



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA II

**“ASOCIACIÓN DE CLÍNICAS Y
SANATORIOS PRIVADOS DE SALTA –CÍRCULO
MÉDICO DE SALTA Y OTROS c/ COMISIÓN NACIONAL
DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA s/ APEL. RESOL.
COMISIÓN NAC. DEFENSA DE LA COMPET”
EXPTE. N° FSA 22383/2017/CA1**

///ta, 29 de junio de 2018.

VISTO:

Los recursos directos interpuestos por el Sanatorio El Carmen (fs. 3518/3530), Hospital Privado Tres Cerritos (fs. 3544/3555), Hospital Privado Santa Clara de Asís (fs. 3561/3567), Cenesa S.A. (fs. 3568/3573), Parque S.A. (fs. 3578/3601), Clínica del Neurodiagnóstico (fs. 3603/3633) -todas estas foliaturas del expediente administrativo que tramitó ante la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia-, la Asociación de Clínicas y Sanatorios de Salta (ACLISASA), Sanatorio San Roque S.A., Sanatorio Modelo S.A., Maternidad Privada de Salta S.A., San Rafael S.A., Clínica San Antonio S.A. y Clínica Luis Güemes S.A. (fs. 1/31 foliatura del Ministerio de Producción de la Nación); y

CONSIDERANDO:

1) Que vienen las presentes actuaciones en virtud de los referidos recursos deducidos contra la Resolución N° 598 de la Secretaría de Comercio de la Nación (dictada el 31/07/17), que -con sustento en

Fecha de firma: 29/06/2018

Firmado por: MARIANA INES CATALANO, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: ALEJANDRO AUGUSTO CASTELLANOS, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: MARIA XIMENA SARAVIA PERETTI, SECRETARIA DE CAMARA



#30938345#210153175#20180629130130990



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA II

lo dispuesto por el art. 46 inc. b) de la ley 25.156- aplicó multas dinerarias por las siguientes sumas: \$ 491.480 a la Asociación de Clínicas y Sanatorios Privados de la Provincia de Salta (ACLISASA), \$ 885.763 a Cenesa S.A., \$ 1.128.500 a Clínica 9 de Julio S.A., \$ 938.255 a Clínica Cruz Azul S.A., \$ 1.459.520 a la Clínica de la Merced, \$ 829.273 a la Clínica de Neurodiagnóstico, \$ 1.243.267 a Clínica Luis Güemes S.A., \$ 990.781 a Clínica San Antonio S.A., \$ 494.278 a Clínica San Rafael S.A., \$ 1.691.716 al Hospital Privado Tres Cerritos S.R.L., \$ 3.472.499 al Hospital Privado Santa Clara de Asís, \$ 567.750 a Maternidad Privada de Salta, \$ 2.813.046 a Sanatorio El Carmen S.A., \$ 529.143 al Sanatorio Modelo S.A., \$ 2.089.767 al Parque S.A. y \$ 3.143.822 al Sanatorio San Roque S.A. Asimismo, ordenó a ACLISASA que publique la medida en el Boletín Oficial y en su página web y que dé a conocer lo establecido en la resolución a la Confederación Argentina de Clínicas, Sanatorios y Hospitales (CONFECCLISA). También dispuso que se inicie una investigación de oficio con relación a CONFECCLISA por la elaboración y difusión a sus asociados y/o a los establecimientos sanatoriales que sus asociados agrupan de valores referenciales para las prestaciones sanatoriales por considerarse que dicha conducta podría infringir los arts. 1 y 2 incs. a) y g) de la ley 25.156. Por último, ordenó el archivo de las actuaciones con respecto a la Clínica del Niño S.R.L., al Círculo Médico de Salta y a la Asociación Salteña de Ortopedia y Traumatología.

Para así decidir, el Sr. Secretario de Comercio de la Nación sostuvo que compartía los términos del Dictamen N° 43 de la Comisión

Fecha de firma: 29/06/2018

Firmado por: MARIANA INES CATALANO, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: ALEJANDRO AUGUSTO CASTELLANOS, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: MARIA XIMENA SARAVIA PERETTI, SECRETARIA DE CAMARA



#30938345#210153175#20180629130130990



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA II

Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) que como anexo, pasó a formar parte de su resolución.

