las partes involucradas a una audiencia especial para considerar posibles medidas que mitiguen el efecto negativo sobre la competencia, las cuales se considerarán en el momento de la decisión final.

En este sentido, el IO también contribuye a encausar a través de un procedimiento formal, las negociaciones referidas a los posibles remedios que morigeren los efectos de la operación, entre la autoridad de defensa de la competencia y las partes involucradas. De esta manera, el IO, aún en un contexto de transición como el actual, en el que las notificaciones continúan siendo “ex – post”, han permitido a la CNDC comunicar con mayor celeridad las preocupaciones que despierta la adquisición o fusión en relación a la competencia, e iniciar las conversaciones referidas al compromiso posible para reducir los efectos perjudiciales, en un lapso moderado de tiempo desde notificada la operación.

En el presente artículo describimos algunos de los dictámenes emitidos por esta CNDC a lo largo de los últimos dos años y medio. En la primera sección, consideramos el Dictamen correspondiente a la concentración BRINK’S/MACO, en tanto se trató del último Dictamen con condicionamiento emitido en el marco de la anterior LDC, la mencionada Ley N° 25.156.

En la segunda parte, analizamos los Dictámenes con condicionamiento emitidos en los casos de las operaciones MIRGOR/BRIGHTSTAR y DISNEY/FOX. En la tercera sección, examinamos los IOs emitidos en los casos de las operaciones SYNGENTA/NIDERA, LINDE/PRAXAIR y ARCOR/INGREDION. En la cuarta parte, se analizan aquellos dictámenes en los que la CNDC recomendó la aplicación de multas a determinadas empresas por falta de notificación de operaciones de concentración económica, o por su notificación tardía. A modo de conclusión, en la quinta sección se sintetizan los desafíos que aguardan a la CNDC en relación con el control de concentraciones y el acuerdo de remedios que puedan aliviar los problemas de competencia que ocasionan algunas operaciones.

2. DICTÁMENES DE APROBACIÓN CON CONDICIONAMIENTO - DICTAMEN 13.B) BAJO LA LEY N° 25.156

2.1. Dictamen con compromiso: BRINK'S ARGENTINA/ MACO CAUDALES y MACO LITORAL

En la Argentina, como en muchos países latinoamericanos, muchas de las industrias se presentan en mercados altamente concentrados. La alta concentración industrial también se verifica en otras jurisdicciones, como por ejemplo en los Estados Unidos, dato que ha sido relevado por la doctrina antimonopólica de ese país¹, y que ante dicha concentración ha alzado su voz pidiendo un mayor *enforcement* por parte de las agencias federales antimonopólicas estadounidenses.

En ese sentido, la CNDC tuvo la oportunidad de analizar una concentración económica notificada que se desenvolvía en un mercado altamente concentrado, el de los servicios de transporte de caudales.

Así, la CNDC emitió el Dictamen de fecha 30 de julio de 2021, en el cual recomendó a la SCI subordinar la operación de adquisición del control exclusivo por parte de BRINK'S ARGENTINA sobre las firmas MACO

¹ Las voces doctrinarias estadounidenses que -desde sus artículos- piden a las agencias federales de Defensa de la competencia una mayor actuación son muchas. Por ejemplo: Cfr. John KWOKA. Controlling mergers and market power: A program for reviving Antitrust in America. Boston. Competition Policy International. 2020. Cfr. también Mark GLICK y Catherine RUETSCHLIN. "Big Tech Acquisitions and the Potential Competition Doctrine: The Case of Facebook". Institute for New Economic Thinking Working Paper No. 104. Octubre 2019. Cfr. también Tim WU. The curse of bigness: Antitrust in the new Gilded Age. Nueva York. Columbia Global Reports. 2018. Cfr. además, Peter C. CARSTENSEN y Robert H. LANDE. "The Merger Incipieny Doctrine and the Importance of "Redundant" Competitors". WISCONSIN LAW REVIEW vol. 2018, pág. 783 y ss.

TRANSPORTADORA DE CAUDALES y MACO LITORAL (en adelante, y conjuntamente, MACO), al cumplimiento de un compromiso de desinversión y a la reducción del plazo de vigencia de las cláusulas de no competencia y de prohibición de contratación contenidas en los documentos que implementaron la transacción a un máximo de dos años a contar desde la fecha de cierre de la operación notificada.

En julio de 2017 fue notificada ante la CNDC la adquisición del grupo MACO por parte de BRINK'S ARGENTINA. Atento a que en la fecha mencionada aún se encontraba vigente la LDC anterior, la notificación fue realizada "ex – post", es decir, una vez perfeccionada la operación. Asimismo, en función de lo estipulado por la Ley Nº 25.156, y en virtud de que la Comisión Nacional encontró que la operación analizada despertaba preocupaciones en lo referido a la competencia, se procedió a emitir un dictamen con compromiso, quedando sujeta la aprobación de la operación al cumplimiento de los remedios estructurales y conductuales acordados.

La operación supuso la integración del segundo y tercer competidor en el mercado de servicios de transporte y procesamiento de caudales, BRINKS ARGENTINA y MACO, respectivamente. La participación de la unidad consolidada alcanzaba una cuota del 35% a nivel nacional. Pero, la situación preexistente era de alta concentración, ya que se observó que la empresa líder, PROSEGUR, que no era parte interviniente en la operación analizada, tenía una cuota del 55% a nivel nacional. Por lo tanto, la investigación se orientó al análisis de los efectos coordinados.

A su vez, teniendo en cuenta que se trata de servicios predominantemente locales y urbanos, el análisis se focalizó en las relaciones horizontales originadas en tres mercados geográficos: el Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA) y en las ciudades de Mar del Plata y Rosario.

En suma, el 95% del servicio de transporte de caudales ofrecido a terceros en el país pasó a estar en manos de dos empresas, siendo que en todos los mercados locales analizados se verifica que más del 93% de la oferta quedaría en manos de las firmas PROSEGUR y BRINK'S ARGENTINA. Se trata de empresas que además de contar con una gran participación de mercado cuentan con una estructura no replicable por ningún competidor existente en la actualidad.

Asimismo, se verificaron elevadas barreras a la entrada en el mercado de transporte de caudales y una baja probabilidad de un ingreso rápido y significativo con capacidad de disciplinar a los principales competidores de este mercado. Además, las barreras operativas se mantienen elevadas, ya que para que la entrada de un competidor sea efectiva y pueda prestar servicios a los clientes bancarios y de *retail*, éste debe contar con una flota

de camiones significativa y una marca y reputación comercial reconocida.

La situación post – operación aumentaba la probabilidad de ocurrencia de las conductas colusivas, las cuales suelen producirse en mercados con ciertas características que facilitan los acuerdos entre competidores y, no menos importante, la sostenibilidad de los mismos.

Dadas las condiciones estructurales que presenta el mercado de transporte y procesamiento de caudales, existían mecanismos implícitos que podían favorecer la transparencia y el intercambio de información. El número de participantes en los mercados del caso es fundamental a la hora de determinar el grado de transparencia dado que, a mayor cantidad de empresas integrantes del acuerdo, más difícil sería detectar al incumplidor y penalizarlo. Por el contrario, en un escenario en el que son dos las empresas en condiciones de coordinar, la transparencia se hace evidente tácitamente, sin necesidad de que haya un esquema formal que garantice el mutuo conocimiento de los comportamientos.

En caso de aprobarse la operación sin condicionamientos, hubieran sido solo dos las empresas en condiciones de proveer eficientemente el servicio de transporte de caudales y dicha situación hubiera perjudicado directamente la competencia al transparentar el proceso de negociación.

Adicionalmente, la operación implicó la desaparición de un competidor vigoroso en los mercados locales analizados, trayendo aparejado no solo que sea más fácil una potencial coordinación —por requerir la participación de menos agentes, en este caso dos— sino también la garantía de un monitoreo más eficiente debido a que el mercado se vuelve más transparente.

La compra de MACO por parte de BRINK'S ARGENTINA generó que esta última empresa aumente su participación de mercado, incrementando así el parecido con PROSEGUR en términos de cobertura geográfica y capacidad, tanto de transporte como de procesamiento de dinero. Por ende, al reducir las diferencias de participación entre las dos empresas principales, la estructura del mercado se hizo más proclive a un resultado colusivo. Por tal motivo, la operación afectaba negativamente la competencia en el mercado a partir de la reducción del número de actores, con alta probabilidad de generar o fortalecer un resultado colusivo, que impidiera una efectiva competencia en los distintos procesos de contratación, y ante la desaparición de uno de los tres actores cuya oferta representa una opción operativa y técnicamente competitiva.

El 29 de junio de 2021 las partes presentaron un compromiso que integraba remedios de carácter tanto estructural como conductual. El

remedio estructural consistió en la desinversión y relocalización de camiones blindados con el objeto de generar una oferta local por fuera de los operadores con posición dominante, similar a la existente antes de la operación en cada una de las localidades que resultaban particularmente afectadas por la operación.

La CNDC entendió que la propuesta era positiva, tanto desde el punto de vista de la estructura de la oferta como del comportamiento de los competidores, y que razonablemente cumplía con lo necesario para preservar la competencia en el mercado de transporte y procesamiento de caudales en dos mercados geográficos locales —el AMBA y la Ciudad de Mar del Plata, en la provincia de Buenos Aires— y por tanto aconsejó la subordinación de la aprobación de la operación notificada a la efectiva implementación de los remedios propuestos.

3. DICTÁMENES DE APROBACIÓN CON CONDICIONAMIENTO - DICTAMEN 14.B) BAJO LA LEY N° 27.446

3.1. Dictamen de Aprobación con Condicionamiento: MIRGOR/BRIGHTSTAR

En el famoso precedente *United States v. Philadelphia National Bank*², la Corte Suprema de los Estados Unidos estableció que existía una presunción de ilegalidad en aquellas fusiones que resultaban en un aumento significativo de la concentración en un mercado que ya resultaba concentrado antes de la operación, sin que sea necesario en tal caso que la agencia federal demandante pruebe que aquella fusión será lesiva para la competencia. Ese precedente se utilizó y puntualizó en *Continental Can*³.

Existe actualmente bastante doctrina estadounidense⁴ que considera que las agencias y los tribunales deberían utilizar más seguido esta presunción cuando se trate de mercados que tengan dicha configuración. Es de interés citar estos precedentes, pues en la economía mundial actual se da este fenómeno de concentración cada vez en más industrias.

Con relación a las operaciones de concentración económica que se llevan a cabo en un mercado ya concentrado antes de dicha fusión, y que resultaría en uno aún más concentrado luego de la misma, a la CNDC le

² Cfr. 374 U.S. 321 (1963).

³ Cfr. *United States v. Continental Can Co.*, 378 U.S. 441 (1964).

⁴ Cfr., por ejemplo, Peter CARSTENSEN. “The Philadelphia National Bank Presumption: Merger Analysis in a Dynamic Economy”. *ANTITRUST LAW JOURNAL* vol. 80 (2015), págs. 219 y ss.

tocó opinar en un caso cuyos hechos eran aquellos.

Así, el 30 de octubre de 2020, la empresa MIRGOR, notificó a esta CNDC la adquisición del control exclusivo sobre las firmas BRIGHTSTAR ARGENTINA y BRIGHTSTAR FUEGUINA.

En este caso, la CNDC entendió que, de aprobarse la operación de concentración, MIRGOR se consolidaría como la fabricante líder de teléfonos celulares, con el 57% de la producción y comercialización, acumulando la mitad de la capacidad de producción autorizada entre los actuales fabricantes de teléfonos celulares en nuestro país, y posicionándose como la empresa proveedora de prácticamente el 100% de los teléfonos celulares de marca Samsung en la Argentina. Asimismo, se debe tener en cuenta que, junto con su principal competidor, la empresa NEWSAN, pasarían a representar el 90% de los teléfonos móviles comercializados y el 87% de los teléfonos móviles vendidos en el país durante el 2019, lo cual refleja la alta concentración en el sector

En ese sentido, se generaría una empresa con capacidad de establecer de manera autónoma un incremento en los precios de comercialización mayorista de teléfonos celulares. Además, se entendió que las empresas involucradas y su principal competidora tenían puntos de contacto y coordinación en distintos ámbitos de la producción que, dado el alto grado de concentración de mercado que se verificaba, eran un elemento de preocupación adicional.

A partir de los resultados que arrojó el Índice Herfindahl – Hirschman (IHH), se observó que el mercado se encontraba altamente concentrado de forma previa a la operación, con un valor del IHH de 3.052 puntos. La situación se habría agravado en caso de producirse la aprobación de la operación, arrojando un valor post operación de 4.412 puntos.

Esta situación, junto a la participación que alcanzaba MIRGOR, constituían indicios relevantes de que la nueva entidad económica adquiriría un fuerte poder de mercado como consecuencia de la operación, acumulando dicha empresa la mitad de la capacidad de producción autorizada entre los actuales fabricantes de teléfonos celulares en Argentina.

Además, se constataban interacciones de las firmas MIRGOR y NEWSAN en asociaciones empresariales en la Asociación de Fabricantes Eléctricos (AFARTE), como en la Unión Industrial Faguina.

Adicionalmente, cabe tener en cuenta que MIRGOR y NEWSAN, tienen una participación conjunta en una tercera sociedad, CIPAEX S.A., dedicada a fomentar y solventar proyectos productivos destinados a la exportación.

Ello ocasiona otro elemento de preocupación que genera esta operación, que estaría dado por la capacidad de realizar conductas verticales de tipo exclusorias, a partir de la integración entre la producción y la red de comercialización minorista de productos SAMSUNG que tiene MIRGOR a través de su empresa controlada, la firma GMRA S.A., la cual cuenta con 55 puntos de venta.

Teniendo en cuenta los hechos descriptos, esta CNDC consideró que la operación tendría la potencialidad de restringir o distorsionar la competencia, de modo tal que pueda resultar perjuicio para el interés económico general, con relación a los mercados de fabricación, comercialización y venta de teléfonos celulares en Argentina.

Por ello, el 15 de junio de 2021 esta CNDC emitió el Informe de Objeción (artículo 14 de la Ley N° 27.442), en el que concluyó de manera preliminar que dicha operación tendría la potencialidad de restringir o distorsionar la competencia, de modo tal que pueda resultar perjuicio para el interés económico general, en dichos mercados. El 28 de junio de 2021, la SCI emitió la Resolución N° 662, en la que compartió e hizo propios los argumentos del dictamen por lo que se formuló el informe de objeción del artículo 14 de la Ley N° 27.442.

Finalmente, la CNDC recomendó al señor Secretario de Comercio Interior la adopción de un condicionamiento de conductas como requisito para subordinar la aprobación de la operación, el cual incorporaría, en parte, los compromisos ofrecidos de: a) no discriminación de precios y demás condiciones de venta entre la firma GMRA S.A. y el resto de los actores del mercado; b) no realización de ventas de teléfonos móviles y/o de sus accesorios comercializados por las partes a la adquisición de otros productos diferentes fabricados o comercializados por ellas; c) no negativa de venta a compradores mayoristas de teléfonos celulares y d) la obligación de publicidad del compromiso asumido. Estas cláusulas serán complementadas con un monitoreo de precios mayoristas y minoristas, cuyo objetivo es mantener la competitividad y la presencia de precios competitivos.

A su vez, MIRGOR y sus empresas controladas deberán, durante cinco años o un plazo menor hasta que la notificante acredite debidamente que hayan cambiado las condiciones de mercado, exponer de manera accesible en la página principal de su sitio web un resumen ejecutivo de la operación notificada y de los condicionamientos establecidos.

Actualmente ha tomado vigor el concepto de la trascendencia de contar dentro de las compañías con programas de *compliance* en Defensa

de la Competencia⁵. Con relación a ello, y si bien el monitoreo de precios tiene como objetivo reducir los incentivos a posibles prácticas coordinadas, esta CNDC consideró que no era suficiente para mitigar las preocupaciones al respecto, por lo que aconsejó que se solicite a la empresa notificante establecer un programa de integridad en materia de Defensa de la Competencia, el cual debería presentar en un plazo de 90 días, e involucrar a todo el personal directivo de MIRGOR, incluyendo a los directivos nombrados en otras empresas a su instancia.

3.2. Dictamen de Aprobación con Condicionamiento: DISNEY/FOX

La CNDC, como tantos otros organismos nacionales de aplicación del derecho de defensa de la competencia, también tiene la oportunidad de opinar en casos de operaciones de carácter global, cuyos efectos repercuten en varias jurisdicciones.

Es el caso de la operación de concentración económica notificada el 19 de marzo de 2019, esta consistió en la adquisición del control exclusivo de FOX por parte de DISNEY. La adquisición incluyó, los estudios de TV y cine, redes de entretenimiento por cable y negocios de TV internacional de FOX.

DISNEY y FOX constituyen grandes conglomerados que se encuentran presentes en las actividades de medios de comunicación y entretenimiento. A nivel internacional, ambas compañías están activas principalmente, en la producción, distribución y licenciamiento de contenido audiovisual para televisión, salas de cine y otros medios alternativos, la producción y comercialización de señales de televisión y el licenciamiento de derechos a fabricantes de productos de consumo.

De allí que la operación generó solapamientos horizontales en Argentina en varios segmentos de la cadena audiovisual: distribución de películas para su exhibición en salas de cine; distribución y licenciamiento de contenido audiovisual para TV y entretenimiento en el hogar; producción y comercialización de señales de TV; venta de espacio publicitario; licenciamiento de derechos de propiedad intelectual para fabricantes de productos de consumo; y licenciamiento de música. Por otro lado, la

⁵ Sobre los programas corporativos de *compliance* en Defensa de la Competencia en Estados Unidos, cfr. ABA SECTION OF ANTITRUST LAW. *Antitrust compliance: Perspectives and resources for corporate counselors*. Second edition. Chicago. American Bar Association Publishing, 2010. Sobre los programas corporativos de *compliance* en Defensa de la Competencia en Argentina, cfr. Santiago DEL RÍO. “Desafíos de compliance frente a la nueva Ley de Defensa de la Competencia” en: Pablo TREVISÁN, Miguel DEL RÍO y Alejandro D. CHAMÁTROPULOS (Directores). *Comentarios a la ley de defensa de la competencia*. Buenos Aires. Thomson Reuters - La Ley. 2018. pág. 619 y ss.

operación dio lugar a una limitada relación vertical en Argentina entre las actividades de las partes relativas a la distribución y licenciamiento de contenido audiovisual para TV y entretenimiento en el hogar (“aguas arriba”) y la comercialización de señales de TV (“aguas abajo”). También se verificaron relacionamientos verticales entre el licenciamiento de música “aguas arriba” y su transmisión en la radio propiedad de DISNEY “aguas abajo”.

En función de la magnitud de los efectos derivados de la operación en la producción y comercialización de señales deportivas, las autoridades de Estados Unidos, México, Brasil, y la Unión Europea ordenaron la desinversión de ciertos activos vinculados con estos mercados.

En Argentina, la operación también dio lugar a la concentración de dos importantes grupos de señales de televisión paga, dentro de las cuales se destacan en el género deportivo las señales ESPN y FOX SPORTS. El contenido más relevante para los televidentes está representado por los eventos en vivo, donde ambos grupos son licenciatarios de derechos exclusivos para su radiodifusión.

La operación trajo, como consecuencia, que la empresa fusionada pase a tener 7 de las 9 señales deportivas básicas, lo que representa casi dos terceras partes del total del rating de señales deportivas, además de la señal FOX SPORTS PREMIUM que transmite partidos de la Liga Profesional del Fútbol Argentino, reduciéndose el número de los principales competidores de tres a dos.

En lo que se refiere estrictamente a la competencia en el ámbito de las señales deportivas, de la investigación realizada por esta CNDC, surgió que las señales ESPN y FOX SPORTS son las señales que presentan una sustitución más cercana, lo cual tiene su principal fundamento en los contenidos que transmiten.

La operación eliminaba a un competidor en señales que presentaba una sustitución muy cercana, aumentando el poder de negociación de las empresas fusionadas frente a las distribuidoras de señales con potenciales efectos sobre sus precios y sobre el precio de los abonos que pagan los consumidores finales. Además, la principal barrera a la entrada se encontraba en la posesión de derechos de radiodifusión de eventos deportivos en vivo con carácter exclusivo, contando las firmas notificantes con numerosos derechos sobre torneos de distintos deportes de gran relevancia.

Asu vez, la posición que adquiría la entidad fusionada en el género deportes podía tener como consecuencia el aumento de su poder de negociación para incluir al resto de sus señales de otras temáticas en los paquetes básicos de los operadores. Dado que las firmas notificantes comercializan sus señales de manera paquetizada, los efectos de la concentración en el mercado de señales de temática deportiva podían trasladarse al resto de las señales, lo que hubiese agravado las potenciales consecuencias negativas de la fusión.

El poder de negociación de la entidad fusionada también se habría visto reforzado por el hecho de contar en su portfolio con la señal FOX SPORTS PREMIUM, que posee la exclusividad de la transmisión de la mitad de los partidos de la Liga Profesional de Fútbol Argentino.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la empresa fusionada también concentraba más del 45% de participación del mercado de producción y comercialización de señales infantiles.

Las partes cuentan dentro de su diversa cartera de señales, que venden de manera empaquetada, con contenido imprescindible para los distribuidores de señales pagas en base a la relevancia que estas tienen para el televidente. La venta de manera paquetizada que se verifica en la industria y que es adoptada por las partes, junto con la gran concentración de derechos exclusivos sobre eventos de alto interés, podía evitar o retrasar el surgimiento en Argentina de nuevos operadores y de nuevas formas de comercialización de señales de televisión paga, como ser el *skinny bundle*, servicios de *streaming*, y el OTT, impidiendo o demorando la competencia y la innovación en el mercado de televisión paga.

Esta CNDC entendió que existían sobradas evidencias que acreditaban que la operación generaba posición dominante en el mercado de señales básicas de contenido deportivo y efectos de conglomerado explicados por la cartera de señales que acumulaban las partes por efecto de la concentración. Por este motivo, el 5 de noviembre de 2020 la CNDC emitió un informe objetando la operación, el cual fue el primer IO emitido por la Comisión Nacional luego de la puesta en vigencia de la nueva LDC. El 1 de diciembre de 2020 las partes realizaron una presentación contestando el IO, y el 11 de mayo de 2021 se llevó a cabo la audiencia especial, planteando el comienzo de la negociación acerca de los remedios para mitigar los efectos de la operación.

En términos generales, la CNDC considera que una medida remedial de tipo estructural es preferible, antes que un remedio de tipo conductual, ya que sus efectos son duraderos en el tiempo, atacan directamente la fuente del daño competitivo en su raíz, y tienden a eliminar las circunstancias

que lo originaron (por ejemplo, el poder de mercado), mientras crean nuevos competidores o fortalecen a los existentes. A su vez, un remedio estructural puede ser complementado con medidas remediales de carácter conductual.

En esta oportunidad, la CNDC recomendó un condicionamiento que consiste en una propuesta que integra remedios de carácter tanto estructural como conductual que tiene como propósito disuadir los potenciales efectos unilaterales y de cartera que la operación puede generar a nivel nacional.

El objeto de la desinversión tenía como meta generar un oferente adicional que pueda competir con la empresa fusionada, de manera de restaurar la efectiva competencia en el mercado de comercialización de señales deportivas básicas con anterioridad a que la operación tuviera lugar.

La medida de carácter estructural exigía que las partes pongan a disposición la transferencia de todos los derechos de transmisión relacionados a torneos y competencias deportivas de los cuales FOX SPORTS era licenciante al momento de la notificación de la operación, para su transmisión local y exclusiva en calidad de asociada a la misma y/o de su continuadora y/o cesionaria de los derechos transferidos, a un licenciatario aprobado por la CNDC, de acuerdo a ciertas condiciones.

Como consecuencia de la orden de desinversión, DISNEY vendió los principales contenidos deportivos en vivo del abono básico de FOX y se desprendió de la marca FOX SPORTS. Los contenidos cedidos fueron: la Copa CONMEBOL Libertadores de América, la UEFA Champions League, la NFL, la MLB, la Formula 1, la UFC, la WWE, la Premier Boxing Champions, la Liga ACB Basketball, la World Rugby Sevens y, la ATP World Tour 250 – ATP Córdoba.

La empresa ingresante al mercado es MEDIAPRO, grupo líder en el sector audiovisual europeo. La inversión inicial de MEDIAPRO para ingresar en el mercado argentino es cercana a los 30 millones de dólares anuales destinados a adquirir los derechos cedidos por DISNEY.

Hasta tanto se haga efectiva la desinversión estipulada, DISNEY debe transmitir de manera abierta y gratuita los contenidos relevantes de cada uno de los eventos definidos dentro de los “contenidos fundamentales”. Mientras las partes no concreten la desinversión estructural requerida, deberán mantener estable para cada operador la relación existente previa a la fusión entre el precio de las señales deportivas y el precio del abono básico.

Cumplida la transferencia de los derechos sobre los eventos deportivos, el condicionamiento exige que las partes implementen la baja de 3 señales lineales deportivas de televisión paga, pasando de 7 a 4 señales lineales deportivas básicas en la grilla de programación de televisión, con el compromiso de mantener la totalidad de los contenidos deportivos de los que sea titular durante la vigencia del condicionamiento, salvo que se venzan en dicho período los derechos de transmisión de los mismos.

A su vez, como complemento a la desinversión propuesta, se agregan una serie de medidas remediales conductuales que tienen dos objetivos fundamentales: mitigar los efectos de cartera y los efectos horizontales de la operación mientras el proceso de desinversión no se haya concluido o efectivizado.

Por todos los motivos y hechos descriptos precedentemente, esta CNDC entiende que el condicionamiento recomendado razonablemente cumple con lo necesario para preservar la competencia en el mercado de producción y comercialización de señales deportivas básicas y, por tanto, puede subordinarse la aprobación de la operación a su efectiva implementación.

4. INFORMES DE OBJECCIÓN

4.1. Informe de objeción: SYNGENTA/NIDERA

Al igual que otras agencias, la CNDC considera que el incentivo y promoción de la innovación a través de la defensa de la investigación y desarrollo (en adelante, “I&D”) es uno de los objetivos primarios del derecho antimonopólico⁶. En el caso de las concentraciones económicas, debe prestarse atención a que la empresa resultante de una fusión no altere de tal forma las barreras a la entrada que constituye la inversión en investigación y desarrollo, en especial en aquellos mercados en los que la importancia de la I&D es de primera magnitud.

⁶ La literatura sobre la relación entre la promoción de la innovación y el Derecho antimonopólico es muy amplia. Cfr., por ejemplo, Jonathan BAKER. “Beyond Schumpeter vs. Arrow: how Antitrust fosters innovation”. *ANTITRUST LAW JOURNAL* vol. 74 (2007) págs. 575 y ss.; del mismo autor, “Exclusionary Conduct When R&D Investment in New Products is Strategic”. Ponencia ante la Searle Antitrust Economics Conference. Disponible en: <https://www.law.northwestern.edu/research-aculty/clbe/events/antitrust/documents/baker_rd_competition.pdf>. Cfr. también Tim WU. “Taking Innovation Seriously: Antitrust Enforcement If Innovation Mattered Most”. *ANTITRUST LAW JOURNAL* vol. 78 (2012) págs. 313 y ss. Cfr. además Giulio FEDERICO, Fiona SCOTT MORTON y Carl SHAPIRO. “Antitrust and Innovation: Welcoming and Protecting Disruption”, en Josh LERNER y Scott STERN (Editores). *Innovation Policy and the Economy* 20. Londres-Chicago. The University of Chicago Press. 2020. págs. 125 y ss.

En la industria de las semillas para la agroindustria, denominada generalmente como industria de la bioagricultura, en la mayor parte de las jurisdicciones los mercados se presentan como altamente concentrados. Es más, en los Estados Unidos la alta concentración en estos mercados ha llamado la atención de los organismos de control y de la doctrina.

Así, por ejemplo, en una presentación ante el Departamento de Agricultura de los Estados Unidos, el *American Antitrust Institute* expresó sobre el tema:

La consolidación desenfadada ha caracterizado a la industria de la biotecnología agrícola durante décadas. Tres importantes fusiones recientes —Bayer-Monsanto, Dow-DuPont y ChemChina-Syngenta— han reducido la industria a un estrecho oligopolio de tres megaempresas, con BASF en último lugar. Las fusiones y la reestructuración fundamental de los mercados de biotecnología agrícola global y de EE. UU. que se han forjado, plantean cuestiones fundamentales para la competencia en el sector. Los efectos adversos de una mayor concentración se sienten en varios niveles. Los productores enfrentan precios más bajos para sus productos básicos como resultado del poder de compra en los niveles de procesamiento. Los consumidores enfrentan precios de alimentos más altos, menor calidad y menos innovación como resultado del poder de los vendedores en el procesamiento, la fabricación y la venta minorista de comestibles. Y la sociedad se enfrenta a un suministro de alimentos menos seguro y menos estable⁷.

El tema de la relación del derecho antimonopólico con las fusiones y adquisiciones en la industria bioagropecuaria también llamó y llama la atención del Congreso estadounidense. Así, por nombrar uno de los proyectos de ley más nuevos, los senadores Cory Booker (D-NJ), Jon Tester (D-MT), Jeff Merkley (D-OR) y Elizabeth Warren (D-MA) presentaron un proyecto de ley titulado “*Food and Agribusiness Merger Moratorium and Antitrust Review Act of 2022*”.

En la presentación del proyecto, Warren señaló:

[L]as industrias de la agricultura y la alimentación están altamente concentradas, con solo unos pocos jugadores dominantes controlando la mayor parte del mercado” y luego agregó “[e]s hora de detener las fusiones y adquisiciones que dañan a los trabajadores y que permiten el aumento de precios corporativos que está generando costos más altos para las familias estadounidenses: este

7 Cfr. American Antitrust Institute. Comments of the American Antitrust Institute before the United States Department of Agriculture. Competition and the Intellectual Property System: Seeds and Other Agricultural Inputs - Docket No. AMS-AMS-22-0025. Presentado ante dicho Departamento el 17 de mayo de 2022, pág. 2.

proyecto de ley nos ayudaría a lograr precisamente contrarrestar eso”. Por su parte, el senador Tester precisó al respecto que: “[e]l Pueblo de Montana sabe que la consolidación de nuestros sistemas alimentarios está perjudicando a la América rural”, y continuó: “Ya sea que se trate de empaques de carne o fórmula infantil, la falta de competencia en el mercado conduce a márgenes más estrechos para los productores estadounidenses, costos más altos para los consumidores y hace que nuestro país sea menos seguro cuando estas corporaciones multinacionales no funcionan. El capitalismo funciona excepcionalmente bien cuando hay competencia, y este proyecto de ley ayudará a que los agricultores familiares regresen al asiento del conductor al hacer que nuestros mercados sean más competitivos en todos los ámbitos.

De aprobarse, el proyecto impondría una prohibición inmediata e indefinida a las adquisiciones y fusiones en el sector de la alimentación y la agricultura. Además, establece una comisión que estudiaría herramientas de análisis para la aprobación de fusiones en los sectores agrícola y alimentario, así como sobre la supervisión antimonopólica de los mismos⁸.

La CNDC tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el tema de las concentraciones en la agroindustria o bioagroindustria en nuestro país. Así, el 13 de agosto de 2018 se notificó a esta CNDC una operación de concentración económica consistente en la adquisición del negocio de semillas de COFCO por parte de la firma SYNGENTA, quedándose con el control de la firma NIDERA SEEDS (en adelante, NIDERA).

Esta operación implicó la adquisición, por parte de la empresa líder del mercado -SYNGENTA-, de la segunda empresa en importancia en términos de ventas anuales de semillas de girasol -NIDERA-, a raíz de lo cual, la empresa fusionada reuniría más del 60% de las ventas totales, incrementando la ya elevada concentración de la oferta y aumentando la brecha con el segundo competidor a un nivel de entre 45% y 50%. Si bien la participación en las ventas finales indica que las empresas fusionadas podrían superar el 60% del mercado, deben analizarse las ventas como una actividad integrada con la etapa de I&D.

Además de las participaciones de mercado, el IHH es otro indicador que se utiliza para medir la concentración del mercado. Los lineamientos para el control de concentraciones económicas de esta CNDC establecen que una operación de concentración puede no ser problemática desde el punto de vista de la competencia si el mercado resultante presenta

⁸ Cfr. la noticia en <<https://financiaregnews.com/senate-bill-seeks-moratorium-on-ma-activity-in-food-agriculture-sectors>>.

un valor inferior a los 2.000 puntos, o bien, si la variación del índice como consecuencia de la operación se incrementa en un valor menor a los 150 puntos. A su vez, los lineamientos para fusiones horizontales del Departamento de Justicia y la Comisión Federal del Comercio de Estados Unidos sugieren que los valores superiores a 2.500 puntos son característicos de un mercado altamente concentrado, y considera que es probable que las concentraciones en mercados altamente concentrados que involucran una variación del IHH superior a 200 puntos puedan generar y/o aumentar el poder de mercado.

En este caso, el valor post operación del IHH asciende a 4.240 puntos, lo que muestra un mercado altamente concentrado. A su vez, la variación del IHH es superior a los 1.500 puntos, lo que indicaría un refuerzo de poder de mercado de la empresa resultante de la operación.

Las actividades de generación y consolidación de un banco de material genético son cruciales para mantener la competitividad de las empresas “aguas abajo”, ya que la actividad de investigación y desarrollo puede actuar como una barrera de entrada al mercado, debido a que el portafolio de material genético puede ser clave para asegurar el éxito comercial a largo plazo.

En ese sentido, el incremento sustancial de la concentración como resultado de la operación implicaría un aumento significativo en la participación de mercado de las empresas notificantes, a expensas del resto de los competidores que, ante una posible disminución de su cuota de mercado “aguas abajo” y de sus ingresos por ventas, podrían sufrir un declive en el grado de innovación de su portafolio de híbridos de girasol.

Dicho debilitamiento en ambas etapas del mercado podría llevar más adelante a que muchas empresas opten por abandonarlo, lo que provocaría una disminución de las variedades ofertadas y, por lo tanto, precios finales de semillas híbridas de girasol con incrementos adicionales, los que surgirían a corto plazo como consecuencia de la elevada concentración horizontal entre las firmas en un mercado con altas barreras a la entrada.

En materia regulatoria, las barreras de tipo legal van acompañadas y, en cierto modo potenciadas, por el tiempo que insume cumplir con todo el proceso correspondiente antes de poder comercializar legalmente una semilla híbrida.

En la etapa I+D, las empresas comienzan investigando en laboratorio. Luego, salen a campo (investigación a campo), pero para ello tienen que contar con las primeras autorizaciones (al principio se trata, en general, de ensayos a pequeña escala). Ya en esta etapa comienzan los trámites

para lograr la aprobación de la variedad, aun cuando todavía se está investigando. En Argentina, desde esta etapa y hasta la siguiente, inclusive, los tres trámites que deben iniciar las interesadas son los siguientes: (i) Comisión Nacional Asesora de Biotecnología Agropecuaria (CONABIA): se trata de un organismo multidisciplinario que se ocupa de la evaluación de impacto ambiental y del análisis de riesgo; (ii) Servicio Nacional de Sanidad y Calidad Agroalimentaria (SENASA): realiza una evaluación de aptitud alimenticia; (iii) MINISTERIO DE DESARROLLO PRODUCTIVO: analiza el impacto que la venta de una variedad puede tener en mercados agropecuarios externos.

No se permite comercializar una variedad en el mercado interno hasta tanto no tenga resuelto el último y tercer trámite en el citado ministerio, por más que dicho trámite esté asociado a las exportaciones. La etapa “aguas abajo” de producción y comercialización de semillas también es alcanzada por los tres trámites antes citados y concluye con la resolución de aprobación comercial. Al inicio, la empresa debe contar con un formulario para la producción de semillas. El trámite en esta etapa puede durar alrededor de seis años, según el Instituto Nacional de Semillas (INASE).

A partir de dicha resolución, la empresa está habilitada para pasar a la instancia siguiente para poder comercializar la nueva variedad de semilla. Es decir, debe recurrir al INASE y anotar la nueva variedad en el Registro Nacional de la Propiedad de Cultivares (propiedad intelectual) y, si le interesa venderla, anotarla también en el Registro Nacional de Cultivares. Como último paso, la empresa debe obtener del INASE los rótulos que certifican cada bolsa de semillas que desea comercializar (lo que constituye la venta de semillas fiscalizadas). En esta etapa, los ensayos pasan a mayor escala, por lo que las empresas, una vez determinadas las variedades de su interés, aprovechan para efectuar su multiplicación, es decir, se van adelantando a la aprobación para, una vez aprobadas, salir a vender en volúmenes importantes.

En el caso, la principal barrera a la entrada que la CNDC identificó, la constituyen las licencias otorgadas por los propietarios de una semilla de girasol a cualquier empresa interesada en ingresar al mercado directamente en la etapa “aguas abajo”. No solo por el costo económico subyacente, el cual queda a criterio de cada empresa titular de la variedad o híbrido registrado, sino por el hecho de que las empresas líderes pueden negarse a licenciar sus semillas de elite, a fin de no reforzar el portafolio de posibles competidores “aguas abajo”.

A su vez, también se tuvo en cuenta que no resulta concluyente que un entrante pueda resultar exitoso con la adquisición de una licencia de

semillas de girasol, sino que este podría requerir de la adquisición de varias licencias de manera simultánea para poder desarrollar su propio portafolio comercialmente aceptable.

Del análisis preliminar realizado por la CNDC surgió que resultaría más conveniente para un entrante generar sus propios híbridos que depender en forma permanente de las licencias otorgadas por los grandes jugadores.

Pero para lograr los híbridos adaptados a las distintas regiones y con las características deseadas por la demanda local, estas empresas, incluso aquellas que provienen de mercados adyacentes y/o que ya cuentan con capacidad instalada (como las que producen semillas de otros cultivos), deben sortear barreras económicas significativas por el mero hecho de que deben realizar una costosa inversión en I+D a fin de lograr productos comercialmente satisfactorios (y legalmente aprobados), lo que requiere años de investigación hasta hallar una genética capaz de competir con los híbridos existentes en los diversos aspectos exigidos a nivel local.

La CNDC entendió que, a largo plazo, sería factible que las firmas notificantes, ante el fortalecimiento del poder de mercado resultante de la consolidación de sus productos frente a una demanda cautiva y ante la falta de rivalidad en la actividad de comercialización del producto involucrado, pierdan su propia motivación a reinvertir parte de sus ganancias en I&D, dando forma a una oferta final reducida y carente del nivel tecnológico esperado.

Por todos esos motivos se entendió, en una forma preliminar, que la operación tiene la potencialidad de restringir o distorsionar la competencia, de modo tal que puede resultar perjuicio para el interés económico general, en relación al mercado de semillas de girasol, por lo que CNDC emitió el Informe de Objeción en los términos del artículo 14 de la Ley N° 27.442 para comunicar a las partes las objeciones y les otorgó un plazo de 15 días para que ofrezcan soluciones que puedan mitigar los potenciales efectos sobre la competencia que surgen del informe de objeción en cuestión. Adicionalmente, recomendó convocar a una audiencia especial conforme lo dispone el artículo 14 de la Ley N° 27.442, para considerar las medidas que las partes ofrezcan para mitigar el posible efecto negativo sobre la competencia.

4.2. Informe de Objeción: LINDE/PRAXAIR

El 8 de noviembre de 2018 se notificó ante la CNDC la operación consistente en la fusión a nivel global de las firmas LINDE y PRAXAIR.

La operación fue también notificada ante las autoridades de competencia de distintas jurisdicciones del mundo. La Comisión Europea señaló el 20 de agosto de 2018 que la fusión restringiría de manera significativa la competencia en varios mercados que conciernen a la oferta de gases medicinales, gases industriales, gases especiales y helio. Por su parte, la FTC de los Estados Unidos de América, en su decisión del día 22 de octubre de 2018, solicitó a las partes fusionadas la desinversión de los activos correspondientes a la producción y comercialización de nueve gases industriales. En la decisión publicada el 26 de octubre de 2018, la Oficina de Competencia de Canadá acordó la desinversión de todos los activos de LINDE en el país, incluyendo plantas productivas, estaciones de llenado, lugares de comercialización, contratos con clientes y con proveedores y derechos de propiedad intelectual. A su vez, CADE en Brasil, si bien mantuvo bajo confidencialidad los activos desinvertidos, se conoce que la propuesta de las partes implicó la totalidad del negocio de LINDE en ese país.

En cuanto a dicha concentración económica en Argentina, la operación implica el solapamiento en distintos mercados que hacen a la producción y comercialización de gases medicinales, industriales y especiales, y en la comercialización minorista de helio y de servicios de cuidado respiratorio a domicilio.

Al analizarse la totalidad de la cartera de gases de las partes, en caso de consolidarse LINDE y PRAXAIR en una única unidad de negocios, en la mayoría de los mercados de gases quedarían tan solo dos oferentes alternativos a las empresas notificantes, razón por la cual se analizaron los efectos de la operación en relación a toda la oferta de gases.

Así, la producción y comercialización de gases para uso industrial y para uso medicinal está mayoritariamente concentrada en los cuatro grandes competidores que tienen presencia global y que se encuentran integrados verticalmente, como son, LINDE, PRAXAIR, AIR LIQUIDE y AIR PRODUCTS.

Respecto del alcance geográfico de los mercados relevantes, al considerar los volúmenes comercializados de gases medicinales y gases industriales, se denota que en todos los casos más del 90% del total comercializado por las empresas involucradas en el período 2017-2019, provino de plantas productivas localizadas en el territorio de la República Argentina.

No obstante, nuestro país se diferencia de la estructura de la oferta a nivel mundial ya que no hay en los mercados nacionales jugadores que tengan una escala menor a la de LINDE y PRAXAIR, AIR LIQUIDE y AIR PRODUCTS, ni tampoco se observa una multiplicidad de jugadores locales menores que se encuentren integrados en la generación de gases, pero sí jugadores

que realizan una provisión de gases al por menor en cilindros, con plantas de llenado. Se observa también que, en el segmento medicinal la fusión de LINDE y PRAXAIR dejará un actor con participaciones en términos de facturación superiores al 40%, alcanzando niveles superiores al 75% en ciertos productos como el nitrógeno a granel.

En caso de que se aprobase la operación, el número de participantes comercialmente activos a nivel nacional pasará de cuatro a tres en casi todos los mercados.

Luego de la operación, la participación conjunta de LINDE y PRAXAIR en oxígeno líquido a granel superaría el 55% considerando lo facturado a nivel nacional, siendo AIR LIQUIDE el competidor que las sigue con una participación de entre 30% y 35% según su facturación. En el caso del oxígeno en estado gaseoso distribuido en cilindros, la participación conjunta de LINDE y PRAXAIR ascendería a un valor superior al 40%, siendo este porcentaje apenas menor del concentrado por AIR LIQUIDE en el año 2017, el cual según su facturación osciló entre un 40% y un 45%.

Teniendo en cuenta lo anteriormente descripto, la operación a *priori* generaría una mayor probabilidad de coordinación entre los dos primeros jugadores, que conjuntamente concentrarían más del 80% del mercado.

En los seis mercados involucrados del segmento de gases medicinales habría motivos de preocupación desde el punto de vista de la competencia en caso de aprobarse la operación, debido a que, en los mercados analizados se generarían efectos unilaterales adversos, con excepción de los mercados de óxido nitroso y oxígeno medicinal en cilindros, en los que, si bien la empresa fusionada no pasaría a ostentar posiciones dominantes, las estructuras resultantes posteriores a la concentración económica, serían tales que favorecerían la coordinación.

Por su parte, la consolidación de LINDE y PRAXAIR en una unidad económica implica la desaparición de un competidor significativo y, al mismo tiempo, la conformación de una empresa que pasaría a tener participaciones mayoritarias en muchos de los mercados de gases considerados, pasando la estructura de mercado post-operación a ser prácticamente duopólica, con LINDE y PRAXAIR y AIR LIQUIDE, dominando entre el 80% y el 90% de las ventas, con un tercer jugador con una participación moderada, AIR PRODUCTS (INDURA), o bien varios jugadores con cuotas de mercado muy poco significativas.

Por otro lado, la operación tendería a hacer más visibles los movimientos en el mercado, con la consecuente reducción del costo de monitoreo, situación que mejoraría la sostenibilidad de un acuerdo colusivo entre competidores.

Así, la operación implica que en los mercados en cuestión se consoliden solo tres competidores importantes, lo cual se traduce en una mayor transparencia y un monitoreo más eficiente de los desvíos de acuerdos colusorios, mejorando la sostenibilidad de un acuerdo colusivo entre competidores y, atento al multimercado que existe entre las empresas que se encuentran activas en la oferta de una variedad de gases medicinales, industriales y especiales, en caso de haber un desvío en un mercado en el que seguían un patrón de coordinación, se podrían implementar ciertos castigos en otro de los mercados en los que coinciden⁹.

Por lo precedentemente descripto, la CNDC entendió que la operación tiene la potencialidad de restringir o distorsionar la competencia, de modo tal que puede resultar perjuicio para el interés económico general, con relación a los mercados de gases identificados, siendo esperable que dicha operación genere efectos unilaterales en cuatro de los seis mercados de gases medicinales definidos y efectos coordinados en dos de ellos; efectos unilaterales en cinco y efectos coordinados en diez de los diecisiete mercados y segmentos de gases industriales y, efectos unilaterales en cuatro y efectos coordinados en uno de los ocho mercados de gases especiales. Asimismo, podría favorecer la coordinación de comportamientos en la comercialización minorista de helio y en la comercialización de helio en cilindros.

Teniendo en consideración las cuestiones precedentemente explicadas, es que CNDC recomendó a la SCI el dictado de un Informe de Objeción respecto a la operación, y así lo hizo la mencionada Secretaría mediante la resolución que estamos comentando en este apartado, en la que se le

9 Corresponde señalar que en el Expediente N° 064-11323/2001 (Conducta N° 697), tramitó por ante esta C.N.D.C. una investigación de oficio iniciada en el año 2001, en la que se analizó y se logró probar un acuerdo colusivo de alcance nacional entre las cuatro firmas proveedoras de oxígeno medicinal, PRAXAIR ARGENTINA S.A., AGA S.A., empresa del Grupo LINDE, INDURA S.A., firma que más tarde fue adquirida por AIR PRODUCTS y AIR LIQUIDE ARGENTINA S.A., el cual tuvo lugar entre los años 1997 y 2002, y consistió en el reparto de clientes y la fijación de precios en licitaciones públicas y privadas para los mercados de oxígeno líquido medicinal a granel y de oxígeno gaseoso medicinal. Las empresas que incurrieron en el acuerdo colusivo fueron sancionadas mediante la Resolución N° 119 de fecha 15 de julio de 2005 de la ex SECRETARÍA DE COORDINACIÓN TÉCNICA.

Adicionalmente, cabe destacar que en el Expediente N° EX-2019-19226244- -APN-DGD#MPYT, tramita una conducta (que aún se encuentra en trámite ante esta C.N.D.C.) en la que fueron denunciadas las firmas PRAXAIR ARGENTINA S.A., GRUPO LINDE GAS ARGENTINA SA, INDURA ARGENTINA S.A. y AIR LIQUIDE ARGENTINA S.A. por repartirse provisión de gases medicinales en los hospitales públicos de la Provincia de Buenos Aires y fijar los precios de provisión.

otorga un plazo a las notificantes para que efectúen las consideraciones que crean oportunas u ofrezcan soluciones que puedan mitigar los efectos sobre la competencia que surgen del Informe de Objeción.

4.3. Informe de Objeción: ARCOR/INGREDION

En muchas jurisdicciones los organismos de aplicación de las leyes antimonopólicas están facultadas para imponer medidas precautorias o preventivas a los efectos de evitar posibles daños o agravamiento de daños contra el régimen competitivo.

En tal sentido, la Ley 27.442 introdujo un régimen específico para el dictado de esas medidas por la autoridad de aplicación, destinadas a prevenir lesiones al régimen de defensa de la competencia durante el curso del procedimiento establecido en esa Ley. Como explican Cabanellas-Serebrinsky “[e]sas medidas deben distinguirse de las cautelares que prevé el artículo 30, inciso f), de la LDC, por cuanto se dictan directamente por la autoridad de aplicación, en lugar de solicitarse al juez competente”¹⁰.

Conforme al citado artículo 44 de la LDC:

En cualquier estado del procedimiento, el Tribunal de Defensa de la Competencia podrá imponer el cumplimiento de condiciones que establezca u ordenar el cese o la abstención de las conductas previstas en los capítulos I y II, a los fines de evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud, su continuación o agravamiento. Cuando se pudiere causarse una grave lesión al régimen de competencia podrá ordenar las medidas que según las circunstancias fueren más aptas para prevenir dicha lesión, y en su caso la remoción de sus efectos. Contra esta resolución podrá interponerse recurso de apelación con efecto devolutivo, en la forma y términos previstos en los artículos 66 y 67 de la presente ley. En igual sentido podrá disponer de oficio o a pedido de parte la suspensión, modificación o revocación de las medidas dispuestas en virtud de circunstancias sobrevinientes o que no pudieron ser conocidas al momento de su adopción.

Recientemente la CNDC tuvo ocasión de analizar un caso en el que los hechos hicieron que se recomiende una medida precautoria en el marco de un proceso de notificación de una operación de concentración económica. Dicha operación consiste en la conformación de un *joint venture* entre las empresas ARCOR e INGREDION por el que controlarán en forma conjunta las actividades relacionadas con la molienda húmeda

10 Cfr. Guillermo CABANELLAS DE LAS CUEVAS y Diego H. SEREBRINSKY. *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*. Vol. 2. 4ta ed. Op. cit., págs. 481 y 482.

de maíz y la comercialización de productos derivados que, previo a la toma de control, realizaban cada una de ellas en forma independiente. Dicha toma de control se efectivizó el 3 de agosto de 2021.

La operación implica la consolidación en una unidad económica de las actividades de la molienda húmeda de maíz y la comercialización de sus derivados que, con anterioridad a la operación de marras cada una de las empresas involucradas realizaban de manera independiente. Además, y por tratarse ARCOR de un jugador integrado en varios eslabones de la producción de alimentos, bebidas y envases, la presente operación tiene efectos y relaciones verticales, ya que los productos obtenidos en la molienda húmeda de maíz se utilizan como insumo en las industrias mencionadas.

Corresponde destacar que la actividad de la molienda húmeda de maíz en la Argentina se encuentra altamente concentrada¹¹.

Las firmas ARCOR e INGREDION son las principales compañías que concentran el 76% de la capacidad de procesamiento de la molienda húmeda de maíz y sus participaciones conjuntas son superiores al 59% en todos los segmentos y periodos analizados.

Con posterioridad a la operación el joint venture concentraría más del 85% de la capacidad de molienda húmeda en Argentina. Esas participaciones del *joint venture* superan ampliamente los umbrales de dominancia tanto en capacidad de molienda como en la producción de endulzantes, almidones y coproductos, por lo que es posible sostener que se configuraría una posición dominante en esos mercados.

En los “Lineamientos para el Control de Concentraciones Económicas” se contempla el análisis de los *factores facilitantes* para que pueda existir un ejercicio de la posición dominante adquirida o reforzada fruto de la operación: el primer aspecto a considerar son las características de los competidores en el mercado relevante.

11 De acuerdo con lo publicado en el sitio web de la Cámara Argentina de Fabricante de Almidones, Glucosas, Derivados y Afines, la molienda húmeda de maíz está consolidada en CUATRO (4) empresas: las firmas ARCOR S.A., INGREDION ARGENTINA S.A., GLUCOVIL ARGENTINA S.A. y GLUTAL S.A. Por su parte, en el documento “Informes de Cadenas de Valor, Cereales: Maíz” elaborado por la SUBSECRETARÍA DE PROGRAMACIÓN MACROECONÓMICA, dependiente de la SECRETARÍA DE POLÍTICA ECONÓMICA del MINISTERIO DE ECONOMÍA, incluye a las mencionadas empresas y a sus 7 establecimientos como agentes principales dentro del mercado de molienda húmeda de maíz: ARCOR S.A. ARCOR S.A.I.C. (3 plantas), INGREDION ARGENTINA S.R.L. (2 plantas), GLUCOVIL ARGENTINA S.A. (1 planta), y GLUTAL S.A. (1 planta).

Si bien son varios los factores a considerar a la hora de valorar la eficacia competitiva, teniendo en cuenta la escala de la capacidad de molienda de los competidores, GLUCOVIL ARGENTINA S.A. (13%) y GLUTAL S.A. (2%) y sus participaciones en la comercialización de derivados, no parecen implicar una fuerte restricción al ejercicio de poder de mercado.

Considerando las importaciones, no se advierte que sean relevantes dentro de la oferta nacional, en virtud de que ingresarían a precios poco competitivos. En el caso de los jarabes, como la glucosa, se transportan en forma de líquido, lo que explica una mayor complejidad para su mantención y transporte. Las barreras a la entrada en este mercado son elevadas, lo que desalienta la entrada de potenciales competidores.

Ahora bien, los efectos coordinados derivados de una operación de concentración económica son aquellos que facilitan la colusión entre empresas que operan en el mismo mercado, sea en forma explícita o tácita.

La probabilidad de ocurrencia de las conductas colusivas aumenta cuando se dan ciertas características que facilitan no solo los acuerdos entre competidores, sino también la sostenibilidad de estos. Otro aspecto a considerar es el tamaño relativo de las firmas para evaluar una concentración, es decir si en el mercado existe una empresa con elevada participación de mercado y varias empresas pequeñas, la empresa grande puede asumir el rol de líder que facilite la concertación de precios, donde dicha posibilidad se refuerza por la capacidad de “castigo” que puede ejercer la empresa líder en el mercado.

En el caso de esta operación se presentan varias de estas características: (i) reducción del número de oferentes, pasando de cuatro a tres; (ii) homogeneidad de los productos involucrados; (iii) existe una Cámara que engloba a todos los productores de estos insumos; y (iv) el *joint venture* refuerza una posición dominante que aglomera al 85% de la capacidad de producción del mercado, dejando una franja competitiva de reducidas dimensiones y escasa capacidad de disciplinamiento, siendo el efecto más directo de la conformación del *joint venture* la desaparición de un competidor independiente y el aumento significativo de la concentración tanto en la molienda húmeda de maíz como en la comercialización de sus derivados.

Además, la creación del *joint venture* tiene la potencialidad de permitir la práctica de conductas exclusorias en relación a los competidores de ARCOR en las industrias “aguas abajo”, en términos de cierres de mercado, aumento de costos y aumento de barreras a la entrada, entre otros.

Por los motivos descriptos precedentemente es que esta CNDC concluyó que la operación tiene la potencialidad de restringir o distorsionar la competencia de modo tal que puede resultar en perjuicio del interés económico general, en relación con la molienda húmeda de maíz y la comercialización de sus productos derivados.

En ese entendimiento, la CNDC concluyó que debía aplicarse una medida precautoria del artículo 44 de la LDC, para lo cual se entendió que en el caso se verificaban la “verosimilitud del derecho” y el “peligro en la demora” que deben acreditarse en toda medida cautelar.

Respecto de la verosimilitud en el derecho, debe entenderse, que este término hace referencia a la existencia de argumentos y pruebas cuya consistencia permitan, en una instancia preliminar, ponderar positivamente la existencia de cierto valor de probabilidad acerca de la admisibilidad del derecho invocado. En cuanto al peligro en la demora se identifica, en materia de defensa de la competencia, con la urgencia en evitar o hacer cesar un daño, concreto o potencial a la competencia y/o al interés económico general.

Respecto del fundamento de estas medidas preventivas, es interesante recordar lo que escriben Cabanellas-Serebrinsky:

Se advierte que el fundamento de estas medidas es algo distinto del común de las medidas cautelares. No se requiere la existencia de una lesión, sino del peligro de ella. La lesión relevante es la que afecta al régimen de competencia, o sea que lo relevante es la probabilidad significativa de una violación respecto de tal régimen. Puede tratarse de una lesión ya iniciada o de una probable lesión futura. No se requiere que la magnitud de la posible lesión tenga una dimensión determinada o mínima¹².

La medida precautoria dispuesta consiste en una orden de no innovar a las empresas notificantes por la que, hasta tanto no se resuelvan los conflictos planteados a lo largo del IO, deberán mantener sus negocios por separado, en el estado que se encontraban antes de la notificación de la concentración. Ello con el fin de preservar la inalterabilidad de la situación de las empresas que son parte de la operación de concentración.

Por todo ello, la CNDC emitió el Informe Técnico del 21 de marzo de 2022, por el cual recomendó a comunicar a las partes dicho IO, así como otorgarles un plazo de 15 días para que efectúen las consideraciones que crean oportunas u ofrezcan soluciones que puedan mitigar los potenciales efectos sobre la competencia que surgen del mencionado informe; y convocar a una audiencia especial para considerar las medidas que las partes ofrezcan para mitigar el posible efecto negativo sobre la

competencia que surge de las objeciones de que se trata.

