

[REMEDIOS Y COMPROMISOS EN CASOS DE ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE – NOTA DE ARGENTINA]



1. Tal como recoge el documento elaborado por el Secretariado del Comité de Competencia de la OCDE en función de lo discutido en la mesa redonda acerca de remedios y sanciones en casos de abuso de posición dominante en la sesión de junio de 2006:

Los remedios curan, corrigen o impiden la conducta ilegal, mientras que las sanciones la penalizan o castigan. Por lo general, en el derecho de la competencia, un remedio tiene por objeto poner fin a la conducta ilegal del infractor, a sus efectos anticompetitivos y a su repetición, así como restablecer la competencia. Las sanciones suelen tener por objeto disuadir de la conducta ilícita en el futuro y, en algunas jurisdicciones, también obligar a los infractores a deshacerse de sus ganancias ilegales e indemnizar a las víctimas.

2. Como se desprende del texto citado, los remedios y las sanciones ante la ejecución de un abuso de posición de dominio, en particular, y de una conducta anticompetitiva, en general, se distinguen por el tipo de acción que la autoridad de competencia busque llevar a cabo ante la evidencia de la práctica y, sobre todo, del daño ocasionado por su realización.
3. Sin embargo, el límite que separa los objetivos de uno u otro es difuso ya que, por ejemplo, un remedio que se encuentra diseñado para recomponer la competencia en un mercado, puede al mismo tiempo tener un efecto disuasorio para el presunto responsable de la práctica anticompetitiva. De igual manera, una sanción que busca indemnizar a las víctimas de la práctica puede tener un efecto remedial, reparando el daño por ella ocasionada.
4. Lo que es claro es que, en el caso de conductas anticompetitivas, tanto sanciones como remedios, así como también compromisos voluntarios, deben contrarrestar un daño ya cometido, por lo que la cuantificación de ese daño es una variable de cierta importancia a considerar para determinar la consecuencia de la infracción.
5. La Ley N.º 27.442 de Defensa de la Competencia (LDC) de Argentina, vigente desde el año 2018, incluye en su primer artículo, las prácticas que se enmarcan como abusos de posición de dominio como una de las infracciones a la normativa. Este tipo de conductas anticompetitivas, al igual que las demás prácticas prohibidas por la LDC, resultan una preocupación en la medida que limitan, restringen, falsean o distorsionan la competencia o el acceso a un mercado, pero además, en la medida que constituyen un perjuicio para el Interés Económico General (IEG), lo cual introduce una figura central de la legislación argentina de defensa de la competencia que ya se encontraba presente en las antecesoras de la Ley N.º 27.442: la Ley N.º 22.262, sancionada en 1980, y en la Ley N.º 25.156, sancionada en 1999. El IEG, entonces, es un parámetro a ser considerado a la hora de estimar la magnitud y profundidad del daño que puede causar una práctica anticompetitiva. En este sentido, y en función de que los remedios y compromisos intentan suspender, reparar, morigerar el daño producido, el efecto de la conducta sobre el IEG se encuentra implicado en la delineación de las medidas encauzadas a cumplir con estos objetivos.

6. De manera de analizar los distintos remedios y compromisos que la autoridad de defensa de la competencia argentina –actualmente, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) en conjunto con la Secretaría de Comercio– ha impuesto o acordado con los responsables de las prácticas anticompetitivas enmarcadas como abuso de posición dominante, esta nota se estructura de la siguiente manera. En la primera sección se considera el marco legal vigente y los aspectos generales que la CNDC tiene en cuenta a la hora de imponer un remedio o aceptar un compromiso. La segunda y tercera sección, se encuentran dedicadas a examinar los remedios resultantes en dos casos de abuso de posición de dominio investigados por la CNDC: el de la empresa Cervecería y Maltería Quilmes, en el que la CNDC impuso a la firma remedios del tipo conductual, y el de Prisma Medios de Pago S.A., que concluyó con la presentación de un compromiso de desinversión por parte de la empresa, destacándose como uno de los pocos remedios estructurales de la historia de la autoridad en el marco de una investigación por conductas anticompetitivas. En la cuarta sección, se presentan ciertas conclusiones sobre el tema.