Dictamen CNDC

En primer término, dicho organismo explicó que las actuaciones administrativas se originaron a raíz de una denuncia efectuada por Swiss Medical S.A. contra ACLISASA, Hospital Privado Santa Clara, Sanatorio Parque, Cenesa, Hospital Privado Tres Cerritos, Círculo Médico de Salta y Asociación Salteña de Ortopedia y Traumatología por la presunta comisión de conductas anticompetitivas en violación a la ley 25.156. En particular, se aludió a un convenio de tipo colusivo, orientado a fijar precios de manera concertada entre prácticamente la totalidad de los prestadores sanatoriales de las ciudades de Salta, Tartagal y Metán.

Seguidamente, precisó que la empresa de medicina prepaga desistió de su denuncia contra Círculo Médico de Salta y Asociación Salteña de Ortopedia y Traumatología. Se agregó que mediante Resolución CNDC N° 3/16 se ordenó también conferir traslado de la relación de los hechos a Clínica San Rafael, Sanatorio San Roque, Sanatorio Modelo, Maternidad Privada de Salta, Clínica Cruz Azul, Clínica Luis Güemes, Clínica del Niño, Clínica del Neurodiagnóstico, Clínica 9 de julio, Clínica San Antonio (todas ellas asociadas a ACLISASA), Sanatorio El Carmen y a Clínica La Merced.

En tal marco, luego de detallarse las explicaciones y descargos efectuados por las instituciones de salud, la instrucción llevada a





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA II

cabo por la CNDC y las pruebas producidas, se procedió a efectuar un análisis jurídico económico de la conducta atribuida. A tal fin, en primer término se examinó el mercado relevante del producto, destacándose que las clínicas y sanatorios prestan dos tipos principales de servicios: de internación y ambulatorios, estos últimos en competencia con establecimientos médicos ambulatorios y centros de estudios especializados; concluyéndose que para el caso de prácticas que requieren internación del paciente, no existen sustitutos cercanos, por lo que constituye un mercado de producto en sí mismo.

A su vez, con respecto al mercado geográfico relevante afectado por la conducta, se consignó que quedaba circunscripto a la zona metropolitana de la ciudad de Salta y a las localidades de Tartagal y Metán. En este sentido, se observó que las clínicas y sanatorios privados imputados representan el 100% de la capacidad instalada de camas de internación en la ciudad de Salta, el 70% en Tartagal (62% si se incluye Salvador Mazza) y el 60% en Metán, por lo que cubren una porción muy significativa del mercado afectado.

En tal escenario, después de ponderarse las pruebas obrantes en el expediente (nota del 29/12/11 en la que las clínicas le informan a Swiss Medical S.A. los nuevos valores de prestación de servicios haciéndole saber que en caso de no prestar conformidad se los suspenderían, Acta Acuerdo de fs. 190, Actas N° 67 y 68 de la asamblea general ordinaria de ACLISASA, declaraciones testimoniales de autoridades de ACLISASA y del Presidente de la Clínica San Rafael), se concluyó que existen elementos que demuestran un





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA II

acuerdo colusivo consistente en la fijación concertada de aranceles de prestaciones sanatorias en el período diciembre 2011/diciembre 2013, entre las clínicas y sanatorios integrantes de ACLISASA, Hospital Privado Santa Clara, Sanatorio Parque, Cenesa, Sanatorio El Carmen y Clínica La Merced y en detrimento de las obras sociales sindicales y mutuales, la obra social provincial (IPS), las empresas de medicina prepaga y sus beneficiarios o afiliados. Se agregó que en la fijación de esos valores se tomaron como referencia los aranceles previstos por la Comisión Nacional de Costos y Aranceles (CNCA), creada en el año 2009 en el seno de la Confederación Argentina de Clínicas, Sanatorios y Hospitales (CONFECILISA).

En abono de ese razonamiento, se recalcó que de los informes contestados por Galeno, Medicus y OSDE surge que los nosocomios asociados a ACLISASA negocian sus aranceles en forma conjunta a través de dicha asociación y que las clínicas que no son miembros cobran los mismos valores. En este sentido, se destacó que los precios por prestaciones sanatorias deberían resultar de un proceso competitivo en el cual cada clínica -o grupo de ellas que no concentre de manera significativa la oferta- negocie de forma independiente. Así las cosas, se concluyó que lo que se reprocha desde el punto de vista de la Ley de Defensa de la Competencia es que la negociación incluya prácticamente a todos los prestadores.