5. EMPRESAS MULTADAS POR FALTA DE NOTIFICACIÓN O NOTIFICACIÓN TARDÍA

En muchas jurisdicciones del mundo las distintas legislaciones prevén, dentro de sus regímenes de defensa de la competencia, la regulación de las obligaciones de notificar operaciones de concentración económica, en caso que las mismas reúnan determinadas características.

En los Estados Unidos, la Federal Trade Commission y el Departamento de Justicia no imponen directamente por sí las multas por notificaciones tardías o por falta de notificación de operaciones de concentración económica, sino que solicitan su imposición en los tribunales federales de ese país. El incumplimiento con la obligación de notificar una concentración impuesta por la *Hart-Scott-Rodino Act* le da derecho aquellas agencias federales a perseguir la imposición de multas civiles de USD 40.000 por día. Así, por solo recordar unas multas recientes vale la pena citar los siguientes casos:

United States v. Canon and Toshiba (10 de junio de 2019). Se obtuvo una multa civil de USD 2.5 millones para cada compañía, por la falta de notificación de la adquisición por Canon de Toshiba Medical Systems.

United States v. VA Partners I, LLC (12 de julio de 2016). El Departamento de Justicia obtuvo una multa civil récord de 11.000.000 de dólares por haber adquirido acciones de dos competidores directos con la intención de participar en sus decisiones estratégicas, sin realizar la notificación de la H-S-R Act.

United States v. Leucadia National Corp (22 de septiembre de 2015). Se obtuvo una multa civil de USD 240.000 por no notificar la adquisición de acciones con derecho a voto en otro broker-dealer.

United States v. Berkshire Hathaway Inc (20 de Agosto de 2014). Se obtuvo una multa civil de USD 896.000 por la falta de notificación de la conversión de obligaciones negociables convertibles en acciones con derecho a voto.

United States v. Biglari Holdings (25 de septiembre de 2012). Se obtuvo una multa civil de USD 850.000 por haber consumado la operación antes

de notificar.

Por su parte, en la Unión Europea, la falta de notificación o notificación tardía de una operación de concentración económica de alcance comunitario, faculta a la Comisión Europea a imponer multas por las mismas.

El Reglamento 139/200 en su artículo 14, apartado 2, dispone:

La Comisión podrá, mediante decisión, imponer multas de hasta un 10% del volumen de negocios total de la empresa afectada, en el sentido del artículo 5, a las personas a que se refiere la letra b) del apartado 1 del artículo 3 o empresas afectadas cuando, de forma deliberada o por negligencia: a) omitan la notificación de una concentración, conforme a lo dispuesto en el artículo 4 o en el apartado 3 del artículo 22, antes de su ejecución, salvo que hayan sido expresamente autorizados a tal efecto con arreglo al apartado 2 del artículo 7 o mediante decisión en virtud del apartado 3 del artículo 7; b) ejecuten una concentración en contravención del artículo 7.

Vale recordar los siguientes tres casos:

Caso M.7993 - ALTICE / PT PORTUGAL: El 24 de abril de 2018 se impuso a Altice 2 multas de Euros 62.250.000 cada una por no notificar una operación y haberla implementado antes de dicha notificación.

Caso M.8179 - CANON / TOSHIBA MEDICAL SYSTEMS CORPORATION: El 27 de junio de 2019 se impuso a Canon 2 multas de 14 millones de Euros cada una, por no haber notificado una operación de concentración económica.

Caso M.7184 – Marine Harvest / Morpol: El 23 de julio de 2014 se impuso a Marine Harvest 2 multas de 10 millones de euros cada una, por no haber notificado una operación de concentración económica.

Una vez que efectuamos este pequeño panorama sobre la imposición de multas en los Estados Unidos y la Unión Europea por notificación tardía o falta de notificación de una operación de concentración económica, pasamos a tratar el tema en la Argentina.

En tal sentido, en el artículo 9 de la LDC se establece una obligación de notificación respecto de las concentraciones económicas allí determinadas. Como explican Cabanellas-Serebrinsky, se trata de una obligación y no de una carga, pues la consecuencia del incumplimiento de

la notificación en los casos en que ésta se exige no es la pérdida de ciertos derechos, sino la imposición de sanciones¹³.

La LD.C establece en su artículo 55 inciso d):

Los que no cumplan con lo dispuesto en los artículos 9, 44, 45 y 55 inciso a) serán pasibles de una multa por una suma diaria de hasta un cero coma uno por ciento (0,1%) del volumen de negocios consolidado a nivel nacional registrado por el grupo económico al que pertenezcan los infractores, durante el último ejercicio económico. En caso de no poder aplicarse el criterio precedente, la multa podrá ser de hasta una suma equivalente a setecientos cincuenta mil (750.000) unidades móviles diarios. Los días serán computados desde el vencimiento de la obligación de notificar los proyectos de concentración económica, desde que se perfecciona la toma de control sin la previa aprobación de la Autoridad Nacional de la Competencia o desde el momento en que se incumple el compromiso o la orden de cese o abstención, según corresponda.

En Argentina, durante el período en análisis se impusieron multas por falta de notificación o por notificación tardía de operaciones de concentración económica en los casos que se listan a continuación.

1) CONC. 1637: En este caso, se verificaba un retraso en la notificación de la operación analizada que ascendía a 8 días hábiles administrativos, y se le impuso a BANCO INDUSTRIAL S.A. una multa por cada día de retraso de \$ 100.000, lo que hace una suma total de \$800.000.

2) CONC. 1457: En este caso, se verificó un retraso en la notificación de las operaciones de concentración analizadas que ascendía para una de ellas a 56 días hábiles administrativas y para la otra a 1 día hábil administrativo, y se le impuso al comprador una multa de \$ 100.000 diarios; aclarándose que el quantum definitivo de días de incumplimiento de la obligación de notificar se realizaría una vez que la parte compradora vuelva a presentar el Formulario F1, pues el procedimiento se tuvo por caduco.

3) CONC. 1752: En este caso, se verificó un retraso de 8 días hábiles administrativos en la notificación de la operación de concentración, y se le impuso a I.B.M. CORPORATION una multa de \$ 1.086.536,41.

4) CONC. 1803: En el marco de la autorización de la operación de concentración económica notificada, consistente en la adquisición, por parte de la firma SHELL ARGENTINA S.A., del 30% de los derechos y

13 Cfr. CABANELLAS-SEREBRINSKY. Op. cit., pág. 164.

obligaciones sobre el permiso de exploración de hidrocarburos en un área de la cuenca offshore argentina, se verificó que existió un retraso de 1 día hábil administrativo en notificar dicha operación, y se le impuso a SHELL ARGENTINA S.A. una multa de \$339.958,85.

5) CONC. 1780: En este caso, se verificó un retraso de 48 días hábiles administrativos en la notificación de la operación de concentración, y se le impuso a WADE S.A. una multa de \$ 1.123.148,08.

6) CONC. 1813: En este caso, se verificó un retraso de 7 días hábiles administrativos en la notificación de la operación de concentración, imponiéndose una multa de \$ 2.545.051,42.

6. CONSIDERACIONES FINALES

La puesta en vigencia de la nueva LDC significó el diseño de un nuevo sistema procedimental para el control de concentraciones, que incluyó, entre otras modificaciones, un régimen de notificación ex – ante y una instancia de evaluación preliminar a la decisión final con la incorporación de los IOs. Si bien el IO es una herramienta pensada para un sistema de notificación previa, también ha demostrado ser un instrumento de gran relevancia para la CNDC en un contexto de transición, en el que aún se encuentra vigente el régimen ex – post. En efecto, la incorporación de los IOs, ha permitido reducir el tiempo entre la notificación de las operaciones y la comunicación a las partes de los problemas identificados y encausar a través de un procedimiento formal, las negociaciones referidas a los remedios.

En efecto, los informes de objeción y los casos en los que se subordinó o condicionó una operación de concentración económica, aumentaron considerablemente en 2021 respecto de los años previos. La CNDC incrementó fuertemente la aplicación de los informes de objeción para las operaciones que tienen problemas de competencia en 2021; más del 300% respecto a 2020 y subordinó tres operaciones, mientras que en los dos años anteriores ninguna había sido condicionada, a pesar que, desde 2018 estaba ya en vigencia el uso procedimental de los IOs. Esto implicó un mayor impacto de la defensa de la competencia en la realidad económica.

A su vez, si bien en los primeros dos años de su implementación, la investigación y publicación correspondiente a los IOs demoraba casi tanto como lo hacía la emisión de una decisión final en los casos de las operaciones que eran aprobados con condicionamientos en el marco de la LDC anterior, se redujeron significativamente los tiempos de realización de

los IOs a partir del año 2020. En efecto, tanto el informe correspondiente a MIRGOR/BRIGHTSTAR como el de ARCOR/INGREDION, notificados en octubre de 2020 y en agosto de 2021, respectivamente, fueron objetados por la CNDC después de ocho meses de investigación.

La implementación de este procedimiento ha resultado ser un paso transicional importante en el camino de la Comisión Nacional hacia el régimen de notificación ex – ante y, al mismo tiempo, ha permitido acompasar los tiempos de investigación y decisión de la CNDC a aquellos de otras agencias de competencia del mundo en las operaciones de dimensión internacional. Desde la CNDC seguiremos trabajando en pos de un control de operaciones de concentración cada vez más veloz y efectivo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABA SECTION OF ANTITRUST LAW. Antitrust compliance: Perspectives and resources for corporate counselors. Second edition. Chicago. American Bar Association Publishing. 2010.
- AMERICAN ANTITRUST INSTITUTE. Comments of the American Antitrust Institute before the United States Department of Agriculture. Competition and the Intellectual Property System: Seeds and Other Agricultural Inputs - Docket No. AMS-AMS-22-0025. Presentado ante dicho Departamento el 17 de mayo de 2022.
- BAKER, J. “Beyond Schumpeter vs. Arrow: how Antitrust fosters innovation”. ANTITRUST LAW JOURNAL vol. 74 (2007); y “Exclusionary Conduct When R&D Investment in New Products is Strategic”. Ponencia ante la Searle Antitrust Economics Conference, disponible en: <https://www.law.northwestern.edu/research-aculty/clbe/events/antitrust/documents/baker_rd_competition.pdf>.
- CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G. y SEREBRINSKY, D.H.. Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia. Vol. 2. 4ta ed.
- CARSTENSEN, P. “The Philadelphia National Bank Presumption: Merger Analysis in a Dynamic Economy”. ANTITRUST LAW JOURNAL vol. 80, 2015.
- CARSTENSEN, P.C. y LANDE, R.H. “The Merger Incipieny Doctrine and the Importance of “Redundant” Competitors”. WISCONSIN LAW REVIEW, vol. 2018.
- DEL RÍO, S. “Desafíos de compliance frente a la nueva Ley de Defensa de la Competencia” en: TREVISÁN, P, DEL RÍO, M. y CHAMATROPULOS, A.D. Comentarios a la ley de defensa de la competencia. Buenos Aires. Thomson Reuters - La Ley, 2018.
- ESTADOS UNIDOS. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. United States v.

Continental Can Co., 378 U.S. 441 (1964).

- ESTADOS UNIDOS. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. United States v. Philadelphia National Bank, 374 U.S. 321 (1963).

- FEDERICO, G., SCOTT MORTON, F. y SHAPIRO, C. "Antitrust and Innovation: Welcoming and Protecting Disruption", en LERNER, J. y STERN, S. (Editores). Innovation Policy and the Economy 20. Londres-Chicago. The University of Chicago Press, 2020.

- GLICK, M. y RUETSCHLIN, C. "Big Tech Acquisitions and the Potential Competition Doctrine: The Case of Facebook". Institute for New Economic Thinking Working Paper No. 104, octubre 2019.

- KWOKA, J. Controlling mergers and market power: A program for reviving Antitrust in America. Boston. Competition Policy International. 2020.

- KOVALESKI, Dave. "Senate bill seeks moratorium on M&A activity in food, agriculture sectors". Financial Regulation News, disponible en: <<https://financialregnews.com/senate-bill-seeks-moratorium-on-ma-activity-in-food-agriculture-sectors/>>.

- WU, T. The curse of bigness: Antitrust in the new Gilded Age. Nueva York. Columbia Global Reports, 2018.

- WU, T. "Taking Innovation Seriously: Antitrust Enforcement If Innovation Mattered Most". ANTITRUST LAW JOURNAL vol. 78, 2012.

DICTÁMENES RELEVANTES SOBRE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS. DICIEMBRE 2019 – JULIO 2022

PARECERES RELEVANTES SOBRE COMPORTAMENTOS ANTICONCORRENCIAIS. DEZEMBRO 2019 – JULHO 2022

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

RESUMEN

Este artículo releva los casos más destacados en materia de conductas anticompetitivas que ha investigado la CNDC durante los últimos dos años. En primer lugar, se repasan las particularidades de las investigaciones que han concluido con la imposición de sanciones en: un caso de conducta unilateral que involucra a una importante compañía cervecera y, un caso de cartel en el que se acreditó la participación del principal productor de harina de trigo de la Argentina. En segundo lugar, se describen los pormenores de las investigaciones que se encuentran aún en curso y en el marco de las cuales la CNDC emitió medidas cautelares previstas en el artículo 44 de la Ley N.º 27.442 de Defensa de la Competencia. Por último, se repasan brevemente las novedades procesales en algunos de los casos más relevantes que tramitan ante la CNDC.

Palabras clave: conductas anticompetitivas – sanciones – medidas cautelares – imputaciones

RESUMO

Este artigo comenta os casos mais importantes de comportamento anticoncorrencial processadas pela CNDC durante os últimos dois anos. No primeiro lugar, analisa as especificidades dos processos que derivaram em penalizações: um caso de prática unilateral com participação de uma importante companhia produtora de cerveja e um caso de cartel no

qual se verificou a participação do maior produtor de farinha de trigo na Argentina. No segundo lugar, se descrevem as principais ações nos processos em curso nos quais a CNDC ditou tutelas provisórias ao abrigo do artigo 44 da Lei Nº 27.442 de defensa da concorrência. Finalmente, as novidades processuais dos casos mais relevantes são brevemente revisadas.

Palavras-chave: comportamento anticoncorrencial - penalidades - injunções - acusações

1. INTRODUCCIÓN

La preocupación de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia argentina (en adelante denominada CNDC) por la existencia de mercados con competencia efectiva, así como la de velar por el interés económico general, se trasunta -y se continuará trasuntando- en los Dictámenes que ella emite ante el descubrimiento de conductas y acuerdos anticompetitivos, así como su condigna sanción con aplicación de multas.

En este sentido, si bien el período considerado estuvo signado, en lo general, por la crisis sanitaria mundial provocada por el virus COVID-19, de todas formas, la CNDC logró incrementar la cantidad de expedientes resueltos de manera significativa. Esto es, logró aplicar sanciones, aplicar medidas preventivas e impulsar imputaciones en casos con la potencialidad de provocar perjuicios para el proceso competitivo argentino y para el interés económico general.

En efecto, los casos relevantes y significativos en cuanto a su resolución, y por ende en cuanto a su impacto en la realidad económica, aumentaron significativamente. Lo más notable de los dos años y medio en análisis, dado lo significativo del resultado, lo constituye la aplicación de dos multas, la implementación de cinco medidas cautelares y la realización de seis imputaciones. Además, las aperturas de sumario más que se duplicaron durante el período.

En el presente artículo describimos algunos de los Dictámenes de la CNDC sobre conductas anticompetitivas más relevantes durante estos últimos años, así como hacemos en cada caso un detalle de los hechos y el Derecho que se aplicó en los mismos. En la primera sección, se consideran las dos sanciones aplicadas: la primera, a la empresa cervecera CMQ y, la segunda, a distintas organizaciones y a una empresa del sector de molienda de trigo. La segunda parte analiza dos medidas cautelares con importante trascendencia en cuanto a su efecto en la realidad económica: aquella impuesta a FACEBOOK/WHATSAPP, por un lado, y a la firma DOW, por el otro. La tercera sección se dedica a comentar brevemente

las imputaciones emitidas durante el período. A modo de conclusión, en la cuarta sección se sintetizan los desafíos que aguardan a la CNDC en relación con la lucha contra los monopolios y los abusos de posición dominante.

2. SANCIONES

2.1. Multa a CERVECERÍA Y MALTERÍA QUILMES (CMQ) y orden de medidas correctivas por Abuso de posición dominante de tipo exclusorio

La administración actual de la CNDC, al igual que muchas otras agencias de competencia de otras jurisdicciones, siempre está vigilante ante posibles actos anticompetitivos verticales cometidos por compañías con posición dominante en un mercado. Estos tipos de actos anticompetitivos se denominan en la literatura como restricciones a la distribución basadas en el poder “aguas arriba” (*distribution restraints based in upstream power*, en su denominación en inglés), y se llaman de esa forma porque operan como restricciones que el vendedor le impone al comprador-distribuidor. En algunos de estos tipos de restricciones, una parte del mercado queda cerrado para los competidores de aquel que las impone¹. Ellas se traducen en posibles efectos negativos para el proceso competitivo, como el cierre de mercados “aguas abajo”, la creación de barreras a la entrada de los mercados, la obstaculización de mercado, entre otros, con el consiguiente posible perjuicio para el interés económico general. Como en varios otros países latinoamericanos, en Argentina varias industrias se encuentran altamente concentradas en unos pocos participantes, que detentan posiciones de dominio. Tal es el caso de la industria de la cerveza en la Argentina, en la que existen muy pocos *players*, y uno concentra el 80 % de la cuota de mercado con su amplia cartera de productos. Ante dicha posición dominante, es de toda lógica que esta CNDC se haya ocupado del tema ante la denuncia de una de las competidoras contra la firma CMQ.

En tal sentido, el 4 de marzo de 2016, las firmas COMPAÑÍA INDUSTRIAL CERVECERA S.A. (CICSA) y COMPAÑÍA CERVECERÍAS UNIDAS ARGENTINA S.A. (CCU) presentaron una denuncia contra ANHEUSER BUSCH INBEV N.V./S.A. y CMQ, por presunta violación a la entonces vigente LDC, la Ley N° 25.156 de Defensa de la Competencia. Se afirmaba en esa denuncia que CMQ cometía abuso de posición de dominio de carácter exclusorio en el mercado argentino de cerveza, que se manifestaría a través de

1 Cfr. SULLIVAN, Lawrence A., GRIMES, Warren S. y SAGERS, Christopher L. The law of antitrust. An integrated handbook. 3er. edición. Saint Paul. 2016. p. 359.

acuerdos de exclusividad, de publicidad, y descuentos o recompensas bajo la condición de ofrecer al público únicamente sus productos. Los denunciantes precisaron que las conductas atribuidas a dichas empresas imposibilitarían a los competidores a publicitar y comercializar en forma libre sus productos, limitando de esta forma la capacidad de elección de los consumidores.

Por su parte, con fecha 8 de septiembre de 2016, la firma OTRO MUNDO presentó ante la CNDC una denuncia contra CMQ por la comisión de un presunto abuso de posición dominante de carácter exclusorio, que tendría lugar desde el año 2005, en todo el país, en violación de los artículos 1, 2 incisos f), g), i) y j) y 3 de la entonces vigente LDC, la Ley N° 25.156. OTRO MUNDO también denunció acuerdos de exclusividad por parte de CMQ en el canal *On Premise*, en todos los locales comerciales donde se venden y comercializan productos cerveceros, como ser restaurantes, discotecas, bares, ferias, patios de comidas de grandes centros comerciales o shopping centers, precisando que la celebración de este tipo de acuerdos exclusivos podía ser verbal o escrita, y que, asimismo, incluían además de cerveza, bebidas sin alcohol y los espacios publicitarios de los puntos de venta.

Cabe indicar que en el mercado argentino de cerveza existen dos grandes actores fabricantes de cerveza industrial que lideran el mercado: CMQ y por detrás, con casi una cuarta parte de la participación de la primera, CICSA y CCU. Dada la posición dominante de CMQ en el mercado “aguas arriba”, las estrategias comerciales tendientes a generar espacios y puntos de venta de comercialización exclusiva derivan en un cierre de mercado para aquellas empresas que no cuentan con la capacidad de replicar las condiciones comerciales que ofrece aquella, elevando de esta manera las barreras a la entrada en el mercado de producción y distribución de cervezas.

En la investigación correspondiente a ambas denuncias, que fueron unificadas en un único expediente, se encuentra acreditado que CMQ abusó de su posición de dominio en el mercado de producción y distribución de cerveza de toda la República Argentina, a través de políticas de fidelización tanto en el canal *On Premise*, con la celebración de acuerdos escritos y/o verbales de publicidad y promoción exclusiva, que en la práctica resultan en la venta exclusiva de cervezas de la imputada; como también en el canal *Off Premise*, con la imposición por parte de CMQ a los puntos de venta de este canal, respecto de la asignación del espacio en góndola y heladeras para sus productos, así como la implementación de varios programas de fidelización con descuentos y bonificaciones retroactivas no replicables por competidores igualmente eficientes.

Esas prácticas tienen un efecto de cierre del mercado, que disminuye la variedad de marcas ofrecidas, dificulta la comercialización de productos nuevos y la competencia, impide o ralentiza el crecimiento de los competidores actuales y el ingreso de nuevos competidores y, preserva de modo artificial la posición dominante de CMQ, resultando perjudicial para el consumidor, para la libre competencia y para el interés económico general.

La CNDC también tuvo en consideración que la sanción de la Ley de Góndolas, Ley N° 27.545, tiene como objetivo evitar las prácticas exclusorias y fomentar la competencia, disminuyendo de alguna manera las barreras a la entrada que afrontan los productores medianos o pequeños. Si bien dicha Ley regula el uso de las góndolas, no lo hace con relación al uso de espacios de frío. De todas formas, da cuenta del interés por mitigar los efectos de la concentración de mercado en la producción sobre los canales de distribución.

Las prácticas investigadas reúnen los elementos necesarios para configurar un cierre del mercado nacional de producción y distribución de cervezas implicando un aumento de los costos a los competidores que desean expandir la oferta. En cada segmento de la cadena de comercialización donde participa la firma encartada, existe una política comercial adaptada para impedir la presencia de competidores o que estos puedan desarrollarse, todo en detrimento de los consumidores.

Cabe precisar que el 30 de enero de 2019, CMQ ofreció un compromiso en los términos de los artículos 36 de la Ley N° 25.156 y 45 de la LDC actual. La CNDC recomendó rechazar el compromiso ofrecido, principalmente porque el instrumento es parcial, no abarca la totalidad de las conductas imputadas, es decir, resulta incompleto y por ende no logra el cometido del instituto, que es sanear los efectos perjudiciales de las prácticas imputadas que dañan la competencia.

En la instrucción se acreditó, respecto al canal *Off Premise*, que la obstrucción de acceso, permanencia o crecimiento de competidores en el mercado, por parte de CMQ, quedó verificada a través de la celebración de acuerdos de góndola y de heladera, en el primer caso, con los supermercados y los autoservicios/almacenes (con góndola) y en el segundo caso, con los kioscos y almacenes (sin góndola, venta al público desde mostrador), en los que esa empresa ofreció descuentos como contraprestación para ampliar el porcentaje de góndola destinado a sus productos y/o venta exclusiva de su portfolio, por encima de su participación de mercado, en detrimento de sus competidores. Además, se encuentra acreditado que los beneficios otorgados a las tiendas fidelizadas por CMQ, no consisten en la mejora de condiciones comerciales trasladables al consumidor final,

toda vez que gravitan, en gran parte, en descuentos para el punto de venta, objetos y premios destinados a los dueños de los comercios, entre otros. Todo eso conlleva un obstáculo para la concurrencia de empresas competidoras, las cuales deben afrontar costos desproporcionados para disponer de espacios de exhibición y no pueden replicar los descuentos, bonificaciones y programas de fidelización en forma rentable, aún con niveles de eficiencia equivalentes a CMQ.

Con relación a los comercios de mayor superficie, la estrategia de CMQ estaba destinada a la menor exhibición de productos de la competencia, mientras que, en los establecimientos de menor superficie, se encontraba orientada a la venta exclusiva.

Una vez realizada la investigación correspondiente, así como luego de haber aceptado las explicaciones de ANHEUSER BUSCH INBEV (controlante de CMQ), la CNDC emitió el Dictamen de fecha 10 de agosto de 2021, en el cual recomendó: rechazar el compromiso ofrecido por la denunciada, en los términos del artículo 45 de la LDC; rechazar el planteo de prescripción; rechazar el planteo de nulidad interpuesto contra la providencia que declara la clausura del período de prueba; imponer a CMQ una multa de \$ 150.000.000 de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1 y 3, incisos b), d) y g) de la Ley N° 27.442, actual LCD, y 46 inciso b) de la anterior LCD, Ley N° 25.156; ordenar a CMQ que cese de llevar adelante las siguientes acciones, a los fines de garantizar la competencia: esto es, no establecer ningún tipo de acuerdo comercial (formal o informal) con los puntos de venta (tanto *On Premise* como *Off Premise*) que tenga por objeto o efecto generar restricciones verticales sobre los canales de comercialización, como por ejemplo: (i) exigir la exclusividad de venta de sus productos; (ii) ofrecer como primera opción sus productos; (iii) eliminar a los competidores de las cartas, menú u otros; (iv) limitar o prohibir la exhibición de los productos de la competencia a través de acuerdos de espacios exclusivos en góndolas o punteras y; (v) en los puntos de venta con espacio limitado para la disposición de una sola heladera, como kioscos y almacenes, exigir el uso exclusivo de estas para refrigerar los productos que distribuye.

Adicionalmente, la CNDC ordenó que CMQ mantenga una estrategia de comercialización de sus marcas de cerveza en forma independiente del resto de las bebidas que distribuye -puesto que posee una cartera de bebidas sin alcohol que incluye gaseosas y aguas-, en donde no podrá establecer descuentos cruzados entre distintos productos, ni sujetar la venta de un producto a la adquisición de otro. Asimismo, la CNDC consignó que los acuerdos de publicidad y promoción exclusiva de sus marcas de cerveza -a través de la entrega de mobiliario, marquesina u otros- cumplan las siguientes condiciones: (i) duración máxima de tres

años; (ii) cláusulas precisas de rescisión anticipada luego del primer año; (iii) sin renovación automática; (iv) sin cláusulas que prohíban la venta de productos de la competencia, ni establezcan un orden de preferencia en la oferta de productos; y (iv) permitir la inclusión de los productos de los competidores en las cartas o menú. La CNDC también recomendó que se ordene que CMQ haga saber de forma fehaciente a todos los puntos de venta con los que tiene acuerdos formales o informales de las nuevas condiciones de comercialización.

2.2. Multa a FAIM, CIM, APYMIMRA y MOLINO CAÑUELAS por cartelización en la venta mayorista de harina de trigo.

En Argentina, como en muchas jurisdicciones, las concertaciones o acuerdos horizontales entre competidores para fijar precios son las conductas consideradas más graves para el sistema competitivo, las que más daño ocasionan, y suelen ser objeto de la mayor preocupación por parte de las autoridades de competencia. Tal como mencionamos anteriormente, en Estados Unidos, por ejemplo, no sólo se persiguen civilmente, sino que la División Antitrust del Departamento de Justicia las persigue criminalmente, y aquellos que son encontrados culpables de haber conspirado para fijar precios se les imponen penas de prisión efectiva y altas multas. Así lo ha sostenido la Corte Suprema estadounidense en muchos de sus fallos. En efecto, ha señalado que “la protección de la competencia en los precios respecto a conspiraciones restrictivas de ellos es una preocupación especial bajo las leyes antimonopólicas”². También ha indicado que las restricciones a una competencia libre y abierta en los precios posee una “amenaza actual o potencial al sistema nervioso de la economía”³. Dicho tribunal ha sostenido desde *United States v. Trenton Potteries Co.*, que los acuerdos directos entre competidores para fijar precios son ilegales per se, sin interesar si la fijación de precios fue razonable⁴. En el mencionado caso sentenció que “el objetivo y resultado de cada acuerdo de fijación de precios, si es efectivo, es la eliminación de una forma de competencia. El poder de fijar precios, sea razonablemente ejercido o no, implica el poder de controlar el mercado y fijar arbitrariamente precios irrazonables. Los precios fijados razonablemente hoy pueden convertirse, a través de cambios económicos y en los negocios, en los precios irrazonables de mañana. Una vez establecidos, serán mantenidos sin cambios ante la ausencia de competencia asegurada por el acuerdo de fijación de precios.

2 Cfr. *United States v. Gen. Motors Corp.*, 384 U.S. 127 (1966).

3 Cfr. *United States v. Socony-Vacuum Oil Co.*, 310 U.S. 150 (1940).

4 Cfr. *United States v. Trenton Potteries Co.*, 273 U.S. 392 (1927).

Acuerdos que crean ese poder potencial bien pueden ser declarados como irrazonables en sí mismos o como restricciones ilegales, sin la necesidad de un análisis particular sobre si es razonable o irrazonable fijarlo...”⁵.

En este sentido, a través de una denuncia, la CNDC tomó conocimiento de que ciertas entidades molineras y una empresa acordaron fijar los precios del trigo y de la harina de trigo, así como que llevaron a cabo acciones con fines sancionatorios contra aquellos molinos que incumplieron con el acuerdo de precios o se demoraron en la entrega de la información sobre aquellos.

En este caso, el perjuicio a los consumidores y al interés económico general se produce no sólo en el mercado de harina de trigo, sino también en todos los mercados “aguas abajo” que utilizan aquel producto como insumo.

Con relación a este tema, la CNDC emitió el Dictamen de fecha 18 de marzo de 2022, en el cual recomendó a la SCI entre otras cosas, rechazar los compromisos ofrecidos por la firma MOLINO CAÑUELAS, la FEDERACIÓN ARGENTINA DE LA INDUSTRIA MOLINERA (FAIM), y la CÁMARA DE INDUSTRIALES MOLINEROS (CIM), y declararlos responsables a ellos y a la ASOCIACIÓN DE PEQUEÑAS Y MEDIANAS INDUSTRIAS MOLINERAS DE LA REPÚBLICA ARGENTINA (APYMIMRA), por ejecutar una práctica horizontal concertada de fijación de precios mínimos e intercambio de información sensible en el mercado de la molienda de trigo y la comercialización de harina de trigo en todo el territorio nacional, con afectación al interés económico general, por violación del artículo 1 de la LDC, e incisos a) del artículo 2 y a) del artículo 3 de dicha norma.

Adicionalmente, la CNDC recomendó imponer a MOLINO CAÑUELAS una multa de \$ 150.000.000; a la FAI una multa de \$ 150.000.000; a la CIM una multa de \$ 93.974.602; y a la APYMIMRA una multa de \$ 51.131.995. También se recomendó ordenar a los sujetos imputados que cesen y se abstengan de realizar acuerdos de fijación de precios e intercambiar información sensible, como así también que se ordene la publicación de la “Guía sobre Defensa de la Competencia para Asociaciones y Cámaras Empresariales y Colegios y Asociaciones Profesionales” publicada en el sitio web de la CNDC, así como también que comuniquen la medida dentro de los 3 días de notificada, a todos sus miembros en forma fehaciente.

En la relación de hechos se describió la presunta existencia de un acuerdo

5 Cfr. fallo cit. nota anterior, pp. 397-398. Cfr. también AMERICAN BAR ASSOCIATION SECTION OF ANTITRUST LAW, *Antitrust law developments*, vol. I, Chicago, ABA Publishing, 2017, pp. 86 y 87.

suscripto por la todas las denunciadas para fijar precios e intercambiar información, lo cual infringiría lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley N° 27.442 específicamente los incisos a) del artículo 2 y a) del artículo 3 de dicho plexo normativo. Siendo que las explicaciones de aquellas resultaron insuficientes y ambiguas, la CNDC, mediante Disposición N° 25 de fecha 3 de diciembre de 2018, ordenó la apertura de sumario. Asimismo, por Disposición N° 72 de fecha 12 de julio de 2021, ordenó dar por concluida la instrucción sumarial en autos e imputó a las entidades molineras denunciadas y a la firma MOLINO CAÑUELAS por conductas anticompetitivas consistentes en una práctica horizontal concertada de fijación de precios mínimos e intercambio de información sensible, en el mercado de molienda de trigo y de la comercialización de harina de trigo, confiriendo el traslado previsto en el artículo 41 de la LDC.

Las conductas anticompetitivas imputadas tuvieron lugar en todo el territorio nacional en el período comprendido, desde el mes de octubre de 2014 hasta, al menos, el mes de abril de 2017.

Respecto a los compromisos ofrecidos por las denunciadas, el artículo 45 de la LDC establece que “[h]asta el dictado de la resolución del artículo 43 el presunto responsable podrá comprometerse al cese inmediato o gradual de los hechos investigados o a la modificación de aspectos relacionados con ello. El compromiso estará sujeto a la aprobación del Tribunal de Defensa de la Competencia a los efectos de producir la suspensión del procedimiento. Transcurridos tres (3) años del cumplimiento del compromiso del presente artículo, sin reincidencia, se archivarán las actuaciones”. En este sentido, la CNDC consideró que el instituto previsto en los mentados artículos no debe ser concedido en forma automática, sino que debe quedar reservado para aquellos casos que tornan aconsejable hacer uso de esta útil herramienta que proporciona la ley. También consideró que para aceptar un compromiso debe tomarse como parámetro su contenido y la forma en que se propone mitigar o hacer desaparecer los efectos de la conducta investigada. La CNDC analizó los compromisos ofrecidos por la FAIM, por la CIM y por MOLINO CAÑUELAS y entendió que no eliminan los daños generados al interés económico general, por lo que no debían ser aceptados.

En cuanto al mercado de producto que resultaba afectado por el ACUERDO GENERAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA EN EL SECTOR MOLINERO (en adelante el “Acuerdo”) la CNDC determinó que es el de la harina de trigo de cualquier grado de refinamiento y el afrechillo, en polvo y pelleteado, en todo el territorio nacional

En cuanto a la configuración del acuerdo anticompetitivo, corresponde señalar que la FAIM concentra a los molinos más importantes del país

(algunos de ellos no integran la CIM), por lo que un acuerdo sin la presencia de ellos difícilmente podría ser organizado y ejecutado. Un acuerdo de las características del caso requiere de un coordinador con peso suficiente en el mercado que brinde cierta estabilidad, que en este caso resultó ser MOLINO CAÑUELAS.

Del análisis de las pruebas obrantes en el expediente es posible afirmar que la idea, diseño, implementación y monitoreo del Acuerdo fue concertada entre la FAIM, la CIM, la APYMIMRA y MOLINO CAÑUELAS, quien ocupó un rol fundamental en su implementación por la mayor participación de mercado que posee en términos relativos con respecto al resto de los integrantes del acuerdo, configurando así una práctica colusiva horizontal entre las referidas entidades molineras. Dicha práctica colusiva se llevó a cabo para la fijación de precios mínimos de venta e intercambio de información sensible, dirigido a limitar la competencia entre las empresas molineras en el mercado de la molienda de trigo y la comercialización de harina de trigo en todo el territorio nacional.

El Acuerdo fue presentado el día 13 de agosto de 2015 en el Hotel Sheraton, en el marco del Plenario del Sector Industrial Molinero. Esta CNDC luego del análisis hecho en la investigación, concluyó que el Acuerdo: (i) fue ideado, diseñado, implementado y monitoreado por las entidades molineras, FAIM, CIM y APYMIMRA, y la empresa MOLINO CAÑUELAS; (ii) fue suscripto al menos por 107 empresas molineras el día 13 de agosto de 2015 en el mencionado hotel; (iii) contó con un sistema de auditorías con el objetivo de monitorear su cumplimiento; (iv) estableció un sistema de sanciones por incumplimiento; y (v) el costo de referencia previsto fue calculado a pedido de la FAIM, mediante la suscripción de un convenio con una institución universitaria.

De la investigación, surge que MOLINO CAÑUELAS, desde los inicios del Acuerdo hasta su supuesta finalización, fue la firma con mayor participación en el mercado, razón por la cual cualquier aumento de los precios de manera artificial repercute directamente en sus beneficios. Adicionalmente, un aumento de los precios de forma uniforme y sostenido le permite a dicha firma, por ser la empresa más importante del sector y la escala que posee, obtener rentas supra competitivas, incluso por encima de aquellos competidores que por tener menos escala son menos eficientes. La cantidad de votos de la firma MOLINO CAÑUELAS en la FAIM también resultó crucial para que el resto del mercado adhiera al pacto, así como también, ser el asociado de mayor relevancia, a pesar de ostentar un sólo voto, de la CIM.

Para establecer el *quantum* de la sanción a los responsables, entre otras cosas, la CNDC tuvo en cuenta que la determinación del beneficio

ilícitamente obtenido por los molinos a través de las conductas anticompetitivas imputadas considera el monto total transferido por los consumidores a las mencionadas empresas como consecuencia de las prácticas anticompetitivas de que se trata. En tal sentido, se entendió que los ingresos adicionales que han obtenido los molinos infractores como consecuencia de las conductas anticompetitivas en las que han incurrido, constituye el beneficio ilícitamente obtenido.

Esta CNDC precisó, respecto del perjuicio al interés económico general, que el mismo puede descomponerse en dos partes. Una parte está constituida por el bienestar económico del que se privan aquellos consumidores que desisten de adquirir el producto a raíz de la alteración en el precio provocado por las conductas anticompetitivas. La segunda, se encuentra constituida por el monto transferido por los consumidores que no desisten de adquirir el producto a pesar de la alteración en los precios en relación con la situación en ausencia de la conducta. Esta porción del perjuicio al interés económico general constituye el beneficio ilícitamente obtenido, en los términos del artículo 46 de la Ley 25.156. La concepción subyacente en la normativa internacional y nacional es que la multa debe privar al infractor de los beneficios ilícitamente obtenidos e incluso resultar superior para que funcione como un disuasivo para infracciones similares. Si la multa resultase inferior al beneficio ilícito obtenido le resultaría económicamente ventajoso al infractor incurrir en el ilícito y pagar la multa ya que podría quedarse con la diferencia. Sin embargo, tanto en la jurisprudencia como en doctrina local e internacional, se encuentra ampliamente reconocida la dificultad práctica de estimar con suficiente precisión los beneficios y perjuicios antes mencionados.

Finalmente, corresponde señalar que el perjuicio a los consumidores y al interés económico general, en este caso, se produce no sólo en el mercado de harina de trigo, sino también en todos los mercados “aguas abajo” que utilizan aquel producto como insumo. En tal sentido, los consumidores finales verían asimismo afectada su capacidad de adquisición de harina, premezclas, panificados, galletitas y pastas, toda vez que deban pagar precios más elevados por aquellos.

3. MEDIDAS CAUTELARES

Las medidas cautelares son remedios procesales tendientes a asegurar la eficacia práctica de una decisión final sobre un determinado caso o asunto. Su finalidad es impedir que el derecho cuyo reconocimiento o actuación se pretenda obtener, pierda su virtualidad o eficacia durante el tiempo que trascurra entre la iniciación de un proceso y la decisión final que se adopte.

Dichas medidas revisten especial utilidad en el ámbito específico de la defensa de la competencia, dado que permiten resolver situaciones que necesiten una pronta o urgente intervención. Con ellas, se busca corregir distorsiones en los mercados o evitar la producción de un daño o su agravamiento ante el inminente peligro de que la afectación ya no pueda remediarse con posterioridad o bien, la decisión final a adoptarse se torne abstracta.

La función de la autoridad de competencia no se materializa únicamente sancionando disuasivamente las conductas anticompetitivas, sino también evitando o disminuyendo anticipadamente los daños, su agravamiento y la continuidad que dichas prácticas puedan provocar al interés económico general, bien jurídico tutelado por la LDC.

Es por ello que, las normas de orden público, como la LDC, regulan específicamente estas herramientas para prevenir situaciones lesivas y anticipar posibles daños. Tal como resulta de la jurisprudencia de la CNDC, para la emisión de estas medidas no es exigible disponer de pruebas indubitables demostrativas del riesgo cierto de consecuencias dañosas, sino que, en principio, bastará con la mera existencia de una duda razonable respecto del acaecimiento de un posible daño.

Durante el período analizado, la CNDC hizo uso de este instrumento en cinco oportunidades. A continuación, se analizan dos de estos casos.

3.1. Medida cautelar contra FACEBOOK para evitar que WHATSAPP acceda a información privada de los usuarios y no modifique las condiciones de servicio para estos, hasta tanto se investiguen los efectos de la conducta.

La CNDC no permanece ajena a la creciente preocupación que en los organismos de aplicación de las leyes de defensa de la competencia del mundo vienen despertando las conductas de las grandes compañías del entorno digital. Así, hay un relativo consenso internacional respecto a que dichas empresas deben ser objeto de un mayor escrutinio antimonopólico, vigilancia que no fue tan estricta durante las dos décadas pasadas en los Estados Unidos, y que en Europa se ha ido incrementando en los últimos años, con la imposición de grandes multas a algunas de ellas por la comisión de conductas en abuso de posición dominante⁶. También, recientemente, se han despertado preocupaciones por las fusiones y adquisiciones de empresas digitales. En especial por las denominadas

⁶ Sobre este tema, la literatura es vasta. Consultar, por ej., Lina KHAN, “Amazon’s Antitrust Paradox”, en *YALE LAW JOURNAL* 126 (2017), pp. 710 y ss.

“killing acquisitions”, es decir, la adquisición por parte de las principales compañías de estos mercados de las llamadas “nascent competitors” -compañías start ups que desarrollan un producto o servicio altamente innovador que representan una amenaza competitiva, con capacidad para desplazar a las incumbentes del mercado-, que suponen una afectación a la innovación⁷.

También, en los últimos años se ha comenzado a estudiar por la doctrina del derecho antimonopólico la especificidad que los mercados digitales tienen en cuanto a que los consumidores pueden adquirir sus bienes o servicios en forma gratuita, es decir sin tener que abonar suma dineraria alguna. No obstante, esta supuesta gratuidad no es tal. Como se viene estudiando en la literatura especializada, las compañías digitales se mueven en los denominados mercados de precio cero, pero si bien no exigen dinero por sus servicios, lo que sí piden de los consumidores como contraprestación son sus datos o su atención, los cuales son luego comercializados a terceras empresas, monetizando dicha información⁸.

En el marco de la vigilancia preventiva de los posibles actos anticompetitivos que puedan cometer las empresas digitales, la CNDC, cumpliendo directivas de la SCI, llevó adelante una investigación sobre las empresas FACEBOOK⁹ y WHATSAPP, relacionada con el cambio de sus políticas de privacidad, tema que concitó la atención de muchos organismos *antitrust* en el mundo. De esos antecedentes internacionales surgió con claridad la importancia de prevenir que el usuario se vea en la disyuntiva de aceptar las Condiciones de Servicio impuestas por WhatsApp o sufrir la degradación de las funcionalidades y posterior bloqueo de la aplicación, con la pérdida de los contactos, mensajes y mucha otra información valiosa de propiedad de los usuarios que eso conlleva.

Por ese motivo, la CNDC recomendó a la SCI, y ésta hizo suya dicha recomendación, dictar una medida preventiva contra FACEBOOK INC.,

7 La literatura sobre los efectos anticompetitivos de la adquisición de una “nascent competitor” por la empresa incumbente ya instalada en el mercado es creciente. Consultar, por ej., C. SCOTT HEMPHILL y TIM WU, “Nascent competitors”, en *UNIVERSITY OF PENNSYLVANIA LAW REVIEW* vol. 168 (2020), pp. 1 y ss.

8 En cuanto a la gratuidad en los mercados de la atención, cfr., por ej., John NEWMAN, “Regulating attention markets”, University of Miami Legal Studies Research Paper 22 de julio de 2020, en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3423487, pág. 1; cfr. también Tim WU, “Blind spot: the attention economy and the law”, en *ANTITRUST LAW JOURNAL*, vol. 82 (2019) pp. 771. En cuanto a la gratuidad y la utilización como contraprestación de los datos personales, cfr., por ej., Maurice STUCKE, “Should we be concerned about dataopolies?”, en *GEORGETOWN LAW TECHNOLOGY REVIEW* vol. 2.2. (2018), pp. 275 y ss.

9 La firma Facebook también viene siendo objeto de estudio por la doctrina antimonopólica. Consultar, por ej., Mark GLICK y Catherine RUETSCHLIN, “Big Tech Acquisitions and the Potential Competition Doctrine: The Case of Facebook”, Institute for New Economic Thinking Working Paper 104, octubre 2019.

WHATSAPP y otras empresas relacionadas, en virtud de lo que dispone el artículo 44 de la LDC:

En cualquier estado del procedimiento, el Tribunal de Defensa de la Competencia podrá imponer el cumplimiento de condiciones que establezca u ordenar el cese o la abstención de las conductas previstas en los capítulos I y II, a los fines de evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud, su continuación o agravamiento. Cuando se pudiere causar una grave lesión al régimen de competencia podrá ordenar las medidas que según las circunstancias fueren más aptas para prevenir dicha lesión, y en su caso la remoción de sus efectos (...).

Dicha medida tiene bajo el régimen de la competencia argentino carácter tutelar anticipatorio y le confiere a la autoridad la potestad de ordenar aquello que sea más apto para evitar o disminuir una lesión al régimen de defensa de la competencia.

Por ello, considerando la posición de la firma FACEBOOK y sus controladas, así como los antecedentes internacionales de investigaciones por abuso de posición dominante y la inminente entrada en vigencia de las nuevas condiciones de servicio y política de privacidad de WHATSAPP en la Argentina, la CNDC entendió que resultaba procedente el dictado de una medida de tutela anticipada por la cual se prohíba a FACEBOOK y a sus compañías relacionadas modificar las Condiciones de Servicio y su Política de Privacidad por 180 días o hasta que se termine la investigación, lo que ocurra primero.

La medida cautelar se dictó el 14 de mayo de 2021 por lo que se ordenó a la filial argentina de FACEBOOK que se abstenga de implementar y/o suspenda la actualización de las condiciones de servicio y política de privacidad de la aplicación WhatsApp en la Argentina, por 180 días o hasta la finalización de la investigación, lo que suceda primero y se abstenga de intercambiar datos en el sentido establecido en la actualización antes mencionada, incluso en los casos en los que los usuarios de WhatsApp hubieran aceptado dicha actualización.

La CNDC dictaminó en tal sentido, pues de verificarse el intercambio de información de los usuarios establecida para el día 15 de mayo del 2021, se estaría conformando una base de datos de usuarios con un nivel de detalle no replicable por otras empresas, dando lugar a potenciales conductas exclusorias y explotativas.

En los mercados de plataformas digitales, la recopilación y el intercambio de datos no razonables puede otorgar una ventaja competitiva a los actores dominantes y resultar en efectos de explotación de usuarios y

exclusión de competidores, derivando en prácticas con potencialidad de afectar el interés económico general, en los términos del artículo 1 de la LDC.

En tal sentido, la CNDC entendió que podría verosímilmente verificarse una explotación de los usuarios de las plataformas de FACEBOOK y sus controladas, particularmente en referencia a la obtención y/o tratamiento de sus datos, mediante las aplicaciones de Facebook, Instagram y WhatsApp; y a través de la creación y/o distribución de interfaces o complementos tecnológicos a terceras empresas por intermedio de los botones “Me gusta”, “Compartir”, como también de la interfaz de programación de aplicaciones.

Así, se considera explotativa: (i) la irrazonable y excesiva recopilación de información de los usuarios de estas plataformas; (ii) la ausencia de opciones reales para los usuarios de estas plataformas para limitar el tratamiento de su información por fuera de la plataforma en la que fue requerida u obtenida; y (iii) la subordinación de la prestación del servicio de mensajería de WhatsApp a la aceptación de la actualización de las condiciones de servicio y política de privacidad de la compañía.

En todos estos casos, la CNDC ha tenido en cuenta que la supuesta gratuidad de los servicios ofrecidos por la firma FACEBOOK y sus empresas relacionadas en realidad no existe, en la medida que el activo esencial que representa la información de los usuarios de las plataformas se traduce en términos monetarios. De ahí, la posibilidad de medir el parámetro de explotación de usuarios que entregan más información que la estrictamente necesaria, como fue mencionado *ut supra*, en referencia a los mercados de precio cero.

Además, podría verificarse la exclusión de competidores de FACEBOOK y sus empresas relacionadas, en virtud de un abuso por el tratamiento, entrecruzamiento y consolidación de la información obtenida de los usuarios de todas sus plataformas, práctica que proporcionaría al grupo FACEBOOK una ventaja competitiva difícilmente reproducible por sus competidores en el mercado de publicidad online. El poder de mercado de FACEBOOK y sus relacionadas y controladas en el mercado de publicidad online, se vería exacerbado a partir de las modificaciones de las condiciones de servicio y política de privacidad de la aplicación WhatsApp, pues ello le permitiría el tratamiento de una nueva categoría de datos en el marco de dicha plataforma, lo cual contribuye a generar barreras para el acceso de nuevos competidores. De verificarse el intercambio de información de los usuarios establecida para el día 15 de mayo del corriente año, se estaría conformando una base de datos de usuarios con un nivel de detalle no replicable por otras empresas, dando

lugar a potenciales conductas exclusorias y explotativas.

La CNDC también tuvo en cuenta que, en la mayoría de los países, WhatsApp y/o Facebook son las únicas aplicaciones patrocinadas con “zero rating”, calificación que implica que el usuario puede navegar en ellas sin consumir datos.

Por los fundamentos reseñados precedentemente, la CNDC entendió que el usuario vería comprometida su libertad de elección a la hora de aceptar o rechazar las nuevas Condiciones de Servicio de WhatsApp; por lo tanto, sea que el usuario acepte las condiciones o se avenga al bloqueo de la aplicación, con la pérdida de sus datos, se advierte la irreversibilidad de los efectos de la conducta de la firma. Por tales motivos, la SCI dictó la Resolución comentada.

3.2. Medida cautelar que ordenó a la firma DOW QUÍMICA ARGENTINA (DOW) no innovar, no alterar ni modificar los activos productivos que posee en su planta de Puerto General San Martín, salvo que la acción llevada adelante tenga como fundamento el mantenimiento, reparación o mejora de estos.

Corren vientos de cambio en el mundo entero respecto a cuáles son los fines del derecho antimonopólico¹⁰. Como se sabe, hasta hace relativamente poco tiempo, la ortodoxia estadounidense y europea había hecho suyas las conclusiones de la denominada Escuela de Chicago, basada principalmente en la famosa obra de Robert Bork, *The antitrust paradox*¹¹. Esta escuela sostiene que cuando se debe aplicar el derecho de defensa de la competencia, se deben usar criterios de eficiencia económica. Como también se sabe, esta Escuela basa esa conclusión en sostener que la Ley Sherman prohíbe los monopolios y las restricciones al comercio porque tiene como fin la maximización del bienestar de los consumidores. A su vez, esa maximización se consigue a través de la eficiencia en la asignación de recursos entre las diversas actividades, así como en la aplicación de esos recursos en cada actividad. Según esta Escuela, el único fin que debe tener el derecho antimonopólico es el de maximizar el bienestar del consumidor, no debiendo tenerse en cuenta otros tipos de fines que

¹⁰ La literatura sobre este tópico es vastísima. Cfr., por ejemplo, un temprano artículo de Herbert HOVENKAMP, “Antitrust Policy after Chicago”, en *MICHIGAN LAW REVIEW*, vol. 84, Nov. 1984, p. 213 y ss. Para artículos más actuales, cfr., por ej., Lina KHAN y Sandeep VAHEESAN, “Market Power and Inequality: The Antitrust Counterrevolution and Its Discontents”, en *HARVARD LAW & POLICY REVIEW* vol. 11 (2017), pp. 235 y ss.

¹¹ Cfr. Robert BORK, *The antitrust paradox. A policy at war with itself*, Nueva York, 1978.

sean distintos. Ahora bien, en los últimos años han surgido varias voces, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, que han puesto en crisis lo sostenido por la Escuela de Chicago, y han logrado que se comience a tener en cuenta otros fines adicionales del derecho antimonopólico, y no sólo el criterio de maximización de la eficiencia. Esta administración también participa de estos nuevos vientos de cambio sobre ese tema, lo que la ha llevado a considerar el concepto de interés económico general en una forma más amplia de la entendida hasta el momento.

Una de las oportunidades que esta CNDC tuvo para dejar sentado su criterio al respecto, fue en el Dictamen que se emitió en el marco de una investigación originada de oficio, a partir de la declaración de la empresa DOW de abandonar el país y cerrar su planta productiva de Puerto General San Martín, Departamento de San Lorenzo, Provincia de Santa Fe. En efecto, la CNDC tomó conocimiento por un comunicado público de DOW de fecha 9 de agosto de 2021, de que dicha empresa, motivada en una reestructuración de sus actividades a nivel global, había decidido cerrar y poner fin a las operaciones de dicha planta. Así, se comunicaba públicamente que la fábrica permanecería en funcionamiento hasta mayo de 2022, y el cierre completo y el desarmado se llevarían a cabo a finales del mismo año. Con posterioridad a estas declaraciones y a la apertura de la investigación de oficio por parte de la CNDC, el SINDICATO DE OBREROS Y EMPLEADOS PETROQUÍMICOS UNIDOS realizó una presentación ante esta Comisión Nacional denunciando a DOW por presunto abuso de posición dominante en el mercado de fabricación de polioles, la cual se unificó con el expediente de conductas ya originado.

En el Dictamen en cuestión, la CNDC decía que, el concepto de interés económico general no tiene un contenido único e invariable y que mejores condiciones de trabajo, un medioambiente más sano, un mejor nivel educativo, un menor desempleo, una mejor distribución del ingreso, son elementos que coadyuvan al bienestar de la población y a su interés económico. Entre los elementos que pueden constituir el interés económico general, además del bienestar de los consumidores, cabe mencionar la productividad, el nivel técnico, la distribución geográfica de la producción nacional, el comercio internacional y el empleo, entre otros¹².

Además del referido Dictamen, la CNDC emitió una orden cautelar contra la empresa DOW, en la que se le ordenó no innovar, no alterar ni modificar los activos productivos que posee en su planta de Puerto General San Martín, hasta tanto se resuelva la cuestión de fondo de la investigación en marcha.

¹² Cfr. el amplio desarrollo de varios de los elementos que pueden constituir el interés económico general en Guillermo CABANELLAS y Diego H. SEREBRINSKY, *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, vol. 1, Buenos Aires, Heliasta, 3ra. edición, pp. 251 a 272.

En la mencionada fábrica de Puerto San Martín se elaboran principalmente polioxi propilenglicoles. Dicha planta es la única que produce dicho insumo y éteres glicólicos en el país, siendo estos productos petroquímicos, insumos de uso difundido, los cuales son demandados por la industria automotriz local y por fábricas de colchones y de electrodomésticos. Además, en esa misma planta, DOW produce diversos éteres glicólicos cuya materia prima es el óxido de propileno y el metanol. Los éteres glicólicos son utilizados en nuestro país como insumo básico en la producción de revestimientos, tintas, diluyentes, y curtiembres, entre otros. Cabe destacar que, la planta en cuestión tiene la capacidad de abastecer casi el 100 % del consumo aparente nacional, de lo cual se desprende la relevancia de dicho activo, en tanto que DOW, cuenta con preponderancia en la producción y abastecimiento de Polioxi Propilenglicoles, no sólo en la Argentina, sino también en el ámbito del Mercado Común del Sur (MERCOSUR).

De lo descripto, surge que la interrupción de las actividades de la unidad productiva de San Lorenzo podría constituir una restricción de la oferta en comparación con un escenario en que las instalaciones en cuestión fueran adquiridas por otra firma competidora, garantizando el abastecimiento del insumo elaborado en el país en condiciones de mayor competencia de las que surgirían de un cierre de la planta. Desde el punto de vista del acervo productivo nacional, el desmantelamiento de una planta en operaciones redundaría en una disminución de las capacidades de producción del país, en la pérdida de fuentes de trabajo e impactaría negativamente en el balance de divisas sectorial.

Este tipo de conductas se encuentra analizada en la doctrina argentina. Al respecto, Cabanellas sostiene que se deben evitar las acciones que detraigan ciertos productos o medios de producción de la oferta de forma definitiva. La misma solución cabe adoptar cuando se detiene el funcionamiento de actividades productivas. A su vez, la destrucción de productos puede tener lugar a través de su abandono, como, por ejemplo, los casos en los que se abandonan ciertos procesos industriales, particularmente en industrias químicas y siderúrgicas, con resultados que no solo afectan el desenvolvimiento de la producción en curso, sino también el funcionamiento de las instalaciones durante un período considerable. La figura analizada, según el autor, aplica a la destrucción de medios de producción. Esta destrucción restringe la capacidad de oferta de las empresas cuyos medios se eliminan. En cuanto al requisito común de perjuicio al interés económico general, será marcadamente improbable que este no se configure en los casos analizados pues ningún beneficio puede derivar para la comunidad de la destrucción de activos productivos que permita compensar el daño económico que esa conducta

acarrea de forma directa o evidente¹³.

Por ello, entre otros fundamentos que se dan en el Dictamen, esta Comisión Nacional entendió que, si DOW eliminara los activos necesarios para producir los insumos de que se trata, reforzando su poder de mercado proveniente de su planta de Brasil, la afectación al interés económico general sería irremediable, motivos por los cuales aconsejó a la SCI que dicte la medida de no innovar respectiva, cosa que ésta hizo mediante la resolución que comentamos.