I. EL MARCO LEGAL

7. En Argentina, la LDC establece en su primer artículo, a los abusos de posición de dominio como una de las infracciones sancionables. El artículo 5 de la ley, define que un agente 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 en una o varias partes del mundo o, cuando sin ser única, no está expuesta a una competencia sustancial o, cuando por el grado de integración vertical u horizontal está en condiciones de determinar la viabilidad económica de un competidor participante en el mercado, en perjuicio de éstos.
8. Por último, el artículo 3 de la LDC tipifica las distintas conductas que pueden enmarcarse como un abuso de posición de dominio.
9. En primera medida, entonces, y en consonancia con la mayoría de las leyes antimonopolio, la LDC argentina no sanciona -tampoco monitorea ni controla- las empresas que ostentan poder de dominio en un mercado, sino aquellas que, teniendo poder dominante realizan prácticas que constituyen un abuso de su posición. Es decir, que se trata de una normativa que, en los términos de las últimas tendencias regulatorias que buscan lidiar con los efectos en la competencia de los mercados digitales, insta a la autoridad de aplicación a una actuación ex – post, es decir, a investigar y sancionar ante la evidencia de una conducta cometida.
10. En segunda medida, las sanciones aparecen como una de las principales consecuencias ante cualquier infracción a la LDC, tanto en el caso de abusos de posición de dominio, como de prácticas concertadas, dado que así se encuentra regulado en el primer artículo de la ley vigente.
11. Por su parte, si bien la legislación no menciona el término “remedios”, en el capítulo de la ley dedicado a las sanciones, la primera medida correctiva que se lista en el artículo 55, es una que se configura en sus objetivos como tal, en efecto, el cese de los actos o conductas anticompetitivas previstas por la Ley N.º 27.442 y la remoción de sus efectos. Este es el remedio más frecuente, es ordenado de mínima por la CNDC en prácticamente todos los casos de abuso de posición de dominio investigados (aunque también en los casos de prácticas concertadas) que resultan sancionables.

12. Entre las demás sanciones que se describen en el artículo 55, se encuentra la multa como sanción pecuniaria al agente económico -persona jurídica o humana- que haya cometido el ilícito y, en caso de tratarse de una empresa, también multas a las personas humanas en posiciones de autoridad que hayan participado del hecho en la firma responsable. La inhabilitación para ejercer el comercio por un período de entre uno a diez años y la suspensión del Registro Nacional de Proveedores del Estado a los responsables por hasta cinco años en los casos en los que se trate de empresas que participan como oferentes en procesos de compras públicas, son otras sanciones adicionales contempladas por la LDC.
13. En lo que respecta a los remedios, los objetivos principales suelen ser el de poner fin a la conducta anticompetitiva que se haya ejecutado o esté ejecutando y restablecer las condiciones de competencia del mercado afectado al escenario previo a la comisión de la práctica en cuestión. En este sentido, además del ya mencionado inciso a) del artículo 55 que dispone el cese de la conducta y sus efectos, se encuentran otras referencias a dichas medidas en los artículos 44 y 45 del capítulo de la LDC incluidos en la regulación del procedimiento de investigación y sanción de las conductas anticompetitivas.
14. El artículo 44 considera la facultad de la CNDC para imponer al presunto responsable de la práctica anticompetitiva, en cualquier estado del procedimiento, el cumplimiento de condiciones que establezca u ordenar el cese o la abstención de las conductas anticompetitivas ejecutadas a los fines de evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud, su continuación o agravamiento. El mismo artículo, también establece que, en los casos en los que la conducta pudiera causar una grave lesión al régimen de competencia, la autoridad puede ordenar las medidas que según las circunstancias fueran más aptas para prevenir dicha lesión, y en su caso, la remoción de sus efectos.
15. En este sentido, el artículo 44 prevé la imposición de ciertas medidas que colaboren en reducir o limitar los efectos perjudiciales de la práctica, que pueden tomar la forma de un condicionamiento al finalizar la investigación de la conducta en cuestión o, también, en casos de mayor gravedad y emergencia, pueden configurarse como una medida cautelar en función de cierta evidencia preliminar. En ambos casos, se trata de medidas que buscan remediar el daño causado por la práctica ilícita, pero que son una imposición de la autoridad.
16. En estos casos, contra la resolución de la CNDC, el presunto responsable puede interponer un recurso de apelación, así como también, puede disponer 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. Dicho recurso de apelación debe interponerse y fundarse ante la autoridad de defensa de la competencia dentro de los quince días hábiles de notificada la resolución, y la autoridad debe elevar el recurso con su contestación ante el juez competente, en un plazo de diez días de interpuesto, acompañando el expediente en el que se dictó el acto administrativo recurrido.
17. En adición al artículo 44, en la sección de la LDC dedicada a las sanciones, el artículo 55, inciso c), establece que:

Sin perjuicio de otras sanciones que pudieren corresponder, cuando se verifiquen actos que constituyan abuso de posición dominante o cuando se constate que se ha adquirido o consolidado una posición monopólica u oligopólica en violación de las disposiciones de esta ley, la Autoridad podrá imponer el cumplimiento de condiciones que apunten a neutralizar los aspectos distorsivos sobre la competencia o solicitar al juez competente que las empresas infractoras sean disueltas, liquidadas, desconcentradas o divididas.

18. El citado inciso refuerza la facultad de la CNDC para imponer un el cumplimiento de medidas que neutralicen el daño, el cual puede dictarse en adición a otras sanciones, a la vez que agrega la posibilidad de que la autoridad de competencia pueda ordenar a un juez competente en la materia, la desconcentración de la empresa infractora, habilitando así la posibilidad de exigir, no sólo remedios conductuales, sino también estructurales, ante la evidencia de un abuso de posición de dominio.
19. Por su parte, la presentación voluntaria de un compromiso por parte de la empresa infractora ante la autoridad se encuentra prevista por el artículo 45 de la LDC. Dicho artículo dispone que el presunto responsable de la conducta anticompetitiva tenga la posibilidad de comprometerse al cese inmediato o gradual de los hechos investigados o a la modificación de aspectos relacionados con ello. La empresa infractora debe realizar la presentación, con anterioridad a que la CNDC emita la resolución del caso. El compromiso se encuentra sujeto a la aprobación de la autoridad, la cual, en caso de aceptarlo, debe suspender el procedimiento. Si transcurridos tres años, se evidencia que este ha sido cumplido sin existir reincidencia en la conducta, se debe disponer al archivo de las actuaciones. Para corroborar su cumplimiento, la CNDC tramita lo que se denomina “incidente de verificación”, en el marco del cual puede consultar a competidores, clientes, proveedores o cualquier tercero que pueda haber sido perjudicado por la persona infractora, acerca de la evolución de las condiciones del mercado en el que opera luego del inicio del compromiso, puntualmente, si la conducta antes ejercida ha cesado. La verificación del cumplimiento de un compromiso suele ser un proceso complejo, sobre todo en los casos en los que las medidas acordadas son de naturaleza conductual.
20. La antecesora de la vigente LDC, la Ley N.º 25.156, también consideraba los remedios y compromisos en los términos comentados, por lo que existe una continuidad normativa con la legislación actual. En lo que respecta al diseño de los remedios y compromisos y sobre la conveniencia de aplicar este tipo de medidas en adición o en reemplazo de otras sanciones, esto no se encuentra estipulado por la LDC, ni por el decreto que la reglamenta, así como tampoco existe una guía que delinea su estructuración. La CNDC mantiene un abordaje de tipo “caso por caso” para decidir sobre las sanciones y/o remedios ante la evidencia de un abuso de posición de dominio.