Seguidamente, a fin de analizar la factibilidad de la coordinación de estrategias entre competidores, se procedió a resaltar condiciones estructurales del mercado de prestaciones sanatorias, a saber: i)

Fecha de firma: 29/06/2018

Firmado por: MARIANA INES CATALANO, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: ALEJANDRO AUGUSTO CASTELLANOS, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: MARIA XIMENA SARAVIA PERETTI, SECRETARIA DE CAMARA



#30938345#210153175#20180629130130990



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA II

que presenta importantes barreras de entrada de nuevos contendientes por los elevados requerimientos de inversión inicial y la dificultad para conseguir habilitaciones, equipamientos y especialistas; ii) que todas las empresas imputadas poseen estructuras de costos, capacidad de producción y rangos de productos y servicios similares que favorecen la concreción de acuerdos entre competidores; iii) que la demanda del mercado de prestaciones sanatorias es inelástica ya que no presentan ningún tipo de producto sustituto, lo que se traduce en un mayor beneficio derivado del acuerdo para fijar precios supra competitivos; y iv) que también se presenta otro de los factores considerados al momento de evaluar las posibilidades de colusión de un mercado que es la transparencia del mismo, pues tanto en ACLISASA como en el consorcio de prestadores COPRESA los nosocomios intercambiaban información sensible respecto de precios y negociaciones con los administradoras de fondos de salud.

Dicho lo que antecede, se aseveró que las conductas endilgadas a los sanatorios investigados son las previstas en los incs. a) y g) del art. 2 de la ley 25.156. Se agregó que ese ordenamiento exige que los actos anticompetitivos para ser sancionables deben originar un perjuicio real o potencial al interés económico general, requisito que se entendió configurado en el caso en examen, toda vez que el acuerdo imputado constituyó una coordinación de las ofertas que otorgó a los sanatorios y clínicas una fortaleza negociadora artificial respecto de las obras sociales, mutuales, el IPSS y las prepagas, que impactó de modo diferencial en los presupuestos de cada tipo de entidad de salud, con la potencialidad de afectar los servicios que obtienen los afiliados. Es decir, se explicó que la restricción de la competencia permite a los

Fecha de firma: 29/06/2018

Firmado por: MARIANA INES CATALANO, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: ALEJANDRO AUGUSTO CASTELLANOS, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: MARIA XIMENA SARAVIA PERETTI, SECRETARIA DE CAMARA



#30938345#210153175#20180629130130990



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA II

nosocomios imputados cobrar mayores precios que los que habrían prevalecido en ausencia del acuerdo, perjudicando directamente el bienestar de los consumidores.

Así las cosas, se procedió a analizar la sanción que corresponde aplicar, afirmándose que en el art. 46 de la ley 25.156 se encuentra prevista la de multa que puede ir de \$ 10.000 a \$ 150.000.000, la que debe graduarse en base a: i) la pérdida incurrida por todas las personas afectadas por la actividad prohibida; ii) el beneficio obtenido por la actividad prohibida; iii) el valor de los activos involucrados de las personas relacionadas con la actividad prohibida al momento en que se cometió la violación; iv) la gravedad de la infracción; v) el daño causado; vi) los indicios de intencionalidad; vii) la participación del infractor en el mercado; viii) el tamaño del mercado afectado; y ix) la duración de la práctica o concentración y la reincidencia o antecedentes del responsable, así como su capacidad económica. Se añadió que en el derecho comparado la multa básica para los casos de acuerdos colusivos es de entre el 20% y el 30% de la facturación del producto involucrado obtenida durante el período de duración de la conducta.

En tal marco, se puntualizó que el sector de los prestadores de servicios de salud se encontraría en una delicada situación económica financiera, pues muchas clínicas enfrentarían altos pasivos e ingresos insuficientes para atender todas sus obligaciones. Asimismo, se argumentó que existen elementos en el expediente que permiten concluir que respecto de las empresas de medicina prepaga y sus afiliados y, parcialmente,

Fecha de firma: 29/06/2018

Firmado por: MARIANA INES CATALANO, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: ALEJANDRO AUGUSTO CASTELLANOS, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: MARIA XIMENA SARAVIA PERETTI, SECRETARIA DE CAMARA



#30938345#210153175#20180629130130990



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA II

del IPSS y sus beneficiarios, el efecto gravoso de la conducta sería limitado o atenuado, debido a cierta capacidad que esas entidades demostraron para contrarrestar la maniobra anticompetitiva.