4. IMPUTACIONES

Las imputaciones son resoluciones intermedias que se pueden emitir en el marco de una investigación por una conducta anticompetitiva, en caso de encontrarse evidencia suficiente que constate la ejecución de dicha conducta. Si bien constituye un acto de importancia del proceso estas no revisten carácter de resolución final, en tanto, dicho pronunciamiento puede derivar en una sanción para los actores involucrados, un compromiso o, con menor frecuencia, en el archivo del expediente.

A lo largo de estos últimos años, en el proceso de investigación de conductas anticompetitivas, la CNDC ha logrado emitir cinco imputaciones, en los casos que se detallan a continuación.

1) Fueron imputadas las empresas ALLIANCE S.A.S., GRISÚ S.A. y POWERLINK S.R.L. por la cartelización en la oferta de boliches nocturnos en fiestas de egresados en la ciudad de San Carlos de Bariloche, provincia de Río Negro.

2) Fueron imputadas las empresas LINDE GAS ARGENTINA S.A., PRAXAIR ARGENTINA S.R.L., INDURA ARGENTINA S.A. Y AIR LIQUIDE ARGENTINA S.A. por la cartelización en la licitación de precios de oxígeno líquido en hospitales de la provincia de Buenos Aires.

3) Fueron imputadas las empresas MOLINOS RÍO DE LA PLATA S.A. Y MOLINO CAÑUELAS S.A.C.I.F.I.A. por un acuerdo de no competencia en los mercados de harina de trigo familiar y pastas secas.

4) Fueron imputadas las empresas ARTE RADIOTELEVISIVA ARGENTINA S.A. Y TELECOM ARGENTINA S.A. por la negativa de venta de las señales

13 Cfr. apartados 86 y 87 del Dictamen de la CNDC en este caso, y citas bibliográficas allí indicadas.

canal 13 y TN a un competidor “aguas abajo”.

5) Fueron imputadas Cooperativa de Electricidad y Aguas Corrientes de General Levalle Limitada por imponer precios predatorios en televisión paga y acceso a internet residencial.

La investigación de los casos mencionados se encuentra aún en curso.

5. CONSIDERACIONES FINALES

La CNDC trabajó durante los últimos años con el propósito de continuar salvaguardando el interés económico general. El gran desafío fue afrontar la crisis sanitaria provocada por el virus COVID-19, con las consecuentes dificultades que ello generó en el desarrollo de las tareas y labores propias de la CNDC, particularmente durante 2020, teniendo en especial consideración que los plazos administrativos recién se reanudaron a partir del 26 de octubre de 2020. Sin embargo, ya comenzado el año 2021 se recobraron algunos parámetros normales de funcionamiento, respecto de los cuales se apunta a seguir avanzado día a día.

Con relación a los procedimientos para la investigación y análisis de las conductas anticompetitivas, los sectores en los que se condujeron más investigaciones fueron el de telecomunicaciones con un 24%, seguida de la industria manufacturera con un 19% y el área de actividades de atención de la salud humana y de asistencia social con un 17%. También se destacó el área comercial con un 14% y el sector de transporte y almacenamiento con un 13%. Las áreas que más se trabajaron fueron de la mano con las políticas de Estado de promover el buen desarrollo de dichos mercados. Particularmente aquellos vinculados con los alimentos y la higiene personal, la salud y la provisión de servicios.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMERICAN BAR ASSOCIATION SECTION OF ANTITRUST LAW, Antitrust law developments, vol. I, Chicago, ABA Publishing, 2017.
- BORK, R. The antitrust paradox. A policy at war with itself, Nueva York, 1978.
- C. SCOTT HEMPHILL y TIM WU, “Nascent competitors”. UNIVERSITY OF PENNSYLVANIA LAW REVIEW vol. 168, 2020.
- CABANELLAS, G. y SEREBRINSKY, D.H. Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia. Buenos Aires: Heliasta, vol. 1, 3ra. edición.

- ESTADOS UNIDOS. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *United States v. Gen. Motors Corp.*, 384 U.S. 127 (1966).
- ESTADOS UNIDOS. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *United States v. Socony-Vacuum Oil Co.*, 310 U.S. 150 (1940).
- ESTADOS UNIDOS. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *United States v. Trenton Potteries Co.*, 273 U.S. 392 (1927).
- GLICK, M. y RUETSCHLIN, C. “Big Tech Acquisitions and the Potential Competition Doctrine: The Case of Facebook”. Institute for New Economic Thinking Working Paper 104, octubre de 2019.
- HOVENKAMP, H. “Antitrust Policy after Chicago”. *MICHIGAN LAW REVIEW*, vol. 84, noviembre de 1984.
- KHAN, L. “Amazon’s Antitrust Paradox”. *YALE LAW JOURNAL* 126, 2017.
- KHAN, L. y VAHEESAN, S. “Market Power and Inequality: The Antitrust Counterrevolution and Its Discontents”. *HARVARD LAW & POLICY REVIEW* vol. 11, 2017.
- NEWMAN, J. “Regulating attention markets”. University of Miami Legal Studies Research Paper, 22 de julio de 2020, disponible en: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3423487>.
- STUCKE, M., “Should we be concerned about dataopolies?”, en *GEORGETOWN LAW TECHNOLOGY REVIEW* vol. 2.2., 2018.
- SULLIVAN, L. A., GRIMES, W. S. y SAGERS, C. L. *The law of antitrust. An integrated handbook*. 3er. edición. Saint Paul. 2016.
- WU, Tim. “Blind spot: the attention economy and the law”. *ANTITRUST LAW JOURNAL*, vol. 82, 2019.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

CONSELHO ADMINISTRATIVO
DE DEFESA ECONÔMICA

Presidente: Alexandre Cordeiro Macedo



10 ANOS DE CONTROLE PRÉVIO DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA NO BRASIL: EXPERIÊNCIAS RECENTES E UM OLHAR PARA O FUTURO

10 AÑOS DE CONTROL PREVIO DE ACTOS DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA EN BRASIL: EXPERIENCIAS RECIENTES Y UNA MIRADA AL FUTURO

Ana Sofia Cardoso Monteiro Signorelli e Isabella Santiago Accioly

RESUMO

Passados dez anos desde a instituição do regime de controle prévio dos Atos de Concentração Econômica no Brasil, os mais de 4.750 casos analisados trouxeram importantes lições ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Durante este período, a Autoridade Concorrencial brasileira enfrentou o enorme desafio de manter a qualidade e a celeridade de sua análise ao longo da pandemia, que não apenas restringiu sua mão de obra, como também multiplicou a quantidade de casos e impôs novas realidades, acelerando a digitalização da economia brasileira. Neste contexto, o presente trabalho procura revisar os principais desafios hoje enfrentados pela Autoridade à luz da análise de casos concretos, envolvendo (i) a utilização de big data na análise antitruste; (ii) a cooperação entre o Cade e as agências reguladoras; e o (iii) desenho de remédios concorrenciais efetivos. Para tanto, foram selecionados julgados recentes que visam ilustrar as principais nuances de cada um destes temas. Ao final, são mencionados alguns dos próximos passos e projetos recém desenvolvidos pelo Cade com vistas a robustecer ainda mais a atual sistemática de análise prévia dos Atos de Concentração Econômica. Conclui-se que a Autoridade Concorrencial brasileira vem

avanzando consideravelmente em sua agenda de controle de estruturas, procurando aliar eficiência e qualidade em sua análise, e prezando pela atualidade dos métodos e técnicas utilizados, sempre atenta para as melhores práticas internacionais.

Palavras-chave: Controle de concentrações- Brasil-big data- agências reguladoras- remédios antitruste.

RESUMEN

Diez años después del establecimiento del régimen de control previo de las concentraciones económicas em Brasil, los más de 4.750 casos analizados han traído importantes lecciones al Consejo Administrativo de Defensa Económica (Cade). Durante este período, la Autoridad de la Competência brasileña ha enfrentado el enorme desafío de mantener la calidad y la velocidad de sus análisis durante la pandemia, que no solo restringió su fuerza de trabajo, sino que multiplicó el número de casos e impuso nuevas realidades, acelerando la digitalización del mercado brasileño. En este contexto, el presente trabajo busca revisar los principales desafíos que la Autoridad Brasileña enfrenta actualmente a la luz del análisis de casos concretos, que involucran (i) el uso de big data en el análisis de competencia; (ii) la cooperación entre Cade y las agencias reguladoras; y (iii) el diseño de compromisos o condiciones efectivos. Para eso, han sido seleccionados juzgados recientes que pretenden ilustrar los principales matices de cada uno de estos temas. Al final, se mencionan algunos de los próximos passos y proyectos desarrollados recientemente por el Cade con miras a fortalecer aún más el actual sistema de control previo de concentraciones. Se concluye que la Autoridad de la Competencia Brasileña viene avanzando considerablemente em su agenda de control de concentraciones, buscando combinar eficiencia y calidad en el análisis, y valorando la modernización de los métodos y técnicas, siempre con atención a las mejores prácticas internacionales.

Palabras clave: Control de concentraciones - Brasil-big data-agencias reguladoras-remedios aplicados a concentraciones.

1. INTRODUÇÃO

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) é a autoridade de defesa da concorrência brasileira, que possui funções preventiva, repressiva e educativa, zelando pela manutenção da concorrência no país. A Lei nº 12.529/2011 (Lei Brasileira de Defesa da Concorrência - LBDC), vigente desde 29 de maio de 2012, foi a responsável por reestruturar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e inaugurar

o sistema de controle prévio de atos de concentração econômica no Brasil, concedendo poderes ao Cade para realizar a análise preventiva de determinadas operações que tenham o potencial de afetar a estrutura competitiva da economia nacional.

De acordo com a sistemática adotada pela LBDC, as operações sujeitas ao escrutínio da Autarquia passaram a ser todas as fusões, aquisições, incorporações ou celebrações de contratos associativos entre duas ou mais empresas que se enquadrassem nos requisitos previstos no art. 88¹ da referida norma. Os patamares mínimos de faturamento bruto anual previstos no mencionado artigo foram posteriormente atualizados pela Portaria Interministerial 994, de 30 de maio de 2012, a qual instituiu como patamares mínimos de faturamento bruto anual, R\$ 750 milhões e R\$ 75 milhões, modificando os valores originalmente utilizados nos incisos I e II do art. 88.

Para as operações que se enquadrem nos requisitos mencionados, bem como nas especificações adicionais trazidas pela Resolução nº 33/2022 – que institui a sistemática para o tratamento de operações envolvendo fundos de investimento –, a operação só pode ser consumada após a aprovação do Cade. Caso a consumação ocorra antes da análise obrigatória da autoridade, pode-se configurar a prática de *gun jumping*, infração prevista no artigo 88, § 3º da LBDC.

A Superintendência-Geral do Cade (SG) é o órgão encarregado de receber, instruir e aprovar ou impugnar ao Tribunal da Autarquia os Atos de Concentração (ACs) a ela notificados, de forma que o resultado da análise realizada pela SG poderá resultar na reprovação ou aprovação, com ou sem restrições, da operação. No caso de uma aprovação sem restrições, trata-se de situações em que a operação analisada não apresentou problemas concorrenciais; ao passo em que, caso a Superintendência entenda que a transação deve ser reprovada ou aprovada com restrições, ela procederá com a impugnação do ato ante o Tribunal do Cade². Nestas situações,

1 Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente: I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e II - pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).

2 Lei 12.529/2011. Art. 57. Concluídas as instruções complementares de que tratam o inciso II

caberá ao Plenário apreciar as operações que forem objeto de impugnação pela SG, assim como, caso entenda necessário, avocar operações que tenham sido aprovadas sem restrições, sempre que se vislumbre possíveis prejuízos à concorrência decorrentes de sua consumação.

Durante o período de vigência da nova lei (a partir de 01/06/2012 até a data de 04/07/2022), 4.755 Atos de Concentração foram analisados pelo Cade, dentre os quais aproximadamente 14,24% (cerca de 677 dos casos), foram submetidos ao rito ordinário, uma vez que atingiram o critério utilizado pela supracitada Resolução nº 33/2022³.

Contudo, conforme é possível depreender a partir das tabelas e gráfico trazidos a seguir, o período compreendido entre 2020 e 2022 concentrou aproximadamente 28,7% da quantidade de casos analisados ao longo da década, com o ano de 2021 representando cerca de 12,67%, com uma taxa de crescimento de cerca de 33% com relação à quantidade dos casos analisados no ano anterior e 108% com relação ao somatório do valor das operações também em comparação ao ano anterior – isto considerando tanto os casos sumários, quanto os ordinários.

Este aumento na quantidade dos casos analisados acompanhou o salto no quantitativo de Atos de Concentração notificados à Autarquia, o que passou de 471, em 2020, para 627 casos, em 2021, sendo que o tempo médio de análise manteve-se numa média aproximada, indo de 29,5 dias⁴ em 2020, para 33,1 dias⁵ em 2021.

do art. 54 e o art. 56 desta Lei, a Superintendência-Geral: I- proferirá decisão aprovando o ato sem restrições; II - oferecerá impugnação perante o Tribunal, caso entenda que o ato deva ser rejeitado, aprovado com restrições ou que não existam elementos conclusivos quanto aos seus efeitos no mercado.

RICADE. Art. 121. Concluídas as instruções complementares no âmbito da Superintendência-Geral, esta: I - proferirá decisão aprovando o ato sem restrições; ou II - oferecerá impugnação perante o Tribunal, caso entenda que o ato deva ser rejeitado, aprovado com restrições, aprovado mediante acordo em controle de concentrações, ou que não existam elementos conclusivos quanto aos seus efeitos no mercado. Lei 12.529/2011.

3 A Resolução nº 33/2022, em seu art. 8º, remete a participações conjuntas acima de 20% com Delta HHI acima de 200 pontos para casos envolvendo sobreposições horizontais (incisos III c/c V) e, para os casos que envolvam integrações verticais, isoladamente 50% de market share conjunto.

4 No ano de 2020, 96% dos ACs foram analisados sob o rito sumário, em um tempo médio de análise de 17,5 dias. O tempo médio de análise sob o rito ordinário ficou em 104,1 dias. Disponível em: <https://indd.adobe.com/view/c0c3df8b-400c-4752-861f-bf4c22320e6b>

5 Em 2021, cerca de 86% dos atos de concentração decididos pelo Cade foram analisados sob o rito sumário, no prazo médio de 20,3 dias. O prazo médio do procedimento ordinário ficou em 113,7 dias. Disponível em: <https://indd.adobe.com/view/adfd8e43-0a8b-4b2d-be7c-75bf058a4239>

Tabela 1 – Quantidade de casos e somatório dos valores das operações analisadas por ano, pelo Cade, no período de 01/06/2012 a 04/07/2022

Ano	Sumários		Ordinários	
	Quantidade de casos sumários	Soma dos valores das operações sumárias (em R\$ milhões)	Quantidade de casos ordinários	Soma dos valores das operações ordinárias (em R\$ milhões)
2012	38	R\$ 3.940,61	441	R\$ 56.788,24
2013	40	R\$ 20.965,24	407	R\$ 390.550,24
2014	58	R\$ 54.303,18	393	R\$ 247.019,44
2015	55	R\$ 268.080,19	356	R\$ 1.240.114,19
2016	78	R\$ 990.593,37	313	R\$ 423.295,77
2017	68	R\$ 992.427,69	310	R\$ 432.605,88
2018	72	R\$ 499.098,46	332	R\$ 1.502.895,92
2019	73	R\$ 930.748,31	360	R\$ 700.175,30
2020	64	R\$ 219.338,88	392	R\$ 442.457,39
2021	84	R\$ 396.131,61	527	R\$ 1.039.525,72
2022	47	R\$ 444.498,30	247	R\$ 272.132,16
Total	677	R\$ 4.820.125,83	4078	R\$ 6.747.560,26
%	14,24%	41,67%	85,76%	58,33%

Fonte: elaboração própria com base nos dados da Autarquia.

Tabela 2 – Representatividade e taxas de crescimento da quantidade de casos e do somatório dos valores das operações analisadas por ano, pelo Cade, com relação ao período de 01/06/2012 a 31/12/2022

Ano	Sumários			Ordinários		
	Número de casos analisados (ano/período)	Taxa de Crescimento da quantidade de casos com relação ao ano anterior	Soma dos valores das operações sumárias (ano/período)	Número de casos analisados (ano/período)	Taxa de Crescimento da quantidade de casos com relação ao ano anterior	Soma dos valores das operações sumárias (ano/período)
2012	5,61%	N/A	0,08%	10,81%	N/A	0,84%
2013	5,91%	5%	0,43%	9,98%	-8%	5,79%
2014	8,57%	45%	1,13%	9,64%	-3%	3,66%
2015	8,12%	-5%	5,56%	8,73%	-9%	18,38%
2016	11,52%	42%	20,55%	7,68%	-12%	6,27%
2017	10,04%	-13%	20,59%	7,60%	-1%	6,41%
2018	10,64%	6%	10,35%	8,14%	7%	22,27%
2019	10,78%	1%	19,31%	8,83%	8%	10,38%
2020	9,45%	-12%	4,55%	9,61%	9%	6,56%
2021	12,41%	31%	8,22%	12,92%	34%	15,41%

Fonte: elaboração própria com base nos dados da Autarquia.

Para além do aumento no quantitativo e na relevância financeira das operações analisadas pelo Cade, observa-se também uma maior complexidade destas operações, impulsionada pelo aumento da digitalização na economia brasileira. Trata-se de um fenômeno que não apenas desafia a adequação dos atuais instrumentos de análise, como é o caso da definição de mercado relevante e de poder de mercado, como também exige do Cade uma capacidade de, cada vez mais, conciliar agilidade e excelência nas suas análises.

2. DESENVOLVIMENTO

A partir do contexto inicialmente apresentado, o presente artigo procura explorar a adaptação da autoridade concorrencial brasileira aos desafios inerentes à análise prévia dos Atos de Concentração Econômica, utilizando-se de estudos de casos recentemente julgados pela autarquia para ilustrar sua performance em relação à (i) análise de *big data*, (ii) cooperação com outras agências reguladoras e autarquias, e (iii) desenho de remédios concorrenciais efetivos. O objetivo é realizar uma análise geral, porém direcionada e bem-definida, acerca das últimas atuações em sede de controle de concentrações pela Autoridade Concorrencial brasileira, projetando assim quais serão os novos desafios para a próxima década do controle de estruturas no Brasil.

No primeiro subtópico, se abordará o tema da utilização de *big data* na análise antitruste, procurando endereçar desafios substanciais que a digitalização da economia vem impondo à legislação antitruste e os instrumentais de análise detidos pela autoridade atualmente. Nesse sentido, nota-se que algumas teorias e modelos de análise devem ser revisitados, ao passo que novas dinâmicas e características de mercado precisam ser levadas em consideração, tais quais os efeitos sobre a concorrência dinâmica e as dimensões da operação não relacionadas a preço, bem como aquisições de potenciais competidores que, inicialmente, não despertariam atenção substancial da autoridade concorrencial pelos parâmetros tradicionais⁶.

O segundo subtópico refere-se à cooperação entre o Cade e diferentes órgãos e entidades da Administração Pública na instrução de Atos de Concentração. A experiência vem mostrando que as contribuições de agências reguladoras em casos envolvendo mercados regulados é substancial para a análise antitruste, de modo que acordos de cooperação e diálogos contínuos devem ser fomentados, com vistas a conferir maior tecnicidade e previsibilidade às decisões do Cade, bem como para fortalecer a concorrência nos diferentes setores.

O terceiro subtópico, por fim, busca fazer uma breve análise sobre a aplicação de remédios concorrenciais efetivos, trazendo à luz recente caso julgado pelo Conselho que combinou soluções estruturais e comportamentais em sede de acordo. Nesse sentido, entende-se que as discussões a respeito da aplicação de remédios antitruste vêm amadurecendo, sendo de fundamental importância a compreensão de experiências anteriores no desenho e aplicação de remédios, e a análise

6 Sobre esse tema, ver “OECD Handbook on Competition Policy in the Digital Age”. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition-policy-in-the-digital-age/>

cautelosa das peculiaridades do caso concreto, de modo a não se perder de vista as condições de implementação e monitoramento das decisões tomadas pela Autoridade.

2.1. Big Data na análise antitruste

Desde 2013, o Cade tem atuado no desenvolvimento de soluções próprias para utilização de técnicas de mineração de dados na otimização de suas investigações, o que recebeu o nome de “Projeto Cérebro”. Apesar de haver sido inicialmente pensado exclusivamente para auxiliar na detecção de cartéis em licitação, mapeando comportamentos atípicos que serviriam como indícios de formação destes conluios, o projeto também passou a auxiliar na instrução dos Atos de Concentração Econômica.

Assim, a partir da utilização de ferramentas de tecnologia da informação e estatística - que podem ser de extrema utilidade em casos envolvendo uma ampla quantidade de mercados cuja definição pode ser otimizada a partir da extração e do tratamento destes dados que representam padrões de consumo de um determinado produto ou serviço - o Cérebro passou a auxiliar a Superintendência-Geral (SG) replicando e/ou modificando exercícios quantitativos originalmente apresentados pelas Requerentes quando do protocolo de seus respectivos Formulários de Notificação (FN).

Um recente exemplo da utilização das ferramentas utilizadas pelo Projeto Cérebro na instrução de um Ato de Concentração ocorreu no AC nº 08700.006138/2021-70, que envolvia a compra da Centro de Ensino Superior de Maringá (UniCesumar) pela Vitru Brasil Empreendimentos, Participações e Comércio. Quando da apresentação do FN, as Requerentes identificaram, utilizando-se das informações que apresentaram e da base de dados do Censo Escolar 2019, publicada pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep), um total de mercados relevantes compostos por composições de cursos de graduação e pós-graduação localizados em diferentes municípios (um dos cenários de região geográfica tradicionalmente utilizado pela jurisprudência para traduzir os limites da substitubilidade nestes mercados).

Entretanto, em que pese o exercício originalmente realizado pelas Requerentes, entendeu-se por bem refazê-lo, refinando o tratamento destes dados a partir da utilização de filtros construídos pela SG para endereçar as possíveis preocupações concorrenciais originadas com a operação. Para a composição dos filtros, o Cérebro utilizou-se da linguagem de programação Python, permitindo-se chegar à conclusão que a análise concorrencial mais aprofundada deveria abranger menos de 2% dos mercados relevantes originalmente identificados.

O primeiro passo deste exercício foi computar os índices de concentração, realizando uma análise dos dados tidos como *outliers* e desenvolvendo mapas interativos que permitiram identificar os municípios em que estavam localizadas as maiores concentrações. Em seguida, procedeu-se com a exclusão de 933 dos 3.907 mercados originalmente identificados pelo Cérebro. Essa exclusão inicial ocorreu com base nos critérios para enquadramento da operação em rito sumário de acordo com o art. 8º da Resolução nº 33/2022, conforme anteriormente mencionado.

Em seguida, estes 2.074 mercados foram submetidos a dois outros filtros construídos com base nos conceitos de entrada e rivalidade, procurando identificar (i) mercados em que ao menos uma Instituição de Ensino Superior (IES) ou Centro Universitário rivalizasse com as Requerentes ao oferecer o mesmo curso no mesmo município; e, alternativamente, (ii) mercados em que estes rivais, apesar de não oferecerem o mesmo curso no mesmo município, possuíam um polo educacional naquela mesma localidade, o que lhes permitiria importar o mesmo curso de outra localidade, uma vez que a barreira à entrada da detenção de um polo educacional naquele mesmo município já haveria sido rompida.

Ora, estes exercícios levaram à redução dos 3.007 mercados originalmente identificados para um total de 67 mercados localizados em 12 municípios, cujas preocupações concorrenciais foram endereçadas a partir das informações obtidas por parte dos concorrentes, bem como através de acesso direto aos seus sítios eletrônicos, o que permitiu identificar atualizações no quadro de cursos ofertados pelos rivais que não haviam sido previamente capturadas na base de dados do INEP.

Assim, a utilização das ferramentas do cérebro possibilitou à SG uma verdadeira economia processual, o que culminou na aprovação sem restrições do referido Ato de Concentração, uma vez que a Operação não tornaria provável a redução do bem-estar do consumidor e tampouco agravaria as condições já existentes nos mercados avaliados, pois estes mercados contavam com forte presença de IES com porte suficiente para concorrer e contestar o poder de mercado das requerentes, modificando ou expandindo sua oferta de cursos com relativa facilidade.

Outro exemplo de ferramentas desenvolvidas pelo Cade com o objetivo de facilitar a utilização de big data na instrução de Atos de Concentração Econômica foi o “Painel de Informações de Mercado (PIM)”. Desenvolvido pela Coordenação-Geral de Tecnologia da Informação (CGTI), a finalidade do PIM é agregar e estruturar dados setoriais em painéis temáticos que facilitam o acesso e a visualização de informações específicas de mercados e de seus agentes atuantes. Assim, além de facilitar a visualização destes

dados, o PIM ainda realiza a conferência dos dados submetidos pelas partes e computa o chamado Índice Herfindahl-Hirschman (HHI) pré e pós operação, permitindo o cômputo da diferença entre estes valores (Delta HHI), utilizada como uma das principais métricas para identificar níveis de concentração em hipóteses de sobreposição horizontal dos mercados.

Ainda sobre a utilização de *big data* na análise dos Atos de Concentração Econômica, outro caso em que a SG contou com o auxílio de uma força-tarefa composta pelo Departamento de Estudos Econômicos (DEE), Coordenação-Geral Processual (CGP) e Coordenação-Geral de Tecnologia da Informação (CGTI), foi no AC nº 08700.003654/2021-42, envolvendo a aquisição da totalidade das ações de emissão do Grupo Big Brasil pelo Atacadão, afiliada brasileira do Grupo Carrefour.

A operação envolvia a aquisição de um número considerável de supermercados, hipermercados, atacarejos e unidades de clubes de compras (Sam's Club), totalizando, como objeto da operação, 386 lojas. Desse modo, as Requerentes identificaram, no protocolo do FN, cada uma das lojas envolvidas, fossem elas próprias ou dos concorrentes, utilizando-se de um código identificador, que foram utilizados ao longo de toda a instrução. Assim, todos os ofícios e suas respectivas respostas foram atreladas aos respectivos identificadores, o que propiciou agilidade ao tratamento dos dados recebidos durante a montagem das estruturas de oferta.

A força-tarefa entre os diferentes setores, por sua vez, possibilitou a utilização ferramentas de tecnologia da informação e processamento de dados, o que também mostrou-se relevante durante o período em que o caso esteve no tribunal, oportunidade em que o então Conselheiro Relator, Luiz Hoffman, a fim de dar maior conforto à análise do Tribunal, decidiu realizar uma instrução adicional que abrangeu outras 134 lojas objeto da operação, para além das 127 que já haviam sido oficiadas pela SG.

Como cada uma das respostas aos ofícios retornou com uma massiva quantidade de dados, o DEE, com apoio da CGTI, possibilitou a automatização da compilação das informações contidas nestas planilhas, produzindo múltiplos cenários de oferta. Estes cenários, por sua vez, permitiram a verificação das estruturas do mercado desenvolvidas, além de análises sobre sua evolução histórica e *insights* sobre como os consumidores geralmente se comportam neste mercado.

Dessa forma, quando o Tribunal do Cade julgou a operação conjuntamente com os termos propostos pelas Requerentes para a celebração de um

Acordo em Controle de Concentrações (ACC), decidiu-se condicionar sua aprovação ao desinvestimento nas unidades de autosserviço então detidas pelo Grupo Big, envolvendo os municípios de Gravataí (RS), Itabuna (BA), Juazeiro do Norte (CE), Maceió (AL), Olinda (PE), Paulista (PE), Recife (PE), Santa Maria (RS) e Viamão (RS). O Tribunal entendeu que, desse modo, restariam suficientemente endereçadas as preocupações nas localidades em que se verificou um potencial exercício de poder de mercado decorrente da operação, visto que nos demais mercados analisados não teriam sido identificadas preocupações concorrenciais”.

Ora, tanto no caso da Vitru/Unicesumar, quanto em Big/Carrefour, para além da maior acurácia que a utilização destes dados propicia ao exercício de definição dos mercados relevantes envolvidos na operação, a economia processual gerada corrobora com o atual desafio enfrentado pelo Cade em manter o nível de excelência de suas análises concedendo a agilidade necessária ao bom funcionamento da economia.

Ou seja, ainda que a definição de mercado relevante seja tão somente um ferramental analítico utilizado para delinear as hipóteses de fechamento de mercado, a utilização de microdados de consumo possibilita à autarquia um melhor entendimento sobre o efeito da tecnologia nas novas dinâmicas de mercado.

2.2. Cooperação com agências reguladoras

Ao longo dos últimos anos, o Cade vem tentando fortalecer e consolidar uma atuação cooperativa com diferentes órgãos e entidades da Administração Pública, o que reflete em diferentes aspectos sobre a análise de Atos de Concentração Econômica notificados à Autarquia, especialmente no que diz respeito aos setores regulados. Nestes casos, a cooperação com agências reguladoras é de fundamental relevância para a análise, uma vez que o regulador setorial necessariamente possuirá um maior nível de expertise técnica sobre os mercados, podendo, a partir da disponibilização destas informações, robustecer a análise antitruste.

Nesse sentido, o Capítulo IV da Lei nº 13.848/2019 (“Lei das Agências Reguladoras”) dispõe especificamente sobre a articulação entre diferentes agências, sendo que seu art. 30 trata expressamente da cooperação entre tais agências e o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), a saber:

Art. 30. As agências reguladoras poderão constituir comitês para o intercâmbio de experiências e informações entre si ou com os órgãos integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

(SBDC), visando a estabelecer orientações e procedimentos comuns para o exercício da regulação nas respectivas áreas e setores e a permitir a consulta recíproca quando da edição de normas que impliquem mudanças nas condições dos setores regulados.

Um exemplo desta interação remete ao Memorando de Entendimentos celebrado entre o Cade e o Banco Central do Brasil (Bacen), assinado em fevereiro de 2018. O Memorando, posteriormente consolidado no Ato Normativo Conjunto nº 1/2018, foi resultado do estreitamento de laços entre as instituições, prevendo um maior intercâmbio de informações, inclusive por meio da discussão de parâmetros técnicos e da edição de normas de interesse comum.

Este acordo foi um passo importante para endereçar uma pauta histórica envolvendo Atos de Concentração Econômica entre instituições financeiras, uma vez que os próprios textos legais originavam um conflito de competência entre as duas instituições⁷. O primeiro caso julgado após a celebração do acordo foi o AC nº 08700.004431/2017, que envolvia a compra da XP pelo Grupo Econômico do Itaú/Unibanco. Fruto das condições pré-estabelecidas entre Cade e Bacen, as condicionantes à aprovação da operação, fixadas a partir de um Acordo em Controle de Concentrações (ACC), passaram – harmonicamente – pelo crivo de ambas as instituições.

Outro exemplo importante e ainda mais recente desse tipo de atuação foi a cooperação por parte da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) na análise do Ato de Concentração nº 08700.000726/2021-08, cujas Requerentes eram a Oi, Claro, Tim e Telefônica. A Operação, referente à aquisição dos dados ativos, obrigações e direitos relacionados às atividades de telefonia móvel do Grupo Oi (UPI Ativos Móveis) pelas empresas Claro S.A. (“Claro”), Telefônica Brasil S.A. (“Telefônica”) e TIM S.A. (“Tim”), foi analisada pelo Tribunal da Autarquia em fevereiro de 2022, momento em que foi aprovada com restrições pela maioria do Conselho.

O caso resultava, basicamente, na redução de quatro para três players nacionais atuantes no segmento de Serviço Móvel Pessoal (SMP), o que

7 A Lei nº 4.595/1964 determina as competências do Banco Central e a Lei nº 12.529/2011 estrutura o sistema brasileiro de defesa da concorrência. A primeira lei, do Bacen, afirma competir privativamente a este conceder autorização às instituições financeiras, a fim de que possam (i) ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas; ou (ii) alienar ou, por qualquer outra forma, transferir o seu controle acionário. Prevê ainda que “o Banco Central da República do Brasil, no exercício da fiscalização que lhe compete, regulará as condições de concorrência entre instituições financeiras”. Por outro lado, a Lei nº 12.529/11 atribui ao CADE a função de analisar quaisquer atos de concentração econômica, sem fazer distinção quanto à natureza dos mesmos.

geraria elevada concentração de mercado na oferta de telefonia móvel no país. Isso porque o Grupo Oi deu entrada em processo de recuperação judicial, de modo que seu negócio de serviço móvel foi objeto de leilão judicial em dezembro de 2020. Na ocasião, as concorrentes Tim, Claro e Telefônica Brasil apresentaram oferta conjunta e adquiriram os ativos dessa unidade produtiva do grupo.

Apesar de a Operação representar a venda de uma das principais empresas do setor às suas maiores concorrentes, o Conselho verificou que a insolvência da Oi geraria grandes impactos negativos com efeitos sistêmicos sobre o setor de telecomunicações de modo geral. Assim, optou-se por autorizar a Operação condicionando-a a um amplo conjunto de medidas que teriam o condão de endereçar os problemas concorrenciais identificados.

Nesse sentido, as contribuições e a atuação da Anatel durante a instrução e a análise do caso pelo Cade foram de suma importância para que aspectos importantes sobre o setor das telecomunicações fossem observados. As contribuições feitas pela agência permitiram que a situação concorrencial fosse avaliada sobre diferentes cenários de mercados que, vale dizer, envolvem alto nível de complexidade.

Nesse esforço colaborativo, a Anatel forneceu ao Cade o “Relatório de acompanhamento do setor de telecomunicações – segundo semestre de 2020”, o qual apresentou dados importantes e atuais sobre o setor, necessários para a análise concorrencial empreendida pelo Cade. Além do relatório de acompanhamento, o Cade contou com a colaboração dos gabinetes da agência reguladora, que forneceram as estruturas dos mercados em questão por meio de tabelas. Essas tabelas estruturadas trouxeram dados específicos de *market share* de cada operadora nos mercados relevantes identificados na Operação. Tais dados foram fundamentais para os cálculos da variação de HHI.

É verdade que a análise concorrencial da Operação realizada pela Anatel tem função essencialmente sugestiva, visto que a competência para examinar a matéria é exclusiva do Cade. Porém, é importante destacar que a Operação também teve que ser aprovada pela Anatel, por se tratar de competência da reguladora, conforme disposto no artigo 97 da Lei Geral de Telecomunicações – LGT (Lei 9.472, de 16 de julho de 1997):

“Art. 97. Dependirão de prévia aprovação da Agência a cisão, a fusão, a transformação, a incorporação, a redução do capital da empresa ou a transferência de seu controle societário.

Parágrafo Único. A aprovação será concedida se a medida não for prejudicial à competição e não colocar em risco a execução do contrato, observado o disposto no art. 7º desta Lei.”

Assim, tem-se que a cooperação entre as diferentes agências e o Cade tem se tornado cada vez mais essencial à implementação de soluções harmônicas e consistentes por parte da Administração Pública, conferindo maior previsibilidade ao tratamento de Atos de Concentração nos setores regulados. Ademais, vale destacar que tais trocas vêm permitindo o aprofundamento da função educativa do Cade, através da disseminação de estímulo à concorrência nos diferentes setores.

2.3. Desenho de remédios concorrenciais efetivos

Sabe-se que a análise dos efeitos anticoncorrenciais gerados a partir da consumação de um Ato de Concentração Econômica comporta a consideração de potenciais riscos, mas também de eficiências que possam advir de uma maior concentração no mercado. Nesse sentido, a Autoridade concorrential deve sopesar aspectos positivos e negativos de forma que, para além das decisões de aprovação ou reprovação integral, pode vir a adotar soluções intermediárias envolvendo a aplicação de remédios concorrenciais⁸. Foi o que ocorreu no âmbito do AC nº 08700.000149/2021-46, que envolveu a compra da Companhia de Locação das Américas (“Unidas”) pela Localiza Rent a Car S.A. (“Localiza”), primeira e segunda maiores empresas no mercado de locação e gestão de frota de veículos do Brasil.

A análise realizada pela SG considerou a existência de três mercados relevantes: locação de veículos; gestão e terceirização de frotas; e venda de veículos usados. Uma das principais preocupações levantadas foi a sobreposição horizontal que seria resultante da operação no mercado de locação de veículos (“RAC”). Os níveis de concentração provenientes da consumação do negócio geravam preocupações concorrenciais em relação ao potencial exercício abusivo de poder de mercado das Requerentes, o que poderia gerar impactos adversos à concorrência e aos consumidores em virtude dos efeitos unilaterais e coordenados vislumbrados, especialmente no mercado de RAC.

Por outro lado, verificou-se que, da complementaridade entre as atividades compreendidas no modelo de negócio das requerentes,

⁸ Condições negociadas ou impostas que visam corrigir os eventuais efeitos nocivos de um ato de concentração para que sua aprovação possa ocorrer sem que os efeitos deletérios dela decorrentes sejam consideravelmente sentidos.

decorreriam algumas sinergias, tais quais: (i) aumento no poder de barganha das Requerentes; (ii) redução de custos; e (iii) cross selling. Os Conselheiros, no entanto, entenderam que as eficiências econômicas decorrentes da Operação não seriam suficientes para compensar os potenciais prejuízos à concorrência, de modo que não seria possível sua aprovação sem restrições.

A aprovação da operação pelo Tribunal, por maioria, se deu mediante a celebração de um ACC que estabeleceu um robusto pacote de remédios estruturais e comportamentais que, segundo os Conselheiros, afastariam as preocupações concorrenciais identificadas na instrução do AC e mitigariam o potencial exercício abusivo de poder de mercado, ao mesmo tempo em que preservariam as sinergias e eficiências econômicas decorrentes do negócio.

O Cade, em seu “Guia de Remédios Antitruste” e em reiterados precedentes, aponta para uma preferência à aplicação de remédios estruturais. Segundo o documento⁹:

Remédios estruturais devem ser considerados prioritariamente, visto que a origem do problema concorrencial reside em mudança na configuração da estrutura de um mercado relevante, em ACs horizontais e ACs verticais. Nesse sentido, um remédio estrutural, tal como um desinvestimento, tende a ser mais efetivo, visto que direciona a causa do dano concorrencial de forma mais direta. Além disso, remédios estruturais trazem menor custo de monitoramento e menor risco de distorções do mercado pelos remédios impostos na operação.

No caso Localiza/Unidas, os principais remédios definidos foram o desinvestimento da marca “Unidas” e de uma parcela dos ativos desta empresa, isto é, remédios estruturais que compreenderiam a alienação de parte da frota de veículos, bem como de algumas das agências, sistemas de gestão e até mesmo de empregados e contratos necessários e que viabilizavam o pleno funcionamento da marca Unidas.

Neste sentido, o remédio foi concebido com o objetivo de garantir ao possível comprador uma infraestrutura inicial que permitiria uma entrada ágil e a possibilidade de uma atuação capilarizada no mercado relevante de RAC em âmbito nacional.

Não obstante, no caso, o Tribunal do Cade entendeu pela necessidade da aplicação também de remédios comportamentais, quais fossem: (i) a

⁹ Guia de Remédios Antitruste do Cade. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-remedios.pdf>

imposição de limitações às cláusulas de não-concorrência nos contratos celebrados com outras marcas; (ii) o impedimento da realização de novas aquisições no mercado de locação de veículos durante um período de 3 anos; e (iii) o compromisso de notificar, durante 2 anos, as operações envolvendo o mercado de RAC e, por 5 anos, as relacionadas ao mercado de Gestão e Terceirização de Frotas (GTF) – ainda que tais operações não atinjam os critérios de notificação previstos em lei.

Com vistas a viabilizar a efetividade destes remédios, o ACC celebrado estabeleceu prazos para a apresentação de um Comprador efetivo, definindo os requisitos para a indicação de um *trustee* de monitoramento e os respectivos prazos para a entrega de relatórios ao Cade. O Conselho entendeu que as peculiaridades do caso concreto e a redução de custos de monitoramento e implementação permitiam a adoção de um pacote tal qual o que foi adotado. A mensagem geral foi que as medidas acordadas teriam robustez para endereçar as preocupações concorrenciais ao mesmo tempo em que estariam de acordo com os princípios norteadores apontados pelo Guia de Remédios: proporcionalidade, tempestividade, factibilidade e verificabilidade.

Ao final, a despeito da mensagem comum de que o Cade, como instituição, possui preferência pela aplicação de remédios estruturais, entende-se que a negociação e aplicação de remédios antitruste vêm passando por um processo de sofisticação e amadurecimento.

3. CONCLUSÕES E PRÓXIMOS PASSOS

Como se pôde observar ao longo do presente trabalho, o Cade tem avançado bastante em termos de controle de estruturas, buscando aliar eficiência, celeridade e qualidade de análise, sempre com vistas a propiciar um ambiente de negócios favorável e com segurança jurídica.

Os avanços no uso de ferramentas tecnológicas que aprimoram e agilizam a análise de dados têm sido de grande importância, especialmente levando-se em consideração o contexto de “*big data*” que se impõe na atualidade, em que um volume cada vez maior de dados é coletado e trazido à análise da Autoridade antitruste. Ao mesmo tempo em que uma grande quantidade de dados pode promover cenários mais precisos e fidedignos à realidade, ela pode dificultar a análise no sentido de torná-la mais custosa e morosa. O desenvolvimento de técnicas e ferramentas de análise como as utilizadas nos casos mencionados, além de oferecerem maior conforto e segurança para o julgamento, servem de importantes balizas para nortear a aplicação de filtros de análise em casos futuros nestes ou em outros mercados.

O Cade procura manter-se atento e atualizado em relação a novos métodos e tecnologias que favoreçam a instrução e tornem a análise mais dinâmica e eficiente. Nesse sentido, além das ferramentas aqui apresentadas, o Cade vem desenvolvendo o projeto do “Formulário Digital de Notificações de AC”, ferramenta que busca agilizar e facilitar a coleta de informações de empresas para análise de atos de concentração, processos de conduta e estudos de mercado. Por meio desse sistema, o procedimento, que era realizado de forma manual, passa a ser totalmente digital. A partir daí, quem precisar fornecer dados ao Cade poderá baixar o questionário, salvá-lo, realizar correções, solicitar prorrogação de prazo e receber comprovante de resposta, tudo por meio da ferramenta. O sistema também faz a separação das informações públicas e restritas conforme a necessidade do processo.

Com vistas a assegurar a efetividade do controle de concentrações, o Cade também vem se empenhando e ganhando experiência nas cooperações com outras agências reguladoras, bem como com outras autoridades do Brasil e do mundo. Nesse sentido, são diversos os Acordos de Cooperação Técnica e Memorandos de Entendimento firmados entre o Cade e outros entes da administração pública, especialmente agências reguladoras¹⁰, visando resolver questões de conflito de competências e promover um diálogo apropriado e proveitoso para todas as partes.

No que diz respeito à aplicação de remédios e ao acompanhamento de suas decisões, o Cade lançou, em 2020, um documento de trabalho¹¹ revisitando os precedentes que envolveram tal aplicação. Segundo este documento, houve evolução na aplicação de remédios pelo Cade nos últimos anos, mas a negociação de remédios requer cautela e eles precisam ser propriamente avaliados antes de recomendados, para fins de efetividade de suas decisões. O Cade, ainda nesse espírito de constante acompanhamento e aprimoramento de suas decisões, também decidiu instituir um Grupo de Trabalho cujo objetivo consiste em debater o papel dos *trustees* de monitoramento e a utilização de métodos alternativos para a resolução de conflitos em sede dos ACCs.

De modo geral, a partir de atuações recentes em matéria de controle de concentrações, nota-se uma busca pela modernização dos métodos de análise e uma atenção contínua aos efeitos práticos das decisões

10 CADE: Acordos com Agências Reguladoras. Disponível em: < <https://www.gov.br/cade/pt-br/aceso-a-informacao/convenios-e-transferencias/acordos-nacionais/acordos-com-agencias-reguladoras> >

11 Documento de trabalho nº 2/2020: Remédios antitruste no Cade: uma análise da jurisprudência. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2020/documento-de-trabalho-n02-2020-remedios-antitruste-no-cade-uma-analise-da-jurisprudencia.pdf>

tomadas pelo Cade. Tais aspectos reforçam o compromisso da Autarquia na busca pela redução da burocracia, no aumento da eficiência de suas decisões e no aprimoramento de seus serviços. As experiências recentes dialogam e criam o caminho para abordagens futuras, em um sentido de avanço contínuo. Por fim, e talvez o mais importante, é mencionar que o Cade está continuamente atento às suas entregas para a sociedade e em oferecer soluções acessíveis e eficientes visando garantir, essencialmente e da melhor forma possível, o bem-estar do consumidor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRASIL. CADE. Acordos com Agências Reguladoras. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/aceso-a-informacao/convenios-e-transferencias/acordos-nacionais/acordos-com-agencias-reguladoras>.
- BRASIL. CADE. Anuário do Cade 2019. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/anuarios-do-cade/anuario-2019-cade.pdf>.
- BRASIL. CADE. Anuário do Cade 2020. Disponível em: <https://indd.adobe.com/view/c0c3df8b-400c-4752-861f-bf4c22320e6b>.
- BRASIL. CADE. Anuário do Cade 2021. Disponível em: <https://indd.adobe.com/view/adfd8e43-0a8b-4b2d-be7c-75bf058a4239>.
- BRASIL. CADE. Ato de Concentração nº 08700.006138/2021-70 (Requerentes: Centro de Ensino Superior de Maringá Ltda. e Vitru Brasil Empreendimentos, Participações e Comércio S.A.).
- BRASIL. CADE. Ato de Concentração nº 08700.001846/2020-33 (Requerentes: Hapvida Assistência Médica Ltda. e Plamed Plano de Assistência Médica Ltda.).
- BRASIL. CADE. Ato de Concentração nº 08700.003654/2021-42 (Requerentes: Atacadão S.A. e Grupo BIG Brasil S.A.).
- BRASIL. CADE. Ato de Concentração nº 08700.004431/2017-16 (Requerentes: Itaú Unibanco S/A. e XP Investimentos S/A.).
- BRASIL. CADE. Ato de Concentração nº 08700.000726/2021-08 (Requerentes: Oi S.A., Claro S.A., Telefônica Brasil S.A., TIM S.A.).
- BRASIL. CADE. Ato de Concentração nº 08700.000149/2021-46 (Requerentes: Localiza Rent a Car S. A. e Companhia de Locação das Américas).
- BRASIL. CADE. Documento de trabalho nº 2/2020: “Remédios antitruste no Cade: uma análise da jurisprudência”. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2020/documento-de-trabalho-n02-2020->

remedios-antitruste-no-cade-uma-analise-da-jurisprudencia.pdf.

- BRASIL. CADE. Documento de Trabalho nº 6/2021: “Atualização do debate sobre a definição de mercado relevante”. Disponível em: “https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2021/Documento-de-Trabalho_Atualizacao-do-debate-sobre-a-definicao-de-mercado-relevante.pdf”.

- BRASIL. CADE. Guia de Análise de Concentração Horizontal do Cade. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf>.

- BRASIL. CADE. Guia de Remédios Antitruste do Cade. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-remedios.pdf>

- BRASIL. CADE. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm.

- BRASIL. CADE. Resolução nº 33, de 14 de abril de 2022. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-cade-n-33-de-14-de-abril-de-2022-394063356>

- BRASIL. CADE. Regimento Interno do Cade. 2021. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/regimento-interno/Regimento-interno-Cade-versao-05-2021.pdf>

- MENEGUIN, Fernando Boarato. “Remédios antitruste – Conceito e aplicação”. WebAdvocacy. Disponível em: https://webadvocacy.com.br/fernando-meneguim/#_ftn1. Acesso em: 03 de jun. 2022.

- OECD. OECD Handbook on Competition Policy in the Digital Age. 2022. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition-policy-in-the-digital-age/>

RESUMO BIOGRÁFICO

- Ana Sofia Cardoso Monteiro Signorelli

Mestre em Administração de Empresas com ênfase em Finanças (COPPEAD/UFRJ). Bacharel em Direito (UFRJ), Economia (IBMEC/RJ) e Relações Internacionais (IBMEC/RJ). Advanced Certificate in Law and Business (APCLB/NYU). Atualmente é Coordenadora-Geral da Coordenação-Geral de Análise Antitruste 2 do Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

- Isabella Santiago Accioly

Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Foi estudante de mobilidade acadêmica na Faculdade de Direito de Granada, na Espanha. Atualmente é Assessora no Gabinete da Presidência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

ÚLTIMAS ATUAÇÕES EM MATÉRIA DE PRÁTICAS RESTRITIVAS¹

ÚLTIMAS ACTUACIONES SOBRE PRÁCTICAS RESTRICTIVAS

*Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann, Rafael Rossini Parisi,
Lucas de Góis Barrios, Ingrid Cristina Soares Silva e Júlia Yanis
Fidanza Araújo*

RESUMO

Este artigo discorre sobre o controle de condutas anticompetitivas feito pelo CADE, a autoridade antitruste brasileira, exemplificando quais tipos de práticas podem configurar infração à ordem econômica, nos termos da legislação brasileira, bem como qual foi a metodologia de análise empregada pela autarquia em 2 (dois) casos examinados recentemente: (i) uma investigação envolvendo suposta de recusa de contratar no mercado de distribuição de querosene de aviação; e (ii) uma investigação que visa a apurar eventual ilicitude, sob a perspectiva concorrencial, de cláusulas contratuais de exclusividade no mercado de plataformas agregadoras de academias de ginástica.

Em síntese, diferentemente do que ocorre em relação a cartéis, o entendimento do CADE é que condutas não coordenadas (a exemplo das duas supracitadas) devem ser examinadas à luz de seus efeitos sobre os mercados afetados, não devendo serem consideradas como ilícitas por si só. Nesse sentido, cabe à autoridade conduzir uma análise detalhada acerca dos fatos constantes dos autos, bem como da dinâmica competitiva e das especificidades do mercado e da conduta sob exame.

Palavras-chave: Condutas anticompetitivas - ilícitos per se- efeitos pró e anticompetitivos- recusa de contratar - cláusulas de exclusividade- *essential facilities*- regulação setorial- plataformas digitais.

RESUMEN

Este artículo examina cómo CADE, la autoridad brasileña de competencia, lleva a cabo el control de conductas anticompetitivas. Con este fin, se presentan ejemplos de infracciones a las normas de competencia brasileñas y se describe la metodología utilizada por la autoridad en dos investigaciones recientes: la primera, de una presunta negativa de trato en el mercado de distribución de queroseno de aviación; la segunda, sobre una posible cláusula anticompetitiva de exclusividad en el mercado de plataformas digitales de agregación de gimnasios.

En resumen, CADE entiende que las conductas no concertadas (como las dos recién mencionadas), a diferencia de lo que ocurre con los cárteles, deben ser examinadas con base en los efectos sobre los mercados afectados, y no percibidas como prácticas ilegales per se. Por lo tanto, la autoridad de competencia ha de analizar en detalle los hechos contenidos en las actuaciones, las particularidades y la dinámica competitiva del mercado y las características de la conducta examinada.

Palabras clave: Conductas anticompetitivas - anticompetitivo per se- efectos pro y anti competitivos- negativas de trato- cláusulas de exclusividad- insumos esenciales- regulación setorial- plataformas digitales.

1. INTRODUÇÃO: O CONTROLE DE CONDUTAS REALIZADO PELO CADE

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece, em seu art. 170, a livre concorrência e a defesa do consumidor – dentre outros - como princípios basilares da ordem econômica no país, bem como preconiza que a lei “reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” (art. 173, §4º).

Nesse sentido, a Lei nº 12.529/2011 estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (“SBDC”), composto pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (“SEAE”) do atual Ministério da Economia, dispondo também sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e sobre as competências dos órgãos incumbidos de fazê-lo.

Com efeito, ao CADE, autarquia federal com atividade judicante vinculada ao Ministério da Justiça, compete o exercício de 3 (três) funções principais: (i) função preventiva, por meio do exame e controle prévio de atos de concentração econômica; (ii) função repressiva, por meio da investigação e repressão de condutas anticompetitivas; e (iii) função educativa, que consiste na promoção da livre concorrência (*advocacy*) mediante a elaboração de estudos de mercado, participação em discussões de projetos de lei que afetem o ambiente concorrencial de determinado setor, dentre outras atividades.

Este artigo tem como foco tratar da função repressiva realizada pelo CADE, também denominada de controle de condutas, as quais são comumente categorizadas pela comunidade antitruste como condutas coordenadas (dentre as quais se destaca a prática de cartel) e condutas não coordenadas – ou unilaterais – (e.g., práticas exclusionárias; exploratórias).

Nos termos da Lei nº 12.529/2011, constituem infração à ordem econômica os atos “que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não alcançados” (art. 36): (i) limitar, falsear ou prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (ii) dominar mercado relevante de bens e serviços; (iii) aumentar arbitrariamente os lucros; e (iv) exercer de forma abusiva posição dominante. Referido dispositivo legal traz um rol exemplificativo e não taxativo de condutas que podem caracterizar infração à ordem econômica, na medida que tenham por objeto ou possam produzir os efeitos supracitados, como, por exemplo (art. 36, § 3º): (i) “acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente” sobre preços e quantidade ofertada de bens ou serviços, ou sobre divisão de mercados ou clientes; (ii) “limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado”; (iii) “impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição”; (iv) “subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem”; (v) “exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca”; dentre outras.

À luz de tal diploma legal, o CADE tem adotado em casos concretos 2 (dois) tipos de abordagem para analisar condutas anticompetitivas, a depender da prática investigada. Para determinadas condutas, como cartéis *hardcore*, o entendimento predominantemente verificado nos precedentes do Conselho é que se tratar de um ato ilícito em razão de seu próprio objeto, de forma que a prática deve ser considerada anticompetitiva dada à sua mera ocorrência (*per se*), isto é, independentemente da – e sendo desnecessária a – comprovação da geração de efeitos deletérios à concorrência no mercado relevante em questão.

No que se refere a condutas unilaterais, em contrapartida, o CADE reconhece que podem também gerar efeitos pró-competitivos (e.g., geração de eficiências; mitigação do efeito carona; redução dos riscos de se haver problemas do tipo hold-up). Desse modo, o Conselho vem examinando tais condutas considerando seus efeitos (ainda que potenciais) sobre os mercados afetados em cada caso concreto, não havendo presunção de ilicitude acerca da prática. Nesses casos, o CADE tem sopesado os efeitos pró e anticompetitivos gerados pela conduta sob investigação, bem como considera as justificativas apresentadas pelas empresas representadas acerca da razoabilidade e do racional econômico em torno da conduta, para, ao fim de seu escrutínio, concluir pela ocorrência ou não de infração à ordem econômica.

Nesse diapasão foi a constatação da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (“OCDE”) em sua Revisão por Pares sobre Legislação e Política de Concorrência do Brasil²:

O Cade tem aplicado a abordagem formalista em relação a determinadas condutas, como acordos horizontais para fixação de preços e fixação de preço de revenda, por considerar que a prática sob investigação poderia constituir uma infração a despeito de qualquer análise específica do caso sobre efeitos reais ou potenciais. Enquanto que esta abordagem não pode ser interpretada como uma clara aplicação da “regra per se”, o Cade inverte o ônus da prova para a parte, que deve justificar a conduta investigada e demonstrar que a conduta não produziria os alegados efeitos anticompetitivos. A abordagem do Cade é ainda mais rigorosa em se tratando de cartéis clássicos (hard-core cartel), que considera como uma violação per se à Lei de Defesa da Concorrência.

Quanto à conduta unilateral, o Cade tem interpretado a Lei 12.529/2011 de forma que as condutas unilaterais devam ser analisadas quanto aos seus efeitos reais ou potenciais. Consequentemente, uma conduta é considerada anticompetitiva somente se seus efeitos negativos não forem compensados por suas eficiências. Neste caso, o ônus recai sobre o Cade, que deverá estabelecer os efeitos anticompetitivos da conduta investigada, enquanto as partes apresentam seus argumentos de eficiência econômica.

Feita esta breve introdução, explorar-se-á de forma detalhada a análise empregada pelo CADE em 2 (duas) investigações recentes de condutas anticompetitivas escrutinizadas sob a regra da razão, oportunidades nas quais o Conselho examinou de forma detida os mercados relevantes

2 Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/revisoes-por-pares-da-ocde-sobre-legislacao-e-politica-de-concorrenca-brasil-2019-web.pdf>.

afetados e os aspectos fáticos e econômicos inerentes a cada caso.