II. REMEDIOS CONDUCTUALES: EL CASO DE CERVECERÍA Y MALTERÍA QUILMES

21. En 2016, las empresas cerveceras Compañía Cervecerías Unidas S.A., Compañía Industrial Cervecera SA y Otro Mundo Brewing Company S.A. denunciaron ante la CNDC a la empresa Cervecería y Maltería Quilmes (en adelante, “CMQ”) –subsidiaria local de Anheuser-Busch InBev–, por distintas prácticas comerciales que las denunciantes enmarcaban como abusos de posición de dominio, y que ya habían sido investigadas, verificadas y sancionadas por los organismos de competencia de distintos países, entre los que se encuentran Brasil, México, Uruguay, Colombia, Chile, Republica Dominicana, Grecia, entre otros.
22. CMQ es la principal competidora del mercado de cervezas en Argentina, con una participación de más del 70% en el mercado de producción y comercialización de cervezas a nivel nacional y con una cartera de más de diez marcas de cerveza, por lo que, en primera medida, la CNDC consideró que ostentaba una posición de dominio en el mercado en análisis.

23. A su vez, en la investigación llevada a cabo por la CNDC, se corroboró que CMQ desarrolló un conjunto de estrategias de fidelización con el propósito de generar espacios exclusivos de venta minorista de cervezas, a partir del cual se produjo un cierre vertical del mercado para los competidores actuales y potenciales. El conjunto de instrumentos de fidelización que dieron origen a las conductas anticompetitivas se reflejó en las siguientes prácticas:
- (a) Venta exclusiva de cervezas y otros productos de CMQ en los puntos de venta *On Premise* (bares, restaurantes, etc.) a cambio de contratos de dinero, publicidad, mobiliario y descuentos sobre la cartera de productos que comercializa (cervezas, aguas, aguas saborizadas, isotónicas, gaseosas, energizantes, etc.).
 - (b) Exigencias de espacios exclusivos y preferenciales en góndolas y punteras en los canales *Off Premise* superiores a su participación de mercado (supermercados, autoservicios y almacenes de gran tamaño), a cambio de descuentos y promociones.
 - (c) Exclusividad en el uso de heladeras en los segmentos *On Premise* y *Off Premise*.
24. La CNDC encontró evidencia de la realización de todas estas prácticas, y corroboró que permitieron el establecimiento de barreras a la entrada en el mercado de producción y distribución de cervezas, acreditando de esta manera, la ejecución de un abuso de posición dominante de tipo exclusorio. Asimismo, verificó que estas prácticas comerciales, si bien son comunes en el mercado de cerveza, constituyeron un perjuicio para el interés económico general en función de que, la posición de dominio que ostenta CMQ, hacía irreplicable la comisión de estas conductas en la misma magnitud y condiciones por parte de la competencia, lo que definía la exclusión o permanencia en el mercado de los restantes competidores.
25. En el marco del procedimiento de investigación, CMQ presentó de forma voluntaria ante la CNDC un compromiso en el que proponía abstenerse de ofrecer proactivamente descuentos, promociones o cualquier otro tipo de beneficio a los puntos de venta *On Premise* condicionados a que no vendan cervezas de empresas competidoras.
26. Luego de analizar el compromiso, la CNDC resolvió rechazarlo, por entender que se trataba de un instrumento parcial, que no abarcaba la totalidad de las conductas imputadas –por ejemplo, obviando de forma absoluta las conductas cometidas en el canal de comercialización *Off Premise*–, y que, por ende, no lograba el cometido del instituto, que es sanear los efectos perjudiciales de las prácticas imputadas que dañan la competencia y el interés económico general.
27. En cambio, la CNDC resolvió sancionar a la empresa cervecera con una multa de \$150 millones de pesos argentinos e impuso a la firma una serie de medidas correctivas de tipo conductual con el objetivo de impedir que se reiteren la totalidad de las conductas sancionadas, cesando así el daño sobre la competencia en el mercado de cervezas y el consecuente perjuicio al interés económico general.
28. Los remedios conductuales exigidos a CMQ fueron los siguientes:
- a) Evitar instrumentar cualquier 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 con la finalidad de obtener: la exclusividad de venta; que sus productos sean la primera opción; eliminar a los competidores de las cartas, menú u otros; limitar la exhibición de los productos de la competencia a través de acuerdos de espacios exclusivos en góndolas o punteras; o exigir

el uso exclusivo de heladeras para refrigerar los productos en los puntos de venta con espacio limitado para la disposición de una sola heladera (como kioscos y almacenes).