En consecuencia, se estableció que debía tomarse como base de cálculo de la multa sólo la facturación por servicios sanatoriales que involucra a las obras sociales y mutuales obtenida durante los años 2012 y 2013, más una parte de la relativa al IPSS (se excluyó la facturación de las empresas de medicina prepaga en el entendimiento que los efectos de la conducta en ese caso fueron muy limitados); esa cifra -según se precisó- arroja la suma de \$ 160.304.757 que actualizados al año 2016 conforme al “IPC San Luis capítulo salud” suma un total de \$ 411.877.427.

En ese contexto, se indicó que si se aplicaba una multa del 20% de ese valor (\$ 82.375.485) resultaría, a la luz de los balances y estados de resultados aportados, impagable para los nosocomios involucrados. Por tal motivo, se señaló que correspondía determinar una sanción que sea lo suficientemente alta y por tanto que disuada a las empresas de realizar ese tipo de prácticas, pero que a la vez su pago no comprometa su viabilidad económica financiera y su permanencia en el mercado.

Sobre la base de esas consideraciones y teniendo en cuenta la información contable aportada, los ingresos, los resultados antes de impuestos, el patrimonio neto y el pasivo de las denunciadas, se advirtió que existen dos grupos de clínicas y sanatorios denunciados: los de mayor y los de menor capacidad de pago. Respecto de los primeros, se aseveró que una multa

Fecha de firma: 29/06/2018

Firmado por: MARIANA INES CATALANO, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: ALEJANDRO AUGUSTO CASTELLANOS, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: MARIA XIMENA SARAVIA PERETTI, SECRETARIA DE CAMARA



#30938345#210153175#20180629130130990



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA II

del 4% de los ingresos por todo concepto del año 2015, actualizados a 2016 resulta apropiada y no compromete su viabilidad económica financiera. En cuanto a los segundos, se precisó que la multa que corresponde aplicar es del 2%. Para el caso de ACLISASA se aplicó el criterio más severo (4%) multiplicado por dos, por su condición de entidad organizadora del acuerdo.

Finalmente, se detalló que, ante la falta de presentación de balances, la facturación de la Clínica del Neurodiagnóstico, el Hospital Privado Tres Cerritos y el Sanatorio Parque fue estimada en base a su número de camas y el cobro promedio por cama del sistema. Asimismo, para el Sanatorio Modelo y la Clínica Güemes la información utilizada correspondía a los ejercicios contables finalizados en 2014.

1.1) Que a fs. 3518/3530 de las actuaciones administrativas se presentó el apoderado del Sanatorio El Carmen S.A. e interpuso recurso directo en contra a la citada Resolución N° 298/2017 de la Secretaría de Comercio, planteando en primer término la inconstitucionalidad del segundo párrafo del art. 53 de la ley 25.156 en cuanto manda a abonar la multa como recaudo para acceder a la instancia judicial. Al respecto, puntualizó que en el supuesto de verse obligado a cancelar la suma de \$ 2.813.046, se verían afectadas seriamente sus finanzas al punto de llevarla a una situación de cesación de pagos. En sustento de su posición, acompañó sus estados contables al 31 de diciembre de 2016, los que darían cuenta de una pérdida superior a los 3 millones de pesos en ese ejercicio.

Fecha de firma: 29/06/2018

Firmado por: MARIANA INES CATALANO, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: ALEJANDRO AUGUSTO CASTELLANOS, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: MARIA XIMENA SARAVIA PERETTI, SECRETARIA DE CAMARA



#30938345#210153175#20180629130130990



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA II

En otro orden, respecto a la cuestión de fondo, afirmó que nunca integró ningún cartel o acuerdo colusivo de precios con sus competidores, sino que sus aranceles por servicios sanatoriales son negociados libremente con cada una de las empresas de cobertura médica que son quienes los proponen. En este sentido, destacó que son las obras sociales y las empresas de medicina prepaga las que ostentan el verdadero poder económico y posición dominante en el mercado y, por ende, las que se encuentran en una mejor posición para fijar los precios. Añadió que la nota remitida a Swiss Medical S.A. el 29/12/11 no significó adoptar una conducta que pueda ser encuadrada en las previstas en los arts. 1 y 2 de la ley 25.156, sino que se limitó a convocar al diálogo a la empresa destinataria.

Continuó indicando que firmó un contrato con la prepaga denunciante en abril de 2012, por lo que resulta “ilógico” sostener que existió un acuerdo colusivo desde diciembre de 2011 hasta el mismo mes de 2013. Asimismo, recalcó que su parte nunca cortó sus servicios a Swiss Medical S.A., quien además no lo incluyó en su denuncia. También negó que las clínicas y sanatorios de Salta hubiesen suprimido la competencia, sino que -según explicó- esta pasa por otras cuestiones tales como ofrecer mejores prestaciones, médicos, hotelería, personal y servicio.