2. CASO 1: PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08700.001831/2014-27 (DISTRIBUIÇÃO DE QUEROSENE DE AVIAÇÃO NO AEROPORTO DE GUARULHOS/SÃO PAULO)

Instaurado em 02.10.2018, pela Superintendência-Geral do CADE (“SG”), em decorrência de representação apresentada pela distribuidora de combustíveis Gran Petro Distribuidora de Combustíveis Ltda. (“Gran Petro”), o Processo Administrativo nº 08700.001831/2014-27 tem por objetivo apurar supostas práticas anticompetitivas relacionadas à distribuição de querosene de aviação (“QAv”) cometidas pelas distribuidoras de combustíveis concorrentes Air BP Brasil Ltda. (“Air BP”), Petrobras Distribuidora S.A. (“BR”) (atual Vibra Energia S.A.), Raízen Combustíveis S.A. (“Raízen”) e pela Concessionária do Aeroporto Internacional de Guarulhos S.A. (“GRU Airport”)³.

Em síntese, a investigação perpassa ao exame de 2 (duas) condutas distintas, a saber: (i) suposta prática de recusa de contratação de cessão de espaço, por parte da Raízen, em base primária de distribuição de QAv, no entorno da Refinaria de Paulínia (conduta denominada nos autos como “Conduta 1”); e (ii) suposta imposição de barreiras artificiais à entrada e de dificuldades ao acesso a infraestrutura essencial, por parte da Air BP, BR, Raízen e GRU Airport (“conduta denominada nos autos como “Conduta 2”); condutas estas passíveis de enquadramento no art. 36, incisos I, II, III e IV, c/c §3º, incisos III, IV, V e XI, da Lei nº 12.529/2011⁴.

Tendo instruído o caso, enviando ofícios a diversos agentes de mercado - tais como (i) distribuidores concorrentes da representante e das representadas; (ii) sindicato atuante no setor; (iii) clientes (e.g.,

3 Inaugurado em 1985 e atualmente operado pela GRU Airport, o Aeroporto Internacional de São Paulo Governador André Franco Montoro, localizado no município de Guarulhos/SP, é o aeroporto mais movimentado do Brasil, tendo atendido 23,6 milhões de passageiros em 2021, por meio de cerca de 179 mil pousos e decolagens. Em 2019, foram transportados 42 milhões de passageiros, segundo dados da ANAC (disponíveis em: <https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/dados-e-estatisticas/passageiros>).

4 “Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante. (...) § 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: (...) III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços; V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição; (...) XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais”.

companhias aéreas); (iv) Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (“ANP”); (v) Agência Nacional de Aviação Civil (“ANAC”); dentre outros -, realizando oitiva de testemunhas e fazendo visita técnica ao aeroporto de Guarulhos/SP, por meio de sua Nota Técnica nº 31/2020, a SG opinou pelo arquivamento do processo em relação à Conduta 1, mas pela condenação das representadas no tocante à Conduta 2.

A Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE (“PFE”)⁵, por sua vez, por meio do Parecer Jurídico nº 19/2020, filiou-se às conclusões da SG, opinando pelo arquivamento e condenação em relação à Conduta 1 e à Conduta 2, respectivamente. Todavia, posteriormente, como o desenvolvimento de fase instrutória adicional, manifestou-se, mediante o Parecer Jurídico nº 18/2021, pelo arquivamento do processo em relação a ambas as condutas.

Já o Ministério Público Federal (“MPF”) opinou, inicialmente (Parecer nº 35/2020), pelo arquivamento do processo para ambas as condutas; e, posteriormente (Parecer 13/2021), com a existência de novos elementos nos autos, alterou seu entendimento de modo a opinar pela condenação das Representadas no que atine à Conduta 2 (mantendo seu entendimento pelo arquivamento em relação à Conduta 1).

Instado a se manifestar, o Departamento de Estudos Econômicos do CADE (“DEE”), nos termos da Nota Técnica DEE nº 13/2021, manifestou-se pelo arquivamento do processo em relação a ambas as condutas, por insuficiência de provas.

Em 23.03.2022, o processo foi levado a julgamento, na 193ª Sessão Ordinária de Julgamento do CADE, oportunidade na qual o Conselheiro Relator Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann proferiu seu voto pelo arquivamento do referido Processo Administrativo em relação a ambas as condutas investigadas. Até a conclusão deste documento⁶, o julgamento do processo se encontrava suspenso em razão do pedido de vista do Conselheiro Luis Henrique Bertolino Braidó.

Inicialmente, a análise empregada até o momento pelo CADE sobre o caso perpassou pelo exame do produto investigado e de sua complexa cadeia de valor. Nesse sentido, identificou-se haver diferenças entre os diferentes tipos de combustíveis (e.g., QAv; gasolina de aviação; álcool etílico hidratado combustível) que afetam a sua substituíbilidade, tendo

5 Nos termos do art. 11, inciso VI, do art. 15, inciso VII, e do art. 20, da Lei nº 12.529/2011, e do art. 31, *caput*, do art. 67, *caput*, e do art. 156, *caput*, do Regimento Interno do CADE, à PFE e ao MPF competem se manifestar nos processos administrativos que visam a apurar condutas anticompetitivas conduzidos pelo CADE.

6 Em 05.06.2022.

em vista que possuem diferentes finalidades e aplicações, em razão de suas distintas características físicas e químicas, discussão esta que foi, inclusive, elementar para fins de definição dos mercados relevantes afetados no caso. Ademais, constatou-se se tratar de um produto homogêneo, sem grandes diferenciações entre o combustível fornecido pelos diferentes fabricantes, e que os consumidores possuem baixos custos para migrar entre os diferentes fornecedores (*switching costs*). Vale ressaltar, de toda forma, que o QAv consiste no principal insumo para as companhias aéreas, representando mais de 1/3 (um terço) de seus custos totais, conforme dados⁷ apurados pelo Subcomitê Abastecimento de Combustíveis de Aviação⁸.

No que diz respeito à cadeia de valor do QAv, foi necessário discorrer sobre as funções e como se dá a participação dos diversos atores públicos e privados, a saber: (i) ANP; (ii) ANAC; (iii) produtor; (iv) importador; (v) distribuidor; (vi) revendedor; (vii) consumidor; (viii) administrador do aeroporto; e (ix) Parque de Abastecimento de Aeronaves (“PAA”)⁹ – de especial relevância para a Conduta 2 examinada no caso. Nesse sentido, tendo em vista se tratar de um setor regulado por 2 (duas) agências reguladoras distintas, o caso envolveu o escrutínio das competências da ANP (e.g., responsável por regular a distribuição de combustíveis), da ANAC (e.g., responsável de regular e fiscalizar as atividades de aviação civil e a infraestrutura aeroportuária) e do CADE, ressaltando-se que os 3 (três) órgãos possuem competências distintas e complementares, a teor do que dispõe a Lei nº 12.529/2011 e a Lei nº 13.848/2019, conforme o CADE já assentiu em outras oportunidades¹⁰.

Em síntese, o fluxo do QAv se dá de 2 (duas) formas: (i) mediante o transporte da refinaria até a base primária de armazenamento, de propriedade de dada distribuidora, que o transporta em caminhões-tanque até o PAA (caso da maioria dos aeroportos no Brasil; ou (ii) o QAv é enviado por dutos diretamente da refinaria ao PAA, para posterior

7 Disponíveis em: https://www.gov.br/mme/pt-br/assuntos/secretarias/petroleo-gas-natural-e-biocombustiveis/abastece-brasil/subcomites/20210119RelatrioSubcomitdeAviao_final.pdf.

8 Órgão interministerial coordenado pelo Ministério da Infraestrutura e criado pelo Comitê Técnico Integrado para o Desenvolvimento do Mercado de Combustíveis, demais Derivados de Petróleo e Biocombustíveis (CT-CB), coordenado pelo Ministério de Minas e Energia.

9 Conforme dispõe a Resolução ANP nº 18/2006, o PAA consiste no “conjunto de instalações fixas, compreendendo tanques, equipamentos e prédios (administração, manutenção e outros), com a finalidade de receber, armazenar e distribuir combustíveis de aviação, localizado dentro de aeródromo público ou privado”, que atenda às normas da Autoridade Aeronáutica, da administração aeroportuária local, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), do órgão ambiental competente”, além da administração pública competente”. Os PAAs são operados pelas próprias distribuidoras de combustíveis que atuam no aeroporto, podendo ser operados individualmente ou em regime de *pool*, de modo a compartilhar as estruturas e os respectivos custos de operação.

10 A respeito da interface entre a regulação setorial e a defesa da livre concorrência no Brasil, faz-se referência à contribuição elaborada por este Conselho a grupo de trabalho da OCDE sobre o tema, disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP2/WD\(2021\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP2/WD(2021)14/en/pdf).

transporte até as aeronaves para abastecimento (operação *into-plane*) (sendo este caso excepcional o que ocorre no aeroporto de Guarulhos/SP). Para a realização da operação *into-plane*, também existem 2 (duas) possibilidades: (i) o uso de caminhões-tanque; ou (ii) o uso de uma rede de hidrantes subterrânea.

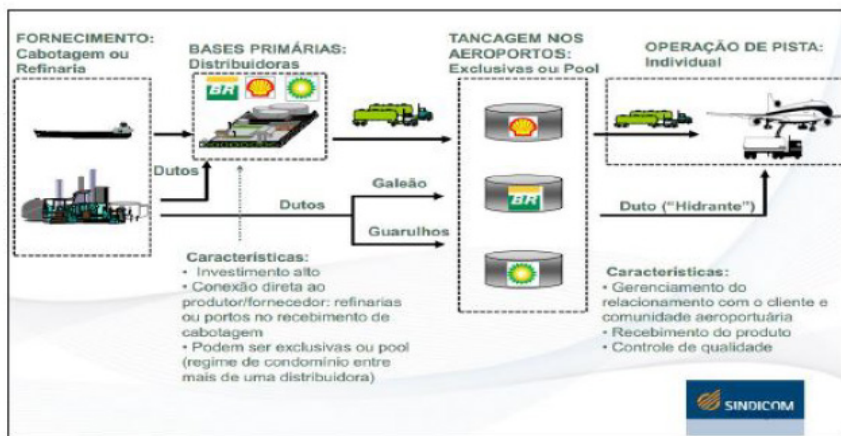


Imagem 1. Fonte: Sindicato Nacional das Empresas Distribuidoras de Combustíveis e de Lubrificantes (“Sindicom”)¹¹

Sobre a conduta de recusa de contratar, nos termos do voto do Conselheiro Relator Luiz Hoffmann, ponderou-se que as empresas gozam – via de regra – da liberdade de fazer negócios com quais agentes quiserem, em linha com o princípio constitucional da livre iniciativa. Todavia, ressaltou-se que tal liberdade não é um direito absoluto, podendo configurar infração à ordem econômica, nos termos da Lei no 12.529/2011, na medida que a recusa gere efeitos deletérios à concorrência, por meio, por exemplo, (i) da limitação ou impedimento ao acesso de novas empresas ao mercado; (ii) da criação de dificuldades ao funcionamento de concorrentes; e (iii) do impedimento ao acesso de concorrentes a insumos e/ou aos canais de distribuição.

De forma a sopesar os possíveis efeitos anti e pró-competitivos, visando a concluir pela necessidade de interferir ou não no caso, considerando os ensinamentos doutrinários e a experiência do CADE e de autoridades antitruste em outras jurisdições, a conduta de recusa de contratar foi avaliada em torno de 2 (dois) aspectos principais, a saber: (i) se a representada tem capacidade de realizar o fechamento de mercado ao

11 Disponível em: <https://www.senado.leg.br/comissoes/ci/CISTAC/ap/AP20120710_Alisio_Vaz.pdf>

concorrente no mercado à jusante, por meio do exame (i.1) da existência de posição dominante por parte da empresa que recusou a contratação, (i.2) da existência de barreiras à entrada e (i.3) se o bem objeto de recusa pode ser caracterizado como um bem essencial, em virtude da impossibilidade de duplicação e da inexistência de bens substitutos, a teor da *essential facility doctrine*; e (ii) se a representada possui incentivos para fazê-lo. Isso porque em um mercado no qual a empresa não detém capacidade de fechar o mercado por não possuir poder de mercado, a recusa de contratar não tem qualquer impacto na concorrência, porquanto a compradora deterá outras alternativas de acesso ao mercado. Além disso, não havendo incentivos para a empresa fechar o mercado, também não se vislumbra que a recusa de contratar tenha o escopo anticoncorrencial, uma vez que não haveria racionalidade econômica (e.g., redução de lucro) para cometer a prática.

A respeito do que se denominou Conduta 1, a autoridade antitruste brasileira enfrentou a discussão acerca de uma suposta recusa de contratação por parte da Raízen para ceder espaço em seu terreno para que a Gran Petro pudesse construir um duto interligando a refinaria localizada no município de Paulínia/SP (onde é produzido QAv) até a sua base primária de distribuição.

Conforme recorrido no voto do Conselheiro Relator, em linha com o entendimento da SG, PFE, MPF e DEE no caso, a despeito da existência de posição dominante por parte da Raízen e da constatação de que existem barreiras significativas à entrada no mercado (de cunho legal – e.g., obtenção de licenças e autorizações – e econômico – e.g., investimento inicial maciço emativo imobilizado), concluiu-se que o bem objeto da recusa (acesso ao terreno da Raízen) não era essencial para a atuação da Gran Petro no mercado de forma competitiva. Isso porque a instrução realizada nos autos demonstrou haver outras alternativas à representante, tal como a construção de duto próprio que não perpassasse pelo referido terreno, a exemplo do que uma outra distribuidora de combustíveis concorrente havia feito recentemente com sucesso e de forma economicamente viável.

Com efeito, ainda que não tenha descartado a hipótese de ter havido recusa, à luz das comunicações e negociações entre a representante e a representada acostada aos autos, tendo sido constatada a impossibilidade de fechamento de mercado, ante à existência de alternativas economicamente viáveis ao bem objeto da recusa, o voto relator concluiu pela inexistência de infração à ordem econômica no tocante à Conduta 1, sendo a recusa de contratar mero exercício de liberdade de negociação por parte da empresa representada.

Em relação à Conduta 2, a investigação recaiu sobre se, ao negarem ao acesso pool de armazenagem e distribuição de combustíveis operado pela Raízen, Air BP e BR, localizado no aeroporto de Guarulhos/SP, operado pela GRU Airport, as representadas teriam abusado de sua posição dominante de forma a impor barreiras artificiais à entrada de concorrentes, configurando infração à ordem econômica, nos termos da Lei nº 12.529/2011.

Para tanto, o escrutínio realizado pelo CADE abrangeu a análise detalhada sobre os fatos relevantes à controvérsia: (i) contratos e documentos celebrados entre as partes e relacionados com o bem objeto da recusa (e.g., Contrato de Concessão do Aeroporto; contrato relativo ao estabelecimento do *pool*); (ii) ações judiciais movidas pelas partes sobre a controvérsia; (iii) processo administrativo conduzido pela ANAC; (iv) desenvolvimento das negociações entre a (iv.1) GRU e a Gran Petro e entre (iv.2) a Raízen, BR e a Air BP e Gran Petro, inclusive as justificativas dadas pelas representadas para a não contratação com a representante.

A respeito, a despeito da alegação da representante, entendeu o Conselheiro Relator que a mera redação dos contratos relevantes não é elemento, por si só, capaz de caracterizar infração à ordem econômica, uma vez que a prática de recusa de contratação não deve ser considerada ilícita *per se*, mas sim na medida que causar efeitos anticompetitivos, conforme mencionado anteriormente.

Passando à análise dos aspectos concorrenciais, o referido Conselheiro concluiu que o acesso ao pool não é uma *essential facility*, tendo em vista que, a despeito do poder de mercado das representadas e das significativas barreiras à entrada, a análise econômica conduzida no processo evidenciou que havia viabilidade econômica para replicar a infraestrutura do *pool* e para atuar no mercado mediante outras opções (Gran Petro poderia ter construído seu próprio PAA e poderia atuar via caminhões-tanque). Analisando 18 (dezoito) diferentes cenários – combinando as hipóteses de (a) atuar somente através de caminhões; ou (b) atuar mediante rede de hidrantes; com diferentes estimativas de escala mínima viável, análise feita pelo DEE concluiu que a entrada no aeroporto de Guarulhos/SP é lucrativa em todos os cenários, que apresentaram (i) VPL (valor presente líquido) elevado; (ii) TIR (taxa interna de retorno) elevada; e (iii) payback (tempo para recuperar o investimento) em curto tempo, considerando um período de atuação de 10 (dez) anos, para fins de avaliação do retorno sobre o investimento.

Ademais, verificou-se exemplo ocorrido recentemente de outra empresa que está em vias de ingressar no mercado de distribuição de combustíveis

em Guarulhos/SP que logrou êxito em construir um PAA próprio, alternativa esta que sequer teria sido tentada pela Gran Petro, ao ver do Conselheiro Relator. O teste de mercado conduzido pelo CADE junto a concorrentes e clientes corroborou o entendimento que o bem objeto da recusa não constituía em bem essencial.

Vale salientar que o CADE assentiu haver preocupações concorrenciais no setor de QAv, em razão (i) da situação de quase monopólio existente nas etapas de produção e importação do produto no Brasil, por parte da Petrobras; (ii) das elevadas barreiras à entrada; e (iii) da alta concentração na etapa de distribuição de QAv. Especificamente sobre as condutas investigadas, mencionou-se haver preocupações em razão da ausência de normas que prevejam de forma objetiva e explícita quais são os critérios (e.g., preços; requisitos de qualidade e de segurança; capacidade operacional) para que entrantes possam acessar à infraestrutura operada por outras distribuidoras, dando margem para que haja controvérsias a respeito, tal como ocorreu no caso examinado pelo CADE. Todavia, concluiu-se que as preocupações do setor são pré-existent e não possuem nexo de causalidade com as condutas investigadas, que não produziram efeitos anticompetitivos no mercado. De todo modo, o CADE, no exercício de sua função de *advocacy*, fez recomendações para fomentar a concorrência no setor, como (i) tornar a base de armazenamento de combustíveis de aviação obrigatoriamente de propriedade de empresa terceira, não verticalizada, que não atua com a distribuição de combustíveis nos aeroportos (operação *inter plane*); e (ii) edição de regimento para suprir a supramencionada lacuna de ausência de critérios para entrada de terceiros no *pool*.

Em conclusão, entendeu o voto relator que, analisando os efeitos da conduta investigada, não teria restado demonstrado como a conduta imputada às representadas de fato teria fechado o mercado relevante ou ao menos teria imposto dificuldades à atuação da representante, de modo que concluiu pelo arquivamento também em relação à Conduta 2.

3. CASO 2: INQUÉRITO ADMINISTRATIVO Nº 08700.004136/2020-65 (CONTRATOS DE EXCLUSIVIDADE NO MERCADO DE PLATAFORMAS AGREGADORAS DE ACADEMIAS)

O Inquérito Administrativo Nº 08700.004136/2020-65 tem por objeto investigação instaurada em 25.09.2020 em decorrência de representações movidas pelas empresas Total Pass Participações Ltda (“Total Pass”) e Ynegócios Soluções Tecnológicas Ltda. (“Yoooup”) em face da GPBR Participações Ltda (“Gympass”), que apura a legalidade, sob a ótica

concorrencial, da prática de imposição de cláusulas de exclusividade pela empresa Gympass em contratos mantidos com academias de ginásticas e clientes corporativos.

A Gympass iniciou suas atividades empresariais em 2012 e atua como plataforma digital, possibilitando que os empregados de empresas parceiras (clientes corporativos), tenham planos de acesso, com uma única assinatura mensal, a toda a rede de academias parceiras da Gympass no Brasil e no exterior.

O modelo utilizado pela Gympass é considerado inovador e caracteriza-se, (i) de um lado, pela formação de rede de academias parceiras da plataforma, e de outro, (ii) pela negociação direta entre a plataforma e o cliente corporativo. Nesse sentido, o cliente corporativo disponibiliza para os seus funcionários o benefício da Gympass, como forma de incentivar práticas esportivas e fomentar o bem-estar dos seus colaboradores.

As receitas da Gympass têm origem nas taxas pagas pelos clientes corporativos e nas mensalidades pagas pelos funcionários dessas empresas, a depender do plano escolhido por cada um. A seu turno, a Gympass realiza repasses para as academias parceiras, conforme a quantidade de acesso dos usuários. Assim, além do incremento de receitas, as academias parceiras podem se beneficiar da redução de custos relacionados à gestão e captação de usuários.

Dessa forma, a escala representa um componente importante para o modelo de negócios de plataformas agregadoras de academias. Além disso, a plataforma incumbente é beneficiada por efeitos de rede: uma maior quantidade de clientes corporativos e usuários torna a plataforma mais atrativa para academias, ao passo que uma quantidade maior de academias torna a plataforma mais atrativa para os clientes corporativos e usuários.

A análise realizada pelo CADE até o momento constatou que a Gympass é líder incontestado no mercado de plataformas agregadoras de academias no Brasil; além disso, a empresa também expandiu sua atuação para o exterior. A plataforma oferece acesso a cerca de 50 mil academias localizadas em 12 países, incluindo Brasil, Estados Unidos, Espanha e Inglaterra. No Brasil, a Gympass possui em sua rede mais de 24 mil academias de ginástica, localizadas em diversas cidades brasileiras, e conta com mais de 800 modalidades esportivas.

Na denúncia contra a plataforma Gympass, apresentada pelo concorrente TotalPass, alegou-se que os contratos de exclusividade firmados pela Gympass com academias e clientes corporativos impediriam a atuação e

o crescimento de plataformas rivais, uma vez que as academias parceiras da Gympass ficariam impedidas de firmarem novas parceiras com outras plataformas, e os clientes corporativos com contratos de exclusividade não teriam a possibilidade de contratar outras plataformas.

As referidas práticas, conforme apontou a denúncia, permitiriam à Gympass manter o domínio do mercado de plataformas agregadoras de academia no Brasil, o que poderia levar à eliminação de plataformas concorrentes em decorrência das barreiras à entrada e à expansão ocasionadas pela exclusividade.

A denúncia apontou ainda que o cumprimento das referidas cláusulas pelas academias seria monitorado pelo Gympass, o qual promoveria, de acordo com o TotalPass, retaliações contra as academias que não praticassem a exclusividade.

Em dezembro de 2021, a SG, órgão responsável por iniciar investigações no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), impôs uma *medida preventiva* em desfavor da Gympass, determinando: (i) a proibição da celebração de *novos contratos* de exclusividade com academias parceiras, e (ii) que as cláusulas de quarentena¹² e multas correspondentes praticadas pela Gympass ficassem sem efeito.

A decisão apontou que, de acordo com estimativas de 2020, a Gympass possuiria mais de 80% de todas as academias do Brasil cadastradas como parceiras da sua plataforma e, portanto, abrangidas por contratos de exclusividade.

Em decorrência disso, considerou-se que a empresa detinha posição dominante no mercado de plataformas agregadoras de academia no Brasil, tendo em vista o patamar de presunção de posição dominante estabelecida pela legislação concorrencial brasileira (art. 36, § 2º, da Lei nº 12.529/2011).

A decisão da SG apontou que no Brasil e no exterior a adoção de cláusulas de exclusividade por agentes com posição dominante tem o potencial de (i) provocar fechamento de mercado, (ii) aumentar barreiras à entrada, e (iii) elevar os custos dos rivais ao restringir sua atuação.

Além disso, a SG destacou que para avaliar se cláusulas de exclusividade adotadas por agente detentor de posição dominante têm o potencial

12 As “cláusulas de quarentena” impediam as academias de ginástica de instituir nova parceria com outras plataformas, durante determinado período, após o encerramento do contrato com a Gympass.

de prejudicar a concorrência, seria essencial investigar o percentual de fechamento do mercado e a duração e condições de renovação das cláusulas de exclusividade.

A SG apontou que apesar de a prática de exclusividade não ser considerada um ilícito *per se* pela jurisprudência do CADE – em decorrência da possibilidade de haver justificativas econômicas para a referida prática –, considerou que a imposição de exclusividade em *novos* contratos poderia impedir o crescimento e a contestação do mercado por plataformas concorrentes da Gympass.

Dessa forma, a SG entendeu que proibir integralmente o Gympass de manter contratos de exclusividade com academias não seria proporcional e razoável, uma vez que (i) poderia gerar *desincentivos para investimentos nas academias parceiras*; e (ii) *plataformas concorrentes poderiam continuar firmando contratos de exclusividade com academias*, o que constituiria vantagem competitiva para os rivais do Gympass.

Tendo em vista a decisão proferida pela SG, o concorrente TotalPass interpôs recurso perante o Tribunal Administrativo do CADE. A empresa argumentou que a medida preventiva imposta pela SG seria insuficiente, considerando que permitia a manutenção da exclusividade em relação aos contratos vigentes da Gympass. Conforme apontou, tal situação representaria a *continuidade* dos danos concorrenciais, o que poderia levar à eliminação das plataformas concorrentes.

O recurso destacou ainda que ao proibir a exclusividade somente em relação a contratos futuramente celebrados, restaria apenas uma parcela pequena de academias acessíveis a plataformas concorrentes no Brasil, a qual não seria suficiente para tornar as plataformas concorrentes atrativas.

Portanto, em sede de recurso administrativo, o Tribunal do CADE foi levado a examinar se a medida preventiva da SG seria suficiente ou deveria ser ampliada para limitar também os contratos de exclusividade atualmente vigentes.

Um dos aspectos analisados em profundidade no voto do Conselheiro Relator Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann foi a alegação da Gympass de que os contratos de exclusividade seriam supostamente justificados pela existência de investimentos realizados pela plataforma.

O Conselheiro Hoffmann apontou que de fato a Gympass vinha realizando investimentos significativos em sua plataforma ao longo dos anos. Entretanto, era necessário distinguir (i) se os investimentos alegados

pela plataforma eram referentes a *contratos específicos* com academias, ou (ii) se estavam direcionados de *forma difusa* ao funcionamento da plataforma.

O Conselheiro Hoffmann concluiu que a grande maioria dos contratos realizados pelo Gympass não estavam relacionados a investimentos específicos e individualizados nas academias parceiras da plataforma. Assim, os alegados investimentos realizados pelo Gympass *estavam abrangidos pela essência do modelo de negócios e, portanto, direcionavam-se de forma difusa à plataforma*.

Dessa forma, por não se referirem a contratos específicos e sim à plataforma, não haveria justificativa para a prática da exclusividade.

O voto do Conselheiro Hoffmann destacou que, por ser uma plataforma inovadora, a exclusividade praticada pela Gympass poderia encontrar justificativa no início da sua operação. Entretanto, a situação presente era distinta: a prática da exclusividade não encontrava justificativa para abranger toda a rede de academias parceiras do Gympass, que representaria mais de 80% das academias do Brasil.

O Conselheiro apontou que a amplitude da exclusividade representava risco à concorrência, uma vez que praticamente inviabilizava a contestação por plataformas concorrentes, tornando praticamente impossível a construção de uma escala que as tornassem atrativas.

Entretanto, o Conselheiro Hoffmann defendeu que a ampliação da medida preventiva imposta pela SG, para abranger contratos de exclusividade vigentes não poderia pôr em risco a própria existência do modelo de negócios da Gympass, sob o risco de revelar-se desproporcional.

Além disso, ressaltou-se que o caso estava em andamento, de modo que, por cautela, a autoridade deveria investigar outros aspectos relacionados à dinâmica competitiva do mercado de plataformas agregadoras, como escala mínima viável e a pressão competitiva exercida por grandes redes de academias *low cost* sobre as plataformas agregadoras.

Assim, o Conselheiro Hoffman concluiu pela necessidade de ampliação da medida preventiva, e defendeu que a exclusividade deveria ser mantida até o limite de 20% do total de academias parceiras, ressaltando a necessidade de a investigação esclarecer outros aspectos do funcionamento do mercado. O referido percentual foi adotado considerando que é o patamar de presunção dominante estabelecido pela legislação brasileira (art. 36, § 2º, da Lei nº 12.529/2011).

Conforme o Conselheiro Relator, de acordo com o Regimento Interno do CADE, a medida preventiva poderia ser ajustada posteriormente, até a conclusão da investigação, caso se entendesse que havia novos elementos justificando a ampliação da medida preventiva (por exemplo, para suspender a totalidade da exclusividade).

A seu turno, o Conselheiro Hoffmann entendeu que a exclusividade praticada com clientes corporativos não demandava limitação, tendo em vista a reduzida representatividade de tal base de clientes e os indícios de possível existência de justificativa para exclusividade em relação aos clientes corporativos, o que deveria ser confirmado pelo aprofundamento da investigação.

Entretanto, no julgamento realizado na 191ª Sessão Ordinária de Julgamento, em 14 de março de 2022, a maioria do Tribunal do CADE manifestou-se concordando com o voto divergente da Conselheira Paula Farani de Azevedo Silveira.

De acordo com a Conselheira Paula Farani, a medida preventiva deveria ser ampliada para proibir toda e qualquer exclusividade praticada pela Gympass com academias e clientes corporativos, no presente e no futuro.

Em seu voto, que em grande medida concorda com as conclusões do Conselheiro Hoffmann, a Conselheira Paula Farani apontou que tais mercados são caracterizados por elevadíssimos efeitos de rede: “a partir do momento em que uma massa crítica suficientemente grande de academias optar por se vincular à plataforma, a atratividade da plataforma para os consumidores do outro lado (lado das empresas) cresce significativamente, o que gera efeitos de retroalimentação do poder econômico da plataforma dominante nos dois lados”.

De acordo com a Conselheira, o *multihoming* seria uma forma de mitigar tais efeitos. Entretanto, o efeito das cláusulas de exclusividade impostas pelo Gympass seria impossibilitar a prática de *multihoming*.

A Conselheira Paula Farani apontou que a manutenção das cláusulas de exclusividade não guardava relação com o objetivo de inibir efeito carona (*free-riding*), haja vista que o próprio contrato padrão imposto pela Gympass não determinava qual seria o investimento específico à transação a ser protegido. Desse modo, a cláusula seria uma restrição pura à concorrência (*naked restraint*) para impedir o crescimento orgânico de rivais entrantes no mercado.

De acordo com a Conselheira, o objetivo anticompetitivo da conduta ficou

evidenciado quando se constatou que a cláusula de exclusividade consistia em uma cláusula padrão, sem qualquer possibilidade de negociação com a plataforma que buscasse refletir os supostos investimentos realizados nas academias parceiras.

De acordo com a Conselheira, “o que foi apresentado pelo Gympass como um investimento nos usuários da plataforma consiste em atos necessários à captação de clientes”. Tais dispêndios, em verdade, se reverteriam em benefício do próprio Gympass, como forma de manter a empresa economicamente viável. A Conselheira também não considerou que se tratava de investimentos que poderiam ser aproveitados por concorrentes, ou seja, sofrer com efeito carona.

Em conclusão, em sede de medida preventiva, a maioria do Tribunal entendeu que as cláusulas de exclusividade praticados pela plataforma Gympass deveriam ser suspensas e proibidas, em relação a todos os contratos mantidos com academias parcerias e clientes corporativos, presentes e futuros.

Ressalta-se que a investigação conduzida pela SG referente ao caso Gympass continua em andamento, a fim de apurar se houve abuso de posição dominante (art. 36, da Lei nº 12.529/2011). De acordo com a legislação brasileira, a prática de infração à ordem econômica sujeita a empresa a multa de 0,1% a 20% do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração (art. 37, I da Lei nº 12.529/2011).

CONCLUSÃO

Ao compartilhar a experiência deste Conselho em 2 (dois) casos recentes, este artigo visa a contribuir com as discussões acerca de quais são parâmetros de análise adequados para condutas unilaterais, especialmente a recusa de contratação e a manutenção de relações de exclusividade, à luz da necessária consideração de eventuais efeitos pró e anticompetitivos que delas podem derivar, bem como a racionalidade econômica que pode ter justificado o comportamento dos agentes econômicos investigados.

Nesse sentido, a experiência do CADE tem evidenciado a necessidade de compreender no detalhe como se dá a dinâmica competitiva dos mercados, por meio da compreensão de toda a cadeia de valor do produto ou serviço objeto de investigação e como os agentes de mercado públicos e privados relacionados interagem. O estudo dessa interação

se mostra vital em mercados altamente dinâmicos, que se transformam constantemente, a exemplo do que ocorreu no precedente atinente ao mercado de plataformas agregadoras de academias apresentado neste artigo. Além disso, em se tratando de mercados regulados, compreender o papel de cada órgão regulador, a teor de suas competências legais, mostra-se fundamental, como ocorreu no processo administrativo relativo ao mercado de distribuição de QAv em Guarulhos/SP.

No tocante à recusa de contratar, tendo em vista a prevalência, em regra, da liberdade das empresas de contratarem com quem bem entenderem, a teor do princípio da livre iniciativa encampado na Constituição Federal de 1988 e na Lei nº 12.529/2011, entende-se ser de suma importância a análise dos fatos que permeiam a controvérsia do caso concreto, sobretudo os contratos, histórico das negociações e indicadores de comportamentos de boa-fé ou má-fé das partes.

Não obstante, independentemente da decisão de mérito do CADE ser pela ocorrência ou não de infração à ordem econômica, o Conselho com frequência faz sugestões de políticas públicas e de medidas que poderiam ser aplicadas em determinado setor visando à fomentar a livre concorrência, na esteira de sua função de *advocacy*.

Em relação às relações de exclusividade, o caso Gympass demonstra que o CADE vem se mantendo atento quanto a possíveis práticas anticompetitivas cometidas por plataformas digitais, como recentemente ocorreu também em relação ao caso envolvendo a plataforma iFood, que opera delivery de comida no Brasil¹³.

No caso iFood, também através de medida preventiva, o CADE proibiu a prática de exclusividade em relação a contratos *futuros*, considerando que a plataforma de *delivery* não praticava exclusividade em relação a toda a sua rede de restaurantes parceiros. No caso Gympass, adotando uma posição mais rigorosa, o CADE suspendeu as cláusulas de exclusividade presentes e futuras em relação à integralidade das academias parceiras e dos clientes corporativos.

Ambos os casos continuam em investigação pelo CADE, e poderão constituir importantes precedentes no futuro, destacando o papel a ser desempenhado pela autoridade concorrencial quanto à prática de

13 BRASIL. *Cade impede iFood de celebrar novos contratos de exclusividade com restaurantes*, 10 mar. 2021. Disponível em <<https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/cade-impede-ifood-de-celebrar-novos-contratos-de-exclusividade-com-restaurantes>>.

exclusividade por plataformas digitais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CADE. Cadernos do Cade: Mercados de Distribuição e Varejo de Combustíveis Líquidos. Departamento de Estudos Econômicos (DEE) - Cade, maio de 2022.
- CADE. Guia Análise de Atos de Concentração. Brasília, Cade: Julho de 2016 (On-line). Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf>
- CADE. Processo Administrativo nº 08700.001831/2014-27. Autos disponíveis em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?2pXoYgv29q86Rn-fAe4ZUaXIR3v7-gVxEWL1JeB-RtUgq0wvr6Zlwydl0IhRNSr2Q22lByVKByYDYwsa13_jxmQH2NClvkrwWz7sERcP31NHuTDUJlPjVMwzutJ3ux3i.
- CADE. Inquérito Administrativo nº 08700.004136/2020-65. Autos disponíveis em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5Uu-J6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcSAlNG-3BEuxBuDxuaTI21JtluCsnT1rW6o6w8bRweD-x.
- CADE. Inquérito Administrativo nº 08700.004588/2020-47. Autos disponíveis em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcaPonKpe mYl591TZDVz41cKkeMG3znSccU-isTZDv-qj
- OCDE. A OCDE e o Brasil: Uma relação mutuamente benéfica. 17 de maio de 2022. Disponível em <<https://www.oecd.org/latin-america/paises/brasil-portugues/>>
- OCDE. OECD Policy Roundtables: The Essential Facilities Concept (1996). Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/abuse/1920021.pdf>
- OCDE. Revisões por Pares da OCDE sobre Legislação e Política de Concorrência: Brasil (2019). Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/revisoes-por-pares-da-ocde-sobre-legislacao-e-politica-de-concorrenca-brasil-2019-web.pdf>
- OCDE. Working Party No. 2 on Competition and Regulation: Competition Enforcement and Regulatory Alternatives – Note by Brazil. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP2/WD\(2021\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP2/WD(2021)14/en/pdf).

RESUMO BIOGRÁFICO

Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann

Conselheiro no Tribunal do CADE. Doutor em Direito pela Università di Camerino e pela Universidade de São Paulo. Especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Rafael Rossini Parisi

Chefe de Gabinete no Tribunal do CADE (Gabinete do Conselheiro Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann). Mestrando em Economics for Competition Law pela King's College London. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Bacharel em Administração de Empresas pela Fundação Getulio Vargas de São Paulo.

Lucas de Góis Barrios

Assessor no Tribunal do CADE (Gabinete do Conselheiro Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann). Mestrando em Direito Comercial na Universidade de São Paulo. Especialista em Direito Econômico pela Fundação Getulio Vargas de São Paulo. Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

Ingrid Cristina Soares Silva

Estagiária de pós-graduação do Tribunal do CADE (Gabinete do Conselheiro Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann). Mestre em Direito Agrário pela Universidade Federal de Goiás (UFG). Especialista em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Universidade de São Paulo. Bacharel em Direito pela UFG.

Júlia Yanis Fidanza Araujo

Estagiária do Tribunal do CADE (Gabinete do Conselheiro Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann). Graduanda em Direito pela Universidade de Brasília.

REPÚBLICA DEL PARAGUAY

COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA

MIEMBROS DEL DIRECTORIO

Rolando Díaz Delgado, Presidente

Eduardo González Martínez

Eduardo Barros Vasconsellos



CUOTA DE MERCADO Y POSICIÓN DOMINANTE EN LA JURISPRUDENCIA DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA (CONACOM) DE PARAGUAY

COTA DE MERCADO E POSIÇÃO DOMINANTE NA JURISPRUDENCIA DA COMISSÃO NACIONAL DA CONCORRÊNCIA (CONACOM) DO PARAGUAI

Rolando Díaz Delgado

RESUMEN

El presente artículo busca desentrañar, en el marco de la Ley de Defensa de la Competencia de Paraguay y de la jurisprudencia de su autoridad de aplicación, la Comisión Nacional de la Competencia (CONACOM), la cuestión de si una cuota de mercado elevada es o no un factor determinante por sí misma, con independencia de cualesquiera otros factores, para alcanzar la convicción de que una empresa goza de posición dominante en un mercado relevante.

Partiendo del concepto de posición dominante, se aborda posteriormente la revisión de la jurisprudencia europea y española, para finalizar con el análisis de la jurisprudencia paraguaya, con el fin de conocer si la CONACOM, en la resolución de los casos puestos a su consideración, ha seguido la línea de considerar que una elevada cuota de mercado genera la presunción de dominancia o si, por el contrario, considera que la cuota de mercado no es un factor o elemento determinante por sí mismo, sino uno más entre muchos otros, a la hora de determinar la dominancia de una empresa.

Palabras clave: competencia, posición dominante, cuota de mercado, CONACOM.

RESUMO

O presente artigo busca desentranhar, no âmbito da Lei de Defesa da Concorrência do Paraguai e da jurisprudência de sua autoridade de aplicação, a Comissão Nacional da Concorrência (CONACOM), a questão de se uma cota de mercado elevada é ou não um fator determinante em si mesma, com independência de quaisquer outros fatores, para alcançar a convicção de que uma empresa goza de posição dominante em um mercado relevante.

Partindo do conceito de posição dominante, se aborda, posteriormente, a revisão da jurisprudência europeia e espanhola, para finalizar com a análise da jurisprudência paraguaia, com o intuito de conhecer se a CONACOM, na resolução dos casos colocados sob sua consideração, seguiu a linha de considerar que uma elevada cota de mercado gera a presunção de dominância ou se, muito pelo contrário, considera que a cota de mercado não é um fator ou elemento determinante por si mesmo, mas bem, mais um entre muitos outros, na hora de determinar a dominância de uma empresa.

Palavras-chave: concorrência, posição dominante, cota de mercado, CONACOM.

1. INTRODUCCIÓN

El concepto de posición dominante es uno de los fundamentales del Derecho de la Competencia en Paraguay y en el mundo.

Dicho concepto es esencial a la hora de comprobar el *abuso de posición dominante* prohibido por los artículos 9º y 10 de la *Ley N° 4956/2013 de Defensa de la Competencia*¹ (en adelante “*Ley*”) de Paraguay, así como a la hora de valorar las operaciones de concentración entre empresas, en la medida en que, de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la misma *Ley*, son incompatibles aquellas operaciones que creen o refuercen una posición dominante en el mercado.

Así pues, la determinación de la posición dominante es una tarea fundamental al momento de aplicar dichas disposiciones, puesto que es un requisito previo para sancionar su abuso y para condicionar o rechazar una operación de concentración, lo que lleva a que las

1 PARAGUAY. Ley N° 4956 «Defensa de la Competencia». Gaceta Oficial, 25 de junio de 2013.

autoridades de competencia pongan especial esmero y rigor técnico en su determinación.

Ello, debido a que son especialmente importantes las consecuencias que pueden derivarse del hecho de que la autoridad de aplicación llegue a la conclusión de que una empresa ostenta una posición dominante en un mercado relevante.

Es por esto que nos parece importante abocarnos a la revisión del concepto de posición dominante consagrado en la todavía novel *Ley* paraguaya y de su configuración en la jurisprudencia de la autoridad de aplicación, la *Comisión Nacional de la Competencia* (CONACOM).

Si bien para poder definir el marco dentro del cual nos moveremos en el presente artículo es necesario hacer referencia al concepto y a la configuración de la posición dominante, no es nuestro objetivo en esta sede zambullirnos en sus profundidades. Por lo que nos limitaremos a describir muy ampliamente el concepto, para luego apuntar enfocarnos en uno de los factores determinantes para la consideración de la existencia de una posición dominante: las altas cuotas de mercado.

Para ello, primeramente, haremos referencia a la doctrina y a la jurisprudencia comparadas, particularmente a las europeas y a las españolas considerando la influencia que el ordenamiento jurídico de ésta ha tenido en la *Ley* paraguaya, para sumergirnos, finalmente, en el análisis de la jurisprudencia desarrollada hasta ahora por la CONACOM a este particular respecto.

2. POSICIÓN DOMINANTE. CONCEPTO

El *Diccionario panhispánico del español jurídico* define *posición de dominio* como aquella *posición de la que disfruta una empresa en el mercado cuando puede comportarse en él independientemente de sus competidores y clientes*².

Por su parte, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) en la emblemática sentencia recaída en el asunto *United Brands* consideró que [...] *la posición dominante [...] es la posición de poder económico de una empresa que le permite obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia, al darle la posibilidad de actuar en buena medida independientemente de sus competidores, de sus clientes y en*

2 ESPAÑA. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. “Posición de dominio”, en *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico*, 2020.

*definitiva de los consumidores*³; concepto que fue ratificado en sentencias posteriores⁴ e incorporado posteriormente por la Comisión en varios de sus instrumentos⁵.

En este sentido, la sentencia del TJCE en el asunto *Hoffmann – La Roche* afirma:

[...] que dicha posición, [...] no excluye la posibilidad de que exista cierta competencia, pero coloca a la empresa que la disfruta en situación, si no de decidir, por lo menos de influir notablemente en las condiciones en que se desarrollará esa competencia y, en todo caso, de actuar en gran medida sin necesidad de tenerla en cuenta y sin que, no obstante, esa actitud le perjudique⁶.

Por otra parte, en España la vigente *Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia*⁷ no define la posición dominante, apartándose en ese sentido de la ya derogada *Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia*⁸, que en su artículo segundo – dos, inciso a) establecía que [...] *una empresa goza de posición de dominio cuando para un determinado tipo de producto o servicio es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional, o, cuando sin ser la única, no está expuesta a una competencia sustancial en el mismo*.

En este marco, el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC)

3 UNIÓN EUROPEA. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. *Sentencia del 14 de febrero de 1978, en el asunto 27/76, United Brands Company y United Brands Continentaal BV contra Comisión de las Comunidades Europeas*, parágrafo 65, p. 82

4 UNIÓN EUROPEA. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. *Sentencia del 13 de febrero de 1979, en el asunto 85/76, Hoffmann-La Roche & Co. AG contra Comisión de las Comunidades Europeas*, parágrafo 38, p. 242; *Sentencia del 9 de noviembre de 1983, en el asunto 322/81, NV Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin contra Comisión de las Comunidades Europeas*, parágrafo 30, p. 913; TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (SALA PRIMERA), *Sentencia del 17 de diciembre de 2003, asunto T-219/99, British Airways plc c Comisión*, parágrafo 189, p. 5973.

5 Véanse, a modo de ejemplos: UNIÓN EUROPEA. *Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia*, (97/C 372/03), parágrafo 10, p. 6; *Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco)*, Artículo 14.2; *Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas*, (2002/C 165/03); *Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas*, (2004/C 31/03), parágrafo 2 2, p. 5; *Comunicación de la Comisión — 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* (2009/C 45/02), parágrafo 10, p. 8.

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

8 ESPAÑA. Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia, *Boletín Oficial del Estado*, 23 de julio de 1963, N° 175, pp. 11144 – 11152.

español en el asunto *BACARDÍ*⁹ ha apuntado que:

La posición de dominio de una empresa concreta en un mercado determinado expresa su aptitud para modificar provechosamente, respecto de la situación de competencia, el precio o cualquier otra característica del producto. El que una empresa tenga esa aptitud dependerá de que se den una serie de circunstancias que, para la empresa en cuestión, podrían resumirse en *poder económico e independencia de comportamiento*. Así, se diría que una empresa disfruta de posición de dominio en un mercado cuando tuviera en éste poder económico e independencia de comportamiento suficientes como para poder actuar sin tomar en consideración las posibles reacciones de los competidores o los consumidores y, de esta manera, ser capaz de modificar en su provecho el precio u otra característica del producto¹⁰.

Igualmente, el mismo Tribunal, en el asunto *Propiedad Intelectual Audiovisual*,¹¹ ha señalado que:

[...] la posición de dominio de un operador económico en un mercado determinado expresa su aptitud para modificar provechosamente, respecto de la situación de competencia, el precio o cualquier otra característica del producto. El que un operador tenga esa aptitud dependerá de que se beneficie de una serie de circunstancias que cabe resumir en poder e independencia en el mercado, en grado suficiente como para poder adoptar sus comportamientos sin tomar en consideración las posibles reacciones de los competidores o los usuarios y, de esta manera, ser capaz de modificar en su provecho el precio u otras características del bien o servicio¹².

Por su parte, la también extinta Comisión Nacional de la Competencia (CNC) española definió a la posición dominante, siguiendo la Comunicación de la Comisión Europea *Orientaciones sobre prioridades de control de la Comisión Aplicación del Artículo 82 CE*, como [...] *la situación de poder económico en que se encuentra una empresa y que permite a ésta impedir que haya una competencia efectiva en el mercado de referencia*¹³.

En una línea similar, el segundo párrafo del artículo 9º de la *Ley paraguaya*

9 ESPAÑA. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. *Resolución (Expte. R 362/99, BACARDÍ)*, de 30 de septiembre de 1999, Fundamentos de Derecho 6, p. 7.

10 El resaltado es nuestro.

11 ESPAÑA. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. *Resolución (Expte. 465/99, Propiedad Intelectual Audiovisual)*, de 27 de julio de 2.000 p. 15.

12 El resaltado es nuestro.

13 ESPAÑA. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Resolución (Expte. S/0135/09 INTERMALTA)*, de 23 de febrero de 2010, p. 9.

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 puede apreciarse, la definición de la *Ley* 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* española 110/1963, de 20 de julio, *de represión de prácticas restrictivas de la competencia.*

Sin embargo, si bien la transposición a *Ley* paraguaya 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 *Ley*:

Artículo 9°. Abuso de posición dominante.

[...]

Se presume que no existe exposición a una competencia efectiva y sustancial cuando, conforme a criterios de razonabilidad fundados en los parámetros citados en el inciso b) de este artículo aplicables al mercado relevante investigado, se determine que los principios de libre competencia establecidos en la presente *Ley* podrían verse afectados, luego de un análisis de quien eventualmente ejercerá posición dominante por parte de la Autoridad de Aplicación.

[...]

b) A fin de establecer la existencia de posición dominante en un mercado, deberán considerarse las siguientes circunstancias:

1. 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;

2. El grado en que las restricciones normativas limiten el acceso de productos u oferentes o demandantes al mercado de que se trate; y,

3. 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.

Artículo 13.- Evaluación de las operaciones de concentración.

Las operaciones de concentración se evaluarán, con el fin de establecer si son compatibles con la presente Ley, teniendo en cuenta:

a) La estructura de todos los mercados en cuestión, la necesidad de preservar y de desarrollar una competencia efectiva en los mismos, y la competencia real o potencial de competidores situados dentro o fuera de la República del Paraguay;

b) La posición en el mercado de los competidores participantes, su fortaleza económica y financiera, las posibilidades de elección de proveedores y usuarios, su acceso a las fuentes de suministro o a los mercados, la existencia de obstáculos de hecho o de derecho al acceso a dichos mercados, la evolución de la oferta y la demanda de los productos y servicios de que se trate, los intereses de los consumidores intermedios y finales, así como la evolución del progreso técnico o económico, siempre que esta sea en beneficio de los consumidores y no constituya un obstáculo para la competencia.

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 este marco, 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 de las autoridades de competencia para la constatación de una posición de dominio.

3. LAS ALTAS CUOTAS DE MERCADO COMO FACTOR RELEVANTE PARA LA VALORACIÓN DE LA EXISTENCIA DE UNA POSICIÓN DOMINANTE

Siendo las cuotas de mercado el punto de partida habitual, podemos plantearnos las siguientes preguntas: ¿unas altas o importantes cuotas de mercado prueban por sí mismas, sin necesidad de analizar otros factores en presencia, una posición dominante?

Al respecto, Jaime Folguera Crespo y Patricia Vidal Martínez¹⁴ apuntan que las cuotas de mercado de las empresas, sin ser determinantes, facilitan una primera aproximación sobre su posición y fortaleza competitiva; por lo que: *[c]uanto mayor sea su cuota de mercado de una empresa, más probable es que ésta tenga poder de mercado [...] Aunque las cuotas de mercado y la suma de cuotas de mercado sólo constituyan un primer indicio del poder de mercado y de los incrementos de tal poder, suelen ser factores importantes a la hora de evaluar la operación*¹⁵.

En este sentido, cabe desatar que las normativas y las jurisprudencias europeas y españolas no establecen un umbral de cuota de mercado cuya superación permita considerar de forma automática la existencia de una posición dominante.

Sin embargo, tanto en los precedentes españoles como comunitarios, podemos encontrar algunos parámetros de valoración de las cuotas de mercado. Como apuntan Inmaculada Gutiérrez y Jorge Padilla, la cuota de mercado de una empresa aporta cierta información sobre su posición en el mercado, por lo que *[...] la cuota suele ser interpretada como una proxi de poder de mercado y por ello se considera el punto de partida en el análisis de dominancia*¹⁶.

Ahora bien, ¿cuán determinante es dicha información a la hora de definir la dominancia individual o colectiva?

14 FOLGUERA CRESPO, Jaime y VIDAL MARTÍNEZ, Patricia. “Artículo 10. Criterios de valoración sustantiva”, en: *Massaguer, José; Sala Arquer, José Manuel; Folguera, Jaime y Gutiérrez, Alfonso. Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia y a los preceptos sobre organización y procedimientos de la Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*, p. 551.

15 UNIÓN EUROPEA. COMISIÓN EUROPEA. *Directrices sobre evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de concentraciones entre empresas (2004/C 31/03)*.

16 GUTIÉRREZ, Inmaculada y PADILLA, Jorge. “Una racionalización económica del concepto de posición de dominio”, en Martínez Lage, Santiago y Petitbò Juan, Amadeo (Directores): *El Abuso de posición de dominio*, p. 20.

3.1. Antecedentes europeos

En la *supra* referida sentencia del asunto *UNITED BRANDS*, el TJCE dejó sentado que [...] *la existencia de una posición dominante resulta, en general, de la concurrencia de varios factores que, considerados aisladamente, no serían necesariamente determinantes*¹⁷ [...] y que [...] *para apreciar si UBC es una empresa en posición dominante en el mercado de referencia debe examinarse en primer lugar su estructura y seguidamente la situación de la competencia en dicho mercado*¹⁸. En consecuencia, primeramente, se analizaron las características estructurales de *UNITED BRANDS* en los siguientes términos:

[...] que UBC es una empresa con un grado de *integración vertical* muy elevado;

[...] que, por tanto, en la fase de producción, UBC tiene garantizado poder satisfacer todos los pedidos que se le hagan;

[...] que en el ámbito de los *conocimientos técnicos y gracias a investigaciones constantes, UBC continúa mejorando la productividad y el rendimiento de las plantaciones*, al perfeccionar los sistemas de drenaje, corregir las deficiencias edafológicas y combatir eficazmente las enfermedades de las plantaciones;

[...] que las empresas competidoras no pueden desarrollar actividades de investigación a un nivel comparable y se encuentran, a este respecto, en desventaja frente a la parte demandante.

[...] que UBC ha individualizado este producto mediante *campañas de publicidad y promoción masivas y repetidas que han hecho que el consumidor lo prefiera*, pese a la diferencia de precio que existe entre los plátanos con etiqueta y sin ella (del orden del 30 al 40 %), así como entre los plátanos Chiquita y los etiquetados con otra marca (del orden del 7 al 10 %);

[...] que de esta manera ha adquirido una posición privilegiada que *hace de Chiquita la primera marca de plátanos en el mercado de referencia*, con la consecuencia de que *un distribuidor no puede dejar de ponerla a disposición del consumidor*.

17 UNIÓN EUROPEA. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. *Sentencia de 14 de febrero de 1978, en el asunto 27/76, United Brands Company y United Brands Continentaal BV contra Comisión de las Comunidades Europeas*, parágrafo 66, p. 82.

18 UNIÓN EUROPEA. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. *Sentencia de 14 de febrero de 1978, en el asunto 27/76, United Brands Company y United Brands Continentaal BV contra Comisión de las Comunidades Europeas*, parágrafo 67, p. 82.

[...] Considerando que, en la fase de venta, este factor de individualización —justificado por la calidad constante del plátano que lleva esta etiqueta— *le garantiza una clientela permanente que consolida su poder económico*¹⁹.

En segundo lugar y después de realizar el análisis estructural de la empresa, varios párrafos más tarde, el TJCE se abocó al estudio de la cuota de mercado afirmando:

[...] que [...] se puede considerar probado que la cuota de UBC en el mercado de referencia es superior al 40% y se aproxima al 45%.

[...] que *este porcentaje no permite sin embargo concluir que exista un control automático del mercado por UBC;*

[...] que *dicho porcentaje debe valorarse en relación con la fuerza y el número de sus competidores.*

[...] Considerando que hay que señalar, en primer lugar, que sobre el mercado de referencia en su conjunto, *dicho porcentaje representa grosso modo una cuota varias veces superior a la de su competidor Castle y Cooke, que es el mejor situado, ya que los restantes tienen una cuota de mercado muy inferior;*

[...] que *este hecho, combinado con los ya señalados, puede considerarse como un dato que prueba la fuerza preponderante de UBC*²⁰.

Además de estos análisis, el TJCE antes de alcanzar la convicción de la existencia de la posición dominante, también analizó las altas barreras de entrada existentes, respecto de las cuales concluyó que [...] *si bien es cierto [...] que los competidores tienen la posibilidad de utilizar los mismos métodos de producción y distribución que la parte demandante, se enfrentan con obstáculos prácticos y financieros casi insalvables*²¹.

Para el TDC, finalmente, con base en un análisis de los diferentes factores en presencia y, como apunta Cani Fernández, absteniéndose de dar mayor relevancia a un factor particular respecto de los demás²², concluyó que [...] *la totalidad de las ventajas de que goza UBC le garantizan, pues, una*

21 UNIÓN EUROPEA. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. *Sentencia de 14 de febrero de 1978, en el asunto 27/76, United Brands Company y United Brands Continentaal BV contra Comisión de las Comunidades Europeas*, parágrafo 123, p. 89.

22 FERNÁNDEZ, Cani. “Cuota de Mercado y Poder de Mercado”, en: MARTÍNEZ LAGE, Santiago y PETITBÔ JUAN, Amadeo (Directores). *El Abuso de posición de dominio*, p. 66.

posición dominante en el mercado de referencia.

A los fines del presente estudio, podemos asumir que en *UNITED BRAND* el TJCE llegó a la conclusión de la existencia de una posición dominante sin haber concedido un especial papel a la cuota de mercado; sino más bien como consecuencia de un análisis de conjunto de varios factores.

Sin embargo, como advierte Cani Fernández, en relación con el papel de la cuota de mercado en la determinación de una posición dominante, esta postura ha sido matizada en sentencias posteriores del mismo TJCE.

Así, en el asunto *HOFFMANN – LA ROCHE* el TJCE, si bien también refiere a otros factores, otorga claramente un rol preponderante a la cuota de mercado:

[...] la existencia de una posición dominante puede deberse a varios factores que, tomados por separado, no serían necesariamente determinantes, pero que, entre esos factores, uno muy significativo es la existencia de cuotas de mercado muy altas.