- b) Mantener una estrategia de comercialización de sus marcas de cerveza en forma independiente del resto de las bebidas que distribuye, evitando el establecimiento de descuentos cruzados entre distintos productos, y la venta atada, sujetando la comercialización de un producto a la adquisición de otro.
- c) Establecer acuerdos de publicidad y promoción exclusiva de sus marcas de cerveza, a través de la entrega de mobiliario, marquesina u otros, únicamente bajo las siguientes condiciones: con contratos de una duración máxima de tres años con la posibilidad de la rescisión anticipada luego del primer año y sin renovaciones automáticas; sin cláusulas que prohíban la venta de productos de la competencia, ni órdenes de preferencia en la oferta de productos, y sin pedidos de exclusión de los productos de los competidores en las cartas o menú.

III. REMEDIOS ESTRUCTURALES: EL CASO DE PRISMA

- 29. En agosto de 2016, la CNDC publicó el informe de resultados correspondiente a la investigación de mercado sobre tarjetas de crédito, débito y medios de pago electrónico. El corolario de dicha investigación, además de la emisión de ciertas recomendaciones pro-competitivas dirigidas al Banco Central de la República Argentina en referencia a los mercados investigados, fue la apertura de una investigación de oficio por presuntas prácticas anticompetitivas contra la empresa Prisma Medios de Pago S.A. (en adelante, Prisma), la firma que en ese entonces era el único procesador y adquirente¹ habilitado en Argentina de los medios de pago marca “Visa”. Más tarde, se agregaron al expediente las denuncias de la Cámara Argentina de Comercio y Servicios y de la plataforma de ventas online, MercadoLibre.
- 30. En la investigación, la CNDC identificó cuatro mercados relevantes en Argentina: i) mercado de emisión de medios de pagos electrónicos, ii) mercado de adhesión o adquirencia, iii) mercado de procesamiento de pagos electrónicos y, iv) mercado de provisión de terminales o interfaces para pagos electrónicos. Asimismo, verificó la participación de Prisma en los cuatro mercados y su posición de dominio en los mercados de adquirencia y procesamiento. También, precisó que la licencia exclusiva de Visa otorgada a Prisma, podía constituir una barrera a la entrada o a la expansión de competidores en el mercado de adquirencia.
- 31. En lo que respecta a las conductas anticompetitivas ejecutadas, concretamente, la CNDC encontró indicios de restricciones a la competencia por precio, financiamiento y a la operatoria de terceros competidores, tal como se describe a continuación:
 - a) Restricción por precio en el mercado de adquirencia: Prisma, ante su posición dominante y la falta de competencia, incidía en la formación de precios de otras marcas, ya que para incentivar a los emisores a emitir tarjetas de otras marcas se requerían tasas de intercambio igual de altas que, a su vez, impedía la reducción de los aranceles a los comercios, en función del reducido margen en la adquirencia;
 - b) Restricción por financiamiento: los accionistas de la firma Prisma eran los 14 bancos más grandes del país. Esta conformación societaria podía estar funcionando como un

¹ Adquirente es la entidad con licencia para ofrecer (y vender) a comercios la posibilidad de utilizar una marca de tarjeta de crédito como medio de pago.

mecanismo de coordinación para facilitar la fijación de políticas comerciales comunes a todos los bancos, entre ellas, las condiciones de financiamiento al consumo;