Por otra parte, expresó que el *quantum* de la sanción es tan elevado que su confirmación y pretensión de cobro obligaría al sanatorio al cerrar sus puertas o iniciar un proceso de convocatoria de acreedores. Postuló que no incurrió en ninguna conducta punible de la ley





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA II

25.156 y que la sanción no se ajusta a los parámetros que establece el art. 46 inc. b) de ese ordenamiento, pues la denunciante no sufrió pérdidas y su parte no obtuvo beneficios, más aún, viene registrando pérdidas desde hace más de una década.

Para terminar ofreció prueba documental, de informes y pericial.

1.2) Que a fs. 3544/3555 se presentó el apoderado de Hospital Privado Tres Cerritos e interpuso recurso directo, solicitando en primer término se aplique la excepción prevista en el art. 53 *in fine* de la ley 25.156 que habilita la vía recursiva sin depositar la multa cuando ello pudiera ocasionar perjuicio directo a la firma condenada. Subsidiariamente planteó la inconstitucionalidad de esa disposición.

Seguidamente, advirtió que la eventual confirmación de la resolución cuestionada beneficiará a Swiss Medical S.A. que recientemente abrió un sanatorio en la ciudad de Salta, ya que varias clínicas corren el riesgo de desaparecer, lo que será en desmedro de la libre competencia y los consumidores.

En otro orden, señaló que la autoridad administrativa no tuvo en cuenta el contexto real de relación de fuerzas en el mercado de salud, donde las empresas de medicina prepaga tienen una oferta altamente concentrada en cinco grandes actores (Swiss Medical, Galeno, OSDE, Medicus y Omint), quienes fijan los precios y las modalidades de





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA II

contratación. Explicó que frente a ello, lo que hicieron las pequeñas clínicas y sanatorios de Salta fue presentar una postura común al inicio de sus respectivas tratativas con Swiss Medical, a fin de intentar mejorar su posición negociadora.

Continuó indicando que esa posición común (que -enfaticó- no fue un acuerdo ni tuvo impacto en la competencia) no se mantuvo en los convenios que cada clínica luego celebró por su cuenta. Agregó que no existe ninguna prueba que indique cuál precio hubiera pagado Swiss Medical o los consumidores de no existir el supuesto convenio. En este mismo sentido, puntualizó que en el decisorio recurrido se afirmó que los precios fueron fijados por un cartel, pero nunca se especificó cuáles eran esos valores.

Por otro lado, dijo que su parte y la empresa de medicina prepaga solucionaron contractualmente su conflicto comprometiéndose a desistir de toda acción judicial o denuncia administrativa de cualquier naturaleza que se hubiere suscitado, lo que debió haber sido interpretado por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia como un compromiso en los términos del art. 36 de la ley 25.156.

Asimismo, criticó que se hubiera afirmado que esa negociación conjunta incluyó a prácticamente la totalidad de la oferta de prestadores disponibles, tomándose para ello como referencia la cantidad de camas para internación. Al respecto, manifestó que también debieron haberse ponderado los prestadores que brindan especialidades con atención ambulatoria.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA II

Por último, arguyó que el *quantum* de la multa que se le impuso (\$ 1.691.716) fue fijado sin seguir los parámetros que indica la Ley de Defensa de la Competencia, incurriendo el dictamen de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia en “vaguedades” para justificarlo. Añadió que se consignó que la sanción se determinó “en base a la información contable aportada”, pero que en el caso del Hospital Privado Tres Cerritos nunca se le requirió ese tipo de información.

1.3) Que a fs. 3561/3567 se presentó el representante de Hospital Privado Santa Clara de Asís S.A., peticionando que no se le exija el depósito de la multa para poder interponer recurso directo en virtud de que ello le causaría un perjuicio irreparable. Subsidiariamente planteó la inconstitucionalidad del art. 53 de la ley 25.156 en razón de que restringe el acceso a justicia.