[...] es correcto estimar que unas cuotas extremadamente elevadas constituyen por sí mismas, y salvo circunstancias excepcionales, la prueba de la existencia de una posición dominante;

[...] el hecho de tener una cuota de mercado muy alta coloca a la empresa que la posee durante cierto tiempo [...] en una situación de fuerza que hace que sea inevitable mantener relaciones comerciales con ella y que, ya sólo por eso, le proporciona, al menos durante períodos relativamente largos, la independencia de comportamiento característica de la posición dominante²³.

A partir de los párrafos transcritos podemos afirmar que, si bien el TJCE parece mantener la idea desarrollada en *UNITED BRANDS*, de que, para la determinación de una posición dominante, habrá que desarrollar un análisis de conjunto de los diversos factores en presencia; sin embargo, terminó afirmando que la existencia de una cuota de mercado alta debería considerarse como *uno muy significativo*, por lo que, *salvo circunstancias excepcionales*, esa sola situación podría llevar a concluir que existe *la independencia de comportamiento característica de la posición dominante*.

En este marco, el TJCE se introdujo en el análisis de cada uno de los siete mercados relevantes definidos, no sin antes reafirmar que:

[...] a la luz de estas consideraciones deben evaluarse las participaciones de Roche en cada uno de los mercados de referencia y, con carácter complementario, los indicios que, junto con las cuotas de mercado, permiten detectar la posible existencia de una posición dominante²⁴.

De la lectura del análisis realizado bajo el título de *Aplicación de los criterios pertinentes a los distintos grupos de vitaminas*²⁵, el TJCE efectivamente centra su atención en la evaluación de las participaciones de la empresa en cada uno de los mercados de referencia y, solo con carácter complementario, entra a valorar otros indicios que, junto con las cuotas de mercado, permiten detectar la posible existencia de una posición dominante.

De esta manera, en lo que respecta al grupo de la vitamina A, el TJCE dejó sentado:

[...] que [...] la cuota de mercado de Roche dentro del mercado común puede evaluarse en el 47 %, tanto en valor como en cantidad;

[...] que, como el mercado de referencia tiene las características de un mercado oligopolístico estricto, en el que el grado de competencia ya se halla debilitado de por sí, *la cuota de mercado de Roche, que es igual a la suma de las de sus dos inmediatos competidores, demuestra que dispone de una total libertad de acción para decidir qué actitud adoptar frente a la competencia;*

que el hecho de que exista un adelanto tecnológico de Roche respecto a sus competidores, debido a que es el inventor y el titular de muchas patentes relativas a la vitamina A, incluso después de caducadas esas patentes, constituye un *indicio complementario* de que ocupa una posición dominante;

que, como se ha señalado anteriormente, lo mismo puede decirse en cuanto a la inexistencia de competencia potencial por parte de empresas nuevas, mientras que la derivada del exceso de capacidad de producción en las empresas ya existentes favorecería más bien a Roche²⁶ [...].

Por su parte, en lo que al mercado de la vitamina B respecta, en el que

24 UNIÓN EUROPEA. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. *Sentencia del 13 de febrero de 1979, en el asunto 85/76, Hoffmann-La Roche & Co. AG contra Comisión de las Comunidades Europeas*, parágrafos 39, 41 y 49, pp. 243, 244 y 247.

25 UNIÓN EUROPEA. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. *Sentencia del 13 de febrero de 1979, en el asunto 85/76, Hoffmann-La Roche & Co. AG contra Comisión de las Comunidades Europeas*, parágrafos 50 a 68, pp. 248 a 255.

Roché ostentaba cuotas de entre 80% y 87%, el Tribunal afirmó, sin entrar a considerar otros factores, [...] *que las cuotas de mercado que revelan son tan importantes que por sí mismas son una prueba de la existencia de una posición dominante*²⁷.

Respecto del mercado de la vitamina B₃, en el que las cuotas de mercado se movían entre el 23,4% y el 51%, el TJCE descartó la dominancia con base en que [...] *la Comisión no ha indicado [...] cuáles serían los indicios complementarios que, junto con la cuota de mercado corregida, podrían hacer suponer la existencia de una posición dominante*²⁸.

Cabe resaltar que, de los siete mercados definidos, solo en el de la vitamina B₃ no se declaró dominante a Roché. Sin embargo, también aquí podemos advertir que los indicios que el TJCE echa en falta son considerados complementarios a las cuotas de mercado. De la lectura de los análisis realizados respecto de los mercados relevantes, parece resultar que el requerimiento de indicios complementarios se debe al hecho de que, en este mercado, el *market share* es significativamente inferior a las de los restantes seis mercados. Algo similar puede afirmarse respecto del análisis del mercado de la vitamina A, según se desprende de los párrafos transcriptos *supra*.

En lo que al mercado de la vitamina B₆ se refiere, la Comisión sostuvo que las cuotas de mercado en los años analizados estarían entre el 83,9% y el 90,0%. Por su parte, Roché afirmó que dichas estimaciones debían reducirse por lo menos en un 20%. El TJCE, al respecto, mantuvo que, aún aceptando sin más las afirmaciones de Roché, [...] *las cuotas de mercado [...] siguen siendo, no obstante, tan altas que demuestran que existe una posición dominante; más aún cuando [...] la cuota de mercado de ninguno de los cuatro competidores que seguían a Roche llegaba al 10% y que algunas de ellas eran muy probablemente inferiores al 5%*²⁹. En resumen, en el análisis de este mercado no se incorporaron otros factores complementarios.

En lo que respecta al mercado de la vitamina C, las cuotas de mercado en los años bajo estudio se movían entre el 63,0% y el 65,7%; por lo que,

27 UNIÓN EUROPEA. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. *Sentencia del 13 de febrero de 1979, en el asunto 85/76, Hoffmann-La Roche & Co. AG contra Comisión de las Comunidades Europeas*, parágrafo 56, p. 250.

28 UNIÓN EUROPEA. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. *Sentencia del 13 de febrero de 1979, en el asunto 85/76, Hoffmann-La Roche & Co. AG contra Comisión de las Comunidades Europeas*, parágrafo 58, p. 251.

29 UNIÓN EUROPEA. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. *Sentencia del 13 de febrero de 1979, en el asunto 85/76, Hoffmann-La Roche & Co. AG contra Comisión de las Comunidades Europeas*, párrafos 59 y 60, p. 252.

el TJCE concluyó, sin referirse a otros factores complementarios, que [...] *las cuotas de mercado [...] demuestran la existencia de una posición dominante; más aún cuando, [...] la diferencia entre las cuotas de mercado de Roche (64,8%) y las de sus inmediatos competidores (14,8% y 6,3%) eran tan grande que confirma la conclusión*³⁰ [...] de que Roche ostentaba una posición dominante en el mercado de referencia. Aquí, el Tribunal tampoco entró a considerar otros factores complementarios para alcanzar su convicción.

Por lo que respecta al mercado de la vitamina E, en los años bajo análisis las cuotas de mercado se estimaron entre 50,0% y 64,0%, por lo que el TJCE, sin entrar a analizar otros factores, consideró:

[...] que la magnitud de estas cuotas, ya importante por sí sola, queda reforzada por el hecho de que las de los competidores de Roche deben ser estimadas, [...] por lo que respecta al año 1974, en valor, en el 16 %, 6 % y 1 % en el caso de los otros productores, y en el 19 % en el caso de uno o varios importadores, generalmente firmas comerciales que operan desde países terceros;

que tal situación corresponde, aún de manera más característica que en el caso de la vitamina A, al modelo de un mercado oligopolístico estricto en el que la cuota de Roche es muy superior a la suma de las de los dos competidores más cercanos;

*que, por tanto, la Comisión estaba en lo cierto al declarar que existía una posición dominante en este mercado*³¹.

Finalmente, en lo que al mercado de la vitamina H respecta, el Tribunal se expidió en el sentido de que Roche [...] *ha admitido haber ocupado el 100 % de este mercado y que, durante el período que se tiene en cuenta, su cuota ascendía aún al 93 %, por lo que, de hecho, ocupa una posición de monopolio*³².

Como puede apreciarse, solo en el análisis de los mercados de vitamina A y vitamina B₃, en los que las cuotas estaban por debajo del 50%, el Tribunal

30 UNIÓN EUROPEA. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. *Sentencia del 13 de febrero de 1979, en el asunto 85/76, Hoffmann-La Roche & Co. AG contra Comisión de las Comunidades Europeas*, parágrafos 61 a 63, p. 253.

31 UNIÓN EUROPEA. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. *Sentencia del 13 de febrero de 1979, en el asunto 85/76, Hoffmann-La Roche & Co. AG contra Comisión de las Comunidades Europeas*, parágrafos 64 a 66, pp. 254 y 255. El resaltado es nuestro.

32 UNIÓN EUROPEA. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. *Sentencia del 13 de febrero de 1979, en el asunto 85/76, Hoffmann-La Roche & Co. AG contra Comisión de las Comunidades Europeas*, parágrafo 67, p. 255.

entró a analizar otros factores diferentes a las cuotas de mercado. Por tanto, como afirma Cani Fernández, a partir de la sentencia *HOFFMANN – LA ROCHE* puede hablarse de una presunción de dominancia basada en las cuotas de mercado³³.

Más adelante, en la sentencia de 3 de julio de 1991 en el asunto *AKZO*, el TJCE, recordando la sentencia *HOFFMANN – LA ROCHE*, concluyó que [...] *cuotas muy importantes constituyen por sí mismas, y salvo circunstancias excepcionales, la prueba de la existencia de una posición dominante. Así ocurre con una cuota de mercado del 50%, como la comprobada en el presente caso*³⁴.

Hasta aquí, como puede apreciarse, para el TJCE, una cuota del 50% o más, salvo circunstancias excepcionales, por sí misma, es decir, sin necesidad de considerar otros factores complementarios, constituyen prueba de la existencia de una posición dominante.

Cabe resaltar que, si bien en *AKZO*, a diferencia de en *HOFFMANN – LA ROCHE*, el TJCE, además de la importante cuota de mercado, consideró otros factores³⁵, lo hizo solo para confirmar el predominio de *AKZO* en el mercado³⁶.

Por lo tanto, tanto en *HOFFMANN – LA ROCHE* como en *AKZO*, el Tribunal sentó el criterio de que, si la empresa bajo análisis tiene un *market share* elevado, en torno del 50% o más, hay una presunción de que la misma ostenta una posición dominante en el mercado relevante. Así, el Tribunal sostiene, una vez comprobada la elevada cuota de mercado, que [...] *AKZO no ha aportado datos que demuestren que dicha cuota haya disminuido a lo largo de años posteriores*³⁷; lo que, en definitiva, supone la inversión de la carga de la prueba que, como afirma Cani Fernández, [...] *en principio, tratándose de un procedimiento sancionador y sobre la base del principio acusatorio, debería corresponder a la autoridad de competencia*³⁸. Aunque,

33 FERNÁNDEZ, Cani. “Cuota...”, *op. cit.*, p. 68.

34 UNIÓN EUROPEA. TRIBUNAL DE JUSTICIA (SALA QUINTA). *Sentencia, asunto C-62/86, AKZO Chemie BV c Comisión de las Comunidades Europeas, de 3 de julio de 1991*, parágrafo 60, p. 3453.

35 Tales como que *AKZO [...] se considera líder mundial del mercado de peróxidos, [...] posee, según sus propias palabras, la organización de marketing más desarrollada, tanto desde el punto de vista comercial como técnico, así como conocimientos más amplios que sus competidores en materia de seguridad y de toxicología*. UNIÓN EUROPEA. TRIBUNAL DE JUSTICIA (SALA QUINTA). *Sentencia, asunto C-62/86, AKZO Chemie BV c Comisión de las Comunidades Europeas, de 3 de julio de 1991*, parágrafo 60, p. 3453.

36 UNIÓN EUROPEA. TRIBUNAL DE JUSTICIA (SALA QUINTA). *Sentencia, asunto C-62/86, AKZO Chemie BV c Comisión de las Comunidades Europeas, de 3 de julio de 1991*, parágrafo 61, p. 3453.

37 UNIÓN EUROPEA. TRIBUNAL DE JUSTICIA (SALA QUINTA). *Sentencia, asunto C-62/86, AKZO Chemie BV c Comisión de las Comunidades Europeas, de 3 de julio de 1991*, parágrafo 59, p. 3453.

38 FERNÁNDEZ, Cani. “Cuota...”, *op. cit.*, p. 68.

concluye que, pese a todo, debe reconocerse que el TJCE matiza, en cierta medida, su “presunción de dominio” al exigir que las altas cuotas de mercado se mantengan durante cierto tiempo³⁹.

Siguiendo con el análisis de la jurisprudencia europea, nos ocupamos a continuación del asunto *BRITISH AIRWAYS*⁴⁰. En el análisis de este asunto, el Tribunal de Primera Instancia (TPI), recordando la sentencia *HOFFMANN – LA ROCHE*, afirmó que [...] *ha de tenerse en cuenta que constituye un indicio muy significativo el hecho de que la empresa de que se trate posea cuotas de mercado muy elevadas*⁴¹; entendiendo por estas cuotas que se movieron entre los años 1992 y 1998 de 46,3% a 39,7%.

En *BRITISH AIRWAYS*, el TPI parece bajar el listón por debajo de los 40 puntos porcentuales respecto de lo que debe entenderse por *cuotas de mercado muy elevadas*, teniendo en cuenta lo que vimos a este respecto en los asuntos *UNITED BRANDS*, *HOFFMANN – LA ROCHE* y *AZKO*. Sin embargo, de una revisión en conjunto de las sentencias hasta aquí analizadas, más bien parece desprenderse que el concepto de *cuotas de mercado muy elevadas* no es un concepto objetivo referido a un porcentaje particular, a partir del cual pueda considerarse que se active la presunción de dominancia. Más bien, parece referirse a un concepto relativo que debe concretarse atendiendo las circunstancias particulares del caso concreto.

Así, por ejemplo, podríamos suponer que en un mercado en el que solo hubiera tres actores, teniendo uno de ellos un 40% de cuota de mercado y las restantes 30% cada una, no activaría necesariamente la presunción. Mientras que tampoco podríamos descartar la dominancia en un mercado en el que, por ejemplo, existieran doscientas empresas, ostentando la líder una cuota de “a penas” un 25% y teniendo sus inmediatos seguidores cuotas inferiores al 3%. Con ello, el concepto “cuota muy elevada” en realidad debería evaluarse en términos relativos, es decir, en referencia con las cuotas de mercado de los competidores.

Por lo menos esto es lo que parece desprenderse de la sentencia que venimos revisando, en la medida en que el TPI, al tiempo de afirmar la existencia de cuotas muy elevadas de *British Airways*, puso particular énfasis, en primer lugar, en [...] *la comparación entre las cuotas de mercado de la empresa afectada y las de sus competidores inmediatos*, [...], en la medida en que, [...] *los competidores inmediatos sólo poseen*

39 FERNÁNDEZ, Cani. “Cuota...”, *op. cit.*, p. 68.

40 UNIÓN EUROPEA. TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (SALA PRIMERA). *Sentencia del 17 de diciembre de 2003, asunto T-219/99, British Airways plc c Comisión*.

41 UNIÓN EUROPEA. TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (SALA PRIMERA). *Sentencia del 17 de diciembre de 2003, asunto T-219/99, British Airways plc c Comisión*, parágrafo 210, p. 5977.

*cuotas marginales*⁴²; y, en segundo lugar, en el hecho de que las cuotas de *British Airways* en los años en estudio [...] *constituyen invariablemente un múltiplo de las cuotas de mercado de cada una de sus cinco principales competidoras presentes en el mercado británico de los servicios prestados por las agencias de viajes en el sector del transporte aéreo*⁴³.

Finalmente, si bien, aquí también el TPI se ocupó de revisar otros factores, tales como el puesto que a escala mundial ocupaba *British Airways* en razón del número de pasajeros/kilómetros transportados en vuelos regulares internacionales, la amplitud de la gama de sus servicios y su red radial, lo hizo con carácter complementario, es decir, con el fin de reafirmar la dominancia, y no como parte de un análisis de conjunto de los diferentes factores en presencia.

En el asunto *MICROSOFT Corp. C Comisión de las Comunidades Europeas*, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 17 de septiembre de 2007⁴⁴, confirmó las actuaciones de la Comisión respecto de la determinación de la posición dominante de *MICROSOFT* en el mercado de los sistemas operativos para ordenadores personales clientes, sobre la base de unas cuotas que representaban el 90%. Seguidamente, la Comisión también analizó otros factores, como la estabilidad de las cuotas en el tiempo y la existencia de importantes barreras de entrada, que confirmaron sus conclusiones.

Asimismo, el TPI también confirmó las apreciaciones de la Comisión respecto de la dominancia en el mercado de los sistemas operativos para servidores de grupos de trabajo, sobre la base de una cuota de mercado del 60%. Además de la cuota de mercado, el TPI consideró la posición de los tres principales competidores de *MICROSOFT* en este mercado: Novell (entre el 10 % y el 25 %), los distribuidores de productos Linux (entre el 5 % y el 15 %), y los distribuidores de productos UNIX (entre el 5 % y el 15 %). También fue considerada la existencia de muchos obstáculos a la entrada, consecuencia en particular de los efectos de red y la negativa de Microsoft a divulgar la información relativa a la interoperabilidad⁴⁵.

42 UNIÓN EUROPEA. TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (SALA PRIMERA). *Sentencia del 17 de diciembre de 2003, asunto T-219/99, British Airways plc c Comisión*, parágrafo 210, p. 5977.

43 UNIÓN EUROPEA. TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (SALA PRIMERA). *Sentencia del 17 de diciembre de 2003, asunto T-219/99, British Airways plc c Comisión*, parágrafo 211, p. 5978.

44 UNIÓN EUROPEA. TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (GRAN SALA). *Sentencia del 17 de septiembre de 2007, asunto T-201/04, Microsoft Corp. c. Comisión de las Comunidades Europeas*, párrafos, 30 a 32, págs. 3631 y 3632.

45 UNIÓN EUROPEA. TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (GRAN SALA). *Sentencia del 17 de septiembre de 2007, asunto T-201/04, Microsoft Corp. c. Comisión de las Comunidades Europeas*, parágrafo 33, p. 3633.

Como apunta Cani Fernández, hasta aquí podríamos concluir que, [...] pese al asunto *United Brands*, en el que el TJCE parecía decantarse por un análisis de conjunto y equilibrado a la hora de analizar la concurrencia o no de poder de mercado, la jurisprudencia ha evolucionado hacia la concesión de una relevancia particular a las cuotas de mercado de las empresas en cuestión⁴⁶.

3.2. Antecedentes españoles

Arrancamos la revisión de la jurisprudencia española con la Resolución de 7 de enero de 1992, dictada en el *Expte. 291/90 ARBORA/AUSONIA* por la Sección Primera del extinto Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), la cual dejó sentado que, [c]onjuntamente, es evidente que las empresas *ARBORA* y *AUSONIA* tienen una posición de dominio en dicho mercado, ya que dominan de dos tercios a un 70% del total⁴⁷. Para alcanzar esta conclusión, el TDC no recurrió a otros factores adicionales, limitándose a constatar la dominancia a partir de la alta cuota conjunta de las empresas en cuestión.

En la misma línea, es decir, sin entrar a valorar otros factores, la Resolución de 1 de abril de 1992, dictada en el *Expte. 305/91 IMECOSA*, la Sección Primera del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) constató que, en el mercado relevante de servicios de asistencia médica y sanitaria a la población de la provincia de Pontevedra contratados mediante seguros voluntarios de carácter privado, *IMECOSA* [...] tenía posición dominante [...] como lo permite afirmar el número de personas cuyas necesidades de asistencia sanitaria cubría que era más de veinte veces el de las que atendían algunas de sus competidoras como *Sanitas* y *Nueva Unión de Seguros, S.A. --NUSSA--* y multiplicaba por más de cincuenta el de los atendidos de la misma forma por algunas otras (*Seguro Europeo* y *La Unión Madrileña*)⁴⁸ [...], es decir, una cuota de mercado que rondaba el 87%.

En la misma línea, en la Resolución *Expte. 411/97 DISA/CEPSA* de 29 de julio de 1998, el Pleno del TDC declaró que *CEPSA* tenía [...] posición de dominio en el mercado de productos petrolíferos en Canarias ya que, como consecuencia de ser la única refinería de petróleo instalada en dicho territorio, más del 95% de los productos petrolíferos que se venden en el

46 FERNÁNDEZ, Cani. “Cuota...”, *op. cit.*, p. 69.

47 ESPAÑA. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. *Resolución (Expte. 291/90 ARBORA/AUSONIA) de 7 de enero de 1992*, Fundamento de Derecho 1, p. 12.

48 ESPAÑA. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. *Resolución (Expte. 305/91 IMECOSA), del 1 de abril de 1992*, Fundamento de Derecho 1, p. 7.

*mercado canario pertenecen a la marca CEPESA*⁴⁹.

En la Resolución *Expte. 497/00 SEGUROS MÉDICOS CIUDAD REAL* de 25 de junio de 2001, el Pleno del TDC consideró que Seguro Colegial gozaba de una posición dominante en el mercado de seguros privados de asistencia médica de la provincia de Ciudad Real, a pesar de que sólo contaba con el 11,6% de los asegurados de la provincia, ya que [...] *sus acuerdos con las compañías ASISA, ADESLAS, PREVIASA y CAJA SALUD le permitieron asistir a los clientes asegurados por estas empresas alcanzando, de esta forma, la cobertura del 86% de los beneficiarios de seguros médicos en dicha provincia*⁵⁰. Aunque es verdad que el TDC también hizo referencia a otros factores [(1) la fuerte participación accionaria entre SEGURO COLEGIAL y la Clínica COREYSA, (2) ser la mejor dotada de la dos únicas clínicas privadas médico-quirúrgicas de carácter general de Ciudad Real, y (3) el carácter cerrado de la clínica COREYSA], dichos factores, en palabras del TDC, solo contribuyeron [...] *a consolidar la posición dominante de SEGURO COLEGIAL en el mercado de seguros médicos*⁵¹.

Otra resolución que sigue la misma línea es la dictada en el *Expte. 513/01 TUBOGAS/REPSOL* de 7 de marzo de 2002, en la cual el Pleno del TDC constató la posición dominante de *REPSOL BUTANO S.A.* con base en que [...] *en el periodo 1993-1999, el 79% de las revisiones constatadas [...] fueron realizadas por empresas franquiciadas por REPSOL BUTANO S.A.*⁵².

También, el TDC en el *Expte. 539/02 COFARCA*, mediante resolución de fecha 26 de mayo de 2003, declaró probada la posición dominante de COFARCA con base en que [...] *posee una cuota del noventa por ciento en el mercado de la distribución farmacéutica en dicha provincia*⁵³ [...].

Una situación llamativa observamos en la Sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional de 9 de abril de 2003, en el marco del recurso contencioso administrativo que bajo el número 324/2000 se tramitó, a instancia de Ibernobel, S.A., contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 26 de enero de 2000,

49 ESPAÑA. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. *Resolución (Expte. 411/97, DISA/CEPSA)*, de fecha 29 de julio de 1998, Fundamento de Derecho 8, p. 15.

50 ESPAÑA. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. *Resolución (Expte. 497/00, SEGUROS MÉDICOS CIUDAD REAL)*, de 25 de junio de 2001, Fundamento de Derecho 1, p. 6.

51 ESPAÑA. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. *Resolución (Expte. 497/00, SEGUROS MÉDICOS CIUDAD REAL)*, de 25 de junio de 2001, Fundamento de Derecho 1, p. 7.

52 ESPAÑA. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. *Resolución (Expte. 513/01 TUBOGAS/REPSOL)*, de 7 de marzo de 2002, Fundamento de Derecho 6, p. 13.

53 ESPAÑA. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. *Resolución (Expte. 539/02 COFARCA)*, de 26 de mayo de 2003, Hechos Probados 3, p. 3.

sobre actos de abuso de posición de dominio: la Sala parece asumir, sin más, la dominancia de *UNIÓN ESPAÑOLA DE EXPLOSIVOS* (UEE) sobre la base de una cuota de mercado del 40%:

Finalmente, en este apartado de antecedentes fácticos, [...] incluimos que UEE en los años 1991 y 1992 *ostentaba*, además de una posición de monopolio de hecho en la fabricación de explosivos industriales en España, *una posición de dominio en el mercado de la distribución comercial de dichos explosivos, con una cuota del 40% de este último mercado* [...].

[...] La única cláusula contractual que es *manifestación de un abuso de posición dominante* es la relativa a la exclusividad en el suministro, que no estamos enjuiciando en esta sentencia, y sobre tal cláusula baste decir fue dejada sin efecto por UEE, según comunicó a los distribuidores por carta de 1/11/97 (folios 36 a 47 del expediente del TDC citados)⁵⁴.

Hasta aquí nos hemos ocupado de la revisión de la jurisprudencia que parece estar más en la línea de que una cuota de mercado alta o importante, por sí misma, puede llevar a la convicción de que una o más empresas ostentan una posición dominante. A partir de este punto, nos abocaremos a parte de la mayoritaria jurisprudencia que sostiene que la existencia de una elevada cuota de mercado no constituye, por sí misma, elemento suficiente para apreciar la existencia de una posición de dominio por parte de una empresa en un determinado mercado; y que, para llegar a tal conclusión, habrá que hacer un análisis de conjunto de otros factores igualmente relevantes atendiendo a las particularidades del caso concreto.

Así, en el asunto *R 313/98 WILKINSON/GILLETTE* resuelto el 29 de enero de 1999, el TDC a pesar de reconocer que *Gillette* alcanzaba una cuota de mercado superior al 50% en todos sus segmentos, y en alguno de ellos el 77,3%, y siendo también líder en cuanto a las ventas de mangos y de maquinillas, concluyó sin embargo que [...] *su poder de mercado es relativo* [...], con base en los siguientes fundamentos:

[...] por una parte, en dicho mercado están ya instaladas fuertes empresas competidoras, como BIC o la recurrente Wilkinson, que destina importantes recursos tanto a la publicidad de sus productos como a la investigación y desarrollo y que cuenta con un potencial económico similar al de Gillette por su pertenencia al grupo multinacional Warner-Lambert (que está también presente en el sector del afeitado con la marca “Schick” y en otros

54 ESPAÑA. AUDIENCIA NACIONAL, SALA DE LO CONTENCIOSO. *Sentencia Recurso 324/2000 UNIÓN ESPAÑOLA DE EXPLOSIVOS*, Fundamentos de Derecho 4º y 7º, pp. 3 y 4.

mercados con marcas tan conocidas como “Parke-Davis”, “Adams”, “Oraldine” o “Trident”); y, por otra, no hay que olvidar *la fuerza negociadora de las grandes superficies comerciales y de las centrales de compras* que operan en el campo de la distribución comercial y que cuentan además con sus propias “marcas blancas”. Así pues, *resulta discutible afirmar que, en el mercado de referencia, Gillette puede desarrollar una política comercial de manera independiente sin tener en cuenta a sus competidores, proveedores o clientes*⁵⁵ [...].

Por su parte, en la resolución del TDC de 30 de septiembre de 1999 dictada en el marco del asunto *BACARDÍ*, se expuso que:

[...] Y la cuestión decisiva no es aquí resolver si el mercado relevante es el del ron o el de las bebidas alcohólicas combinables, discusión en la que se han enzarzado las partes y sobre la que se ha pronunciado el Servicio adoptando una posición tan discutible como la contraria con los elementos de juicio que se han manejado en el expediente. La cuestión decisiva es que, incluso si el mercado relevante fuera el del ron, como quiere la denunciante y admite el Servicio, *el tener alrededor de un 70 por ciento de la cuota de mercado, como ostenta Bacardí en el mercado español, no constituye base suficiente para atribuir a esta marca una posición de dominio, porque la cuota de mercado no es en el presente expediente factor que determine una posición dominante*⁵⁶.

[...] El que una empresa tenga esa aptitud *dependerá de que se den una serie de circunstancias*⁵⁷ [...]

*Una elevada cuota de mercado de una empresa no determina necesariamente una posición de dominio para la misma. Es únicamente un factor que sólo con el concurso de otros puede procurar tal posición dominante. [...] una cuota de mercado tan elevada [...] llama la atención y obliga a esmerar la investigación para averiguar si hay una posición de dominio, pero no puede servir para declarar ésta sin más*⁵⁸.

Si bien la resolución hace referencia a la sentencia *HOFFMANN – LA ROCHE* cuando desarrolla el concepto de dominancia, se aparta de ella a la hora de valorarla. A este respecto, se apoya más bien en la sentencia *UNITED BRANDS* conforme se expone a continuación:

55 ESPAÑA. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. *Resolución (Expte. R 313/98 WILKINSON/GILLETTE) del 29 de enero de 1999*, Fundamentos de Derecho 4.2., p. 11.

56 ESPAÑA. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. *Resolución (Expte. R 362/99, Bacardí), de 30 de septiembre de 1999*, Fundamentos de derecho 5, p. 6 a 7.

57 ESPAÑA. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. *Resolución (Expte. R 362/99, Bacardí), de 30 de septiembre de 1999*, Fundamentos de derecho 6, p. 7.

58 ESPAÑA. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. *Resolución (Expte. R 362/99, Bacardí), de 30 de septiembre de 1999*, Fundamentos de derecho 5 a 7, pp. 6 y 7.

La mencionada Sentencia United Brands señala cómo el que una empresa tenga una cuota elevada del mercado no permite concluir que ostente un control automático del mismo que, *en todo caso, habrá que apreciar a la luz de otros factores.*

Y, más adelante, pasa a valorar esos otros factores [(1) que entre los principales competidores pertenecientes a grupos empresariales de similar importancia se da una fuerte interdependencia, lo que les obliga a estar en todo momento atentos a sus recíprocos movimientos; (2) la ausencia de barreras de entrada significativas; y (3) que se trata de un mercado altamente contestable, explicado por las diversas marcas de ron que estuvieron penetrando en los últimos tiempos] que, en el caso concreto, prevalecieron sobre la alta cuota de mercado para concluir en que *BACARDÍ* no ostentaba una posición dominante⁵⁹.

La conclusión de los fundamentos del TDC a este respecto resulta particularmente ilustrativa:

En definitiva, el Tribunal coincide con la denunciada en que Bacardí no tiene una posición de dominio en el mercado, pero no por el motivo que ella esgrime, consistente en considerar que el mercado relevante es el más amplio de las bebidas alcohólicas combinables, asunto sobre el que el Tribunal estima que no cabe un pronunciamiento definitivo con la información que obra en el expediente, sino porque, sea cual sea el mercado relevante (el de ron o el de bebidas combinables), *no hay evidencia alguna en el expediente de que, a pesar de su importante cuota en el mercado del ron, Bacardí tenga una independencia relativa de comportamiento en el mercado tal que le permita actuar sin tomar en consideración en todos sus efectos las posibles reacciones de competidores y clientes*⁶⁰.

El TDC dejó en claro que su decisión de rechazar la existencia de una posición dominante no se debió a la mayor amplitud del mercado relevante, que lógicamente hubiera conllevado una reducción de la cuota de mercado, sino a la ausencia de elementos de convicción suficientes que acreditaran que *BACARDÍ* gozaba de la independencia de comportamiento requerida para que se la hubiera declarado con posición dominante.

En la misma línea, en el Asunto *Expte. R 488/01 LABORATORIOS FARMACÉUTICOS* resuelto el 5 de diciembre de 2001, el TDC otorgó especial importancia a otros factores por sobre las cuotas de mercado y las diferencias porcentuales entre cada laboratorio y sus inmediatos

59 ESPAÑA. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. *Resolución (Expte. R 362/99, Bacardí), de 30 de septiembre de 1999*, Fundamentos de derecho 8, p. 8.

60 ESPAÑA. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. *Resolución (Expte. R 362/99, Bacardí), del 30 de septiembre de 1999*, Fundamentos de Derecho 9, p. 8.

competidores. Tales factores fueron la regulación del mercado y el gran poder de compra del Sistema Nacional de Salud para sostener que las empresas en cuestión no podían comportarse con independencia respecto de sus competidores y de dicho Sistema Nacional como cliente, por lo que, no cabía concluir la existencia de la mencionada posición dominante en los mercados en que operaban las empresas denunciadas.

Respecto del asunto *Expte. 514/01 IBERIA*, mediante resolución de 1 de abril de 2002, el TDC dejó sentado que, a pesar de que *IBERIA* ostentaba una cuota superior al 60% en los itinerarios nacionales,

[...] la existencia de una elevada cuota de mercado no constituye, por sí misma, elemento suficiente para apreciar la existencia de una posición de dominio por parte de una empresa en un determinado mercado. No obstante, [...] dicha cuota constituye un primer elemento que debe tenerse en cuenta a la hora de analizar ese posible dominio.

Por tanto, la elevada cuota de mercado de *IBERIA* constituye un primer indicio de la existencia de posición de dominio en el mercado nacional [...]

En conclusión: la elevada cuota de mercado que ostenta *IBERIA* en el mercado nacional -que, en buena medida, refleja la ausencia de oferta alternativa- unida a la debilidad de los competidores, manifestada en la fuerte absorción por parte de *IBERIA* de los derechos de aterrizaje en una serie de aeropuertos clave, hace que pueda afirmarse que dicha compañía ostenta una posición de dominio en dicho mercado nacional, en el sentido señalado por la jurisprudencia comunitaria⁶¹.

En el *Expte. R 456/00 MUEBLES VANGUARDIA*, el TDC estimó que una cuota de entre el 55% y el 65% en el mercado de prestaciones de servicios para la asistencia a ferias internacionales era insuficiente para declarar la existencia de una posición dominante, sosteniendo que:

El Tribunal considera que, aun restringiendo, como propone el recurrente, el ámbito del mercado relevante a la prestación a las empresas del sector del habitat de los servicios necesarios de asistencia a ferias internacionales, no se puede predicar la posición dominante de una empresa por el hecho de que tenga como clientes a un número de empresas que, en conjunto, ostentan una cuota de mercado en España del 55 al 65%. Primero, [...] porque tales cuotas no tienen por qué coincidir con la que corresponda en el mercado relevante antes definido. En segundo lugar, porque, aunque la cuota

61 ESPAÑA. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. *Resolución (Expte. 514/01 IBERIA), de 1 de abril de 2002*, Fundamento de Derecho 3, pp. 12 y 13.

en este mercado relevante fuera elevada, no permitiría a quien la ostentase prevalerse de ella para comportarse con independencia de sus competidores, no podría constituir una barrera de entrada al mercado para otros competidores pues el objetivo final de sus servicios, la participación en ferias internacionales, depende de las condiciones que en cada caso establezcan sus organizadores y no del tamaño o de la influencia de las empresas que en cada país ofertan sus servicios de participación en las mismas⁶².

En el *Expte. 495/00 VELATORIOS MADRID*, por resolución de 20 de junio de 2021, el TDC a pesar de que la empresa *EMSFMSA* tenía una cuota del 90% en el mercado relevante de prestación de servicios de tanatorio, consideró insuficiente dicho dato para declarar sin más su dominancia, en el entendimiento de que previamente era necesario determinar si existían o no [...] *barreras de entrada significativas antes de poder concluir que existe una posición dominante en el mercado*⁶³.

Asimismo, en el *Expte. 577/04 CERVEZAS CANARIAS* en su resolución de 6 de abril de 2005, el TDC llama la atención al Servicio de Defensa de la Competencia por asumir sin más la dominancia de *CERCASA* sobre la base de que la misma ostentaba en el mercado relevante de cervezas en las Islas Canarias una cuota de mercado del 70%, como puede apreciarse seguidamente:

[...] el Tribunal llega a la conclusión de que no puede analizarse la existencia de posición dominadora por parte de *CERCASA* por no haberse abordado su determinación por el Servicio con la mínima fundamentación que para ello resulta necesaria.

Por lo tanto, como es obvio, sin demostrarse la existencia de posición de dominio, no puede haber el comportamiento abusivo correspondiente⁶⁴ [...].

En el *Expte. R 657/05 PRODUCTOS LÁCTEOS*, en su resolución de 19 de abril de 2007, el TDC se cuestiona [...] *si una cuota elevada de dicho mercado, como es la del 64,7% ostentada por Danone, es suficiente para atribuir a*

62 ESPAÑA. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. *Resolución (Expte. 456/00 MUEBLES VANGUARDIA)*, del 29 de octubre de 2001, Fundamento de Derecho 3, p. 6.

63 ESPAÑA. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. *Resolución (Expte. 495/00 VELATORIOS MADRID)*, de 20 de junio de 2001, Fundamento de Derecho 4, pp. 13 a 14.

64 ESPAÑA. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. *Resolución (Expte. 577/04 CERVEZAS CANARIAS)* de 6 de abril de 2005, Fundamento de Derecho 2, p. 15.

*ésta la condición de empresa en posición de dominio*⁶⁵. En consecuencia, apoyándose en la sentencia *UNITED BRANDS*, el TDC concluye que:

Es necesario destacar que una cuota de mercado más o menos elevada no implica, por sí sola, que la empresa que la posea se encuentre en una posición de dominio en el mercado en el que actúe, sino que es preciso [...] que otorgue a quien la ostente “una posición de potencia económica ... que le da el poder de obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado en cuestión”⁶⁶.

En el *Expte. S/0144/09 FERTIFERIA* por resolución de 15 de diciembre de 2009, la también extinta Comisión Nacional de la Competencia, se expidió en el sentido de que:

Las cuotas de mercado muestran una foto fija del mercado que siendo importante puede no ser suficiente para afirmar o descartar sin más una posición de dominio. Por ello la DI analizó otros factores del mercado afectado más dinámicos con el fin de dilucidar el posible poder de mercado de la denunciada en la comercialización de abonos nitrogenados⁶⁷.

Cabe destacar que en algunos casos la posición dominante ha sido declarada atendiendo a cuotas de mercado elevadas y al hecho de que la misma empresa a la que se atribuye tal dominancia la haya reconocido o, al menos, no la haya negado.

Así, en el *Expte. 464/99 ASEGURADORAS MÉDICAS VIZCAYA* por resolución de 6 de julio de 2000, el TDC declaró la dominancia de *IGUALMEQUISA* con base en que su cuota de mercado se ubicaba entre el 80% y el 87% del mercado relevante y en [...] *que la posición de dominio en el mercado definido es reconocida, aunque discutan las cifras, por la propia IGUALMEQUISA*⁶⁸ [...]. Otro caso similar se dio en el *Expte. R 469/01 FENOSA/ZARZO*, por resolución de fecha 17 de diciembre de 2001, donde se declaró que [...] *es preciso afirmar que es verdad, y así es reconocido por todos los implicados en este expediente que Unión Fenosa ostenta posición*

65 ESPAÑA. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. *Resolución (Expte. R 657/05, PRODUCTOS LÁCTEOS)*, de 19 de abril de 2007, Fundamento de Derecho 5, p. 9.

66 ESPAÑA. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. *Resolución (Expte. R 657/05, PRODUCTOS LÁCTEOS)*, p. 9.

67 ESPAÑA. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Resolución (Expte. S/0144/09 FERTIFERIA)*, de 15 de diciembre de 2009, Fundamento de Derecho 2º, p. 3.

68 ESPAÑA. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. *Resolución (Expte. 464/99 ASEGURADORAS MÉDICAS VIZCAYA)*, de 6 de julio de 2000, Fundamento de Derecho 2, pp. 15 y 16.

*de dominio*⁶⁹ [...]; y también, en el *Expte. 375/96 TABACOS DE CANARIAS*, por resolución de 16 de febrero de 1999, se declaró la dominancia con base en que [...] *la cuota de Tabacalera es de un 66,7% en el año 1990, un 64,9% en 1991, un 62,9% en 1992 y un 59,7% en 1993 [...]* y en que [...] *la propia Tabacalera ha reconocido sin ambages su posición dominante*⁷⁰.

Por tanto, como hemos podido ver, si bien no faltan precedentes en los que una elevada cuota de mercado haya bastado, por sí misma, para concluir la existencia de una posición dominante, la jurisprudencia española se ha caracterizado mayoritariamente por el empleo de criterios adicionales, en algunas ocasiones incluso sustitutivos, a la mera elevada cuota de mercado de la empresa en análisis.

Así pues, cabe destacar que, a pesar de las referencias a alguna jurisprudencia europea como *HOFFMANN – LA ROCHE*, la jurisprudencia española parece haberse mantenido más en la línea de *UNITED BRANDS*, en la medida en que las altas o importantes cuotas de mercado de los agentes involucrados no suponen una presunción que requiera prueba en contrario o el factor determinante para el establecimiento de una posición dominante, sino sencillamente un elemento más a considerar entre otros.

4. PARAGUAY: LA JURISPRUDENCIA DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA (CONACOM)

El 23 de febrero de 2017, el Directorio de la CONACOM dictó su primera resolución en su carácter de órgano de aplicación de la *Ley N° 4956/2013 de Defensa de la Competencia*, en el marco del análisis de la primera operación de concentración sometida a su control, asunto *COCA-COLA/ADES*. En dicha resolución, el Directorio dejó sentado que [...] *las cuotas de mercado de los distintos agentes [...] constituyen [...] un indicador importante (más no concluyente) del poder que tiene cada empresa en el mercado, en relación con sus competidores*⁷¹.

Más adelante, luego de comprobar que, como consecuencia de la operación de concentración, la adquirente estaría superando el 50% de cuota del

69 ESPAÑA. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. *Resolución (Expte. R 469/01 FENOSA/ZARZO)*, de 17 de diciembre de 2001, Fundamento de Derecho 2, p. 5.

70 ESPAÑA. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. *Resolución (Expte. 375 TABACOS DE CANARIAS)*, de 16 de febrero de 1999, Fundamento de Derecho 2, p. 15.

71 PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Resolución N° 1/2017 COCA-COLA/ADES*, 23 de febrero de 2017, p. 8. Véase, igualmente, *Resolución N° 2/2017 BAYER/MONSANTO*, 28 de febrero de 2017, p. 5.

mercado de jugos listos para beber en todo el territorio paraguayo, advirtió que esta situación no constituía [...] *por sí sola evidencia concluyente sobre la incompatibilidad de la operación de concentración con el mercado* [...]; lo que le llevó a analizar otros factores concurrentes. Tales factores fueron: (1) el hecho de que los competidores disponían de suficiente capacidad de producción como para disciplinar a la entidad concentrada; (2) que no existían barreras de carácter regulatorio y técnico que impidan en un tiempo medio (24 meses aproximadamente) la entrada de nuevos competidores; y (3) el poder compensatorio de la demanda (grandes superficies). Por lo tanto, concluyó que [...] *no existe probabilidad de considerar la existencia de poder de dominio, dado que la notificante estará expuesta a una competencia efectiva y sustancial*⁷².

En la cuarta operación de concentración notificada a la CONACOM, *SPM/TV CABLE PARANÁ/GET LINE INTERNET/CABLE 3 FORNTERAS*, el Directorio destacó que [...] *las cuotas de TV Cable Paraná [...] en los distintos mercados no sobrepasa el 45%, siendo esta última variable un indicador importante (mas no concluyente) del poder que tiene dicha empresa, en relación con sus competidores*⁷³ [...]; lo que llevó a analizar otros factores concurrentes, tales como la dimensión y la potencia económica de los competidores, la fuerte inversión, las economías de escala, el poder de negociación en la adquisición de contenidos y las barreras de entrada, para finalmente concluir que con la operación no se estaría creando ni reforzando una posición dominante⁷⁴.

En la operación *FRIGOMERC/JBS*, el Directorio de la CONACOM, como en los casos anteriores, inicia el *test* de dominancia a partir del análisis de las cuotas de mercado, que en el mercado relevante definido no superaba el 19%. Como puede apreciarse, el *market share* es relativamente bajo. Lo destacable en el análisis realizado en esta operación es la incorporación, junto con la cuota de mercado, de un indicador que hasta ese momento se encontraba ausente en las resoluciones de la CONACOM, pero que se convertiría en una herramienta habitual a partir de ese momento: el *Índice Herfindahl-Hirschman* (IHH)⁷⁵, el cual informa sobre los niveles de concentración de un mercado.

72 PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Resolución N° 1/2017 COCA-COLA/ADES*, 23 de febrero de 2017, p. 10.

73 PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Resolución N° 8/2017, SPM/TV CABLE PARANÁ/GET LINE INTERNET/CABLE 3 FRONTERAS*, 28 de febrero de 2017, p. 19.

74 PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Resolución N° 8/2017, SPM/TV CABLE PARANÁ/GET LINE INTERNET/CABLE 3 FRONTERAS*, 28 de febrero de 2017, pp. 19 y 20.

75 PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Resolución D/AL N° 06 FRIGOMERC/JBS*, 9 de febrero de 2018, pp. 15 a 17.

En la operación de concentración *PROSEGUR/WACKENHUT*, la adquirente antes de la operación ostentaba una cuota muy por encima del 50% en el mercado de custodia, atesoramiento, gestión y transporte de valores en todo el territorio de Paraguay, que –por supuesto– se incrementaría con la adición de la cuota de mercado que le aportaría la adquirida.

Con este panorama, apoyándose en la doctrina, jurisprudencia y en las *Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas* (2004/C 31/03)⁷⁶, el Directorio interpretó que las elevadas cuotas de mercado, tanto *ex ante* como *ex post*, suponían un indicio de suficiente importancia [...] *como para concluir que Prosegur Paraguay S.A., de aprobarse la operación, estaría reforzando una posición dominante, lo que supondría un obstáculo significativo para una competencia efectiva* [...]⁷⁷.

Sin embargo, de la lectura del análisis que seguidamente desarrolla, se desprende que ese solo indicio no puede considerarse por sí mismo suficiente para concluir en la dominancia *ex ante* de la adquirente ni en el reforzamiento de una dominancia *ex post*. Justamente por el toque de atención que supone una cuota de mercado tan elevada, el Directorio encara en las páginas siguientes un exhaustivo análisis de otros factores que podrían llevar a la convicción o descarte de una dominancia en el mercado definido.

De esta manera, el Directorio analizó cuanto sigue: (1) el grado de concentración de la oferta (IHH) y las diferencias de cuotas entre la eventual entidad resultante y sus competidores; (2) la desaparición de una fuerza competitiva importante para el mercado; (3) la aptitud de los competidores de la entidad resultante para disciplinar su comportamiento y mantener la competencia (producción y capacidad de producción; dimensión, potencia económica y grado de integración vertical; ventajas de la entidad resultante que pueden obstaculizar la expansión de los competidores; necesidad de participar en el sector bancario para poder generar los márgenes de rentabilidad necesarios para crecer y desarrollarse en los mercados relevantes); (4) la importancia de las marcas y efecto cartera; (5) las barreras de entrada (regulatorio y técnico; económico y tecnológico; costes de cambio de proveedor y acceso a redes

76 UNIÓN EUROPEA. COMISIÓN EUROPEA. *Directrices sobre evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de concentraciones entre empresas* (2004/C 31/03), Parágrafo 17, p. 7.

77 PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Resolución D/AL N° 08/2018 PROSEGUR/WHLACKENHUT*, 27 de febrero de 2018, p. 30.

de distribución; acceso a insumos o infraestructuras esenciales); (6) la competencia potencial; (7) la estructura de la demanda (tipos de clientes y poder compensatorio); y (8) las fases del mercado.

Finalmente, el Directorio consideró que, [...] *por todos estos factores, se afirma que Prosegur tiene la capacidad de influir unilateralmente en las condiciones del mercado [...]; por lo que, en el supuesto de que se dé la aprobación de la presente operación de concentración, estaría reforzando su posición de dominio*⁷⁸.

De la lectura íntegra del análisis de los diferentes factores expuestos en el asunto *PROSEGUR/WACKENHUT* se desprende que para el Directorio no cabe, a pesar de la importante cuota de mercado de la empresa, tanto antes como después de la operación, inferir de forma directa la dominancia ni activación de ninguna presunción en tal sentido. Sencillamente, la cuota de mercado constituyó un primer factor importante a considerar que generó una alerta y obligó a realizar un análisis más acabado de otros factores, no para confirmar una dominancia basada en una cuota alta sino para permitir una valoración de conjunto.

En la misma línea, en el asunto *SPM/CABLEVISIÓN DEL SUR*, en el marco del análisis de la eventual dominancia de la adquirente en el mercado de televisión por suscripción respecto de las cuotas de mercado, el Directorio manifestó que [...] *con base en los datos referidos respecto de su cuota de participación en el mercado relevante de referencia, surge, por una parte, que la misma se constituye un indicio que podría llevarnos a pensar que, ya antes de la operación, el GRUPO MILLICOM estaría ostentando una relativa posición dominante*⁷⁹ [...].

Sin embargo, inmediatamente el Directorio tomó el recaudo de aclarar que [...] *lo señalado no debe entenderse como la constatación efectiva de la existencia de una posición dominante, sino más bien como la constatación – a penas – de la existencia de un indicio, importante, no cabe duda, pero aún insuficiente*⁸⁰. En este marco, luego de constatar altas cuotas de la empresa adquirente en los mercados relevantes, el Directorio inmediatamente pasó a analizar otros varios factores que podrían llevar a la convicción o

78 PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Resolución D/AL N° 08/2018 PROSEGUR/WLACKENHUT*, p. 64.

79 PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Resolución D/AL N° 25/2018 SPM/CABLE VISIÓN DEL SUR*, 6 de noviembre de 2018, p. 43.

80 PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Resolución D/AL N° 25/2018 SPM/CABLE VISIÓN DEL SUR*, 6 de noviembre de 2018, p. 43.

descarte de una dominancia en los mercados definidos.

En este marco, luego de constatar altas cuotas de la empresa adquirente en los mercados relevantes, el Directorio inmediatamente pasó a analizar los mismos factores analizados en el asunto PROSEGUR/WACKENHUT, los cuales podrían llevar a la convicción o descarte de una dominancia en los mercados definidos.

Así pues, a pesar de las altas cuotas de mercado, y atendiendo a los demás factores analizados, el Directorio consideró que ese solo factor no era suficiente como para declarar la dominancia de SPM en los mercados relevantes definidos.

En la operación de concentración COPETROL/PETROBRAS, el Directorio analizó doce mercados relevantes de productos, algunos definidos a nivel distrital y otros a nivel nacional.

Si bien el Directorio inició el estudio con el análisis de las cuotas de mercado, no se limitó a ello; ocupándose también de analizar los mismos factores que ya fueron analizados en los asuntos PROSEGUR/WACKENHUT y SPM/CABLEVISIÓN DEL SUR, los cuales podrían llevar a la convicción o descarte de una dominancia en los mercados definidos⁸¹.

Como consecuencia de este análisis de conjunto, se declaró la dominancia de COPETROL en el mercado de comercialización de combustibles líquidos en seis distritos.

Poco tiempo después, el mismo grupo empresarial notificó otra operación de concentración, COPETROL/AXION, en la cual el Directorio definió 4 mercados relevantes de productos, uno de ellos con alcance nacional y los demás con alcance distrital.

En el análisis de cada uno de estos mercados, nuevamente se avocó a un análisis integral que incluyó, las cuotas de mercado y los demás factores ya analizados en los precedentes asuntos referidos *supra*.⁸².

De este análisis de conjunto de los diferentes factores en presencia resultó, de una parte, que en el mercado de distribución mayorista de combustibles

81 PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Resolución D/AL N° 3/2019 COPETROL/PETROBRAS*, de 5 de enero de 2019, pp. 35 a 50.

82 PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Resolución D/AL N° 29/2019 COPETROL/AXION*, de 6 de diciembre de 2019, pp. 62 a 113.

líquidos a nivel nacional, [...] *a pesar de algunos indicadores que pudieran llevarnos a ver ciertos indicios de dominancia, no son suficientes para alcanzar tal convicción; por lo que, en este particular mercado tenemos que concluir que la operación notificada no supondrá un obstáculo significativo para la competencia efectiva, porque no crearía ni reforzaría una posición dominante del Grupo COPETROL*⁸³ [...]; y, de otra parte, que [...] *con base en los fundamentos expuestos [...] la operación notificada supondría un obstáculo significativo para la competencia efectiva, porque reforzaría la posición dominante del Grupo COPETROL en el mercado de comercialización minorista de combustibles líquidos, a través de estaciones de servicios, en el Municipio de Asunción*⁸⁴.

De la lectura de la resolución *COPETROL/AXION*, también se desprende que el Directorio no focalizó su atención en el factor cuota de mercado, aunque la tuvo en cuenta, sino que más bien realizó un análisis de conjunto con otros factores, en atención a las circunstancias particulares del caso concreto.

Por otra parte, en la única operación de concentración rechazada hasta el momento por la CONACOM, *FRIGOMERC/FRIGONORTE*, se definieron dos mercados relevantes de productos, y teniendo en cuenta que la dominancia que terminó justificando el rechazo de la misma se determinó en el mercado de compra de ganado bovino para faena, centraremos nuestra atención en él.

Como ya se venía haciendo habitual en los análisis de la CONACOM, el mismo comprendió el estudio de las cuotas de mercado y todos los demás factores revisados en los precedentes señalados en los párrafos anteriores⁸⁵.

Un dato relevante es que, de aprobarse la operación, el Grupo Athena Foods (del cual formaba parte Frigomerc) hubiera alcanzado una cuota de mercado del 47,63% en el mercado relevante definido. Sin embargo, ese no fue el factor definitivo para la determinación de la posición dominante, por lo que el Directorio concluyó:

[...] el reforzamiento de la posición de dominio del Grupo Athena

83 PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Resolución D/AL N° 29/2019 COPETROL/AXION*, de 6 de diciembre de 2019, pp. 115 y 116.

84 PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Resolución D/AL N° 29/2019 COPETROL/AXION*, de 6 de diciembre de 2019, p. 118.

85 PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Resolución D/AL N° 18/2020 FRIGOMERC/FRIGONORTE*, de 21 de septiembre de 2020, pp. 62 a 110.

Foods, derivado, principalmente, del aumento de su cuota de mercado; de los niveles de concentración (IHH); de la superación del umbral de dominancia; del incremento de su capacidad instalada y de su capacidad ociosa; de su capacidad financiera y de su potencia económica derivada de sus características intrínsecas por pertenecer a un grupo multinacional de gran envergadura; y, finalmente, de las características oligopsónicas del mercado de compra de ganado bovino para faena, en el que – de aprobarse la operación – el Grupo Athena Foods terminaría reforzando su poder de compra⁸⁶.

Por todo lo anterior, en definitiva, no cabe duda de que para el Directorio de la CONACOM la cuota de mercado eventualmente elevada es un factor importante pero no determinante a considerar en el análisis de dominancia.

CONCLUSIONES

La posición dominante, entendida como aquella situación de poder de mercado que permite a una empresa actuar con independencia de sus competidores, proveedores y clientes (consumidores), es esencial a la hora de constatar el *abuso de posición dominante*, prohibido por los artículos 9° y 10 de la *Ley N° 4.956/2013 de Defensa de la Competencia* de Paraguay; y determinante a la hora de valorar las operaciones de concentración de empresas, en la medida en que, de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la misma *Ley*, son inadmisibles aquellas operaciones que creen o refuercen una posición dominante en el mercado.

En la definición de una posición de dominio, la cuota de mercado de la empresa en análisis ha sido siempre un factor importante a considerar. Y, aunque parece haber un amplio consenso en la doctrina respecto de que una elevada cuota de mercado no es un factor determinante por sí mismo para el establecimiento de una posición dominante, la jurisprudencia comparada no se ha mostrado siempre conteste con esta postura.

Como hemos tenido oportunidad de verificar, incluso si admitiéramos la idea de que una elevada cuota de mercado es equivalente a una posición dominante, el problema persistiría en gran medida teniendo en cuenta la dificultad que representa establecer un umbral de cuota indicativa de una posición dominante. Por ello, claramente el concepto de elevada cuota de mercado es un concepto relativo que debe construirse atendiendo a las circunstancias particulares del caso concreto.

86 PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Resolución D/AL N° 18/2020 FRIGOMERC/FRIGONORTE*, de 21 de septiembre de 2020, p.125.

Así, parece no haber duda de que podría considerarse elevada, por ejemplo, la cuota de una empresa que actúa en un mercado de tan solo cinco actores y en el que ella se lleva el 60% de la torta, repartiéndose las restantes cuatro empresas una décima parte de la torta cada una. Ahora bien, ¿podría considerarse elevada la cuota de mercado de una empresa que, actuando en un mercado en el que compite con otras 99 empresas, es poseedora del 20% de la cuota, repartiéndose las demás empresas en partes iguales el restante 80%?

Los ejemplos claramente podrían ser infinitos, por lo que no nos queda más que concluir que una cuota de mercado será muy reducida, reducida, elevada o muy elevada siempre en términos relativos; es decir, en relación con las cuotas de las demás empresas que participen del mercado particular de que se trate.

Por otra parte, al analizar la cuota de mercado habrá que hacerlo no como una foto del momento, sino teniendo en cuenta su evolución histórica, tanto de la empresa supuestamente dominante como de las demás que compiten con ella.

Y, aunque alcanzáramos un consenso respecto de lo que deberíamos entender por una elevada cuota de mercado, si fuéramos capaces de identificar el umbral de cuota de mercado a partir del cual se pudiera presumir la dominancia, claramente deberíamos coincidir con la gran mayoría de la doctrina que sostiene que una elevada cuota de mercado, por sí misma, no puede llevarnos a la convicción de que quien la ostenta es una empresa en posición de dominancia.