- c) Restricción a la operatoria de terceros competidores: se encontraron manifestaciones de abuso de posición de dominio por parte de Prisma, como la degradación de la calidad de sus servicios, el tratamiento discriminatorio entre clientes y negativas injustificadas a prestar servicios de procesamiento.
32. En 2017, la empresa Prisma presentó un compromiso basado en dos ejes centrales: por un lado, el ofrecimiento de un compromiso estructural consistente en la desinversión de la firma Prisma, es decir en el desprendimiento por parte de los bancos accionistas de sus participaciones en dicha empresa, y, por otro lado, un compromiso de conducta vinculado con las condiciones de prestación del servicio de procesamiento de pagos electrónicos y de la adquirencia o adhesión de comercios a sistemas de pagos electrónicos.
 33. La CNDC analizó el compromiso presentado y decidió aprobarlo por considerarlo idóneo para resolver los problemas de competencia identificados.
 34. En efecto, la CNDC entendió que la desinversión propuesta eliminaba la integración vertical entre el conjunto de bancos y la firma Prisma, reduciendo las barreras de entrada al mercado de adquirencia y, al mismo tiempo, eliminando el potencial mecanismo de coordinación entre los bancos que pudiera facilitar la fijación concertada de políticas comerciales en las condiciones de financiamiento al consumo.
 35. Respecto de la investigación sobre restricciones a la operatoria de terceros competidores atribuidas a Prisma como potenciales manifestaciones de abuso de su posición de dominio, la CNDC consideró los siguientes elementos: i) la desinversión propuesta, en conjunto con otras modificaciones en el sector llevadas a cabo por el Banco Central (como la regulación de la tasa de intercambio) generaron un cambio en la estructura de mercado, desafiando significativamente la posición dominante de Prisma; ii) la discontinuación del servicio de transferencias inmediatas por parte de la firma Prisma, contribuyó a que otros proveedores de servicios de pago electrónico tengan acceso a los saldos bancarios y puedan operar en igualdad de condiciones; iii) los compromisos conductuales vinculados a las condiciones de prestación del servicio de procesamiento de pagos electrónicos y de la adquirencia (como ofrecer el servicio de procesamiento en condiciones no discriminatorias y desagregar aranceles a comercios) facilitaron el ingreso y la operación de proveedores de medios de pago electrónicos no integrados.
 36. En enero de 2019, el 51% del paquete accionario de Prisma fue vendido a la firma Advent. El restante 49% terminó de ser adquirido por la misma firma en marzo de 2022.
 37. Se trató de un caso único para la CNDC, en tanto, fue la primera vez que una investigación por presuntas prácticas anticompetitivas concluyó en una desinversión de esta magnitud. La medida inició el camino para desarmar una posición dominante y aumentar de manera significativa la competencia en el mercado de tarjetas de crédito y medios electrónicos de pago.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

38. En suma, en Argentina, la LDC contempla la imposición de remedios a la empresa o persona infractora por parte de la autoridad de defensa de la competencia, así como también la

aceptación de compromisos de la responsable, en el marco de la investigación de todo tipo de conductas anticompetitivas, lo que incluye los casos de abuso de posición de dominio.

39. La CNDC tiene un abordaje del tipo “caso por caso” para decidir si, ante la evidencia de un abuso de posición de dominio impondrá una sanción, un remedio, o ambas, aunque en todos los casos la autoridad emite una orden de cese de la conducta investigada. El mismo abordaje se mantiene para el diseño de los remedios, en tanto no se encuentran estipulados parámetros para su estructuración en la LDC, ni en el decreto que la reglamenta, ni la CNDC ha redactado hasta el momento guías especializadas sobre el tema.
40. En caso de ordenarse remedios o de aceptarse compromisos en el marco de la investigación de un abuso de posición de dominio, estos suelen ser de carácter conductual. Destaca, en este sentido, el caso de Prisma descrito, ya que el compromiso aceptado, además de contar con medidas conductuales, contó con la desinversión de la propia empresa infractora, lo que significó una modificación de magnitud en los mercados nacional de adquierecia y procesamiento de medios de pago, en los que se constataban las prácticas ilícitas.
41. Por último, cabe decir que el monitoreo del cumplimiento de los compromisos y, en casos puntuales, de los remedios impuestos por la autoridad, suelen ser procesos de gran complejidad, en los que la CNDC está trabajando para introducir mejoras procedimentales, de manera de poder contar con información más completa del escenario post compromiso, del mercado afectado por las prácticas de abuso cometidas.