Aseguró que la denuncia efectuada por Swiss Medical S.A. fue realizada con el propósito de resguardar sus intereses particulares, lo que quedó demostrado por el hecho de que luego abonó a su parte una compensación por los pagos insuficientes realizados en el lapso en que supuestamente se produjo el acuerdo colusivo. Asimismo, resaltó que la empresa de medicina prepaga es un intermediario entre el paciente y la prestadora real de servicios de salud que lucra por esa actividad, por lo que -a su criterio- la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia debió determinar si esa ganancia resulta razonable.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA II

Por otra parte, destacó que la negociación que su parte efectuó con la denunciante no afectó el interés general, pues la prepaga no necesariamente debe trasladar en forma automática el eventual mayor precio a las cuotas de los afiliados, sino que es el Estado Nacional quien autoriza el aumento de los aranceles. Además, calificó de contradictorio el hecho de que en la resolución cuestionada se reconozca que el sistema de salud atraviesa un importante deterioro económico y, por el otro lado, se impida que se busque obtener una compensación razonable por las prestaciones brindadas.

A continuación, advirtió que la capacidad económica de las empresas de medicina prepaga repercute directamente en la formación del precio de mercado, sin que las clínicas y sanatorios tengan mucha incidencia, y que las primeras son los únicos actores del sistema de salud que actualmente se encuentran en expansión económica, haciendo inversiones en todo el país y declarando importantes ganancias.

En otro orden, señaló que los nosocomios sancionados nunca buscaron la fijación de precios que violentaran el mercado, sino que procuraron sobrevivir a los irrisorios valores que pretendía abonar Swiss Medical S.A; y criticó que en el resolutorio recurrido se haya concluido que existió un acuerdo anticompetitivo también en desmedro de las obras sociales sindicales y del IPS, fijándose la multa según la facturación efectuada a esas entidades. Al respecto, afirmó que no existe ninguna prueba de esa situación.

Fecha de firma: 29/06/2018

Firmado por: MARIANA INES CATALANO, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: ALEJANDRO AUGUSTO CASTELLANOS, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: MARIA XIMENA SARAVIA PERETTI, SECRETARIA DE CAMARA



#30938345#210153175#20180629130130990



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA II

1.4) Que a fs. 3568/3573 presentó recurso directo la apoderada de CENESA S.A., requiriendo en primer lugar que se lo dispense -en los términos del art. 53 de la ley 25.156- del depósito de la multa en razón de que le ocasionaría un perjuicio irreparable.

En cuanto a la conducta que se le atribuyó en la resolución recurrida, alegó que Swiss Medical S.A. amparándose en su alta capacidad económica, trató de fijar unilateralmente los valores de atención a sus afiliados, lo que ocasionó que mediante la nota del 29/12/11 un grupo de entidades en riesgo económico le hicieran saber a la prestataria sobre la necesidad de ajustar ese precio. No obstante lo cual, algunos prestadores continuaron brindando servicios conforme los aranceles determinados por la prepaga.

A su vez, indicó que en las actuaciones administrativas diversas empresas de medicina prepaga informaron que celebran los convenios en forma libre con los sanatorios, por lo que si existiera un acuerdo colusivo sería de aplicación a todas esas entidades. Añadió que tampoco se acreditó que la conducta que se la atribuyó hubiera traído aparejado mayores precios, postulando que si existieran valores por encima de los competitivos hubieran aparecido nuevos prestadores.

Cerró su presentación catalogando de exorbitante la cuantía de la multa por cuanto -conforme el informe contable que acompañó- de hacerse efectiva “se afectaría irreparablemente la situación económica y financiera de CENESA S.A. lo que provocaría la falta de pago de haberes al





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA II

personal y de sus cargas sociales y el corte en la cadena de pago a proveedores y prestadores de servicios, e imposibilidad de hacer frente a las correspondientes cargas fiscales”. Tildó de infundada a la sanción porque a su criterio no se acreditó ningún beneficio económico de su parte y se la calculó en base a un porcentaje de la totalidad de su facturación, sin distinguir servicios que podrían haber tenido vinculación con los hechos denunciados.

1.5) Que a fs. 3578/3601 presentó recurso directo el representante de Parque S.A., invocando también la imposibilidad de pago de la multa como requisito de admisibilidad del recurso, toda vez que su elevado monto lo colocaría al borde de la cesación de pagos. Para el supuesto de no admitirse la apertura del recurso, planteó la inconstitucionalidad del art. 53 *in fine* de la ley de defensa de la competencia.