En todos los casos, y más aún cuando nos encontremos en presencia de una cuota que consideremos elevada, habrá que valorarla en convergencia con otros factores, sean éstos intrínsecos de la empresa supuestamente dominante, relativos a los competidores, proveedores y clientes y, particularmente, a las eventuales barreras a la entrada o a la expansión que pudieran existir en el mercado analizado.

Al fin y al cabo, la cuestión radica en que, siendo la independencia de comportamiento lo que caracteriza a la empresa dominante, las autoridades de competencia no deberían actuar matemáticamente, sino más bien verificando que independientemente de la cuota de mercado de la empresa supuestamente dominante, ésta actúe libre de condicionamientos competitivos⁸⁷.

87 Fernández, Cani: "Cuota...", *op. cit.*, p. 71.

En concreto, 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, la joven autoridad paraguaya de competencia 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.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAPÍTULOS DE LIBROS

- FERNÁNDEZ, Cani. “Cuota de Mercado y Poder de Mercado”, en: MARTÍNEZ LAGE, Santiago y PETITBÒ JUAN, Amadeo (Directores). *El Abuso de posición de dominio*, Madrid – Barcelona (España): Fundación Rafel del Pino – Marcial Pons, 2006.
- FOLGUERA CRESPO, Jaime y VIDAL MARTÍNEZ, Patricia. “Artículo 10. Criterios de valoración sustantiva”, en: *Massaguer, José; Sala Arquer, José Manuel; Folguera, Jaime y Gutiérrez, Alfonso: Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia y a los preceptos sobre organización y procedimientos de la Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*, Pamplona (España): Civitas – Thomson Reuters, 2015, Cuarta Edición.
- GUTIÉRREZ, Inmaculada y PADILLA, Jorge. “Una racionalización económica del concepto de posición de dominio”, en Martínez Lage, Santiago y Petitbò Juan, Amadeo (Directores): *El Abuso de posición de dominio*, Madrid-Barcelona (España): Fundación Rafel del Pino – Marcial Pons, 2006.

LEYES Y NORMAS

- ESPAÑA. Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, *Boletín Oficial del Estado*, 04 de julio de 2007, N° 159.
- ESPAÑA. Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia, *Boletín Oficial del Estado*, 23 de julio de 1963, N° 175, pp. 11144 – 11152.
- PARAGUAY. Ley N° 4956 «Defensa de la Competencia». *Gaceta Oficial*, 25 de junio de 2013.
- UNIÓN EUROPEA. *Comunicación de la Comisión — 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 (2009/C 45/02).

- UNIÓN EUROPEA. *Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, (97/C 372/03).*
- UNIÓN EUROPEA. *Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco).*
- UNIÓN EUROPEA. *Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, (2002/C 165/03).*
- UNIÓN EUROPEA. *Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas, (2004/C 31/03).*

JURISPRUDENCIA

- ESPAÑA. AUDIENCIA NACIONAL, SALA DE LO CONTENCIOSO. *Sentencia Recurso 324/2000 UNIÓN ESPAÑOLA DE EXPLOSIVOS.*
- ESPAÑA. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Resolución (Expte. S/0144/09 FERTIFERIA), de 15 de diciembre de 2009.*
- ESPAÑA. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Resolución (Expte. S/0135/09 INTERMALTA), de 23 de febrero de 2010.*
- ESPAÑA. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. *Resolución (Expte. 291/90 ARBORA/AUSONIA), de 7 de enero de 1992.*
- ESPAÑA. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. *Resolución (Expte. 305/91 IMECOSA), del 1 de abril de 1992.*
- ESPAÑA. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. *Resolución (Expte. 411/97, DISA/CEPSA), de fecha 29 de julio de 1998.*
- ESPAÑA. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. *Resolución (Expte. R 313/98 WILKINSON/GILLETTE) del 29 de enero de 1999.*
- ESPAÑA. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. *Resolución*

(Expte. 375 TABACOS DE CANARIAS), de 16 de febrero de 1999.

- ESPAÑA. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. *Resolución (Expte. R 362/99, BACARDÍ), de 30 de septiembre de 1999.*
- ESPAÑA. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. *Resolución (Expte. 464/99 ASEGURADORAS MÉDICAS VIZCAYA), de 6 de julio de 2000.*
- ESPAÑA. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. *Resolución (Expte. 465/99, Propiedad Intelectual Audiovisual), de 27 de julio de 2000.*
- ESPAÑA. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. *Resolución (Expte. 495/00 VELATORIOS MADRID), de 20 de junio de 2001.*
- ESPAÑA. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. *Resolución (Expte. 497/00, SEGUROS MÉDICOS CIUDAD REAL), de 25 de junio de 2001.*
- ESPAÑA. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. *Resolución (Expte. 456/00 MUEBLES VANGUARDIA), del 29 de octubre de 2001.*
- ESPAÑA. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. *Resolución (Expte. R 469/01 FENOSA/ZARZO), de 17 de diciembre de 2001.*
- ESPAÑA. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. *Resolución (Expte. 513/01 TUBOGAS/REPSOL), de 7 de marzo de 2002.*
- ESPAÑA. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. *Resolución (Expte. 514/01 IBERIA), de 1 de abril de 2002.*
- ESPAÑA. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. *Resolución (Expte. 539/02 COFARCA), de 26 de mayo de 2003.*
- ESPAÑA. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. *Resolución (Expte. 577/04 CERVEZAS CANARIAS), de 6 de abril de 2005.*
- ESPAÑA. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. *Resolución (Expte. R 657/05, PRODUCTOS LÁCTEOS), de 19 de abril de 2007.*
- PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Resolución N° 1/2017 COCA-COLA/ADES, 23 de febrero de 2017.*
- PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Resolución N° 2/2017 BAYER/MONSANTO, 28 de febrero de 2017.*

- PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Resolución N° 8/2017, SPM/TV CABLE PARANÁ/GET LINE INTERNET/CABLE 3 FRONTERAS*, 28 de febrero de 2017.
- PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Resolución D/AL N° 06 FRIGOMERC/JBS*, 9 de febrero de 2018.
- PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Resolución D/AL N° 08/2018 PROSEGUR/WHACKENHUT*, 27 de febrero de 2018.
- PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Resolución D/AL N° 25/2018 SPM/CABLE VISIÓN DEL SUR*, 6 de noviembre de 2018.
- PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Resolución D/AL N° 3/2019 COPETROL/PETROBRAS*, 5 de enero de 2019.
- PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Resolución D/AL N° 29/2019 COPETROL/AXION*, 6 de diciembre de 2019.
- PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Resolución D/AL N° 18/2020 FRIGOMERC/FRIGONORTE*, 21 de septiembre de 2020.
- UNIÓN EUROPEA. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. *Sentencia del 14 de febrero de 1978, en el asunto 27/76, United Brands Company y United Brands Continentaal BV contra Comisión de las Comunidades Europeas.*
- UNIÓN EUROPEA. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. *Sentencia del 13 de febrero de 1979, en el asunto 85/76, Hoffmann-La Roche & Co. AG contra Comisión de las Comunidades Europeas*, parágrafo 38, p. 242; *Sentencia del 9 de noviembre de 1983, en el asunto 322/81, NV Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin contra Comisión de las Comunidades Europeas.*
- UNIÓN EUROPEA. TRIBUNAL DE JUSTICIA (SALA QUINTA). *Sentencia, asunto C-62/86, AKZO Chemie BV c Comisión de las Comunidades Europeas, de 3 de julio de 1991.*
- UNIÓN EUROPEA. TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (SALA PRIMERA), *Sentencia del 17 de diciembre de 2003, asunto T-219/99, British Airways plc c Comisión.*
- UNIÓN EUROPEA. TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (GRAN SALA).

Sentencia del 17 de septiembre de 2007, asunto T-201/04, Microsoft Corp. c. Comisión de las Comunidades Europeas.

FUENTES EN LÍNEA

- ESPAÑA. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. “Posición de dominio”, en Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, 2020. Disponible en: <<https://dpej.rae.es/lema/posici%C3%B3n-de-dominio>>

RESUMEN BIOGRÁFICO

Rolando Díaz Delgado

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. Actualmente es Director del Instituto CONACOM y Presidente del Directorio de la Comisión Nacional de la Competencia (CONACOM).

FACTORES PLUS Y ESTÁNDAR DE PRUEBA EN EL CASO TELEDEPORTES

FATORES PLUS E STANDARD DE PROVA NO CASO TELEDEPORTES

Fabrizio Castiglioni

RESUMEN

La Comisión Nacional de la Competencia (Conacom), ha publicado una de sus primeras decisiones (versión pública) en el marco de la defensa de la competencia, en específico, la primera relacionada a la investigación de una supuesta conducta de abuso de posición dominante en el sumario abierto contra la empresa Teledeportes Paraguay S.A. (Teledeportes)¹

A partir del análisis de dicha resolución, y otros documentos, interesa exponer dos temas por razones de espacio. Se indagará el contenido específico de la conducta en la Ley y cómo fue abordada en la sentencia, sus diferencias y las razones de la aplicación de elementos “distintos” a los considerados en la norma.

Por otro lado, se indagará sobre el estándar probatorio establecido por la autoridad que, al parecer, es mayor al utilizado en otras jurisdicciones para casos de derecho administrativo sancionatorio.

A los efectos de afrontar los dos desafíos marcados, seguiremos el siguiente trayecto: primeramente, resulta oportuno, a modo de introducción, recordar los motivos del análisis de las conductas abusivas y la consideración de la negativa de suministro como abusiva. En el siguiente punto, se procura un resumen de los pormenores del caso, pasando por las posiciones referidas a la conformación del tipo y el patrón

1 PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Resolución D/AL N.º 87/2021*, 23 de noviembre de 2021.

de la prueba. A reglón seguido, el apartado III se dedica al análisis de la conducta de negativa de suministro en la Ley y cómo fue abordada en la resolución, exhibiendo sus diferencias. En la siguiente sección, se detalla la cuestión del estándar probatorio aplicado al caso, para luego señalar algunas cuestiones que no me animaría a darles el rótulo de conclusiones.

Palabras clave: Negativa de suministro, Principio de legalidad y tipicidad, Estándar de prueba.

RESUMO

A Comissão Nacional da Concorrência (Conacom) publicou uma das suas primeiras decisões (versão pública) no âmbito da defesa da concorrência, especificamente, a primeira relacionada à investigação de uma suposta conduta de abuso de posição dominante no inquérito aberto contra a empresa Teledeportes Paraguay S.A. (Teledeportes)

A partir da análise da referida portaria, e outros documentos, interessa expor dois temas por razões de espaço. Se indagará o conteúdo específico da conduta na Lei e como foi abordada na sentença, suas diferenças e os motivos da aplicação de elementos “diferentes” aos considerados na norma.

Por outro lado, se indagará sobre o standard probatório estabelecido pela autoridade que, pelo que parece, é maior ao utilizado em outras jurisdições para casos de direito administrativo sancionatório.

Aos efeitos de afrontar os dois desafios marcados, seguiremos o seguinte roteiro: primeiramente, resulta oportuno, a modo de introdução, recordar os motivos da análise das condutas abusivas e a consideração da negativa de subministrio como abusiva. No seguinte ponto, se apresenta um resumo dos pormenores do caso, passando pelas posiciones referidas à conformação do tipo e o standard da prova. Seguidamente, na secção III se dedica à análise da conduta de negativa de subministrio na Lei e como foi abordada na portaria, exibindo suas diferenças. Na seguinte divisão, se detalha a questão do standard probatório aplicado ao caso, para depois assinalar algumas questões que não me permito lhe dar o rótulo de conclusões.

Palavras-chave: Negativa de subministrio, Princípio de legalidade e tipicidade, Standard de prova.

1. INTRODUCCIÓN

La competencia se puede definir como la pugna entre “empresas”, que se desarrolla en un determinado espacio y tiempo, por la obtención de la preferencia del consumidor. Se busca la preservación de esta situación de rivalidad entre las empresas, que es el corazón del sistema que propugna nuestra Constitución Nacional, ya que, cuando se disputan el mercado tratando de maximizar sus beneficios, los consumidores se ven beneficiados por la obtención de precios más bajos, la mejor calidad de los productos y una mayor variedad de los mismos.

Consecuencia de ese proceso de disputa entre empresas, aunque pueden existir otras razones para que ello ocurra (por ejemplo, las privatizaciones), una de ellas puede hacerse con la preferencia del mercado, al punto que incidir sobre los parámetros de competencia, es decir, ser inmune a la presión ejercida por los demás competidores, incluso de aquellos que pueden tener la intención de ingresar al mercado. Según Massimo Motta, la dominancia de mercado (términos utilizados en la ley) *...no tienen un equivalente claro en términos económicos, pero puede interpretarse como una situación en la que una empresa posee un alto grado de poder de mercado que le permite cobrar precios “bastante cercanos” a los que cobraría un monopolista*².

Cuando se llega a este punto, es cuando, según los seguidores de la Escuela de Chicago, la propia competencia se encarga de volver la cuestión al estado anterior, por la presión que será ejercida por nuevos entrantes que estarán deseosos de hacerse con parte de esas ganancias. Shapiro sostiene que el enfoque desarrollado por los abogados de la Escuela de Chicago se basa en gran medida en la ideología del *laissez faire* y que generalmente, las fuerzas del mercado erosionarán el poder de mercado³. Es un hecho que ello no ocurre así en un porcentaje importante de casos, puesto que las barreras a las entradas, cuestionan el reinicio del ciclo de competencia, además Shapiro los cuestiona afirmando hay teoría y evidencia en contrario, en especial a Frank Eaterbrook, quien afirmaba que los precios monopólicos atraen la entrada⁴.

Cuando logra esta situación, es que la empresa puede ser calificada como una empresa con posición dominante, debiendo aclararse que ello no es el reflejo de su cuota de mercado solamente, aunque se tiene la inclinación de relacionar cierto porcentaje de mercado con la condición de dominante, pudiendo ser solo un indicio de su existencia. De hecho, según

2 MOTTA, Massimo, *Política de Competencia. Teoría y Práctica*, p. 71

3 SHAPIRO, Carl, “*Antitrust: What Went Wrong and How to Fix It*”, p. 33

4 Ibid, p. 37.

el Directorio de la Comisión Nacional de la Competencia, a los efectos de determinar la existencia de una posición dominante, la Ley impone la obligación de considerar si la empresa en cuestión está expuesta a una competencia sustancial, sobre la base de una serie de factores que incluyen aspectos diversos como: i) el grado en que el bien o servicio de que se trate es sustituible por otros; ii) el grado en que las restricciones normativas limiten el acceso de productos u oferentes o demandantes al mercado; y iii) 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 los demás actores puedan contrarrestar dicho poder⁵.

Como en otras jurisdicciones, la Unión Europea, por ejemplo, la Dirección de Investigación en el presente caso, ha recurrido a la idea *responsabilidad especial* de la empresa que cuenta con una posición dominante, para luego desarrollar los requisitos del tipo de negativa de suministro en la LDC; sin embargo, no fueron explicados en la resolución y menos adoptados por el Directorio de la Conacom, por lo menos en esta decisión. La idea central, detrás de este concepto, es que la empresa que se encuentra en esta situación debe disputar el mercado sobre sus méritos y no debe restringir la competencia con su comportamiento⁶.

En el fallo, se ha citado a la autoridad española que nos recuerda que [...] *disponer de una posición dominante en un mercado no es ilegal; lo que está prohibido, es hacer un uso abusivo de esa posición [...]. Pero con frecuencia resulta difícil delimitar cuáles constituyen acciones abusivas de una empresa y cuáles no [...]* Por ello, en materia de conductas anticompetitivas, aunque no lo diga explícitamente la Ley, se debe adoptar la regla de la razón, brindando a la parte investigada la posibilidad de probar que con su conducta se logran eficiencias que compensan las restricciones que pudo haber generado.

Una de las conductas catalogadas como abusivas por la Ley de Defensa de la competencia es la denominada negativa de suministro, que ha sido la práctica vertical, objeto de análisis del expediente, que se centró en la supuesta negativa de Teledeportes, respecto de la solicitud realizada por las firmas AMX Paraguay S.A. y Tuves S.A. de tener acceso a los derechos de transmisión del Fútbol de Primera División.

Es un comportamiento que ha generado mucho debate, dado que es una figura sobre la que no hay acuerdo en el derecho de competencia, ya

5 PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. Resolución D/AL N.º 87/2021, p. 100.

6 UNIÓN EUROPEA. Comunicación de la Comisión — 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 dominante, párrafo 1.

que se confronta con el principio de autonomía privada⁷ o la libertad de empresa, que en una de sus facetas tiene el derecho de decidir a quién contratar, agregándose a ello, lo mencionado en la decisión de que debía ser valorado si la imposición de la obligación de conceder accesos a los contenidos desarrollados por firma sumariada, no llevarían, a largo plazo, a desestimular la inversión y la innovación⁸.

Las empresas pueden negarse fundadas en alguna razón. En este caso, la firma Teledeportes ha argumentado como justificación la titularidad de un derecho de autor, que implica el derecho de disponer del mismo, mientras que la Dirección de Investigación ha realizado, para descartarlo, una ponderación con el derecho de competencia.

También en la resolución, se ha invocado, como uno de los factores del tipo, que será objeto de análisis posterior, a las instalaciones esenciales que Motta las entiende como *cualquier insumo que se considere necesario para que todos los participantes de la industria operen en una industria determinada y que no se puede duplicar fácilmente*.

2. LA RESOLUCIÓN D/AL N.º 87/2021 DEL 23 DE NOVIEMBRE DE 2021: HECHOS Y LA POSICIÓN DEL DIRECTORIO DE LA CONACOM

El 15 de julio de 2020, la Dirección de Investigación de la Conacom, como consecuencia de la formalización de la denuncia realizada por la firma AMX Paraguay S.A.(AMX), instó el inicio de un sumario de instrucción contra la empresa Teledeportes Paraguay S.A., en relación a supuestos incumplimientos al artículo 9º, inciso a) numeral 3) de la LDC, requerimiento a la que el Directorio de la Conacom hizo lugar por Resolución D/AL N.º 14/2020 de fecha 28 de julio del 2020. Posteriormente, en fecha 02 de octubre, la empresa Tuves Paraguay S.A. (Tuves) se adhirió a la denuncia formulada por AMX. La denuncia y apertura de investigación⁹ tuvo lugar como consecuencia de la supuesta negativa de Teledeportes respecto de la solicitud realizada por ambas empresas de tener acceso a los derechos de transmisión del Fútbol de Primera División.

Luego de cumplido el plazo de investigación, en el que se han realizado los actos para demostrar las pretensiones de la Dirección, en su mayoría requerimientos de informes complementados con audiencias, en fecha 15 de abril del 2021, fue presentado el Informe Técnico CONACOM/DI N.º

7 BROKELMANN, Helmut, *La negativa de suministro y figuras afines*, p.1

8 PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Resolución D/AL N.º 87/2021*, p. 137.

9 PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Resolución D/AL N.º 14/2020*, 28 de julio de 2020.

002/2021, por el cual se formuló acusación por la supuesta infracción al artículo 9° inciso a) numeral 3° de la Ley N.º4956/2013 de Defensa de la Competencia.

Durante la etapa de sumario disciplinario, la empresa investigada ha presentado sus defensas y pruebas (ratificadoras de informes de terceros) y una vez cumplidas dichas diligencias y los alegatos finales, se ha dictado la decisión final en la que se ha absuelto a la empresa Teledeportes, fundada en que no se aprobaron todos los elementos del tipo, tanto los generales para el abuso, como los particulares de la denegación de suministro. Por motivos de espacio, no podremos desarrollar otras cuestiones estudiadas en la misma que son igualmente interesantes, (cuestionamiento del tipo realizado por Teledeportes, definición de mercado y la determinación de la posición de dominio) para centrarnos en los temas señalados al inicio.

Respecto de la conducta, se ha discutido sobre los factores que integran el tipo establecido en el artículo 9 inciso a) numeral 3 de la LDC. El órgano de investigación y los denunciantes entendieron que el tipo se encuentra constituido por los siguientes factores: (1) la constatación de una posición dominante, (2) la negativa de suministro propiamente dicha, (3) la falta de justificación de la negativa, y (4) la intención de obtener ventajas indebidas y causar perjuicio a otros. Mientras que el Directorio argumentó que, además de la consideración de los factores señalados arriba para la valoración de la conducta de denegación de suministro, deben incluirse factores como la esencialidad del insumo y la posibilidad de eliminación de la competencia. La diferencia entre la consideración de los órganos de investigación y decisión se tratará en el siguiente apartado.

En cuanto al estándar probatorio, no ha sido discutido en el expediente, sino que el mismo se trae a colación por su diferencia con el aplicado por otras jurisdicciones, en que se utiliza un estándar más laxo. Al mismo tiempo, sobre este tema, el Directorio ha señalado que se debe demostrar la conducta más allá de toda duda razonable, pero admite, en algunos pasajes, la utilización de indicios como elemento de decisión para determinar si se encuentra o no demostrada la conducta, en lo que parece una actitud contradictoria.

3. TIPO LEGAL

La norma que contempla el abuso de posición dominante en la LDC, lo hace de la siguiente manera:

Artículo 9°. Abuso de posición dominante.

Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias de las personas físicas o jurídicas contenidas en el Artículo 3º de esta Ley, de su posición de dominio en todo o en parte del mercado relevante.

A los efectos de la presente Ley, 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.

Se presume que no existe exposición a una competencia efectiva y sustancial cuando, conforme a criterios de razonabilidad fundados en los parámetros citados en el inciso b) de este artículo aplicables al mercado relevante investigado, se determine que los principios de la libre competencia establecidos en la presente Ley podrían verse afectados, luego de un análisis de quien eventualmente ejercerá posición dominante por parte de la Autoridad de Aplicación.

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;
- 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.

b) A fin de establecer la existencia de posición dominante en un mercado, deberán considerarse las siguientes circunstancias:

1.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;

2. El grado en que las restricciones normativas limiten el acceso de productos u oferentes o demandantes al mercado de que se trate; y,

3. 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.

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

En la resolución se pueden observar diferencias entre dos órganos de la Conacom respecto del alcance del tipo legal establecido. El Directorio ha resumido la posición de la Dirección de Investigación, respecto del tipo legal, en cuanto a sus elementos constitutivos, estableciendo que, para dicha dependencia los requisitos de configuración del tipo, son: (1) la constatación de una posición dominante, (2) la negativa de suministro propiamente dicha, (3) la falta de justificación de la negativa, y (4) la intención de obtener ventajas indebidas y causar perjuicio a otros¹⁰.

Inmediatamente, el Directorio ha manifestado que, si bien está de acuerdo con los mismos, aclara que tanto para el tipo general, abuso de posición dominante, como el tipo particular de denegación de suministro, se requiere, para su configuración, la concurrencia de otros factores y circunstancias.

Aclara el órgano decisor que, de la literalidad de la norma, se podría considerar que no es exigible la comprobación de otros factores más allá de los señalados más arriba por la Dirección de Investigación y que los requisitos adicionales, que fueron desarrollados por la jurisprudencia y la doctrina, poniendo de ejemplos a la Guías para el análisis de casos de abuso de posición dominante de tipo exclusorio, emitidas por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de Argentina, en mayo de 2019¹¹ y la Comunicación de la Comisión – Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado

10 PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Resolución D/AL N° 87/2021*, p. 119.

11 ARGENTINA. COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. *Guías para el análisis de casos de abuso de posición dominante de tipo exclusorio*, 2019.

CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes en los que, al ocuparse de la negativa de venta de bienes o servicios, también hacen referencia a requisitos particulares del tipo que no se encuentran expresamente señalados en la norma.

Empero lo dicho en el párrafo anterior, el Directorio explica en la resolución que resuelve el recurso de reconsideración opuesta respecto de la decisión objeto de análisis en el presente trabajo¹², que no se han incorporado nuevos requisitos a los dispuestos en la Ley sino que lo realizado fue una interpretación, valiéndose para ello de documentos como la Comunicación de la Comisión. Sin embargo, se recuerda que en la resolución recurrida, el Directorio ha dicho que se utilizó factores adicionales generados por la jurisprudencia y la doctrina. El ejercicio que haremos en el presente trabajo, es tomar uno de los escenarios, el de la adición de otros factores y no el de interpretación y ese sentido, el Directorio al señalar la necesidad de añadir componentes, no ha exteriorizado el o los motivos por los cuales ha extendido la cantidad de factores constitutivos del abuso estudiado, y tampoco ha mencionado la base legal para realizar dicha acción.

Como se ha dicho, desde un inicio, la negativa injustificada de suministro es una figura bastante controversial. El motivo de esta característica se sustenta, en primer lugar, desde que es cuestionado el abuso de posición dominante propiamente dicho. En segundo término, y relacionado directamente a la negativa de suministro, se encuentra la tensión entre derechos de competencia y el de empresa, cuando, a través de la primera, se limita la libertad contractual, en el sentido de decidir con quién contratar y, en este caso particular, el derecho de disponer del derecho conexo (derecho de licenciar la transmisión de partidos de fútbol de primera división) del que es titular la empresa investigada, en atención de lo que consideren más conveniente a sus intereses. El tercer aspecto es polémico, puesto que la incorrecta limitación del derecho de contratar, respecto de bienes sobre los que tienen derechos, afectaría los incentivos a invertir e innovar.

Justamente, estos inconvenientes se convertirían en razón suficiente para explicar las motivaciones por las cuales han sumado requisitos a los establecidos en la norma a más, por su puesto, de la obligación de justificar sus resoluciones. Lastimosamente, se ha justificado de manera incorrecta, ya que la explicación para ello se encuentra dada en el comparativo con normas de otras jurisdicciones que al notarlas similares al artículo 9 de la LDC y, al haber dictado las otras autoridades resolución, considerando otros requisitos no contemplados en su

12 PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Resolución D/AL N° 10/2022*, 9 de febrero de 2022, p. 28.

Ley, entendieron que pueden hacer lo mismo ya que solo se estaría interpretando.

La justificación alternativa, que se piensa más adecuada, debía ser que existe un principio consagrado en el artículo 4 de la LDC¹³ que declara que la competencia presupone la libertad de compra, de venta y de concurrencia y con ello, lo que el legislador pretendió es materializar el derecho a la libre empresa consagrado en el Art. 107 de la Constitución Nacional¹⁴ como base del derecho de la competencia.

La libertad de empresa solo puede ejercitarse en el mercado, y para ello, implica el reconocimiento de varias *sublibertades*, tales como las libertades de decidir qué producir, cómo hacerlo, cómo organizarse, las de contratar e, incluso, las de alejarse de dicha actividad mercantil.

El reconocimiento de todas esas *sublibertades* posibilita el ejercicio pleno de la libertad de empresa que, a su vez, posibilita el derecho de la competencia. Sin embargo, se podría presentar una aparente paradoja, cuando se dan escenarios, en los que, para preservar la competencia, es necesario limitar el ejercicio de la libertad de empresa, como sería el caso de la calificación como abusiva de ciertas condutas de empresas que tienen poder de mercado, restringiendo de esta manera el ejercicio de la libertad de empresa de estas.

Otros consideran que la posibilidad de elegir con quién se contrata, no es solo una faceta de la libertad de empresa, sino el contenido del principio de la autonomía de la voluntad consagrado en los artículos 301 del Código Civil Paraguayo, según el cual *los actos jurídicos producen el efecto declarado por las partes, el virtualmente comprendido en ellos y el que les asigne la ley* y el 669 del mismo cuerpo legal, conforme al cual, los interesados pueden reglar libremente sus derechos mediante contratos, en tanto no controviertan disposiciones imperativas.

Cualquiera sea el fundamento, ya sea como elemento del derecho de empresa o contenido de la autonomía de la voluntad, aunque considero

13 El artículo 4° de la LDC establece: “De la libre competencia. 1. La competencia presupone la libertad de compra, venta y acceso al mercado en condiciones eficientes y no discriminatorias, sin otras restricciones que las derivadas de la Ley[...]”. PARAGUAY. Ley N° 4956 «Defensa de la Competencia». Gaceta Oficial, 25 de junio de 2013.

14 El artículo 107 de la Constitución Nacional del Paraguay, reza: “DE LA LIBERTAD DE CONCURRENCIA Toda persona tiene derecho a dedicarse a la actividad económica lícita de su preferencia, dentro de un régimen de igualdad de oportunidades. Se garantiza la competencia en el mercado. No serán permitidas la creación de monopolios y el alza o la baja artificiales de precios que traben la libre concurrencia. La usura y el comercio no autorizado de artículos nocivos serán sancionados por la Ley Penal.” PARAGUAY. Constitución Nacional, 1992.

que es del primero, en ambos deben ser tratados como derechos fundamentales, pero como señalan Paz-Ares y Alfaro:

Alexy califica los derechos fundamentales como mandatos de optimización en el sentido de que su reconocimiento obliga a los poderes públicos a maximizar su vigencia dentro de las constricciones que impone la necesidad de tener en cuenta la existencia de otros mandatos de optimización – representados por los otros derechos fundamentales – u otras reglas opuestas. Este planteamiento se funda en el reconocimiento de que los derechos fundamentales son principios y no reglas y, como principios, pueden cumplirse en grados diversos y la medida en que se cumplen depende de las circunstancias fácticas y jurídicas en las que tiene que tomarse la decisión¹⁵.

Entonces, estos derechos tienen sus limitaciones, pues desde luego no son absolutos. La limitación está en la posibilidad de competir de otras empresas, respecto de aquella empresa dominante, considerando abusiva la conducta en “ciertos” casos.

Esta conducta catalogada como abusiva, al constituirse en un impedimento del ejercicio de la libertad de empresa o de la autonomía de la voluntad, debe ser considerada de manera restringida, no siendo suficiente para mantener este carácter, el requisito de falta de justificación de la negativa, puesto que argumentos como el *free riding*, para evitar la imposición de la entrega del bien, resultan insuficientes, generando desincentivos para la inversión, por lo que ante esta situación se ha complementado por la jurisprudencia y la doctrina con otros factores adicionales, entre ellos, la esencialidad del bien en cuestión.

En distintas jurisdicciones, se han agregado factores a los requisitos establecidos en la norma, tales como Argentina y la Unión Europea, citados por el Directorio en la resolución analizada, en los que, en su guía para el análisis de abuso de posición dominante de tipo exclusorio y la Comunicación de la Comisión – 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, respectivamente, citan elementos tales como que el bien o servicio sea indispensable para competir aguas abajo. Otro ejemplo es el caso chileno, en el que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), en distintos fallos, ha aplicado la doctrina de instalaciones esenciales en el que ha establecido como requisitos copulativos (i) *que se trate de un producto indispensable para participar en tal mercado;* (ii) *que sea suministrado por una única firma*

15 PAZ-ARES, Cándido y ALFARO, Jesús. *Ensayo sobre la libertad de empresa*, p. 2

*presente en el mercado aguas arriba; y, (iii) que no sea replicable a un costo y en plazos razonables por las firmas aguas abajo*¹⁶.

Ahora bien, teniendo la justificación para realizar la ampliación de los factores legales (podría servir también como motivación para la interpretación), debemos determinar cuál es la base normativa para hacerlo, puesto que estamos en el derecho administrativo y en el mismo subsisten los principios de legalidad y tipicidad.

Para analizar la cuestión, debemos partir de los conceptos de las figuras señaladas, y en ese sentido, debemos entender el alcance del principio de legalidad que *consiste en que ningún órgano del Estado puede tomar una decisión individual que no sea conforme a una disposición general anteriormente dictada*¹⁷ y, por otro lado, los ciudadanos tienen derecho a conocer de manera anticipada las infracciones y cuáles son las eventuales sanciones¹⁸, principio consagrado en el artículo 17 de la Constitución Nacional¹⁹.

El artículo constitucional citado no diferencia el ámbito de aplicación, por lo que el principio de legalidad se emplea en cualquier esfera en la que pueda derivarse sanción, solo que, en el derecho administrativo sancionador, su aplicación es menos intensa que en el ámbito penal, en razón de la diferencia que existe en cuanto a los fines que persiguen y los efectos de la norma (sanciones). Como lo sostiene la Corte Constitucional de Colombia:

[...] en el ámbito del derecho administrativo sancionador el principio de legalidad se aplica de modo menos riguroso que en materia penal, por las particularidades propias de la normatividad sancionadora, por las consecuencias que se desprenden de su aplicación, de los fines que persiguen y de los efectos que producen sobre las personas. Desde esta perspectiva, el derecho administrativo sancionador suele contener normas con un grado más amplio de generalidad, lo que en sí mismo no implica un quebrantamiento del principio de legalidad si existe un marco de

16 Citado por Centro de competencia de la Universidad Adolfo Ibáñez (CeCo). Disponible en <<https://centrocompetencia.com/negativa-de-venta/>>.

17 FRAGA, Gabino. *Derecho Administrativo*, p. 99

18 MARENGO, Federico. “El principio de legalidad de las sanciones administrativas. Su proyección en el ámbito de las relaciones del consumo”, p. 1

19 El Art. 17 de la C.N. establece: “En el proceso penal, o en cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a: [...] 3. que no se le condene sin juicio previo fundado en una ley anterior al hecho del proceso, ni que se le juzgue por tribunales especiales [...]”. PARAGUAY. Constitución Nacional, 1992.

referencia que permita precisar la determinación de la infracción y la sanción en un asunto particular. Así, el derecho administrativo sancionador es compatible con la Carta Política si las normas que lo integran –así sean generales y denoten cierto grado de imprecisión– no dejan abierto el campo para la arbitrariedad de la administración en la imposición de las sanciones o las penas. Bajo esta perspectiva, se cumple el principio de legalidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador cuando se establecen: (i) “los elementos básicos de la conducta típica que será sancionada”; (ii) “las remisiones normativas precisas cuando haya previsto un tipo en blanco o los criterios por medio de los cuales se pueda determinar la claridad de la conducta”; (iii) “la sanción que será impuesta o, los criterios para determinarla con claridad”²⁰.

En tanto que el principio de tipicidad consiste en la necesaria precisión en la descripción de la conducta que será considerada infracción. Para Ramírez Torrado, citado por Carlos A. Mata, *este principio se concreta en la exigencia de la predeterminación normativa (lex previa, lex scripta), de las conductas ilícitas y sus sanciones correspondientes que permitan predecir con suficiente grado de certeza (lex certa), las consecuencias de las acciones y omisiones de los administrados*²¹.

Además de los motivos expuestos por la Corte Constitucional de Colombia, la aplicación diferenciada responde a que, en el ámbito administrativo, el volumen de conductas que deben calificarse como infracciones es inconmensurable; por lo que esperar que una ley que contemple todas las situaciones es inapropiado, entonces se apela a lo que denominó *leyes en blanco*, que son normas muy generales, es decir, normas que no contemplan todos los elementos de la infracción, encomendando a alguna entidad (por lo general, el Poder Ejecutivo) la reglamentación que debe completar los vacíos dejados por la Ley.

El problema es la determinación del grado de precisión que debe tener la norma para considerarse cumplida esa garantía, puesto que, en ciertos ámbitos, la casuística es innumerable, por lo que se necesita un margen de generalidad (indeterminación) en la configuración de la infracción. Un ejemplo de ello es el derecho de la competencia que tienen doble razón para su generalidad; por un lado, la casuística importante que le rodea y, por otro, su origen, ya que, como señaló el Prof. Marcos Araujo *son normas de otro planeta jurídico, pues provienen del “common law”, en el que es corriente que el Legislador emita un mandato muy abierto que los Tribunales concretarían con el tiempo*²².

20 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-242 de 2010 M.P. Mauricio González Cuervo, consideración jurídica No. 3.1.3., usando como intertexto las sentencias C-564 de 2000, C-406 de 2004, C-343 de 2006, C-1011 de 2008.

21 MATA COCO, Carlos Alberto. “El principio de tipicidad en el derecho administrativo sancionador (a la luz de la jurisprudencia constitucional)”, p. 126

22 ARAUJO BOYD, Marcos. Opinión vertida en el marco de la Especialización del Derecho de la Competencia impartida por la Universidad Carlos III de Madrid.

La redacción de las infracciones en la LDC, justamente, tiene esas características, dado que los comportamientos sancionables están definidos, aunque utilice conceptos indeterminados y de tipos en blanco, que deberían completarse en los detalles. La pregunta inmediata, que se hizo más arriba (base legal para completar la norma), dado que los detalles no fueron concretados por el Poder Ejecutivo, es si el Directorio puede determinar en sus actos administrativos los detalles.

Al parecer la respuesta es negativa, dado que esta facultad no ha sido delegada por la LDC, pero lo entendemos como lo hace Fraga que:

[...] el principio de que ningún órgano del Estado puede realizar actos individuales que no estén previstos o autorizados por disposición general anterior tiene en todos los Estados modernos un carácter casi' absoluto; pues salvo el de facultad discrecional, [...] Hay poder discrecional para la Administración, dice Bonnard, cuando la ley o el reglamento, previendo para la Administración cierta competencia en ocasión de una relación de derecho con un particular, dejan a la Administración un poder libre de apreciación para decidir si debe obrar o abstenerse, en qué momento debe obrar, cómo debe obrar y qué contenido va a dar a su actuación. El poder discrecional consiste, pues, en la libre apreciación dejada a la Administración para decidir lo que es oportuno hacer o no hacer.²³

Justamente, el Directorio, cuando analiza y decide en un caso, hace uso de sus facultades discrecionales otorgadas por la propia norma, al darle las facultades de decisión, estableciendo los alcances de la norma, cuando resuelve sobre asuntos que tienen atribuidos por Ley. Además, en el caso de la negativa de suministro, ha establecido factores adicionales a ser demostrados por la propia Conacom, que lo que hace es restringir más el marco de actuación de la Entidad, por lo que tampoco, por este motivo, puede ser considerado un acto arbitrario porque, en todo caso, sería arbitrario consigo mismo y no les afectaría a los ciudadanos.

La excepcionalidad de la imposición de suministro, así como la consideración de factores no contemplados en la Ley, específicamente, también fueron desarrollados en otras jurisdicciones. Desde luego, los países con tradición *common law* no son un parámetro de comparación, puesto que su sistema es diferente, como se señaló, ya que el Poder Legislativo emite una ley en formato muy general que los Tribunales concretan luego con sus fallos. A las que me refiero son jurisdicciones como la UE (nacidas en EE.UU.) donde la jurisprudencia extendió la doctrina

23 FRAGA, Gabino, op cit., p. 99/100.

de facilidades esenciales a los casos (Magill, Bronner y Medriapint, entre otros), estableciendo las condiciones para su consideración. Esto se extendió a la Comunicación de la Comisión, con orientaciones sobre conductas abusivas de carácter exclusorio de las empresas dominantes. En Latinoamérica, tenemos el caso de Argentina, en cuya guía se observa que utiliza dichos requisitos no contemplados en la Ley, mientras que aplica jurisprudencialmente la doctrina de instalaciones esenciales.

A pesar de lo señalado en anteriores párrafos, se piensa que es más acorde a la naturaleza de la norma, considerar que los factores “adicionales” son producto de una interpretación y que los argumentos esgrimidos mas arriga, igualmente justifican la necesidad de la interpretación precisando el alcance de los componentes de la Ley.

4. ESTÁNDAR PROBATORIO

En la resolución, el Directorio de la Conacom se ha planteado la siguiente interrogante: *¿ha quedado demostrado, más allá de toda duda razonable que TELEDEPORTES, titular de los derechos de televisión del fútbol paraguayo, ha incurrido en el tipo establecido en el Artículo 9º, inciso a) 3 de la Ley de Defensa de la Competencia, y que, por tanto, debe ser sancionado?*²⁴.

En otros pasajes ha señalado:

Es sabido que la presunción es el razonamiento lógico crítico que, a partir de uno o más indicios, lleva a la autoridad a la certeza de la existencia del hecho investigado.

Casco Pagano, citando a Alsina, enseña que indicio es todo rastro, vestigio, huella, circunstancia y, en general, todo hecho conocido o debidamente comprobado, susceptible de llevarnos por vía de inferencia al conocimiento de otro hecho desconocido. En ese orden, la Autoridad Peruana de Libre Competencia señalaba que [...] los indicios son hechos que se acreditan por cualquiera de los medios probatorios que la ley autoriza a utilizar. Probada la existencia de los indicios, la autoridad encargada de resolver podrá utilizar el razonamiento lógico para inferir del conjunto de indicios la certeza de la ocurrencia de lo que es objeto del procedimiento [...].

Ahora, esta idea o afirmación no solo fue realizada por las autoridades de aplicación de las leyes de competencia, sino que fueron confirmadas por máximas autoridades judiciales.

24 PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. Resolución D/AL N.º 87/2021, p. 122.

Por ejemplo, el máximo tribunal constitucional español [...] ha sentado ya un sólido criterio sobre las posibilidades y los límites de utilización de la prueba de indicios por el Tribunal de Defensa de la Competencia y, derivadamente, por los órganos jurisdiccionales que controlan la conformidad a derecho de sus resoluciones sancionadoras [...] En efecto, continúa explicando el Tribunal que [...] el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria [...], puesto que estas pruebas son las que [...] tienen una mayor operatividad en el campo de defensa de la competencia [...]²⁵.

En estos pasajes de la resolución, se ha establecido el estándar probatorio, como el uso de prueba indiciaria. Entonces surgen varias preguntas: ¿Es correcta la aplicación de un estándar? En el caso de que la respuesta fuera afirmativa, ¿es correcto el estándar utilizado o debe aplicarse otro como el del proceso civil, dado que la normativa supletoria de la LDC es el Código Procesal Civil? ¿Es contrario al estándar establecido por el Directorio en su resolución, el uso de prueba indiciaria para tener por probada una conducta anticompetitiva?

En el Paraguay, no existe norma en la que se establezca un estándar probatorio, ni siquiera en el Código Procesal Penal que, si bien es cierto, en su artículo 5 establece el caso de duda²⁶, el mismo no puede ser considerado como un estándar, concebido como el grado de convicción que debe alcanzar el que resuelve, sino un principio general de la materia, que establece cómo deben interpretarse circunstancias y normas. Este umbral, en materia penal que, si bien no se encuentra regulado en ningún artículo, se encuentra como “escrito en piedra” en el subconsciente de los operadores de justicia. Menos aún, se ha estipulado en el Código de Procedimiento Civil, que es declarado como norma supletoria por el Art. 37 de la LDC, que, a la postre, es un alivio, en el sentido de que, si lo hubiera establecido, habría que pensar sobre su compatibilidad con un proceso en el que se pueden disponer sanciones.

La cuestión se torna un tanto más compleja, cuando se confunde el estándar con el sistema de valoración que, tanto en el ámbito civil como penal, es el de la sana crítica. Palacios entiende por reglas de la sana crítica, como *normas de criterio fundadas en la lógica y en la experiencia*²⁷, es decir, es el método que le da al Juzgador el poder de determinar la idoneidad de una prueba basada en la lógica, la experiencia, y los conocimientos científicos. Pero ello, como se ha señalado, al ser la sana crítica un factor común de procesos tan disímiles, no puede ser confundida con el estándar, que

25 PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. Resolución D/AL N° 87/2021, p. 83.

26 El artículo 5° del Código Procesal Penal establece: “DUDA. En caso de duda los jueces decidirán siempre lo que sea más favorable para el imputado”. PARAGUAY. Código Procesal Penal.

27 PALACIOS, Lino. *Manual de Derecho Procesal Civil*, p. 422.

conforme lo aclara Jordi Ferrer, es:

[...] un umbral a partir del cual aceptaremos una hipótesis como probada” y agrega que “si el estándar de prueba resulta indeterminado, resultará imposible justificar la decisión tomada sobre los hechos del caso. En otros términos, es la propia estructura del razonamiento la que exige mostrar que se ha superado determinado nivel de corroboración de una hipótesis fáctica para justificar que se acepte como probada, pero para ello es necesario conocer cuál es ese nivel²⁸.

El uso de estos “umbrales” se encuentra sustentado, conforme a este autor, en que *como el razonamiento probatorio es probabilístico y no tendremos certezas sobre los hechos que se quieran probar en el juicio, será necesario recurrir a reglas que determinen el grado de probabilidad -inductiva o lógica- a partir del cual estaremos en condiciones de dar por probada una hipótesis*²⁹.

La doctrina y la jurisprudencia han reconocido tres estándares de prueba: “más allá de toda duda razonable”, aplicado al proceso penal; “prueba preponderante o prevalente”, que es afín al civil, y el de “prueba clara y convincente”, que es un intermedio. Ahora bien, ¿cuál es el que debe aplicarse en materia de libre competencia? ¿El de más allá de toda duda razonable”, con el que se subiría la vara muy alto, teniendo en cuenta que la naturaleza sancionadora del proceso penal, que es donde se aplica, es distinta al administrativo? ¿Debe aplicarse el del ámbito civil, por aplicarse supletoriamente el Código Procesal Civil, con lo que bajaría mucho el parámetro? ¿Debe aplicarse el intermedio, atendiendo la naturaleza del proceso administrativo sancionatorio?

La respuesta a estas preguntas depende del balance en la distribución de los errores o daños que se generaran en relación a los falsos positivos y negativos. En ese sentido, afirma Ferrer que *la determinación del nivel de exigencia probatoria del estándar de prueba no incide sobre la disminución de errores, sino sobre la distribución del riesgo de error entre las partes*³⁰.

El Directorio al afirmar el estándar en “de fuera de toda duda razonable” en su resolución, no ha justificado la razón de aplicar la misma, dado que no

28 FERRER, Jordi. “Los estándares de prueba en el proceso penal español”, p. 2

29 FERRER, Jordi. “Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea” en: PAPAYANNYS, Diego y PEREIRA, Esteban. *Filosofía del Derecho Privado*, p. 403.

30 Ibid, p. 408.

existe una exigencia legal para ello. Entendemos que lo ha hecho, en tanto ha asimilado el proceso sancionatorio administrativo al penal, justamente por el ejercicio del *ius puniendi* en ambos, y, por tanto, ha considerado que solamente debe ser sancionado, cuando se haya logrado una certeza casi absoluta sobre la culpabilidad del sumariado. Pero la diferencia entre ambos tipos de procedimientos no es baladí, ya que el proceso, las conductas investigadas y las consecuencias (tipo de sanciones) son muy diferentes y, por ello, en materia penal, la exigencia es la más alta, dado que el nivel de certeza de acercamiento a la justicia material es casi absoluto. En cambio, en materia administrativa, debe adoptarse un estándar de prueba con mayor tolerancia a los errores del tipo I (falsos positivos), en razón del tipo de conductas investigadas, el tipo de pruebas a las que se accede y las sanciones que se podrían imponer (multas). De adoptarse un estándar más estricto, se dejaría sin sanciones a empresas que han decidido coludirse. En materia de abusos de posición dominante, el tema debe encontrar un equilibrio, entre reprimir conductas de empresas con dicha posición y permitir estas conductas, puesto que, si el umbral es muy alto, tendrían el incentivo para hacerlo y si fuera muy bajo, no se animarían a realizar actividad alguna, por el temor de una sanción.

Si hubiera elegido el estándar civil, lo que haría el Directorio de la Conacom es sopesar cuál de las dos partes, Dirección de Investigación (parte acusadora) o las empresas investigadas (acusadas), presenta elementos más convincentes, “ganando” aquella parte que haya presentado una prueba más que la otra parte. Esto no condice con el procedimiento y la carga de la prueba establecidos en la LDC, además bajaría mucho el umbral de convencimiento.

El Directorio, al definir el proceso sancionatorio, podría optar por un estándar intermedio *podría sugerirse el de la “prueba clara y convincente” o “clear and convincing evidence”, el que fue creado en el common law y corresponde a la ratio decidendi del caso Masson v. New Yorker Magazine, Inc.*³¹.

En este caso, el Directorio ha establecido, en su resolución, el estándar que tiene el umbral más alto y con ello ha disminuido los errores del tipo I. Pero, habíamos referido que el mismo órgano decisor ha expuesto sobre la utilización de prueba indiciaria, que es característica de procesos en los que se investigan los acuerdos anticompetitivos o de abusos y la dificultad probatoria hace que sea necesaria la utilización de un estándar menos exigente al aplicable en el ámbito penal, puesto que, de lo contrario, no se sancionará a empresas que si han acordado y como se dejó sentado más

31 ISEENSE R., Carlos. “Debido proceso y su recepción en la Ley N.º 19.880: valoración y estándar de prueba en sede administrativa”. *Revista de Derecho Público*. 2016, 84, p. 93.

arriba, tendrían más incentivos de hacerlo, puesto que el riesgo de ser sancionados sería más elevado.

En este sentido, el Directorio se ha impuesto un estándar incorrecto para este tipo de conductas y debe considerar un cambio, ya que el establecido en la resolución es muy elevado, por lo que habrá casos en el que dar un hecho por verdadero será muy difícil. Este cambio no significará un desmedro al debido proceso, puesto que las personas, conociendo el estándar, podrán entender el grado de convicción que se debe alcanzar, limitando aún más la subjetividad en el proceso, evitando cualquier especulación.

CONCLUSIONES

Por lo anterior, se puede extraer las siguientes consideraciones (me animo a señalar que ellas son definitivas).

Se ha determinado que existen diferentes posturas respecto de los elementos que deben integrar el tipo de negativa de suministro. Por un lado, la que sostiene que son elementos del tipo los contemplados estrictamente en la Ley y por el otro, la que sostiene que se deben considerar otros elementos, sobre la base de la adición de cuestiones no contempladas o de una interpretación que considerando estos elementos “añadidos” como producto de desentrañar el alcance de la Ley. Se ha utilizado el primer escenario, es decir, el de la adición de elementos y en ese sentido, el Directorio de la Conacom no ha argumentado sobre la necesidad de utilizar otros factores ni su base legal para hacerlo.

Se ha esbozado el argumento para aplicar otros factores y el mismo tiene que ver con la manera de entender el artículo 9 de la LDC, respecto de los principios de libertad de empresa o autonomía de la voluntad reconocidos en la Constitución y la Ley.

Se ha explicado la base legal para ello. Es así que se ha considerado los principios de legalidad y tipicidad y la naturaleza del proceso administrativo sancionatorio, diferenciándolo del penal, para concluir que es de aplicación más laxa, lo cual permitiría completar la norma en el ejercicio de una facultad discrecional. A pesar de lo señalado, se reitera se considera que es más acorde a la naturaleza de la norma, entender que los factores “adicionales” son producto de una interpretación y que los argumentos esgrimidos para el otro escenario, igualmente justifican la necesidad de la interpretación precisando el alcance de los componentes de la Ley.

En cuanto al estándar probatorio aplicable en los procesos sancionatorios de libre Competencia, el Directorio ha establecido en la decisión el de “mas allá de toda duda razonable”. Este no tiene una base legal, puesto que en la LDC no se regula el tema ni tampoco en el Código de Procesal Civil que es su norma supletoria. En este último, solo se establece el sistema de valoración de pruebas que es el de la sana crítica y el estándar probatorio es la línea a partir del cual entendemos que una hipótesis ha sido probada.

Su utilidad, dado que la prueba es probabilística, es importante para establecer el margen de error aceptable y por ello la autoridad debe definir el estándar probatorio que debe regir en sus procedimientos y de esta manera estaría cuidando la racionalidad de sus fallos.

Dada que la naturaleza del proceso administrativo sancionatorio es distinta a la del proceso penal, siendo más relajado por sus fines y efectos, debe el Directorio bajar su estándar de prueba, puesto que, de lo contrario, dejará escapar casos en los que debía sancionar.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LIBROS

- FRAGA, Gabino. *Derecho Administrativo*, Buenos Aires: Editorial Porrúa, 2003, cuadragésima edición.
- MOTTA, Massimo. *Política de Competencia. Teoría y Práctica*. México: 2018, 1^{era}.Ed. en español.
- PALACIOS, Lino. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot Lexis Nexis, 2000, 17^a edición.
- FERRER, Jordi. “Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case dela responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea”. En: PAPAYANNYS, Diego y PEREIRA, Esteban. *Filosofía del Derecho Privado*. Marcial Pons, 2018. Disponible en: <https://www.academia.edu/43473534/Proleg%C3%B3menos_para_una_teor%C3%ADa_sobre_los_est%C3%A1ndares_de_prueba_El_test_case_de_la_responsabilidad_del_Estado_por_prisi%C3%B3n_preventiva_err%C3%B3nea>

ARTICULOS

- BROKELMANN, Helmut, “La negativa de suministro y figuras afines”. Disponible en: <https://www.frdelpino.es/wp-content/uploads/2014/10/en_13-HELMUT-BROKELMANN.pdf>.

- ISENSE R., Carlos. “Debido proceso y su recepción en la Ley N.º 19.880: valoración y estándar de prueba en sede administrativa”. Disponible en: <https://www.academia.edu/28945613/Debido_proceso_y_su_recepci%C3%B3n_en_la_Ley_No_19.880_valoraci%C3%B3n_y_est%C3%A1ndar_de_prueba_en_sede_administrativa>.
- FERRER, Jordi. “Los estándares de prueba en el proceso penal español”. Disponible en: <<https://www.uv.es/cefd/15/ferrer.pdf>>.
- MATA COCO, Carlos Alberto. “El principio de tipicidad en el derecho administrativo sancionador (a la luz de la jurisprudencia constitucional)”. Disponible en: <<http://revistas.um.edu.uy/index.php/revistaderecho/article/view/399/492>>.
- CENTRO DE COMPETENCIA DE LA UNIVERSIDAD ADOLFO IBAÑEZ (CECO). *Negativa de venta*. Disponible en: <<https://centrocompetencia.com/negativa-de-venta/>>
- MARENGO, Federico. “El principio de legalidad de las sanciones administrativas. Su proyección en el ámbito de las relaciones del consumo”. Disponible en: <<https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/05/doctrina46532.pdf>>
- PAZ-ARES, Cándido y ALFARO, Jesús. “Ensayo sobre la libertad de empresa”. Disponible en: <<https://es.scribd.com/document/343896761/Ensayo-sobre-la-libertad-de-empresa>>.
- SHAPIRO, Carl, “Antitrust: What Went Wrong and How to Fix It”. Revista Antitrust, 2021, Vol. 35, de la American Bar Association. Disponible en: <<https://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/fixingantitrust.pdf>>.

PONENCIA

- ARAUJO BOYD, Marcos, Unidad Didáctica 3 – Los elementos de la Prohibición, Módulo 2 – Conductas Prohibidas, Curso de Derecho de la Competencia Universidad Carlos III, 2020.

LEGISLACIÓN

- PARAGUAY. Constitución Nacional, 1992.
- PARAGUAY. Ley N.º 4956 «Defensa de la Competencia». Gaceta Oficial, 25 de junio de 2013.
- PARAGUAY. Código Procesal Penal. Gaceta Oficial, 14 de julio de 1998.
- PARAGUAY. Decreto N.º 1490/2014 por el cual se reglamenta la Ley N.º 4956/13 de Defensa de la Competencia. Gaceta Oficial, 25 de abril de 2014.

- UNION EUROPEA. *Comunicación de la Comisión — 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 dominante*, Diario Oficial de la Unión Europea, 24 de febrero de 2009.
- ARGENTINA. COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. *Guías para el análisis de casos de abuso de posición dominante de tipo exclusorio*, web de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, mayo de 2019.

JURISPRUDENCIA

- PARAGUAY. COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA. Resolución D/AL N.º 87/2021, del 23 de noviembre de 2021.
- PARAGUAY. COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA. Resolución D/AL N.º 10/2022, de fecha 09 de febrero de 2022.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-242 de 2010 M.P. Mauricio González Cuervo, consideración jurídica No. 3.1.3., usando como intertexto las sentencias C-564 de 2000, C-406 de 2004, C-343 de 2006, C-1011 de 2008.

RESUMEN BIOGRÁFICO

Fabrizio Castiglioni

Abogado de profesión por la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción”. Maestría en Administración de Despacho de Abogados del Instituto Superior de Derecho y Economía de Madrid, España. Miembro del Directorio de la Comisión Nacional de la Competencia, agosto de 2015 a marzo de 2022.

REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

COMISIÓN DE PROMOCIÓN Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA

COMISIONADOS

Natalia Jul, Presidente

Alejandra Giuffra

Daniel Ferrés



ANÁLISIS DEL RÉGIMEN DE CONCENTRACIONES ECONÓMICAS EN URUGUAY A LA LUZ DE LA REFORMA DE LA LEY N° 18.159

ANÁLISE DO REGIME DE FUSÕES ECONÔMICAS NO URUGUAI DEVIDO À REFORMA DA LEI N° 18.159

Martín Sequeira Terra

RESUMEN

Modificaciones recientes en la Ley de Promoción y Defensa de la Competencia le otorgaron nuevas potestades a la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia vinculadas al tratamiento de las prácticas anticompetitivas y a las concentraciones económicas. En referencia a las concentraciones económicas se cambió de un sistema de notificaciones hacia un sistema de autorizaciones, teniendo el Órgano la posibilidad de aprobar, rechazar o aprobar bajo ciertos condicionamientos las solicitudes de concentración presentadas. Este cambio de paradigma trajo aparejado un aumento exponencial de los casos a tratar, a la vez que se evidenciaron tendencias vinculadas hacia la concentración de ciertos sectores de la economía, lo que obligó al Órgano a realizar estudios de mercados integrales que permitan definir criterios más rigurosos al momento de tomar decisiones que influyen directamente en el funcionamiento de los mismos.

Palabras clave: Concentraciones económicas, reforma legislativa, competencia, supermercados, farmacias

RESUMO

Modificações recentes na Lei de Promoção e Defesa da Competência outorgaram novas competências à Comissão de Promoção e Defesa da Competência, vinculadas ao tratamento das práticas anticompetitivas

e as concentrações econômicas. Com relação às concentrações econômicas passou-se de um sistema de notificações para um sistema de autorizações, tendo o órgão a possibilidade de aprovar, recusar ou aprovar condicionalmente as solicitudes de concentração apresentadas. Esta mudança de paradigma trouxe um incremento exponencial nos casos a tratar ao tempo que evidenciou tendências à concentração de determinados setores da economia, o que obrigou ao órgão a realizar estudos de mercados integrais, que possibilitem a definição de critérios mais estritos no momento da toma de decisões que influenciam diretamente no funcionamento dos mesmos.

Palavras-chave: concentrações econômicas, reforma legislativa, concorrência, supermercados, farmácias

1. INTRODUCCIÓN

La Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia (la Comisión, en adelante) es un órgano desconcentrado del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) de la República Oriental del Uruguay, encargado de desarrollar los procedimientos tendientes a investigar, analizar y sancionar las prácticas prohibidas que impidan el desarrollo de los principios y reglas de la libre competencia. Dentro de sus cometidos, se destaca el control de ciertas concentraciones económicas, las cuales pueden afectar la estructura y el funcionamiento de determinados mercados si las operaciones reflejan una tendencia direccionada hacia la concentración de los mismos. La Ley Nº 19.833 realizó modificaciones a la ley original de promoción y defensa de la competencia (Nº 18.159), que implicaron (entre otros aspectos) nuevas potestades al Órgano en cuanto al tratamiento de las concentraciones económicas. A partir de abril del año 2020 se modificó el antiguo sistema de notificación de concentraciones hacia un sistema de autorización de concentraciones. Este hito implicó la posibilidad que la Comisión autorice o no las solicitudes de concentraciones, teniendo la posibilidad adicional de aprobar las mismas bajo condiciones negociadas por las partes interesadas. Las nuevas potestades sumadas a tendencias actuales vinculadas a las concentraciones de ciertos sectores de la economía de gran relevancia, generaron un aumento sin precedentes en el tratamiento de los casos que obligaron al Órgano a realizar estudios de mercado con resultados de importancia. En la primera parte del presente artículo se detallan y analizan las modificaciones legislativas recientes con sus consecuencias en el tratamiento de las concentraciones económicas. En la segunda parte, se realiza un breve análisis sobre los principales mercados afectados (sector de los supermercados y de las farmacias) a la luz de los estudios de mercados realizados que permitieron una mejor comprensión de los

diferentes sectores, así como la definición de criterios más robustos al momento de definir los mercados relevantes respectivos.

2. DESARROLLO

2.1. Modificaciones recientes en la normativa

Con fecha 20 de septiembre de 2019, se promulga la Ley N° 19.833, modificativa de la Ley N° 18.159 de Promoción y Defensa de la Competencia. La mencionada reforma conlleva cambios significativos en la normativa en tanto introduce las prácticas prohibidas *per se* para ciertos acuerdos entre diferentes agentes que pueden interactuar en el mercado, así como la autorización previa para algunas concentraciones económicas¹. Las prácticas prohibidas *per se* refieren a las prácticas, conductas o recomendaciones concertadas entre diferentes competidores que se declaran expresamente prohibidas, y que no admiten justificación por razones de eficiencia². Al dejar de lado la regla de la razón y adoptar la regla *per se*, se condenan y sancionan prácticas nocivas, de las llamadas de núcleo duro, donde resulta evidente el perjuicio a los consumidores, a la vez que implica un tratamiento más ágil y eficiente para la Comisión.

En lo que respecta a las concentraciones económicas, objeto de análisis del presente artículo, la ley considera posibles actos de concentración económica, en una enunciación que no busca ser taxativa, aquellas operaciones que supongan una modificación de la estructura de control de las empresas participantes mediante fusión de sociedades; adquisición o cesión 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 o supongan la transferencia del control de la totalidad o parte de unidades económicas o empresas. Deberán requerir autorización todas aquellas empresas que superen el umbral de facturación 600.000.000 de Unidades Indexadas (U.I.) en el territorio nacional en cualquiera de los últimos tres ejercicios contables. Para su cálculo se sumarán los valores de facturación, impuestos incluidos, de todos los agentes participantes del acto de concentración, al igual que las entidades controladas por los mismos, de quienes los controlan, y de aquellas bajo el control de quienes controlan a los participantes. Para

1 No se encuentran bajo la órbita de la Comisión las concentraciones económicas de los sectores financieros, telecomunicaciones, agua y energía.

2 Detalladas en el Artículo N° 4 bis de la ley N° 18.159. Redacción dada por el artículo 2 de la Ley N° 19.833.

dichos casos, se deberá considerar el valor de la U.I. correspondiente al día hábil anterior a la fecha de la solicitud de autorización y, en su caso, el tipo de cambio interbancario del día hábil anterior a la fecha de la solicitud de autorización³.

Respecto al momento de la presentación, se clarifica que la solicitud de autorización deberá ser realizada en forma previa al perfeccionamiento del acto de concentración; presentando la Comisión un plazo legal de análisis de sesenta (60) días corridos de que dispone la Comisión para pronunciarse respecto de la solicitud de autorización, el cual comenzará a regir a partir del momento en el que la Comisión resuelva que la información presentada reviste el carácter de correcta y completa. La Comisión cuenta con diez (10) días hábiles a efectos de determinar si la información presentada es correcta y completa. Si la Comisión entiende que la presentación no reviste dichas características dará un plazo a los participantes de diez (10) días hábiles a fin de subsanar las observaciones que hubieren sido formuladas. Vencido el plazo y no habiendo sido subsanadas las observaciones por las partes, la solicitud de autorización figurará como no presentada y las partes no podrán volver a presentar una nueva solicitud de autorización antes de transcurridos diez (10) días hábiles del rechazo de la presentación. Por el contrario, si se corrobora desde el punto de vista jurídico y económico que la información es correcta y completa, la concentración puede ser tratada en dos fases:

I. Una primera fase (Fase I), que no podrá extenderse más allá de los primeros veinte (20) días corridos, reservada para concentraciones que, por su impacto, no conllevan una disminución sustancial de la competencia a juicio de la Comisión. Existe, a su vez, una presunción que las concentraciones no constituyen una disminución sustancial de la competencia cuando el monto de la concentración o el valor de los activos situados en Uruguay que se absorban, adquieran, transfieran o se controlen no superen la suma equivalente al 5% del umbral de 600.000.000 de U.I.

II. Una segunda fase (Fase II), en los cuarenta (40) días corridos restantes, para concentraciones que podrían afectar negativamente las condiciones de competencia en el o los mercado(s) relevante(s) considerados a juicio de la Comisión. En esta segunda etapa el organismo pretenderá una comprensión más profunda del caso en cuestión, a partir de la solicitud

3 URUGUAY. Decreto N° 404/007. Reglamentación de la ley N° 18.159, de 6 de noviembre de 2007, sobre defensa de la libre competencia en el comercio.

de nueva información a las partes o a terceros que puedan estar afectados por la operación. Incluso se dará noticia de la concentración a efectos que los terceros realicen alegaciones sobre posibles cambios o impactos en las condiciones de competencia en los mercados afectados.

La obligación de solicitud de autorización no corresponderá cuando la operación consista en: (a) la adquisición de empresas en las cuales el comprador ya tenía al menos un 50% (cincuenta por ciento) de las acciones de la misma; (b) las adquisiciones de bonos, debentures, obligaciones, cualquier otro título de deuda de la empresa, o acciones sin derecho a voto; (c) la adquisición de una única empresa por parte de una única empresa extranjera que no posea previamente activos o acciones de otras empresas en el país; (d) la adquisición de empresas declaradas en concurso, siempre que en el proceso licitatorio se haya presentado un único oferente⁴.

Respecto al análisis de la concentración por parte la Comisión se incluyen diferentes factores a tomar en cuenta, como la consideración del mercado relevante, el grado de concentración, la competencia externa, las barreras de entrada, la afectación de la competencia en todos los sentidos (aguas arriba y aguas abajo) y las ganancias de eficiencia. Respecto a estas últimas, solamente podrán computarse si surgen directamente de la concentración, no pudiendo alcanzarse sin ella, y debiendo ser las mismas trasladables al consumidor final.

Una vez sucedido el análisis sobre la concentración la Comisión puede optar por tres alternativas: aprobarla, rechazarla o aprobarla con condicionamientos. Respecto a los posibles condicionamientos a establecer, el Decreto N° 194/020 señala que las condiciones deberán contrarrestar de forma proporcional los efectos inmediatos o potenciales, que puedan perjudicar a la competencia y surgir como resultado de las operaciones de concentración en consideración.

Se establece un proceso específico en el cual el órgano de aplicación podrá solicitar a las partes la presentación de propuestas de medidas de mitigación. Para ello, las partes tendrán quince (15) días hábiles para responder y el Órgano de Aplicación tendrá quince (15) días hábiles para evaluarlas. Dichas condiciones podrán ser de carácter estructural o de comportamiento. En caso que las partes no aceptaran las condiciones o del programa de cumplimiento y sus correspondientes plazos establecidos por el Órgano de Aplicación, esto implicará la denegación de la autorización⁵.

4 URUGUAY. Artículo N° 8 de la Ley N° 19.833 (Texto Original: Ley N° 19.833), de 2 de octubre de 2019.

5 URUGUAY. Artículo N° 45 del Decreto N° 194/020 (Texto Original: Decreto N° 404/007),

Previo a dicho cambio normativo, la Ley N° 18.159, promulgada el 20 de julio de 2007, señalaba que todo acto de concentración económica debería ser notificado a la Comisión diez (10) días antes de la celebración del mismo cuando se dé al menos una de las siguientes condiciones: (a) que la operación alcance una participación igual o superior al 50% del mercado relevante definido; (b) la facturación bruta anual en territorio uruguayo del conjunto de los participantes en la operación, en cualquier de los últimos tres ejercicios contable supere los 750.000.000 de U.I.⁶.

En consecuencia, con la legislación previa a la Ley N° 19.833 las operaciones de concentración económica que cumplieran con ciertos requerimientos le eran solamente comunicadas a la Comisión, salvo en los casos donde el acto de concentración económica implicaba la conformación de un monopolio de hecho, donde sí se requería autorización previa. En la hipótesis del monopolio de hecho la ley imponía un análisis que considere el mercado relevante, la competencia externa y las ganancias de eficiencia, debiendo expedirse la Comisión en un plazo de noventa (90) días. La modificación introducida por la Ley N° 19.833, por lo tanto, le otorga al organismo la potestad de supervisar y controlar las concentraciones económicas que puedan llegar a tener consecuencias significativas sobre los mercados relevantes oportunamente definidos, pudiendo no autorizar o condicionar las mismas si se entienden posibles riesgos hacia el bienestar de los consumidores.

La Comisión, asimismo, a través de la Resolución N° 300/021 del 29 de noviembre de 2021, implementó nuevos cambios vinculados al formulario a presentar en los casos que se debe solicitar una autorización para concentración económica. En forma resumida, se aprobó la posibilidad de que las empresas puedan presentar un formulario simplificado, con un grado de detalle e información menor al necesario en el formulario corriente. Estarán posibilitadas aquellas operaciones de concentración económica cuando el monto de la concentración o el valor de los activos situados en la República Oriental del Uruguay que se absorban, adquieran, transfieran o se controlen no superen la suma equivalente al 5% del umbral de 600.000.000 de U.I. y en aquellos casos donde una o más empresas adquieran control exclusivo o conjunto sobre otra empresa, siempre que ninguna de las partes en la concentración realice actividades empresariales en el mismo mercado de producto y geográfico. De todas formas, tal como señala la Resolución, la Comisión se reserva la facultad de requerir la presentación a través del formulario

de 21 de julio de 2020, sobre la modificación del Decreto N° 404/007, reglamentario de la ley N° 18.159.

6 URUGUAY. Artículo N° 7 de la Ley N° 18.159, de 30 de julio de 2007, sobre la defensa de la libre competencia en el comercio.

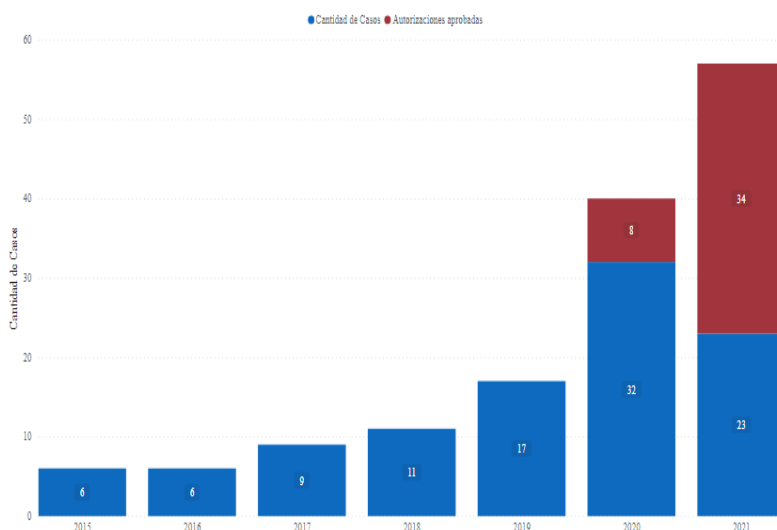
corriente (aprobado por la Resolución N° 87/020, de fecha 7 de mayo de 2020), en los casos en que la concentración económica pueda tener efectos negativos sobre la competencia en un mercado de producto en una fase anterior o posterior a un mercado de producto en el que opere cualquier parte en la concentración económica. El objetivo de la modificación radicó en dos motivos fundamentales. En primer lugar, una simplificación en la presentación, lo que facilita el procedimiento para los participantes. En segundo lugar, dotar de mayor eficiencia y agilidad a la Comisión frente a casos que no resulten de gran afectación en lo que al correcto funcionamiento de los mercados se refiere.

2.2. Datos sobre autorizaciones y notificaciones

Las modificaciones establecidas en la Ley N° 19.833, a partir de los cambios en las potestades del organismo, implicaron un viraje en el trato de las operaciones de fusiones económicas. Este hecho reveló que la regulación establecida a partir de notificaciones al organismo competente no generaba los incentivos suficientes para que todos los casos sean presentados frente a la Comisión. Hecho revelado debido a la numerosa cantidad de casos presentados en los meses previos a que la nueva regulación entrara en vigencia (abril de 2020)⁷. En el año 2019 (año de aprobación de la Ley N° 19.833) la cantidad de notificaciones aumentaron más de un 50% respecto al año 2018; mientras que en el año 2020 aumentaron en casi un 90% respecto al año. Solamente en dicho año se presentaron 32 notificaciones (la mayoría antes de abril, fecha de entrada en vigencia de la ley), mientras que en los 5 años anteriores se habían presentado una suma total de 49 casos. Este fenómeno podría responder a la decisión de los administrados de presentar las concentraciones bajo una normativa más benigna. A su vez, investigaciones posteriores del Órgano detectaron casos de concentraciones en años anteriores sin ser notificados, por lo que, a partir de una intimación y posterior sanción, fueron presentados numerosos casos con fecha posterior a abril 2020. Ya en el año 2021, las solicitudes de autorización superaron a los casos de notificación, implicando una mayor labor por parte de la Comisión, las cuales conllevan un análisis jurídico y económica para poder sustentar la aprobación (o no) de los casos. La siguiente figura retrata lo ya detallado, presentando información sobre las operaciones de concentración entre los años 2015 y 2021, desagregado según tipo de caso presentado.

7 URUGUAY. Artículo N° 4 de la Ley N° 19.833, estableció que el nuevo régimen de autorización de concentraciones “entrará en vigencia luego de transcurrido un plazo de seis meses de entrada en vigencia de la presente ley”..

Notificaciones y autorizaciones aprobadas por año



Tanto en el año 2020 como en el año 2021, el 64% del total de casos tratados por la Comisión correspondieron a concentraciones económicas⁸. Considerando solamente este tipo de operaciones, las mismas se concentraron principalmente en tres sectores de actividad: supermercados (50% de los casos de 2020 y 14% de 2021), farmacias (44% de los casos de 2021) y actividad forestal (25% de los casos de 2021). Respecto al tipo concentraciones, las de tipo horizontal resultaron las más relevantes, representando el 50% de los casos del año 2020 y el 58% de los casos del año 2021.

El tratamiento de los casos de concentraciones en el año 2020 insumió un plazo promedio de cincuenta y cinco (55) días, mientras que para el año 2021 dicho plazo se redujo a cuarenta y seis (46) días promedio. Considerando únicamente las solicitudes de autorización resueltas en el año 2021, la inmensa mayoría son resueltas en primera fase (90%), en un plazo promedio de treinta y tres (33) días. Los escasos casos que fueron llevados a la segunda fase insumieron, lógicamente, un período más extenso (73 días promedio), con mayor duración en aquellos casos donde se negocian condicionamientos entre la Comisión y las partes para que la concentración correspondiente sea aprobada (170 días

⁸ Los restantes se refirieron a consultas, medidas preparatorias, investigaciones de oficio y denuncias.

promedio). Solamente una solicitud de autorización de concentración no fue aprobada en el período señalado (cuya resolución ha sido recurrida por los participantes en la operación).

Como ya fue detallado, a partir de los cambios introducidos en la Resolución N° 300/021 del 29 de noviembre de 2021, se implementaron cambios vinculados a la presentación de un formulario simplificado que acelere los procesos de solicitud de autorizaciones económicas. En este sentido, desde el 1 de diciembre del 2021 al 30 de abril del año 2022 fueron presentadas 8 notificaciones y 21 solicitudes de concentración económica, de las cuales 5 fueron aprobadas a través del formulario simplificado (24%), con un tratamiento promedio de veintinueve (29) días.

2.3. Casos Relevantes

En el marco de las nuevas potestades otorgadas a la Comisión, y con la consecuente suma de nuevas operaciones presentadas, la operativa del órgano se vio incrementada, particularmente impulsada por algunos mercados donde se visualizó una tendencia hacia la concentración del sector: supermercados, farmacias y activos empresariales vinculados con el sector forestal. Los dos primeros mercados mencionados fueron objeto de medidas preparatorias por parte de la Comisión con el objetivo de analizar los respectivos mercados, sus características y funcionamiento, y de esta manera, realizar una definición del mercado relevante sustentada en la evidencia disponible. En la presente sección se realizará una breve descripción de las principales conclusiones que arrojaron los respectivos estudios.

Previo a la evaluación de ambos casos, se debe tener en consideración que Uruguay es un país de tamaño pequeño, con menos de tres millones y medio de habitantes, donde casi el 60% de la población se concentra en su capital (Montevideo) y su área metropolitana. Estas características demográficas del país influyen en la manera que se estructuran los diferentes mercados, con una gran densidad de comercios en el área capitalina, donde confluyen todas las grandes cadenas de comercios, además de un gran número de comercios independientes, que provoca mayores grados de intensidad de competencia en comparación con el interior del país. Según el censo del año 2011 elaborado por el Instituto Nacional de Estadística (INE), y sin tomar en cuenta Montevideo ni las ciudades de su área metropolitana, Uruguay cuenta con solamente 51 ciudades de más de 5.000 habitantes con un promedio de menos de 25.000 habitantes cada una. Estas localidades escasamente pobladas

presentan en consecuencia numerosos comercios independientes de pequeño porte, y en algunas ocasiones algún local de mayor tamaño (generalmente pertenecientes a alguna de las cadenas principales del país). Estas particularidades tienen como colorario que los comercios de gran porte, o pertenecientes a las grandes cadenas, presenten una incidencia muy relevante en localidades de menor población y que inversiones de gran monto en las mismas (como el desembarco de un local de una cadena de comercios) pueden generar importantes cambios en sus estructuras competitiva.

Supermercados

El mercado de distribución minorista de víveres (sector supermercadista, en adelante) representa uno de los sectores más grandes en la economía y de mayor importancia para el consumo del individuo, donde cualquier práctica anticompetitiva presenta un efecto inmediato y profundo en los consumidores⁹. En tal sentido, los comercios del sector minorista han sido promotores de importantes aumentos de productividad al funcionar como un punto de acceso a los clientes a una importante variedad de productos. Los comercios de mayor tamaño transforman la venta de productos en un servicio, el cual involucra la localización, la calidad, el servicio, y la posibilidad de comprar distintas categorías de productos en un único espacio¹⁰. Este tipo de comercios (en particular los pertenecientes a grandes cadenas de supermercados), en caso de ostentar posición de dominio en su mercado relevante, pueden llegar a abusar de la misma elevando los precios sin ver disminuido su nivel de demanda debido a que sus usuarios no cuentan con la posibilidad de concurrir a otro comercio. La posición dominante por parte de estos grupos económicos puede originarse en factores estructurales o conductuales. En los primeros, el poder de mercado se debe a la estructura y funcionamiento del propio mercado. Una menor cantidad de agentes en el mercado conlleva una mayor probabilidad de que alguno de ellos sustente poder de mercado. En este sentido, se señala que el sector supermercadista tiene características de oligopolios naturales, debido a que el número de empresas no tiende a aumentar cuando el tamaño de mercado aumenta¹¹. En segundo lugar, se encuentran los motivos conductuales, asociados al comportamiento de los clientes. En este sentido, se identifican tres elementos vinculados al comportamiento de los consumidores que restringe la búsqueda de mejores precios dentro

9 BALTO, D. "Supermarket merger enforcement". *Journal of Public Policy & Marketing*, 2001.

10 BASKER, E; NOEL, M. "Competition challenges in the supermarket sector with an application to Latin American markets." Report for the World Bank and the CRCAL. 2013.

11 ELLICKSON, P. B. "Supermarkets as a natural oligopoly". *Economic Inquiry*, 2013.

del mercado. En primer término, los consumidores tienden a no realizar una búsqueda exhaustiva de mejores precios, vinculada también al costo de obtener dicha información: las empresas tienen mayor chance de obtener rentas más elevadas de sus clientes si los datos sobre precios se encuentran dispersos o confusos. En segundo término, la búsqueda sobre mejores precios se ve afectada si las empresas generan mecanismos para confundir a los clientes acerca de la calidad o el costo de los mismos. Por último, los consumidores tienden a presentar un comportamiento inercial. Esto significa que los clientes tienden a no variar en sus elecciones respecto a su última compra, sino que la misma se vuelve a repetir, significando una importante barrera de entrada a los mercados¹².

Las fusiones entre supermercados pueden ser causante de dicha posición de dominio. Dos posibles perspectivas acerca de los efectos de una fusión entre supermercados se pueden describir: la primera opinión sostiene que las fusiones en el sector supermercadista podrían perjudicar a los consumidores si los mismos ofrecen a los consumidores un servicio único que no pueden obtener fácilmente en otro lugar, y otros vendedores de alimentos no pueden fácilmente reposicionar su stock. Esta perspectiva sostiene que las fusiones entre supermercados reducen la competencia localizada y la entrada de nuevos comercios, a lo que se agrega una expansión del resto de los competidores es inexistente o de reacción muy lenta. La segunda opinión, por el contrario, sostiene que las fusiones de supermercados rara vez son perjudiciales para los consumidores ya que los mismos encontrarían fácilmente un sustituto a sus necesidades a un menor precio¹³.

Literatura sobre concentraciones horizontales en el sector evidenció resultados diversos en las últimas décadas. Evaluaciones ex-post de fusiones consumadas en el sector demostraron que los precios pueden aumentar dando lugar a mercados oligopólicos¹⁴. Considerando algunos ejemplos, en los Estados Unidos se evaluó el efecto en los precios de la comida al realizarse fusiones entre supermercados entre 1997 y 1999, asumiendo que el precio de un bien estaría asociado, entre otros elementos, con la cantidad de comercios en el área geográfica, el costo de transporte dentro de los mismos, y el costo de establecer un local nuevo. Los resultados sugieren que, cuando la participación nacional de una cadena aumenta en un 1%, los precios disminuyen en aproximadamente

12 GRUBB, M. D. "Failing to Choose the Best Price: Theory, Evidence, and Policy". 2015.

13 HOSKEN, D.; SIMPSON, J.D. "Have supermarket mergers raised prices? An event study analysis". *International Journal of the Economics of Business*. 2001.

14 ASHENFELTER, O.; et al. "Did Robert Bork understate the competitive impact of mergers? Evidence from consummated mergers." *The Journal of Law and Economics*. 2014.

entre 1% y 2% debido a la posibilidad de negociar mejor con los proveedores y distintas mejoras de eficiencia. A su vez, concluye que dichas concentraciones traen aparejado una disminución, tanto en frecuencia como intensidad, de diferentes tipos de promociones (bajas temporales de precios)¹⁵. Posteriormente, un análisis sobre 14 regiones afectadas por concentraciones en el mismo país, tuvo como resultado que aquellas fusiones ocurridas en los mercados con un nivel de concentración elevado presentaron mayor aumento en el nivel de precios¹⁶. También en los Estados Unidos, se estudió la introducción de almacenes (entendido como locales más pequeños que los supermercados de menores precios) en las zonas metropolitanas de grandes ciudades entre 1977 y 1992, obteniendo resultados que sugieren que una alta presencia de este tipo de locales está relacionada con menor suba de precios¹⁷. En Francia, se analizaron concentraciones de supermercados entre 1998 y 2001, encontrando que aquellas empresas que se fusionan sufren un aumento de precio entre 4% y 5%, mientras que a sus competidoras les sucede lo mismo en un rango de 1,5% a 2,5%¹⁸. En el caso de Alemania, se evaluó dicho fenómeno para el período 2008 y 2012, sin encontrar evidencia respecto a cambios en los precios, pero sí una menor variedad de productos ofertados por parte de las empresas fusionadas¹⁹.

El mercado uruguayo no escapa de la tendencia actual respecto a la concentración del sector, impulsado principalmente por dos de las principales cadenas del país. En primer lugar, el grupo Ta-Ta, el cual es la única cadena con presencia en todos los departamentos, adquirió a la cadena de comercios MultiAhorro en el año 2013 y abrió e incorporó otros comercios hasta la fecha. En segundo lugar, el grupo Tienda Inglesa abrió nuevas sucursales además de incorporar más comercios a través de usufructos más de 35 locales (con el nombre de supermercados “Expres”) desde el año 2019. A estas cadenas se agregan el grupo Disco, el cual representa el grupo más importante, integrada por las cadenas Disco, Devoto y Devoto Expres, con casi 90 sucursales; el grupo El Dorado, con 49 sucursales en 10 departamentos; y el grupo Macro Mercado Mayorista, conformado por siete (7) locales de gran porte y siete (7) locales de menor tamaño (estos últimos denominados Micro Macro).

15 DAVIS, D. “Prices, promotions, and supermarket mergers”. 2010.

16 HOSKEN, D.; et al. “Do retail mergers affect competition? Evidence from grocery retailing.” 2018.

17 MARION, B. “Competition in grocery retailing: the impact of a new strategic group on BLS price increases”. Review of Industrial Organization. 1998.

18 ALLAIN, ML; et al. “Retail mergers and food prices: Evidence from France”. 2017.

19 ARGENTESI, E. et al. “The effect of retail mergers on prices and variety: An ex-post Evaluation”. 2016.

En función de las tendencias actuales, y a partir de las nuevas potestades de la Comisión, a comienzos del año 2020 se dispuso una medida preparatoria con el objetivo de analizar el sector a partir de información variada (además de otras fuentes, se solicitó a más de 400 supermercados información vinculada sus ingresos, servicios prestados, precios y unidades vendidas)²⁰. A partir de los datos obtenidos, se estimó que la cuota de mercado de las cinco grandes cadenas ronda entre el 46% y el 55% en función de diversas suposiciones para realizar el cálculo de los ingresos totales del mercado, considerando todo tipo de comercios, desde quioscos, almacenes, hasta supermercados de gran porte²¹. Si se excluyen los locales de menor tamaño, la cuota de las grandes cadenas ascendería a valores de entre el 60% y el 70% del mercado. A su vez, se detecta que la posición de las mismas es mayor en Montevideo que en el interior del país (más de 15 puntos porcentuales de diferencia).

Respecto al comportamiento de los precios, se detectaron significativas diferencias, no solamente entre las grandes cadenas y supermercados, sino entre los diferentes departamentos del país (incluido diferencias de precios dentro de las mismas cadenas). Dentro de las posibles hipótesis que explican estas diferencias se encuentra el fenómeno del contrabando (generando una puja competitiva en las regiones cercanas a Argentina y Brasil), el factor estacional (explicando alto nivel de precios en la zona costera para los meses de verano, en particular Maldonado), como la estructura competitiva de cada región y ciudad particular (en zonas donde una o dos cadenas dominan el mercado es probable que los precios sean más elevados que aquellos donde se encuentren más cadenas o supermercados independientes de incidencia).

Tomando como referencias antecedentes internacionales y encuestas realizadas a nivel nacional sobre hábitos de consumo²², además de otras fuentes de datos, se procedió a definir el mercado relevante para el sector analizado. Autoridades de otros países, como Reino Unido, España y Chile, identificaron diferentes mercados relevantes en función del tamaño de los comercios (utilizando generalmente la variable m^2). La evidencia detrás de estas definiciones radica en los diferentes tipos

20 Expediente de la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia. Asunto N° 31/2020: Mercado de Distribución Minorista - Medida Preparatoria

21 Fuentes: ingresos del sector aportado por la Dirección General de Impositiva (DGI), y la Encuesta Nacional de Gastos e Ingresos de los Hogares (ENGHI), del Instituto Nacional de Estadística (INE), del año 2016.

22 “Aportes para la determinación del mercado relevante de los supermercados en Uruguay”. Montevideo, 2021. (Informe técnico elaborado por CINVE, Consultora Equipos Mori y Estudio Posadas, Posadas, Vecino).

de compras identificados: compras de stock vs compras de reposición (o puntuales). Las compras de stock son compras realizadas en forma periódica (semanal, quincenal o mensual) para adquirir una cantidad relevante de bienes de consumo corriente del hogar; mientras que las compras de reposición responden a compras puntuales por parte del consumidor para reponer un número limitado de productos en función de una necesidad inmediata. Para cada tipo de compra se identifican comportamientos diferentes por parte de los consumidores: tipo de comercio, atributos del comercio, tiempo de traslado y medio de transporte utilizado, entre otros. Para corroborar estas afirmaciones se identificaron en primera instancia que las variables más correlacionadas con los ingresos de los supermercados eran la superficie del salón de ventas y la cantidad de cajas. A su vez, se observaron diferencias entre las sucursales de las grandes cadenas y el resto de los comercios en lo que refiere a ingresos, superficie, servicios prestados y valor del ticket promedio. Posteriormente, se verificó que tanto aquellas compras que se realizan de forma periódica (plazo mayor a una semana) como las que representan un alto gasto monetario se realizan generalmente en comercios de gran porte. A su vez, se identificaron que las compras puntuales presentan como principal motivación la cercanía de los locales, mientras que las compras de stock presentan como principal atractivo el nivel de precios. Como conclusión, desde la perspectiva del producto, se definieron tres mercados relevantes en función de la superficie del salón de ventas: grandes superficies (superior o igual a 1400 m²), tamaño medio (entre 200 y 1399 m²) y pequeños (superficie inferior a 199 m²). Sumado a lo anterior, comercios pertenecientes a las grandes cadenas o con superficie superior a 800 m² y con 10 cajas, quedará a consideración de la Comisión si son considerados como grandes superficies, y lo mismo en el sentido contrario para casos con menos de 10 cajas. A su vez, en aquellos casos de comercios con superficies inferiores a 199 m² y pertenecientes a cadenas de supermercados, podrá la Comisión considerarlos de tamaño medio si así lo considera.

En referencia a la perspectiva geográfica, se tomaron como referencia tres variables: el medio de transporte utilizado, la distancia recorrida y el tiempo que implicó el traslado hacia el local comercial. Se observaron diferencias comportamentales entre los diferentes tipos de compras y las variables utilizadas: los consumidores que realizan compras periódicas, pero principalmente los que realizan compras de gastos monetarios elevados, les insume más tiempo el traslado, recorren mayores distancias y más de la mitad no se trasladan caminando. A partir de información sobre la utilización de cada medio de transporte, el tiempo de recorrida que insumen los mismos y las diferencias entre Montevideo y el interior

del país se dispuso para localidad de más de 75.000 habitantes un radio de 4.000 metros para delimitar el área de influencia de los supermercados de gran porte. Por su parte, se determinó un radio de 2.200 y 800 metros para los comercios de tamaño medio y pequeño respectivamente. A su vez, se sugirió que en casos de que existan comercios muy cercanos (pero por fuera) del radio establecido, la Comisión podrá incorporarlos al mercado relevante geográfico si lo considera pertinente. Por otra parte, para las ciudades de menos de 75.000 habitantes se definió a la localidad en sí como un único mercado geográfico relevante, teniendo la posibilidad la Comisión de anexar al mismo localidades conjuntas (como es el caso de la zona costera del país). Referido al mercado geográfico desde la perspectiva de la oferta, entendiendo al mismo como aquel mercado donde se define el vínculo entre vendedores y proveedores, se definió al mismo a nivel nacional (Uruguay representa un solo mercado), ya que en la gran mayoría de los casos el proveedor no varía según la región donde se comercializa²³.

Farmacias

El mercado de la comercialización de medicamentos, el cual integra el mercado de las farmacias minoristas, representa un sector de gran importancia y sensibilidad. A la vez, se caracteriza por las diversas fallas de mercado que se pueden identificar en el mismo: problema principal-agente, asimetrías de información y poder de mercado, impulsada en gran parte por ser un sistema de demanda que presenta tres niveles (el médico que prescribe el producto, el paciente que lo toma y el seguro médico o el Estado que paga su costo en algunos casos). Sucede que la demanda de medicamentos recetados no es en todos los casos controlada directamente por el consumidor final, sino por la indicación de los profesionales médicos, a lo que se agrega que los costos de los mismos se ven desdibujados en varias ocasiones por los diversos contratos con los agentes del sistema de salud, los cuales soportan la totalidad (o parte) del mismo. Este conjunto de elementos provoca que la capacidad para transformar la información en conocimiento para tomar decisiones por parte de los consumidores finales sea limitada.

Los medicamentos pueden presentar múltiples distinciones, desde su dosis, principio activo, formulación, vía por la cual se administra, entre otros. Sin embargo, la clasificación por la cual generalmente se definen los mercados relevantes se refiere al uso utilizado: medicamentos éticos (bajo receta), OTC (libre comercialización), medicamentos

23 SEQUEIRA, M. “Informe N° 23/2022. Asunto N° 31/2020: Mercado de Distribución Minorista - Medida Preparatoria” Montevideo, 2022. (Informe técnico de la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia).

de internación (solamente utilizados en hospitales y mutualistas en contexto de internación de pacientes). En este marco se insertan las farmacias, las cuales además de ofrecer medicamentos tienen dentro de sus catálogos otras categorías de artículos (cosmética, perfumería, cuidado personal, alimentos y bebidas, entre otros). En este contexto, las autoridades públicas, además de desempeñar su función de comprador de medicamentos (para asegurarle el acceso a los mismos a parte de la población), cumplen un rol de regulador respecto al control y autorización de ciertos medicamentos, así como también del funcionamiento de las farmacias.

Las normativas y los cambios regulatorios de diferentes países han tenido efecto directo en el desempeño del mercado de las farmacias. En el caso europeo se ha sucedido un proceso de desregulación en diversos países en las últimas décadas. La regulación en el caso de Europa incluye varios tópicos que han sido modificados en el caso de algunos países, desde las autoridades que deben regularlos y autorizarlos, la necesidad de tener profesionales a su cargo, la cantidad de farmacias en función de la población (por ejemplo, en Italia, las ciudades con una la población de menos de 12.500 tiene una farmacia por cada 5.000 habitantes; a las ciudades más grandes se les permite una farmacia por 4.000 habitantes), qué agentes son los que están autorizados a poseer un local (en muchos casos, solo los farmacéuticos o las asociaciones de farmacéuticos pueden poseer farmacias), hasta la posibilidad de poseer o no más de un local. A su vez, en muchos países se encuentran restringidas las ventas de locales, solicitando un mínimo de duración en su funcionamiento para poder acceder a la venta. También se encuentra regulaciones vinculadas a la fijación de precios y publicidad²⁴. Un estudio realizado en el año 2012, comparó diferentes países con sistemas regulados (Austria, Dinamarca, Finlandia y España), con otros de sistemas desregulados (Inglaterra, Irlanda, Países Bajos, Noruega y Suecia), a partir del diseño de diferentes indicadores que permitieron evaluar la accesibilidad, el servicio y la situación financiera de los comercios. La desregulación generó un crecimiento de las cadenas de comercios en las zonas urbanas, la apertura de nuevas farmacias, pero sin mejoras en la accesibilidad de las farmacias en las zonas rurales²⁵. Islandia y Noruega fueron de los países de la Unión Europea que estuvieron a la vanguardia del proceso de liberalización, cuyas restricciones a la propiedad y la competencia se flexibilizaron en 1996 y 2001 respectivamente. En ambos países, las nuevas políticas llevaron rápidamente a la concentración del mercado

24 TAYLOR, D. et al. "Regulating pharmaceutical distribution and retail pharmacy in Europe". MOSSIALOS, Elias; MRAZEK, Monique; WALLEY, Tom (eds). *Regulating Pharmaceuticals in Europe: striving for efficiency, equity and quality*. McGraw-hill education (UK), 2004.

25 VOGLER, S. et al. "Impact of pharmacy deregulation and regulation in European countries." 2012.

en término horizontales y, en Noruega particularmente, también en términos verticales (donde los grupos farmacéuticos se integraron con los mayoristas y grandes distribuidores). En 2004, dos grupos de farmacias en Islandia y tres grupos de farmacias en Noruega controlaban el 85% y el 97% de los mercados, respectivamente²⁶. Junto al aumento de locales y a la concentración, se produjo una disminución en el número de técnicos farmacéuticos, con consecuencias negativas sobre los servicios ofrecidos. En contraparte, se observó un sistema de beneficios y descuentos para los clientes.

En el caso de Uruguay, toda la regulación vinculada con el funcionamiento de las farmacias se encuentra bajo la órbita del Ministerio de Salud Pública (MSP), en lo que refiere a la autorización, registro, características de los locales, y personal a cargo²⁷. En el año 2003, a través de la ley N° 17.715 se estableció que toda nueva farmacia comunitaria que se autorice en zonas donde ya exista otra deberá estar a una distancia mayor a 300 metros (por el camino transitable más corto), de forma de no superar la relación de una farmacia cada 5.000 habitantes o más. En el año 2013, el Poder Ejecutivo aprobó el Decreto N° 65/2013, donde se establecía, además de otras prohibiciones, la imposibilidad de una persona física o jurídica o a un grupo económico de ser titular de 15 o más farmacias, y de tener más de una farmacia en un radio menor de 1.000 metros. A esto se agrega que, en caso de querer trasladar un comercio, el nuevo local se debe encontrar dentro de un radio de 200 metros del anterior y a más de 100 metros de las farmacias ya instaladas en el lugar. En el año 2016, a través del Decreto N° 96/016, se eliminó la restricción de 15 locales del decreto anterior y se estableció la prohibición de tener más del 10% del total de locales de farmacias de primera categoría, sumado a otras restricciones. Finalmente, en el año 2020, a través de la Sentencia 216/020 del Tribunal de lo Contencioso de Administrativo (TCA), se anularon con efectos generales y absolutos varios artículos del Decreto N° 96/016, que establecían restricciones a la actividad de las farmacias. Dentro de los aspectos que fueron anulados se destacan la eliminación de los criterios referidos a la propiedad (10% de los locales, a más de 1.000 metros, de diferentes categorías), así como la prohibición de tener productos marcas propias o de terceros vinculados al mismo grupo económico. Este hecho representó una “liberalización” del sector, y tuvo como consecuencia la expansión de la cadena Farmashop, la cual adquirió más de 30 farmacias desde el 2016 a la fecha, siendo la principal cadena del país.

26 ANELL, A. “Deregulating the pharmacy market: the case of Iceland and Norway”. 2005.

27 URUGUAY. Ley N° 9.202, de 22 de enero de 1934, ley orgánica de salud pública. Ley N° 15.703, de 16 de abril de 1985, ley de farmacias. Decreto N° 801/986, de 13 de enero de 1987 sobre la aprobación de la reglamentación para farmacias de primera categoría

A partir del proceso expansión relevante de la cadena Farmashop y de la importancia del sector, se dispuso una medida preparatoria por parte de la Comisión para estudiar el mercado²⁸. En el marco del mencionado expediente se analizó el funcionamiento del sector y se establecieron criterios claros vinculados a la definición del mercado relevante. En Uruguay existen casi mil (1.000) farmacias, siendo casi el 80% farmacias independientes. A su vez, el 58% se encuentran en el interior del país, donde la relevancia de los comercios independientes es mayor respecto Montevideo. Vinculado a las cadenas de farmacias, el país cuenta con 7 cadenas, destacándose Farmashop (111 locales) y San Roque (con 43 sucursales). El resto de las cadenas tienen en promedio 11 sucursales cada una y se ubican preferentemente en Montevideo y su zona metropolitana. Como fue señalado, a partir de la anulación del decreto y la posterior liberalización del sector, las cadenas han aumentado su poder de mercado. A partir de ciertos supuestos establecidos, en el año 2017 las cadenas manejaban el 34% del total del mercado y en el año 2020 la cuota ascendió al 38%, con las dos principales cadenas representando el 80% de los ingresos de las cadenas. Por citar algunos ejemplos de la región, en Perú, donde se destaca un proceso de gran concentración horizontal en los últimos años, las cadenas de farmacias agrupan el 63% del total de los locales²⁹. En el caso de Chile, existen casi cuatro mil (4.000) farmacias en el año 2018, de las cuales 58% correspondían a farmacias independientes y 42% a las grandes cadenas³⁰. En Brasil y Paraguay, el peso de las cadenas de farmacias superan el umbral del 60%³¹.

El mercado relevante fue definido considerando antecedentes internacionales, datos de una encuesta de la consultora Equipos Consultores³² e informes sobre análisis del mercado en cuestión³³. Considerando los criterios establecidos para categorizar los medicamentos y conociendo que más del 40% de los ingresos de la mayoría de las farmacias corresponden a productos de perfumería y cosmética, se decidió definir el mercado relevante en tres dimensiones: medicamentos éticos (en competencia con farmacias hospitalarias), medicamentos OTC (en consonancia con lo expuesto en el informe

28 Expediente de la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia. Asunto N° 51/2021: Mercado de las Farmacias - Medida Preparatoria

29 BALBIN, I. et al. “La concentración en el sector farmacéutico peruano y su impacto económico.” Lima, 2020.

30 CASTRO, S. et al. “Estudio de Mercado sobre Medicamentos”. Santiago de Chile, 2019. (Informe técnico FNE).

31 Encuesta de Canales IQVIA 2019 y auditorías de datos IQVIA de cada país – Datos a Octubre 2020

32 Realizado entre diciembre de 2020 y enero de 2021

33 Información aportada por Farmashop, a partir de informes de las consultoras CPA Ferrere, Exante, IQVIA y de un informe elaborado por Dr. Juan Dubra, PhD.

detallado previamente, no se considerará a los servicios hospitalarios como agentes competitivos) y productos de cosmética y perfumería (sin competir con farmacias hospitalarias). La conjunción de estos tres mercados define a las farmacias como unidades complejas y particulares que solo compiten con otras farmacias cuando los casos a tratar refieran a expansiones horizontales por parte de cadenas farmacéuticas, ya que no pueden considerarse en competencia permanente con el resto de los centros de salud u otros tipos de agentes (perfumerías, por citar un ejemplo). Para definir el mercado geográfico, se tomaron sugerencias de diferentes informes basados en definiciones de autoridades internacionales, además de datos de la encuesta realizada por Equipos Consultores, la cual arrojó información sobre medios de transporte utilizados, preferencias y disposición a desplazarse de los usuarios. En consecuencia, se definió un radio de 1.200 metros para ciudades de más de 80.000 habitantes, y para el resto se considerará a cada localidad como un mercado en sí mismo, pudiendo anexar localidades aledañas si la Comisión lo entiende conveniente. A su vez, en caso de que un comercio se ubique muy cercano al radio establecido (pero por fuera), el mismo podrá ser incorporado al mercado geográfico. Referido al mercado geográfico desde la perspectiva de la oferta, al igual que en el sector supermercadista, la definición adoptada refiere al mercado nacional³⁴.

CONCLUSIONES

El presente artículo pretende reseñar de forma resumida la labor realizada por parte de la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia en lo que refiere al control de las concentraciones económicas. En este sentido, el Órgano cuenta con nuevas potestades a partir de la entrada en vigencia del régimen de autorización establecido por la Ley N° 19.833 (abril de 2020), dentro de las cuales resalta la posibilidad de autorizar o no las solicitudes de concentraciones, en función del análisis particular de cada caso. Este hito tuvo inmediatas consecuencias en la labor de la Comisión, con un aumento considerable de casos para tratar en comparación con el período previo, observándose tendencias vinculadas a la concentración de ciertos mercados, en particular en el sector supermercadista y en las farmacias.

Estos sucesos motivaron el inicio de medidas preparatorias por parte del Órgano para comprender de mejor manera el funcionamiento de los sectores y establecer, en función de la evidencia obtenida, criterios

34 SEQUEIRA, M. “Informe N°. 294/2021. Asunto N° 51/2021: Mercado de las Farmacias - Medida Preparatoria.” Montevideo, 2022. (Informe técnico de la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia).

claros sobre las definiciones de los respectivos mercados relevantes. En el sector supermercadista se observa una tendencia expansiva por parte de las grandes cadenas de supermercados (con la apertura de nuevos locales y la adquisición de otros comercios) impulsada principalmente por la cadena Tienda Inglesa. El análisis concluyó que los principales agentes cuentan con una cuota del mercado muy relevante, la cual de mantenerse la tendencia actual será cada vez más determinante. Respecto al mercado de las farmacias, se evidencia un crecimiento en las principales cadenas del país (en particular la cadena Farmashop) a partir de la “liberalización” del sector en el año 2020. Más allá de tratarse de un mercado donde los comercios independientes presentan mayor relevancia, el crecimiento de las cadenas resulta cada vez más notorio y decisivo en el comportamiento general del sector.

En este contexto de nuevas potestades, mayor operativa y mercados de alta sensibilidad atravesando procesos de expansión y concentración, se le presentan a la Comisión varios desafíos; a la vez que limitaciones varias se han presentado durante todo el proceso. Particularmente, las mismas se relacionan a recursos limitados que restringe en muchos casos la posibilidad de una mayor profundidad o calidad en los respectivos análisis. Mayores disponibilidades de recursos permitirán al Órgano realizar contrataciones propias de encuestas y estudios que entiendan convenientes, sin depender exclusivamente de los datos aportados por las partes interesada, las cuales, más allá de su buena fe, presentan intereses que no siempre están alineados con las buenas prácticas promovidas por la Comisión.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AIRE, Oriana; DI LANDRI, Fiorella; MEDERO, César. *Principales Resultados Encuesta Nacional de Gastos e Ingresos de los Hogares (2016-2017)*. Montevideo, s/f. (Informe técnico del Instituto Nacional de Estadística).
- ALLAIN, Marie-Laure; CHAMBOLLE, Claire; TUROLLA, Stéphane; VILLAS-BOAS, Sofia B. “Retail mergers and food prices: Evidence from France”. *The Journal of Industrial Economics*. 2017, 65(3), 469-509.
- ANELL, Anders. “Deregulating the pharmacy market: the case of Iceland and Norway”. *Health policy*. 2005, 75(1), 9-17.
- ARGENTESI, Elena; BUCCIROSSI, Paolo; CERVONE, Roberto; DUSO, Tomaso; MARAZZO, Alessia. “The effect of retail mergers on prices and variety: An ex-post Evaluation”. *DICE Discussion Paper (No. 225)*. 2016.
- ASHENFELTER, Orley; HOSKEN, Daniel; WEINBERG, Matthew. “Did Robert Bork understate the competitive impact of mergers? Evidence

from consummated mergers.” *The Journal of Law and Economics* 57.S3 (2014): S67-S100.

- BALBIN, Inga; DULA, Liliana; FONTELA, Andrés E., JUAREZ, Benito; ZEGARRA, Omar. “La concentración en el sector farmacéutico peruano y su impacto económico.” [Tesis de Maestría en Administración]. Orientador: Dr. César Fuentes Cruz. ESAN Graduate School of Business. Lima, 2020.

- BALTO, David A. “Supermarket merger enforcement”. *Journal of Public Policy & Marketing*. 2001, 20(1), pp.38-50.

- BASKER, Emek; NOEL, Michael. “Competition challenges in the supermarket sector with an application to Latin American markets.” *Report for the World Bank and the Regional Competition Centre for Latin America. Mexico, DF: CRCAL*. 2013.

- CASTRO, Sebastián; CASTRO, Felipe; DANIEL, María de la Luz; LEIVA, Benjamín; MUÑOZ, Luis; RIVERA, Eduardo. *Estudio de Mercado sobre Medicamentos*. Santiago de Chile, 2019. (Informe técnico de la División Estudios de Mercado, Fiscalía Nacional Económica).

- DAVIS, David. “Prices, promotions, and supermarket mergers”. *Journal of Agricultural & Food Industrial Organization*. 2010, 20; 8(1).

- DE POSADAS, Fernando; GAMARRA, Diego; LORENZO, Fernando; PEREYRA, Martín; PEYROU, Santiago; ZUASNÁBAR, Ignacio. *Aportes para la determinación del mercado relevante de los supermercados en Uruguay*. Montevideo, 2021. (Informe técnico elaborado a solicitud de la cadena de supermercados Tienda Inglesa por parte de CINVE, Consultora Equipos Mori y Estudio Posadas, Posadas, Vecino).

- ELLICKSON, Paul B. “Supermarkets as a natural oligopoly”. *Economic Inquiry*, 2013, 51(2), pp.1142-1154.

- GRUBB, Michael D. (2015): “Failing to Choose the Best Price: Theory, Evidence, and Policy,” *Review of Industrial Organization*. 2015, 47(3), 303-340.

- HOSKEN, Daniel; SIMPSON, John David. “Have supermarket mergers raised prices? An event study analysis”. *International Journal of the Economics of Business*. 2001, 8(3), 329-342.

- HOSKEN, Daniel S.; LUKE M. Olson; SMITH, Loren K.. “Do retail mergers affect competition? Evidence from grocery retailing.” *Journal of Economics & Management Strategy* 27.1 2018: 3-22.

- MARION, Bruce W. (1998). “Competition in grocery retailing: the impact of a new strategic group on BLS price increases”. *Review of Industrial Organization*. 1998, 13(4), 381-399.

- MAUTTONE, Antonio; HERNÁNDEZ, Diego. *Encuesta de movilidad del área metropolitana de Montevideo. Principales resultados e indicadores*. Montevideo, 2017. (Informe técnico de la Intendencia Municipal de Montevideo, Intendencia Municipal de San José, Intendencia Municipal de Canelones, Ministerio de Transporte y Obras Públicas, UdelAR, CAF y PNUD).
- SEQUEIRA, Martín. *Informe N°. 294/2021. Asunto N° 51/2021: Mercado de las Farmacias - Medida Preparatoria*. Montevideo, 2022. (Informe técnico de la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia, MEF).
- SEQUEIRA, Martín. *Informe N°. 23/2022. Asunto N° 31/2020: Mercado de Distribución Minorista - Medida Preparatoria*. Montevideo, 2022. (Informe técnico de la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia, MEF).
- TAYLOR, David; MOSSIALOS, Elias; MRAZEK, Monique. "Regulating pharmaceutical distribution and retail pharmacy in Europe". MOSSIALOS, Elias; MRAZEK, Monique; -- WALLEY, Tom (eds). *Regulating Pharmaceuticals in Europe: striving for efficiency, equity and quality*. McGraw-hill education (UK), 2004.
- VOGLER, Sabine., ARTS, Danielle., & SANDBERGER, Katharina. "Impact of pharmacy deregulation and regulation in European countries." Gesundheit Österreich GmbH Health Economics Publications. 2012.

RESUMEN BIOGRÁFICO

Martín Sequeira Terra

Asesor Economista.

Licenciado en Economía (2015) egresado de la Facultad de Ciencias Económicas y Administración de la Universidad de la República, Uruguay. Magíster en Economía (2020) egresado de la Facultad de Ciencias Económicas y Administración de la Universidad de la República. Se ha desempeñado en el ámbito privado, particularmente en el sector financiero. Desde enero del año 2020 se desempeña como asesor económico de la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia (Ministerio de Economía y Finanzas, Uruguay)

ANÁLISIS DE DOS CASOS EN URUGUAY DE ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE Y OFERTA CONJUNTA EN CONTRATACIONES PÚBLICAS

ANÁLISE NO URUGUAI DE DOIS CASOS DE ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE E OFERTA CONJUNTA EM CONTRATOS PÚBLICOS

Natalia Marcos Sperati y Gonzalo Ramos Delacoste

RESUMEN

Se analizan dos casos recientemente estudiados por la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia, en dos mercados de suma importancia para el país. El primero de ellos, analiza una práctica muy específica que se desarrolla en el mercado de los llamados medicamentos de alto costo, en el mismo, los asuntos principales son el abuso de posición dominante, empaquetamiento y barreras a la entrada. El segundo, utiliza un caso como guía para ilustrar un tema recurrente que se encuentra en los procedimientos de contratación pública, la oferta presentada en conjunto por varias empresas y particularmente la identificación de los competidores.

Palabra clave: Abuso de posición dominante; Empaquetamiento; Barreras a la entrada; Contratación pública; Consorcios.

RESUMO

Foram analisados dois casos recentemente estudados pela Comissão de Promoção e Defesa da Competência, em dois mercados de extrema importância para o país. O primeiro deles, analisa uma prática muito específica desenvolvida no mercado dos medicamentos de alto custo;

no mesmo, os assuntos principais são o abuso de posição dominante, empacotamento e barreiras de entrada. O segundo utiliza um caso guia para ilustrar um assunto recorrente nos procedimentos de contratação pública: ofertas apresentadas em conjunto por várias empresas e particularmente a identificação prévia dos concorrentes.

Palavras-chave: Abuso de posição dominante; Empacotamento; Barreiras à entrada; Contratação pública; Consórcios.

1. INTRODUCCIÓN

La concientización y la implementación de la normativa de la competencia se enfrenta a dificultades de todo tipo de orden, fundamentalmente, en que mientras los beneficiarios de las políticas de competencia (los consumidores), son numerosos, pero se encuentran dispersos, los afectados por ella son generalmente grupos empresariales bien posicionados.

La importancia de la competencia en el mercado de medicamentos es estratégica en los programas de bienestar social de los países, ya que el buen funcionamiento de éstos depende de que los precios de adquisición sean razonables y, en consecuencia, que los presupuestos públicos sean suficientes para que sean alcanzadas por el mayor número de personas¹. En tal sentido, al evaluar la accesibilidad de un medicamento se plantea la disyuntiva si se trata de un bien social, en la medida que involucra el derecho a las personas a la salud, debiendo garantizarse que éstos estén disponibles para la población sin discriminación alguna; o un bien de mercado, en virtud de las patentes que se obtienen para proteger la propiedad intelectual, las cuales también establecen monopolios temporales que inciden directamente en el precio final del producto. Esta última dimensión queda en evidencia, “en la elevada inversión en publicidad, en la asimetría en la información, limitaciones a políticas de genéricos, y está enmarcada dentro de una competencia imperfecta de un producto de carácter básico que determina oligopolios”².

Así como la competencia es fundamental en el mercado de medicamentos, también lo es en las compras del Estado. Éstas, tienen una importancia

1 MIZRAHI ALVO, Elías *Regulación y competencia en el mercado de medicamentos: experiencias relevantes para América Latina*. p. 7.