Por otra parte, puntualizó que Swiss Medical S.A. no ratificó su denuncia contra el Círculo Médico de Salta y la Asociación Salteña de Ortopedia y Traumatología en razón de que arregló con ellos nuevos aranceles, lo que derivó en que la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia considerara innecesario llevar adelante una investigación en su contra. En esta línea de razonamiento, argumentó que su parte, luego de la nota del 29/12/11, acordó nuevos aranceles con la denunciante, por lo que postuló que en su caso tampoco se debería haber continuado con la investigación. Añadió que la existencia del acuerdo tornó abstracta la controversia, siendo aplicable la doctrina jurisprudencial que establece que las sentencias deben ajustarse a las circunstancias existentes al momento en que se dictan.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA II

Como siguientes cuestionamientos, mencionó que la resolución es nula por carecer de fundamentación, basarse en hechos que no involucran a Parque S.A., haberse omitido producir la prueba ofrecida y no efectuarse ninguna valoración de los argumentos que efectuó su parte.

Resaltó que Parque no acordó con ningún otro sanatorio la fijación de aranceles por las prestaciones de servicios de salud, sino que los mismos son determinados por los administradores de salud que son quienes ostentan el verdadero poder económico, destacando que en Salta el importante condicionamiento viene de la obra social provincial que en el caso del Sanatorio Parque promedia el 60% de su facturación. Agregó que esos valores no son superiores a los de mercado, sino que brindan una “muy leve ganancia”, prueba de lo cual son las importantes deudas que tiene su parte.

También criticó que se haya considerado que la supuesta conducta colusiva se mantuvo durante dos años, toda vez que la “puja” con Swiss Medical por la actualización de los aranceles sólo duró un “par de meses”, luego de lo que se acordaron aumentos razonables y dentro de los valores de mercado. A su vez, aseguró que Parque no integra ACLISASA, no formó parte de la denominada “mesa de diálogo” y que COPRESA no existe jurídicamente.

En otro orden, objetó que la autoridad administrativa haya entendido que el supuesto acuerdo fue en detrimento de obras sociales, mutuales IPSS, empresas de medicina prepaga y sus beneficiarios. Al respecto, afirmó que el objeto de investigación de las





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA II

presentes actuaciones sólo se refirió a hechos presuntamente cometidos contra Swiss Medical S.A., sin que los restantes operadores hubieran denunciado otros similares en su contra.

Posteriormente adujo que no se demostró que hubiera existido un perjuicio al interés económico general, pues ningún afiliado quedó sin cobertura y la denunciante no sufrió un menoscabo económico, por el contrario, en los últimos años diversificó sus inversiones, pudiendo incluso construir un sanatorio en la ciudad de Salta.

Del mismo modo, objetó que en la resolución recurrida se haya expresado que la multa debe privar al infractor de los beneficios que logró con su conducta, alegando que Parque S.A. no obtuvo ninguna ganancia, situación que emerge con claridad a poco que se examina su situación económica y financiera. A su vez, puntualizó que la sanción resulta irrazonable y excesiva, pues no guarda proporcionalidad con la supuesta infracción.

Mantuvo el ofrecimiento de prueba efectuado en la instancia administrativa.

1.6) Que a fs. 3603/3633 el apoderado de la Clínica del Neurodiagnóstico presentó recurso directo solicitando en primer término que se le aplique la excepción prevista en el art. 53 *in fine* de la ley 25.156 en razón de que de hacerse efectiva la multa se afectaría irreparablemente su situación económica, provocando la falta de pago de haberes al personal y





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA II

cargas sociales y el corte de la cadena de pagos a proveedores y prestadores de servicios. Subsidiariamente planteó la inconstitucionalidad de esa disposición.

A continuación, pidió que se declare la nulidad de la resolución recurrida en razón de haberse violado el debido proceso adjetivo. Sobre el particular, afirmó que se privó a su parte de ejercer su derecho a ofrecer la prueba que entienda pertinente y a producirla, detallando que mediante Resolución N° 10/17 la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia no admitió arbitrariamente la producción de prueba informativa, instrumental y pericial (que -a su criterio- era de medular importancia para resolver adecuadamente el caso), denegación contra la que se interpuso reconsideración que también fue rechazado mediante Resolución N° 25/2017.

En cambio agregó, respecto a la prueba admitida, que la Comisión la tuvo por desistida y declaró su caducidad en razón de haber vencido el plazo para que las entidades oficiadas den respuesta, sin que se haya requerido su reiteración. Remarcó que esa decisión fue arbitraria toda vez que la Comisión intimó a su parte a que denuncie los domicilios de las entidades e impulsó de oficio la producción de esa prueba y, además, no se encontraba vencido el plazo establecido para su producción (art. 34 LDC). Así las cosas, recalcó que esa situación implicó la vulneración de tres principios: la búsqueda de la verdad jurídica objetiva, impulsión e instrucción de oficio, e informalismo a favor del administrado. Máxime cuando -según expresó- la Comisión tardó alrededor de 5 años en resolver la conducta investigada.