2 BARDAZANO, Gianella., CAREDIO, Valentina, CECCHI, Pablo, CERETTA, Juan, DOMINGUEZ, Viviana, GIUDICE, Lucía, LEMA, Sebastián, LEZAMA, Guillermo, LOPEZ, Maynés, RAMOS, Camila, RODRIGUEZ, Hugo; SPERANZA, Noelia, TAMOSIUNAS, Gustavo, TRIUNFO, Patricia, ZUNINO, Carlos. *Múltiples miradas a los medicamentos de alto costo: hacia una comprensión integral del tema*. p. 36.

superlativa tanto para la economía uruguaya como para las economías de la región, dado que se destina una cantidad significativa de recursos para adquirir bienes y servicios. Las compras que realizan los estados representan un alto porcentaje del PIB, según datos de la OCDE³, en el año 2017 el gasto de la contratación pública representó el 6% del PIB de América Latina y el Caribe. Por otro lado, al considerar el “Gasto de consumo final del gobierno general”⁴ como porcentaje del PIB se encuentra que en Brasil alcanza el 20%, en Argentina el 15%, en Paraguay el 13% y en Uruguay el 14%. A su vez, a la relevancia económica se le debe agregar la importancia estratégica para lograr cumplir con las funciones esenciales como la salud, educación y seguridad; y también, la importancia en la imagen del Estado frente a sus ciudadanos, en este sentido, las fallas en los procesos de adquisición pueden deteriorar la confianza de los agentes en el gobierno.

Para el presente artículo se seleccionó para su análisis dos casos recientemente resueltos en materia de prácticas restrictivas en la órbita de la Comisión de Promoción de Defensa de la Competencia (en adelante, “la Comisión”)⁵. El primero, examina una práctica anticompetitiva de abuso de posición dominante mediante el empaquetamiento de productos (medicamentos de alto costo⁶), estableciendo una barrera de entrada y dando lugar a un cierre anticompetitivo del mercado. El segundo, trata del análisis de una posible práctica anticompetitiva consistente en coordinar las ofertas a través de un consorcio en un proceso licitatorio.

2. DESARROLLO

2.1. Abuso de posición dominante en el mercado de los medicamentos de alto costo

2.1.1. Descripción del caso

La investigación se inicia a raíz de la denuncia presentada contra un

3 OCDE. *Tamaño de la Contratación Pública*. p. 158-159.

4 BANCO MUNDIAL. *Gasto de consumo final del gobierno general (% del PIB) - Brazil, Argentina, Paraguay, Uruguay*.

5 Órgano de aplicación de la Ley de Promoción y Defensa de la Competencia en la República Oriental del Uruguay, creado por la Ley N° 18.159.

6 Aunque se ha entendido más oportuno calificarlos como de alto precio, obedeciendo ello a los gastos generados para su investigación, desarrollo y promoción, independientemente de su eficacia y seguridad. A su vez, el aumento sostenido de su gasto, en comparación con el gasto total de medicamentos, aparea un problema en aumento debido a su uso cada vez más frecuente en enfermedades crónicas. BARDZANO, Gianella. Op. cit. p. 20.

laboratorio por entender que éste incurría en prácticas de ventas atadas ofreciendo un producto a precio predatorio, vinculándolo además a la adquisición de otros productos.

Como antecedentes relevantes amerita reseñar, la celebración entre el Fondo Nacional de Recursos (en adelante, “el FNR”⁷) y el laboratorio denunciado, de un acuerdo de venta de medicamentos para el tratamiento de diversas patologías financiadas por el FNR. A dicho acuerdo se lo ha calificado como de *tipo Netflix*⁸, por considerar que es de riesgo compartido dado que, por un precio fijo mensual y por un plazo previamente acordado, el FNR adquiere las cantidades necesarias de medicamentos para satisfacer la demanda de los pacientes que lo requieren, sin máximos ni mínimos. Se pactó un plazo de 24 meses y una cláusula gatillo en la que se previó que el pago prestablecido debería ser revisado cada seis meses en caso de mediar determinadas circunstancias, entre las que figuraba el registro de algún biosimilar que implique un cambio en los puntos acordados en el aludido convenio.

Para ilustrar sobre la industria farmacéutica⁹, amerita distinguir, por un lado, los medicamentos patentados que son aquellos que surgen de una investigación que realiza un laboratorio con la intención de sanar un padecimiento específico y cuyo proceso productivo ha sido registrado bajo la ley de patentes. Ésta tiene un determinado período de duración, teniendo el inventor la exclusividad de producción de dicho medicamento en el mercado, a fin de recuperar la inversión. Una vez agotado el plazo cualquier laboratorio puede producirlo, surgiendo así los genéricos (de un medicamento de síntesis química) y los biosimilares (de un medicamento biológico), los cuales poseen el mismo principio activo que el patentado y se le han efectuado pruebas de bioequivalencia

7 Persona Pública no Estatal administrada por una Comisión Honoraria Administradora, financiándose mayormente por los aportantes al Fondo Nacional de Salud (FONASA). Creada por la Ley N° 16.343, de 24 de diciembre de 1992, URUGUAY *Instalación y funcionamiento de los Institutos de Medicina Altamente Especializada*. Funciona como un reaseguro de los prestadores integrales para las prestaciones de mayor complejidad y costo, siendo su competencia “brindar cobertura financiera universal a procedimientos de alta complejidad, a dispositivos de alto precio y a medicamentos de alto precio a todas las personas radicadas en el país con cobertura de salud por el SNIS”.

8 Bajo los modelos emergentes de Netflix, que varían, los países acuerdan pagar una cantidad fija de dinero para recibir tratamientos ilimitados de un medicamento para una población de pacientes. A través de este acuerdo, la empresa y el comprador ganan: la empresa farmacéutica recibe un pago garantizado a la par de los ingresos esperados y el comprador puede proporcionar más tratamientos a los pacientes por menos de lo que se habría pagado por dosis. LEONARD D. SCHAEFFER CENTER for Health Policy and Economics *Uso del modelo de precios de medicamentos de Netflix para ayudar a los Estados a abordar la crisis de hepatitis C*.

9 Entre las diversas clasificaciones de las barreras a la entrada al mercado relevante, y así tener una perspectiva del grado de competencia potencial que pueden enfrentar las empresas que ya participan en el mercado, están las denominadas *Barreras relacionadas con los costos hundidos*. Los costos hundidos se definen como el componente no recuperable si elige salir de una industria específica, como resulta ser la de los fármacos, en que deben realizarse pruebas clínicas extensas para demostrar la seguridad y eficacia de un medicamento antes de que se le permita su ingreso al mercado. OCDE – *Herramienta para la Evaluación de la competencia*. p. 23-24.

para demostrar que es intercambiable con el original. Dentro de la primera categoría se encontraba el fármaco producido por el laboratorio denunciado y que formaba parte del acuerdo con el FNR. No obstante, el período de exclusividad en la producción ya había vencido, por lo que otros laboratorios estaban habilitados a producir y registrar su biosimilar, lo que aconteció con la empresa denunciante.

El paquete objeto del acuerdo estaba integrado por 7 fármacos que tratan diferentes enfermedades, detentando el laboratorio denunciado posición monopólica en la mayor parte de los mismos. Entre éstos figuraba un medicamento biológico del principio activo Rituximab¹⁰, que se encontraba en régimen de monopolio hasta el posterior ingreso del biosimilar al mercado.

Una vez que se verificó el presupuesto establecido en el acuerdo que habilitaba su revisión, esto es el registro del biosimilar por parte de la denunciante, el FNR inició un proceso de negociación con ambos laboratorios para reevaluar el contrato vigente. En ese contexto, la denunciada procuró mantener la vigencia del acuerdo y los precios originalmente ofrecidos, presentando sucesivas propuestas. Una de ellas, implicaba la entrega adicional de medicamentos (del principio activo Rituximab y del principio activo Actemra) sin modificar el valor del paquete que, como veremos, es la propuesta que finalmente aceptó el FNR. En dicho proceso de negociación, se advirtió que el precio ofrecido por la denunciante era más conveniente, por lo que el FNR solicitó a la denunciada que detalle los precios de los medicamentos si se desarmaba el paquete o si se excluía el biológico del principio activo Rituximab. A lo que ésta informó que, si se sacaba el referido fármaco de la tarifa plana, se debería desarmar el paquete y envió propuesta con nuevos precios en los que se incrementaba el gasto global y, además, aumentaba los precios con respecto al último precio de compra.

Es así que, si bien de forma individual el precio del biosimilar era considerablemente menor que el precio del biológico, finalmente el FNR resolvió aceptar la propuesta de la denunciada que incluía mantener los montos de la tarifa plana estipulados en el contrato vigente y una entrega de cajas adicionales de medicamentos.

10 Medicamento biológico ha sido definido como aquellos que contienen principios activos obtenidos a partir de seres vivos; mientras que los biotecnológicos similares (ofrecido por la denunciante), son los que han demostrado ser similar en calidad, seguridad y eficacia respecto al original. URUGUAY Decreto N° 38/015, de 27 de enero de 2015 *Aprobación del documento de registro de medicamentos biotecnológicos*.

El encarecimiento de los MAC (medicamentos de alto costo) está estrechamente vinculado al advenimiento de los medicamentos biológicos, cuyo proceso de investigación, desarrollo y fabricación es mucho más complejo que el de los de síntesis química, utilizados no solo para el tratamiento de enfermedades oncológicas, sino que también se ha extendido a otras enfermedades más frecuentes y crónicas. Mientras estuvo vigente la patente del primero la comercialización fue exclusiva, empero a medida que éstas se vencen van surgiendo los similares al original a un costo menor. BARDAZANO, Gianella. (...) Op. cit. p. 22.

Compartiendo el análisis y conclusiones elaboradas en los informes económicos¹¹, la resolución final emitida por la Comisión¹² consideró que la práctica anticompetitiva registrada consistió en abuso de posición dominante por parte de la denunciada al comercializar varios medicamentos en forma de paquete, estableciendo una barrera de entrada y dando lugar a un cierre anticompetitivo del mercado, por lo que, se dispuso como sanción la aplicación de una multa por 7 millones de Unidades Indexadas¹³. Además, se realizó una recomendación al FNR para que al momento de efectuar las compras de medicamentos tome en cuenta las eventuales ganancias de eficiencia, así como los posibles efectos anticompetitivos de las ventas en paquete.

2.1.2. Marco normativo

En Uruguay la Ley N° 18.159 (modificada por Ley N° 19.833) y el Decreto N° 404/007 (modificado por Decreto N° 194/020), regulan la materia específica del Derecho de la Competencia cuyo bien jurídico tutelado es el bienestar de los actuales y futuros consumidores a través de “la promoción y defensa de la competencia, el estímulo a la eficiencia económica, la libertad e igualdad de condiciones de acceso de empresas y productos al mercado” (artículo 1). Como actividades prohibidas se prevé el abuso de posición dominante, así como todas las prácticas “que tengan por efecto u objeto, restringir, limitar, obstaculizar, distorsionar o impedir la competencial actual o futura en el mercado relevante” (artículo 2)¹⁴. Existe posición dominante cuando puede afectarse sustancialmente las variables relevantes del mercado con prescindencia de las conductas de sus competidores, mientras que el abuso de esa posición se configura, cuando “el o los agentes actúan de manera indebida, con el fin de obtener ventajas o causar perjuicios a otros, que no hubiera podido lograr de no contar con la posición de dominio” (artículo 6).

Previo a la entrada en vigor de la Ley N° 19.833 el régimen nacional había adoptado exclusivamente la regla de la razón como criterio de valoración de las prácticas anticompetitivas, surgiendo identificadas a título enunciativo en el artículo 4 de la Ley. Dicha reforma importó cambios

11 SEQUEIRA, Martín. Informes Nros. 36/021 y 257/021 *ASUNTO N° 43/2019* (Informes técnicos de la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia)

12 CPDC. Resolución N° 308/021, de 7 de diciembre de 2021.

13 Equivalente a aproximadamente U\$S 838.000 (dólares estadounidenses ochocientos treinta y ocho mil), teniendo en cuenta los valores al momento de emitido el acto administrativo. Instituto Nacional de Estadística (INE).

14 Para la determinación del mercado relevante debe contemplarse el ámbito del producto y el geográfico, habiéndose dispuesto por Resolución de la CPDC N° 2/2009 de 12 de mayo de 2009, los criterios generales para su determinación: grado de sustituibilidad, tanto de la demanda como de la oferta.

significativos en la materia, por ejemplo, el artículo 4 bis adicionó una nómina taxativa de prácticas prohibidas *per se*, cuyo núcleo lo constituye la existencia de una concertación por parte de competidores, no habilitando a ingresar al examen de eventuales causas de justificación. Por tanto, quedó conformado un sistema dual de pautas de valoración, dependiendo del artículo en el cual encarten las conductas objeto de examen.

Para el presente caso, interesa citar las siguientes prácticas del artículo 4 de la Ley, “en tanto configuren alguna de las situaciones enunciadas en el artículo 2º de la presente ley”, estando así, sujetas a la *regla de la razón*: “D) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación de obligaciones complementarias o suplementarias que, por su propia naturaleza o por los usos comerciales, no tengan relación con el objeto de esos contratos”¹⁵ y; “F) Obstaculizar el acceso al mercado de potenciales entrantes al mismo”¹⁶.

2.1.3. Análisis

A continuación, se ingresará al análisis de determinados tópicos en concreto. Si bien la denunciante consideró que la práctica anticompetitiva consistía en una *venta atada*, ello resultó controvertido por la denunciada, arribando finalmente la Comisión a la conclusión de que correspondía a la categoría de *bundling mixto*. Las referidas prácticas comerciales tienen como denominador común la vinculación de productos o servicios, pero en función de las características de dicha relación, surge relevada por la literatura económica su diferenciación.

Así, la venta atada ha sido conceptualizada como:

...una práctica por la cual se subordina la venta de un producto o servicio (denominado vinculante) a la condición de comprar un segundo producto (llamado vinculado), de ello que la prohibición de esta figura radica en que la empresa obliga a la compra de un producto adicional al deseado por el comprador, con lo cual aumenta su gasto y reduce su capacidad adquisitiva, es decir, se produce un desequilibrio en el excedente social porque el excedente del productor se maximiza sin justa causa¹⁷.

15 Reputa como práctica anticompetitiva al fenómeno de la vinculación contractual o ventas atadas, habiendo entendido la doctrina que ésta alcanza también a las ventas empaquetadas en sus dos modalidades (*bundling* puro y *bundling* mixto). La circunstancia que una empresa detente poder de mercado en un mercado, puede propiciar para que, en determinadas condiciones, la utilice en otro mercado, y de esta forma expulsar a los competidores de este segundo mercado, creando barreras de entrada más altas tanto en el mercado del producto vinculante como en el mercado del producto vinculado (MARTÍNEZ BLANCO, Camilo -*Manual Básico de Derecho de la Competencia*. p. 126-127)

16 Alude a la creación de barreras de entrada estratégicas en el mercado relevante, ya “la libertad e igualdad de condiciones de acceso de empresas y productos al mercado” constituye un elemento clave de la Ley (artículo 1).

17 CADENAS GARZÓN, Viviana Carolina- *Análisis de las condiciones bajo las cuales se produce un abuso de posición de dominio por ventas atadas y sus posibles justificaciones*. p. 108.

Por su parte, en el *bundling puro* la empresa que oferta el paquete condiciona a que los productos que lo integran sean comprados en forma conjunta por un precio único, no existiendo la posibilidad de adquirir los bienes por separado. Lo que no acontece en el caso del *bundling mixto*, en que la empresa además de ofrecer el paquete de productos, lo hace por separado, siendo típicamente el precio del paquete más bajo que la suma de los individuales. Se ha señalado que este tipo de prácticas en que el comprador siempre puede adquirir los productos por separado, el elemento de coerción resulta menos patente o evidente que en los casos de vinculación bajo la forma de venta atada y *bundling puro*, dado que no obliga, sino induce a la compra conjunta¹⁸.

Ciertamente, el caso objeto de estudio no encarta en la categorización de venta atada debido a que no se condiciona la compra de un medicamento a través de la compra obligatoria de otro medicamento, sino que el paquete acordado establece la compra de varios medicamentos en forma conjunta y, si bien su utilización es para tratar diferentes enfermedades, son todos necesarios para los objetivos del FNR. En función de la cláusula que habilitaba la revisión del contrato cada seis meses, con posibilidad de desarmar el paquete en caso de verificarse determinados supuestos, es que la Comisión entendió que asistíamos a un caso de *bundling mixto* pero, con el ingrediente adicional que la posibilidad de adquirir los productos por separado está precisamente regulada y para el caso que se den los supuestos ya señalados.

Las empresas pueden utilizar la modalidad de *empaquetamiento* por razones de eficiencia (búsqueda de mejoras de diferentes elementos dentro de la cadena productiva, mejoras en calidad y ahorro en los costos, etc); y/o razones estratégicas, dado que ofreciendo los productos en conjunto se podría generar una caída en el precio, que quizás provocaría menores ganancias en el corto plazo pero sería más perjudicial aún para los rivales, pudiéndose utilizar dicha modalidad como una barrera de entrada a futuros competidores. Las ventas empaquetadas también plantean preocupaciones importantes respecto a la transparencia y el bloqueo del consumidor, dado que la agrupación de productos tiende a ocultar los precios reales de los servicios individuales y hace que sea más difícil comparar ofertas¹⁹.

A su vez, existen diversas clasificaciones respecto de las modalidades en que se pueden verificar los empaquetamientos como, por ejemplo: a) el contractual, que implica la vinculación de dos o más bienes o servicios

18 PAVIC, Lorena, COEYMANS, Juan Enrique. “Descuentos multiproducto (“Bundled Discounts”) ¿Práctica exclusiva o competencia agresiva?” *La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario – Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*, p. 227.

19 OCDE *Broadband Bundling. Trends and policy implications*, OECD Digital Economy Papers.

a los consumidores, empero éstos siguen siendo distintos y la decisión de combinar sus ventas puede revertirse fácilmente; b) el técnico, que se produce cuando existe complementariedad entre ambos productos, esto es, que el producto vinculante está concebido de tal modo que solo funciona correctamente con el producto vinculado, lo que hace menos factible la posibilidad de revertir su venta combinada en paquete²⁰.

Los efectos anticompetitivos que puedan generar dichas prácticas resultan más difíciles de justificar en los casos de empaquetamiento contractual (como es el caso bajo examen), lo que conlleva que deben ser analizados por el órgano competente con mayor rigurosidad.

Entre los efectos procompetitivos, se han identificado: las economías de alcance en el consumo (la oferta en conjunto aporta más valor al consumidor, como por ejemplo la computadora y sus componentes tecnológicos); economías de alcance en producción y distribución (aprovechar las economías de escala y de alcance y reducir los costos de producción); calidad e innovación de producto (combinar productos puede ser percibido como una mejora en la calidad); solución a problemas de reputación (los consumidores estén más seguros de la calidad de sus componentes); sinergias de mercados multilaterales, como ser el caso de las plataformas que proporcionan bienes o servicios a distintos grupos de clientes que buscan interactuar entre sí²¹. Ninguno de estos efectos procompetitivos se verificaron en el caso, ni tampoco fueron planteados por la denunciada.

En lo concerniente a la definición del mercado relevante, desde la perspectiva del *producto*, el punto central se fundó en el grado de sustituibilidad entre los dos productos en cuestión, arribando la Comisión a la conclusión de que ambos medicamentos son sustituibles en función de la aprobación otorgada por el MSP, así como también, ante la evidencia que la intención primigenia del FNR era la de adquirir el biosimilar. Es decir, sin cuestionar la diferente naturaleza entre un medicamento biológico y un biosimilar, se concluyó que ambos medicamentos pueden ser utilizados en los mismos propósitos, siendo su objetivo obtener aquel al mejor precio. De todas maneras, se precisa acertadamente que más allá de la delimitación del mercado relevante del producto, la comercialización del medicamento biológico del principio activo Rituximab, “se realiza condicionado por la compra de un paquete de medicamentos, por lo que no sería posible dejar de considerar el paquete, y los medicamentos que

20 Centro de Competencia de la Universidad Adolfo Ibáñez – Chile. *Venta atada y empaquetamiento*

21 Idem.

lo integran, como un elemento determinante del caso”²².

En tal sentido, e ingresando al comportamiento asumido por la empresa denunciada, se constató que su postura inicial fue mostrar ambos medicamentos como productos diferenciados, haciendo hincapié en la diferencia de un medicamento biológico innovador y un biosimilar, al principio de no intercambiabilidad respetado por los profesionales médicos en su prescripción, entre otras consideraciones. Luego que se demostrara que ambos medicamentos pertenecían al mismo mercado relevante, la empresa cambió su postura atribuyendo lo acontecido a una reducción de márgenes en busca de una oferta competitiva. Finalmente, su postura volvió a tornarse cuando se le solicitó que cotizara el producto biológico de manera individual ofreciendo un valor por éste incambiado y aumentando el global (no hubo reducción de márgenes, tendencia típica que se registra con la aparición de los biosimilares).

Considerando que las compras del FNR involucra a pacientes de todo el país, la definición del mercado relevante desde el ámbito geográfico quedó circunscripto a todo el territorio nacional.

Otro de los tópicos objeto de análisis fue la composición del paquete de medicamentos, desde las siguientes perspectivas: Primero, los medicamentos que conformaban el paquete eran de 7 fármacos que tratan diferentes enfermedades, resultando claro entonces, que en la medida que tratan de artículos separados, existen mercados para cada uno. Segundo, la mayoría de los medicamentos que integraban el paquete eran provistos por la denunciada, es decir que excepto uno, no existían a la fecha del acuerdo medicamentos sustitutos comercializados por otros laboratorios. Vinculado a lo anterior, especial atención merecen este tipo de empaquetamientos en los que algunos productos presentan una posición monopólica, mientras que otros se encuentran en una situación oligopólica²³. Tercero, el singular valor que tenía el medicamento del principio Rituximab en el paquete, como consecuencia del registro del biosimilar en el MSP, que apareja la disminución drástica de los precios de los medicamentos biológicos, que hasta ese momento era monopolio, además que el mismo representaba más del 25 % sobre los ingresos del paquete.

22 SEQUEIRA, Martín. Op. cit.

23 Idem, citando a NABELOUFF, expresa: “Una compañía tiene poder de mercado en dos bienes, A y B, puede, al agruparlos, dificultar que un rival con solo uno de estos bienes ingrese al mercado. Una empresa con un monopolio en el producto A y un duopolio en el producto B obtiene mayores ganancias vendiendo un paquete A – B que vendiendo A y B independientemente. Esto se explica, ya que el poder monopólico de A mitiga el impacto de la competencia en B, y así disuadir futuros competidores deteriorando sus beneficios esperados futuros. A su vez, más disuasoria es dicha berramienta cuanto más correlacionadas estén las valoraciones de los consumidores hacia los productos agrupados”. NABELOUFF, Barry *Bundling as entry barrier*. p. 159-187.

La Comisión sostuvo que la comercialización a través de un paquete funcionó de soporte para que la denunciada, desde su posición de privilegio, no permitiera que el FNR adquiriera el biosimilar, ofreciendo una suma importante adicional de medicamentos sin verse variado el valor total del paquete (lo que pudo haber operado de diferentes formas: subsidios cruzados, precios predatorios o una reducción sustancial de los márgenes). A su vez, se negó a cotizar el valor del paquete sin incluir el Rituximab, a pesar del pedido expreso del FNR.

En esa línea, también estuvo en el eje de la discusión si el FNR se trata de un comprador monopsónico o, como se señaló posteriormente, cuasi-monopsónico. Al respecto en el informe económico se puntualizó, que más allá de la capacidad de compra de dicha Organización y su consecuente posición relevante dentro del mercado de medicamentos de alto costo, “no se puede concluir sobre su posición de influencia, debido a que, desde el lado oferente, se encuentra un agente que presenta una posición monopólica en la mayoría de los productos que comercializa”²⁴. A lo que debe aunarse, que éstos están situados en un marco de demanda inelástica, o casi inelástica.

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo ha señalado que el abuso de posición dominante es una de las cuestiones más controvertidas en el derecho de la competencia y que los actos que puedan considerarse un abuso de esa posición varía, además de estar vinculado al régimen de competencia de que se trate:

El disfrute de una cuota de mercado significativa es un dato que tiende a indicar que una empresa goza de una posición dominante en el mercado de referencia (...). Debería tenerse en cuenta, además, otros indicadores del mercado, como las barreras de entrada y la existencia de competidores reales y potenciales, la duración de esa cuota de mercado significativa, el poder de compra, las economías de escala y de alcance, el acceso a los mercados de abastecimiento y la integración vertical, la madurez y vitalidad del mercado, el acceso a insumos importantes y los recursos financieros de la empresa y de sus competidores. (...)

La prohibición de abuso de una posición dominante surge cuando una empresa que la ocupa utiliza su poder de mercado de una forma que distorsiona la competencia. En general, una empresa abusa de su posición dominante cuando realiza actos que incrementan su poder económico y no tienen en cuenta a los consumidores y al mercado. Los actos que suponen un obstáculo para los competidores y no aportan a los consumidores ventajas que los compensen son

24 SEQUEIRA, Martín. Op. cit.

ejemplos de abuso de una posición dominante²⁵.

Habiendo sido descartados todos los efectos procompetitivos señalados con anterioridad, se planteó el debate si la entrega adicional de medicamentos operó como justificación de la práctica anticompetitiva, concluyéndose por la negativa. Es que con independencia que implicó un beneficio al consumidor, la Comisión consideró que dicho argumento no era suficiente para contrarrestar los efectos distorsionadores de la competencia de la práctica, además de quedar demostrado que de haber obtenido el biosimilar y mantenido la comercialización del paquete sin el biológico, se hubiese alcanzado un ahorro de los recursos.

En consecuencia, el examen integral de todos los elementos relevantes del caso, a saber: el poder del mercado que detentaba la denunciada (respecto del producto Rituximab, del resto de los medicamentos que integraban el paquete, así como de otro que formaba parte del acuerdo), la circunstancia de que el FNR no estaba en condiciones de prescindir de ninguno de los medicamentos del paquete ofrecido por la denunciada, y fundamentalmente, el comportamiento desplegado por la denunciada consistente en que a partir de la posición ventajosa en la cual se encontraba debido a la comercialización del paquete, no permitió al FNR comercializar con ellos un paquete que no incluyera el Rituximab, dejando sin opción al FNR a tener que seguir comercializando con ellos, confluyeron en definitiva, para que la Comisión considerara la verificación de la práctica anticompetitiva.

2.2. Consorcios ¿afectan la competencia en los procedimientos de contratación?

Como suele suceder en estos temas, la respuesta es depende²⁶, por un lado, los consorcios suavizan o eliminan la competencia en la medida que se reduce el número de competidores oferentes, este efecto es particularmente evidente cuando la oferta conjunta deriva de acuerdos entre empresas que normalmente compiten entre sí; por otro lado, cuando el consorcio es conformado por agentes que están especializados en diferentes aspectos de la oferta, son admitidos y considerados positivos ya que aumentan la calidad de la misma.

Otro aspecto positivo de los consorcios es que, en la medida que las empresas consorciadas, no puedan presentar sus ofertas de forma

25 Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. *Ley Tipo de Defensa de la Competencia* (2015). Capítulo IV revisado. p. 4.

26 LUIGI ALBANO, Gian. "Competition in Public Procurement Markets". Paris: OCDE, 2017. p. 14.

independiente, al hacerlo en forma conjunta, se aumenta la cantidad de ofertas recibidas sin disminuir la calidad.

2.2.1. Descripción del caso

Tras recibir una comunicación desde el Tribunal de Cuentas del Uruguay²⁷ la Comisión comienza una medida preparatoria²⁸. En la comunicación recibida, el Tribunal plantea que tres de las ocho ofertas recibidas por la Administración en un llamado a licitación, corresponden a un consorcio, sin embargo, no se presentó una sola oferta, sino que cada empresa presentó su oferta de forma individual. El Tribunal también observa que existe una única garantía de mantenimiento de oferta (de la cual se agrega copia en cada una de las tres ofertas), y que el monto ofertado por las tres empresas es idéntico. La contratación que el Estado pretende realizar es de una empresa que provea el servicio de limpieza con hasta 4450 horas mensuales en el Hospital Español.

Una vez recabada información adicional, la Comisión determina que cuenta con suficientes elementos para dar inicio a una investigación de oficio²⁹, e identifica como presuntas infractoras a las tres empresas que pretendían integrar el consorcio. La conducta imputada se encuentra en la actualidad³⁰ expresamente prohibida por la ley y consiste en coordinar las ofertas que se presentan en la licitación³¹.

Las características más destacables de la licitación³² que lucen en el pliego de condiciones son: que se adjudicará a la oferta de menor precio que cumpla con la totalidad de los requisitos mínimos exigidos y que se tendrán en consideración solo las propuestas que sean económicamente viables. Respecto de los requisitos mínimos, el pliego establece que: la

27 Entidad fiscalizadora superior que ejerce el contralor de la Hacienda Pública en beneficio directo de la Sociedad

28 URUGUAY. Ley N° 18.159 Defensa de la libre competencia en el comercio. *Registro Nacional de Leyes y Decretos*. 30 de julio de 2007, Tomo: I Semestre: 2 año: 2007 Página: 135. Artículo 11 “(Medidas preparatorias). Antes de iniciar formalmente una investigación, el órgano de aplicación podrá requerir información de cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que le permita tomar conocimiento de actos o hechos relativos a la conformación de los mercados y a las prácticas que se realizan en los mismos.”

29 *Ibid.*, Artículo 10 “(Competencia). La Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia será competente para desarrollar los procedimientos tendientes a investigar, analizar y sancionar las prácticas prohibidas por la presente ley, pudiendo actuar de oficio o por denuncia.”

30 Introducido por: Ley N° 19.833 de 20/09/2019 artículo 2.

31 URUGUAY. Ley N° 18.159 Defensa de la libre competencia en el comercio. Artículo 4 bis “(Prácticas expresamente prohibidas). Las prácticas, conductas o recomendaciones concertadas entre competidores que se enumeran a continuación, se declaran expresamente prohibidas: (...) 4) Establecer, concertar o coordinar las ofertas o la abstención en licitaciones, concursos o subastas.”

32 URUGUAY. Licitación Pública para la contratación de servicio de limpieza para el Hospital Español, 22 de octubre de 2019. Número 25/2019

empresa debe tener una antigüedad mínima de 5 años en el objeto de la contratación; debe presentar por lo menos una referencia del último lugar donde desempeñó servicios de limpieza hospitalaria y no debe contar con antecedentes de reiterados incumplimientos o incumplimiento de suma gravedad que hubiera motivado la rescisión del contrato.

Con el fin de estudiar la situación la Comisión dispone la elaboración de un informe económico³³, el mismo tiene la siguiente estructura: utiliza un documento elaborado por OCDE³⁴ para la caracterización de la colusión en las compras públicas; explica brevemente las dos reglas de análisis con las que cuenta la normativa uruguaya para el estudio de las prácticas, a saber, la regla de la razón y per se; se basa en un documento elaborado por la oficina de competencia de Dinamarca³⁵ para estudiar los consorcios; define el concepto de competidor utilizando como referencia un fallo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea³⁶; propone una definición de mercado relevante semejante al objeto de la licitación; evalúa los argumentos esgrimidos por las empresas con el fin de justificar la conformación del consorcio; finalmente, considera que al no verse reducida la cantidad de ofertas recibidas, la probabilidad de afectación a la competencia del consorcio analizado es baja.

La resolución final³⁷ emitida por la Comisión comparte lo dictaminado en el informe económico (no se estaría configurando una práctica anticompetitiva) y agrega, una recomendación³⁸ al organismo licitador referido a que “en las bases de futuras contrataciones se establezca la opción a los proponentes de ofertar de manera consorciada o de forma individual pero no acumulativamente”.

2.2.2. Breve caracterización de los Consorcios³⁹

33 RAMOS, Gonzalo. Informe N° 06/022. ASUNTO N° 03/2021.

34 OCDE. *Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes de licitaciones públicas*. 2009.

35 Danish Competition and Consumer Authority. *When companies bid jointly*. 2020.

36 Sentencia del Tribunal General de la Comisión Europea (Sala Novena). *Caso H. Lundbeck A/S y Lundbeck Ltd contra Comisión Europea T-472/13*. Párrafo 99-104

37 CPDC. Resolución N° 45/022. ASUNTO N° 03/2021: ASSE Licitación Abreviada N° 25/2019 “Servicios de limpieza y mantenimiento de áreas verdes” - Investigación de oficio. Montevideo, 7 de febrero de 2022

38 URUGUAY. Ley N° 18.159 Defensa de la libre competencia en el comercio. Artículo 26 “(Funciones y facultades). Compete a la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia: (...) F) Emitir recomendaciones no vinculantes, dirigidas al Poder Ejecutivo, Poder Legislativo, Poder Judicial, Gobiernos Departamentales, y entidades y organismos públicos, relativos al tratamiento, protección, regulación, restricción o promoción de la competencia en leyes, reglamentos, ordenanzas municipales y actos administrativos en general. Estas recomendaciones se realizarán respecto de leyes, reglamentos, ordenanzas municipales y otros actos administrativos vigentes o a estudio de cualquiera de los organismos señalados.”

39 Si bien con pequeñas diferencias, se puede aplicar a Uniones Transitorias de Empresas o “Joint Venture”

Los consorcios en Uruguay están regulados por la Ley de Sociedades Comerciales, en ella se conceptualiza como:

El consorcio se constituirá mediante contrato entre dos o más personas, físicas o jurídicas, por el cual se vincularán temporariamente para la realización de una obra, la prestación de determinados servicios o el suministro de ciertos bienes. El consorcio no estará destinado a obtener y distribuir ganancias entre los partícipes sino a regular las actividades de cada uno de ellos. No tendrá personalidad jurídica. Cada integrante deberá desarrollar la actividad en las condiciones que se prevean, respondiendo personalmente frente al tercero por las obligaciones que contraiga en relación con la parte de la obra, servicios o suministros a su cargo, sin solidaridad, salvo pacto en contrario ⁴⁰.

Se lo define como un contrato, cada empresa por tanto deberá realizar actividades individuales y separadas, siendo el consorcio la vía para coordinarlas.

Respecto a las compras públicas, en general se admite que los consorcios realicen su oferta al igual que las empresas que lo hacen en forma individual. Con la consideración de que la participación de un consorcio genera la incompatibilidad para hacerlo en otros o por sí sólo, en la misma licitación, es decir, una misma empresa no puede participar con distintas calidades o como integrante de distintos grupos empresariales.⁴¹

En Perú, la autoridad de competencia⁴² emitió una Guía⁴³ en la que resalta que “los consorcios son, en principio lícitos y permitidos (...) en determinados casos pueden favorecer la competencia.” Y, poco después, revela el lado oscuro de los mismos: “podría(n) no tener origen en una necesidad de complementariedad sino en un pacto colusorio cuando se advierta que (...) podrían haber concursado de forma separada”.

2.2.3. Análisis

En el caso bajo estudio, se estableció que la práctica presuntamente ilícita que cometían las empresas en el llamado a licitación fue: establecer, concertar o coordinar las ofertas o la abstención en licitaciones, concursos o subastas; que, como se mencionó, está declarada expresamente prohibida en el artículo 4 bis de la Ley N° 18.159 que señala “Las prácticas,

40 URUGUAY. Ley N° 16.060 de sociedades comerciales. *Registro Nacional de Leyes y Decretos*. 1° de noviembre de 1989, Tomo: I Semestre: 2 Año: 1989 Página: 190. Artículo 501

41 CORREA, Isabel. *Manual de Licitaciones Públicas*. 2002. Pág. 43

42 Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual

43 INDECOPI. *Guía para combatir la Concertación en las Contrataciones Públicas*. 2018.

conductas o recomendaciones concertadas entre competidores que se enumeran a continuación, se declaran expresamente prohibidas”.

En una primera instancia todo indicaría que es un caso muy sencillo, donde se debe sancionar a las empresas ya que se cumplen dos requisitos: 1- la práctica está expresamente prohibida y 2- queda fehacientemente probado, con la documentación presentada en la licitación, que las empresas coordinaron sus ofertas.

Ampliando un poco el horizonte, y considerando lo planteado en el párrafo anterior, se podría llegar al absurdo de que, en la medida que todo consorcio, por su propia naturaleza, coordina las ofertas de varias empresas en las licitaciones, infringe la ley de competencia. Más aún, al tratarse de una práctica expresamente prohibida, no cabría la posibilidad de justificar su existencia argumentando razones de eficiencia. Sin embargo, al hilar fino y tener en cuenta el caput del artículo, se vislumbra una condición que debe cumplir la práctica para poder ser considerada expresamente prohibida, la vinculación debe ser “entre competidores”, este requisito, también se aprecia en las normativas del resto de los países miembros del Mercosur, a saber:

Argentina:

Constituyen prácticas absolutamente restrictivas de la competencia y se presume que producen perjuicio al interés económico general, los acuerdos entre dos o más competidores, consistentes en contratos, convenios o arreglos cuyo objeto o efecto fuere: (...) d) Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en licitaciones, concursos o subastas⁴⁴.

Brasil:

Brasil: en este caso, la ilicitud se da por el objeto, según la ley “Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados”⁴⁵ donde el inciso 3 establece:

As seguintes condutas, além de outras, na medida em que

44 ARGENTINA. Ley N° 27.442 de defensa de la competencia. *Boletín Oficial*, 15 de mayo de 2018, núm 27.442. Artículo 2.

45 BRASIL. Ley N° 12.529 estrutura o sistema brasileiro de defesa da concorrência. *Diário Oficial da União*, 1° de diciembre de 2011, núm. 12.529. Artículo 36

configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma: (...) d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública⁴⁶.

Paraguay:

Se prohíbe todo acuerdo, decisión o práctica concertada o conscientemente paralela, independientemente de que sean escritos o verbales, formales o informales que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional, las que consistan en las siguientes conductas, entre otras, siempre que las mismas configuren algunas de las hipótesis precedentemente señaladas⁴⁷.

A continuación, se hace un listado de conductas dentro de las cuales, la que más se ajusta al caso planteado es “licitaciones colusorias”. Si bien la ley no detalla este concepto en profundidad, si aparece una explicación del mismo en la reglamentación.

La licitación colusoria es una modalidad de restricción horizontal a la competencia que puede manifestarse a través de un acuerdo, decisión, práctica concertada o conscientemente paralela entre competidores para coordinar ofertas, posturas o propuestas o abstenerse de éstas en las licitaciones o concursos públicos o privados u otras formas de contratación o adquisición pública previstas en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates⁴⁸.

Es, por tanto, un paso fundamental determinar si las empresas son competidoras. Un concepto que tiene apariencia de simple, pero no solo no lo es, sino que puede ser determinante al momento de definir si la conducta llevada adelante infringe la ley.

La autoridad de competencia de Nueva Zelanda tiene una definición concreta⁴⁹, considera competidoras a las empresas que pueden ofrecer el mismo o similar producto o servicio a los mismos clientes, se incluye dentro de los competidores no solo los actuales sino los que pueden competir en el futuro, como empresas que operan en otras zonas

46 BRASIL. Ley Nº 12.529 estrutura o sistema brasileiro de defesa da concorrência. Diário Oficial da União, 1º de diciembre de 2011, núm. 12.529. Artículo 36..

47 PARAGUAY. Ley Nº 4.956 Defiende y promueve la libre competencia en los mercados. *Gaceta Oficial de la República*, 21 de junio de 2013, núm. 4.956. Artículo 8.

48 PARAGUAY. Decreto Nº 1.490 por el cual se reglamenta la ley Nº 4.956/2013. *Gaceta Oficial de la República*, 14 de abril de 2014, núm. 4.956 Artículo 6

49 COMMERCE COMMISSION NEW ZEALAND. *What is a competitor?*

geográficas, o que actualmente ofrecen productos diferentes.

Si se pretende enfrentar el tema desde una óptica económica, una forma ampliamente aceptada para determinar si dos empresas son competidoras es a través de la elasticidad precio cruzada de la demanda⁵⁰, es un método que se utiliza en el análisis de concentraciones o en casos de interlocking. Consiste en averiguar la sensibilidad de los consumidores de un producto a variaciones en el precio de otro producto⁵¹, lo cual se hace a través de calcular la elasticidad precio cruzada de la demanda, si el resultado es positivo, los dos productos son sustitutos y por tanto las empresas competidoras⁵². Otra alternativa para determinar productos y por lo tanto empresas competidoras⁵³ (que se utiliza como proxi al cálculo de elasticidades anteriormente visto) es realizar lo que se denomina el “reasonable interchangeability of use test” que implica analizar si los consumidores al intercambiar los productos, obtienen similares beneficios⁵⁴. Este test, lo que nos enseña es que, si los consumidores pueden utilizar de forma indistinta los artículos, generalmente, la cantidad demandada de cada uno de ellos se verá afectada por las variaciones en el precio del otro producto y, por lo tanto, las empresas que los ofrecen serían competidoras. Este test si bien parece similar al anterior, se enfoca en las características y usos del bien o servicio en contraposición con el anterior, que deduce las preferencias del consumidor a través de cantidades demandadas y precios observados.

Se debe tener en consideración que los métodos descriptos anteriormente, consideran el producto terminado y son útiles cuando los artículos son relativamente estandarizados, pero dejan de serlo y no se pueden aplicar, de forma sencilla, cuando los productos o servicios son personalizados⁵⁵.

Por lo tanto, es interesante que, en el expediente bajo estudio, se haya determinado cuáles eran las empresas competidoras en función de una combinación de las alternativas antes vistas. Como la licitación pretendía adquirir un servicio personalizado, y se trataba de una compra puntual,

50 MURRAY, John T. “The definition of competitors under section 8 of the clayton act: the emergence of supply side competition analysis”. p. 135-153

51 Si dos productos son competidores, se espera que la demanda de un producto aumente cuando aumenta el precio de un producto competidor y que la demanda disminuya cuando el precio del otro bien se reduzca.

52 RUBINFELD, Daniel y BRIDGES, Robert. *Market Definition*. 2015.

53 Al utilizar esta herramienta, se debe tener cuidado ya que, al considerar la óptica de la demanda, no siempre dos productos competidores pertenecen a dos empresas competidoras, por ejemplo, se puede encontrar dos productos que los consumidores consideren competidores, por ser de dos marcas diferentes, pero que, sin embargo, detrás de ellos se encuentre la misma empresa o grupo empresarial.

54 CHANG, Howard H.; EVANS, David S. y SCHMALENSSEE, Richard. *Market Definition: Assessment of the Relevant Market in Competition Matters*. 2011. p. 11

55MURRAY, John T. “The definition of competitors under section 8 of the clayton act: the emergence of supply side competition analysis”. 1984. p. 146

no se pudo utilizar el análisis de elasticidades, por otro lado, como las necesidades del organismo comprador eran muy específicas, no se pudo utilizar el “reasonable interchangeability of use test”. Esto llevó, en el informe, a limitar el universo de empresas competidoras a las que tenían capacidad para proveer el servicio⁵⁶, luego se tamizó ese conjunto de empresas con las características que debían cumplir para calificar como elegibles (estar registradas en RUPE⁵⁷, ofrecer garantía, tener antigüedad, etc.). Es decir, el enfoque utilizado consideró competidoras a las empresas que cumplieran (“de forma inmediata o con una inversión razonable”) con los requisitos de la demanda para brindar el servicio, pero utilizando como filtro excluyente algunas características de las empresas ofertantes. De esta forma, no serían competidoras las empresas que no cumplan con alguno de estos requisitos, de allí se desprende que 2 de las 3 empresas integrantes del consorcio no deberían ser consideradas competidoras para ese llamado puntual, ya que no contaban con uno de los requisitos excluyentes exigidos en los pliegos de la licitación, la antigüedad.

Una vez determinado que las empresas no eran competidoras, se trunca la aplicabilidad del artículo 4 bis (prácticas expresamente prohibidas) para el análisis del consorcio.

Otro tema interesante que se plantea son las empresas no necesarias, es decir las empresas excedentarias para llegar a los requisitos mínimos necesarios para poder licitar. Si bien el informe no profundiza, en el mismo se aclara que, aunque la empresa que tenía más probabilidad de cumplir con los requisitos del llamado, lo hubiera hecho de forma independiente, sin integrar un consorcio, tampoco se habría afectado la competencia dado que las otras dos empresas no podrían haber presentado una oferta adicional. A las dos empresas restantes, les faltaba cumplir con el mismo requisito (antigüedad en el ramo de 5 años) y es una variable que no se puede modificar en el corto plazo.

Si bien en el caso tratado no se presentó, desde un punto de vista teórico, existe una circunstancia intermedia, es decir, que de las 3 empresas que conforman el consorcio (considerando que ninguna cumple los requisitos para licitar de forma individual), sean necesarias 2 de ellas, y no las 3, para alcanzar los requisitos mínimos. Si esta situación teórica se verificara, el consorcio estaría integrado por más empresas de las necesarias, para analizarlo, la Unión Europea recurre a las Directrices Horizontales que establecen:

Por lo general no es probable que un acuerdo de comercialización

⁵⁶ Empresas con recursos humanos, financieros y materiales suficientes.

⁵⁷ Registro Único de Proveedores del Estado.

suscite problemas de competencia si es objetivamente necesario para que una parte pueda introducirse en un mercado al que no hubiera podido acceder individualmente o con un número de partes menor que el que participa realmente en la cooperación, por ejemplo, debido a los costes implicados⁵⁸

Se deduce que no habría problemas de competencia en la medida que las empresas integrantes del consorcio sean las mínimas necesarias. Más aún, en el ejemplo utilizado por las Directrices para aclarar el concepto⁵⁹, se aprecia que, cuando las empresas tienen una participación muy pequeña en el mercado, se podría asumir que las mejoras de eficiencia de integrar un consorcio serían mayores que los efectos restrictivos de la práctica. Sin embargo, en el ejemplo planteado en las Directrices, se recurre a las excepciones del *minimis* para justificar el razonamiento, situación que no está prevista en la normativa uruguaya.

Una hipótesis adicional que plantea el informe económico, es que alguna de las empresas integrantes del consorcio, pero no estrictamente necesarias, formen un nuevo consorcio con empresas que no lograron cumplir con los requisitos mínimos y por lo tanto no lograron ofertar en el llamado. Si se pudiera demostrar que la situación anterior era viable, se podría haber demostrado que la conformación del consorcio pudo afectar la competencia al reducir la cantidad de ofertas recibidas. Sin embargo, el informe sostiene que el expediente no cuenta con la información necesaria para lograr realizar este estudio, lo cual es razonable dado que la casuística a estudiar es prácticamente inagotable.

Finalmente, si bien el razonamiento realizado por la Comisión a lo largo del expediente es similar al que se realiza en Europa⁶⁰ y en EEUU⁶¹ cuando se analizan prácticas que podrían afectar a la competencia llevadas adelante por los consorcios, hay antecedentes internacionales puntuales en los que el análisis se realizó con algunas diferencias, como por ejemplo, en un caso referente a la gestión de residuos en España, se consideró, como elemento adicional, la viabilidad económica o racionalidad empresarial,

58 UNIÓN EUROPEA. COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN. *Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal*. 2011. Párrafo 237

59 *Ibíd.*, Párrafo 253

60 *Ibíd.*, Párrafo 237

61 EEUU. FEDERAL TRADE COMMISSION y THE U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors*. 2000. Inciso 3.2 “An agreement may be “reasonably necessary” without being essential. However, if the participants could achieve an equivalent or comparable efficiency-enhancing integration through practical, significantly less restrictive means, then the Agencies conclude that the agreement is not reasonably necessary. In making this assessment, except in unusual circumstances, the Agencies consider whether practical, significantly less restrictive means were reasonably available when the agreement was entered into, but do not search for a theoretically less restrictive alternative that was not practical given the business realities. (...) In any case, labeling an arrangement a “joint venture” will not protect what is merely a device to raise price or restrict output; the nature of the conduct, not its designation, is determinative.”

se puede leer en la sentencia⁶²

“alguna de esas conductas responden, a juicio de la Sala, a comportamientos empresariales razonables de la conducta”.

Sin embargo, como se mencionó son casos puntuales y por ahora no implican una modificación en los criterios utilizados para estudiar este tipo de prácticas.

Por su parte, si bien excede el objetivo del presente artículo, también hay desarrollos teóricos recientes⁶³ donde se sostiene que se debe analizar las ofertas conjuntas en combinación con la subcontratación ya que hay interacciones muy fuertes; en la medida que no se permita una oferta conjunta, las empresas tenderán a subcontratarse y los efectos serían similares.

3. CONCLUSIÓN

El mercado de medicamentos tiene características propias (asimetría en la información, monopolios, etc.) que no se condicen con los tradicionales mercados de competencia perfecta. En el contexto de la puja de intereses entre una empresa que centraliza la innovación de un medicamento biológico y, una empresa que ofrece su biosimilar, es que se verifica la práctica anticompetitiva analizada. La comercialización a través de un paquete de medicamentos resultó instrumental para bloquear el ingreso del biosimilar más económico al mercado, resultando de interés los distintos eventos que se suceden que evidencian el abuso de posición dominante de la denunciada, estableciendo una barrera de entrada y dando lugar a un cierre anticompetitivo del mercado de un producto de carácter básico.

Por otro lado, el artículo repasa el análisis hecho por la Comisión en un caso relacionado con adquisiciones públicas. El caso bajo estudio, es de sumo interés debido a que trata un tema recurrente en las adquisiciones de bienes y servicios realizadas por el Estado, la recepción de ofertas conjuntas, no solo en Uruguay sino en general en todo el mundo y en particular en los países miembros del Mercosur, que, como se vio, tiene legislaciones similares que exigen estudios similares. Adicionalmente, el estudio sirve como disparador de discusiones más profundas que incluyen

62 ESPAÑA. AUDIENCIA NACIONAL (Sala De Lo Contencioso-Administrativo). Caso Cespa Compañía Española De Servicios Públicos Auxiliares, S.A. y Cespagestión De Residuos, S.A. contra Comisión Nacional De Los Mercados y de La Competencia. Roj: SAN 633/2018 de 22 de febrero de 2018.

63 BOUCKAER, Jan y VAN MOER, Geert. “Joint bidding and horizontal subcontracting”. 2021

la definición de competidores, la cantidad mínima de agentes necesarios para desarrollar una tarea, etc. Finalmente, como suele suceder en estos temas, tanto la academia como la jurisprudencia continúa avanzando y por tanto se incluyen algunos hechos destacados.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BANCO MUNDIAL. Gasto de consumo final del gobierno general (% del PIB) - Brazil, Argentina, Paraguay, Uruguay. Disponible en: <https://datos.bancomundial.org>
- BARDAZANO, Gianella., CAREDIO, Valentina, CECI, Pablo, CERETTA, Juan, DOMINGUEZ, Viviana, GIUDICE, Lucía, LEMA, Sebastián, LEZAMA, Guillermo, LOPEZ, Maynés, RAMOS, Camila, RODRIGUEZ, Hugo; SPERANZA, Noelia, TAMOSIUNAS, Gustavo, TRIUNFO, Patricia, ZUNINO, Carlos. *Múltiples miradas a los medicamentos de alto costo: hacia una comprensión integral del tema- Colección Artículo 2; Comisión Sectorial de Investigación científica- Universidad de la República* (2017).
- BOUCKAER, Jan y VAN MOER, Geert. "Joint bidding and horizontal subcontracting". *International Journal of Industrial Organization*. 2021, vol. 76.
- CADENAS GARZÓN, Viviana Carolina- *Análisis de las condiciones bajo las cuales se produce un abuso de posición de dominio por ventas atadas y sus posibles justificaciones*. Foro – Revista de Derecho N° 26 ISSN 1390-2466.UASB-E/CEN. Quito, 2016.
- CENTRO DE COMPETENCIA de la Universidad Adolfo Ibañez – CHILE – *Venta atada y empaquetamiento*.
- CHANG, Howard H.; EVANS, David S. y SCHMALENSEE, Richard. *Market Definition: Assessment of the Relevant Market in Competition Matters*. México: Comisión Federal de la Competencia México, 2011.
- COMMERCE COMMISSION NEW ZEALAND. *What is a competitor?* Disponible: <https://comcom.govt.nz/>
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. *Ley Tipo de Defensa de la Competencia (2015). Capítulo IV revisado*.
- CORREA, Isabel. *Manual de Licitaciones Públicas*. Santiago de Chile: Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social, CEPAL, Naciones Unidas, 2002.
- DANISH COMPETITION AND CONSUMER AUTHORITY. *When companies bid jointly*. Copenhagen: Danish Competition and Consumer Authority (Ed.), 2020. (Lineamientos)
- EEUU. FEDERAL TRADE COMMISSION y THE U.S. DEPARTMENT OF

JUSTICE. *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors*. 2000.

- INDECOPI. *Guía para combatir la Concertación en las Contrataciones Públicas*. Lima: INDECOPI (Ed.), 2018. (Lineamientos)
- LEONARD D. SCHAEFFER CENTER for Health Policy and Economics *Uso del modelo de precios de medicamentos de Netflix para ayudar a los Estados a abordar la crisis de hepatitis C*.
- LUIGI ALBANO, Gian. "Competition in Public Procurement Markets". En: *Working Party No. 2 on Competition and Regulation* (63^a, 19/6/2017). OCDE (Ed.). Paris: OCDE, 2017.
- MARTINEZ BLANCO, Camilo -*Manual Básico de Derecho de la Competencia* Comentario exegético Ley de Promoción y Defensa de la Competencia Ley N° 18.159 de 20/07/2007 – Decreto Reglamentario N° 404/007 de 29/10/2007 "Derecho de la competencia" FCU 1^a. Edición, noviembre 2007.
- MIZRAHI ALVO, Elías *Regulación y competencia en el mercado de medicamentos: experiencias relevantes para América Latina*. Serie estudios y perspectivas – Naciones Unidas – CEPAL – Sede Subregional de la CEPAL en México, noviembre de 2010.
- MURRAY, John T. "The definition of competitors under section 8 of the clayton act: the emergence of supply side competition analysis". *Washington and Lee Law Review*. 1984, vol. 41, n° 135. p. 135-153.
- NABELOUFF, Barry *Bundling as entry barrier. The Quarterly Journal of Economics*, 119 (1).
- OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico) – *Herramienta para la Evaluación de la competencia* – Volumen II: Guía Versión 2.0 – 2011.
- OCDE *Broadband Bundling. Trends and policy implications, OECD Digital Economy Papers* (OECD Publishing) 2011.
- OCDE. "Tamaño de la Contratación Pública". Panorama de las Administraciones Públicas América Latina y el Caribe 2020. 2020. p. 158-159. Disponible en: <https://doi.org/10.1787/7564b790-es>
- OCDE. *Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes de licitaciones públicas*. Paris: OCDE (Ed.), 2009. (Lineamientos)
- PAVIC, Lorena, COEYMANS, Juan Enrique – *Descuentos multiproducto (Bundled Discounts) ¿Práctica exclusoria o competencia agresiva?* – La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario – Tribunal de Defensa de la Libre Competencia -Thomson Reuters Puntotex, 2011.
- RAMOS, Gonzalo. Informe N° 06/022. *ASUNTO N° 03/2021: ASSE*

L.A. N° 25/2019 “Servicios de limpieza y mantenimiento de áreas verdes” - Investigación de oficio. Montevideo: 2022 (Informe técnico de la CPDC)

- RUBINFELD, Daniel y BRIDGES, Robert. *Market Definition*. Berkeley: University of California (Ed.), 2015.
- SEQUEIRA, Martín. Informes Nros. 36/021 y 257/021 *ASUNTO N° 43/2019* (Informes técnicos de la CPDC)
- UNIÓN EUROPEA. *Comunicación de la Comisión. Directrices sobre la aplicabilidad del art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la U.E. a los acuerdos de cooperación horizontal*. Bruselas, Bélgica, 14 de enero 2011.

JURISPRUDENCIA

- ESPAÑA. AUDIENCIA NACIONAL (Sala de lo Contencioso-Administrativo). Caso Cespa Compañía Española de Servicios Públicos Auxiliares, S.A. y Cespagedión De Residuos, S.A. contra Comisión Nacional De Los Mercados Y De La Competencia. Roj: SAN 633/2018 de 22 de febrero de 2018.
- TRIBUNAL GENERAL DE LA COMISION EUROPEA (Sala Novena). *Caso H. Lundbeck A/S y Lundbeck Ltd contra Comisión Europea T-472/13*. 8 de septiembre de 2016.

RESUMEN BIOGRÁFICO

Natalia Marcos Sperati

Asesora Letrada.

Doctora en Derecho y Ciencias Sociales egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Magíster en Derecho de la Empresa por la Universidad de Montevideo. Autora del artículo “Condiciones de la oferta en el ámbito del comercio electrónico según el derecho uruguayo” en Revista de Derecho, Año 3, n.5 (2004). Universidad de Montevideo. Se desempeña como asesora en la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia.

Gonzalo Ramos Delacoste

Asesor Economista.

Economista egresado de la Facultad de Ciencias Económicas y Administración de la Universidad de la República. Magíster en Administración de Empresas egresado de la Universidad Carlos III de Madrid. Ha trabajado tanto en el ámbito privado haciendo estudios de

mercado para la introducción de nuevos productos y en el estatal. Co-autor del capítulo II “Mercado Relevante” del libro Derecho de la Competencia 2020. Actualmente se desempeña como asesor de la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia.

ANUARIO DE LA COMPETENCIA DEL MERCOSUR
ANUÁRIO DA CONCORRÊNCIA DO MERCOSUL

2022

Primera edición

Culminada en agosto de 2022