Fecha de firma: 29/06/2018

Firmado por: MARIANA INES CATALANO, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: ALEJANDRO AUGUSTO CASTELLANOS, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: MARIA XIMENA SARAVIA PERETTI, SECRETARIA DE CAMARA



#30938345#210153175#20180629130130990



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA II

Enfatizó que la prueba ofrecida era decisiva para demostrar la improcedencia de la imputación refiriendo, entre otras, que la prueba pericial era idónea para conocer los costos y valores generales percibidos por las clínicas; que los informes solicitados a AFIP, DGR y Municipalidad de Salta hubieran permitido conocer la situación económica que atraviesan las clínicas y que los requeridos a PAMI, Asociación de Clínicas de Chaco y Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional del Nordeste estaban dirigidos a acreditar el modo a través del cual se conforma el precio de las prestaciones.

En tal escenario, postuló que a la resolución le cabe la nulidad absoluta e insanable conforme lo dispone el art. 14 de la LNPA, sin que ese defecto pueda ser subsanado ya que el recurso directo de apelación previsto en la LDC no importa un proceso judicial posterior hábil como para producir las probanzas.

Por otra parte, ya respecto a la cuestión de fondo, alegó que las obras sociales y empresas de medicina prepaga son quienes ostentan poder económico y se encuentran en mejor posición al momento de fijar los precios del mercado. Citó como caso paradigmático el del PAMI, donde el Estado Nacional directamente establece y fija los valores a abonar, debiendo las clínicas y sanatorios prácticamente adherirse.

A su vez, recordó que el Instituto Nacional de Obras Sociales tuvo hasta el año 1993 un índice nacional de valores prestacionales que era obligatorio, que se ajustaban periódicamente por





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA II

inflación y demás circunstancias, y resultaban automáticamente aplicables entre las obras sociales y los prestadores. Explicó que mediante el decreto 09/1993 se dejó sin efecto todas las restricciones que limiten la libertad de contratación entre los referidos sujetos y que regulen aranceles de cualquier tipo. A raíz de esa desregulación -según relató- la Confederación Argentina de Clínicas, Sanatorios y Hospitales (CONFECILISA) empezó a realizar estudios de costos a los fines de intentar determinar valores de referencia de las Unidades de Gastos Sanatoriales, marco en el que siempre se encuadraron las negociaciones entre los agentes de salud y las clínicas, sin que pueda sostenerse que esa situación implica una colusión de precios tendiente a distorsionar el mercado.

Luego, aseguró que la CNDC desconoce la actualidad que atraviesa el sistema de salud en la Argentina, donde muchas clínicas y sanatorios cesaron sus actividades o entraron en concursos de acreedores, mientras que las empresas de medicina prepaga se encuentran en expansión económica, haciendo inversiones y declarando millonarias ganancias. Preciso que cualquier valoración sobre las conductas de las prestadoras y prestatarias que derivaron en la presente investigación, debe contener un análisis de los “costos vs valores acordados”. En este mismo sentido, recordó que para que un comportamiento pueda ser sancionada por la Ley de Defensa de la Competencia, es necesario que se afecte directamente el interés económico general, presupuesto que necesariamente requiere considerar si el valor de las prestaciones sanatorias constituye un valor de mercado.

Fecha de firma: 29/06/2018

Firmado por: MARIANA INES CATALANO, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: ALEJANDRO AUGUSTO CASTELLANOS, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: MARIA XIMENA SARAVIA PERETTI, SECRETARIA DE CAMARA



#30938345#210153175#20180629130130990



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA II

También señaló que la nota del 29/12/11 fue consecuencia del resultado infructuoso de innumerables conversaciones tendientes a acordar una recomposición arancelaria en razón de que los valores que se estaban abonando se encontraban “absurdamente defasados”. Agregó que, independientemente de su suscripción conjunta por parte de ACLISASA y otras clínicas, ella no tuvo por objeto ni efecto limitar, restringir o distorsionar la competencia, sino proteger ese mercado deteriorado por la conducta abusiva y fijadora de precios de las prestatarias.

En cuanto a las Actas N° 67 y 68 de ACLISASA, aseveró que el debate en esa institución no se refirió a la conformación de un cartel tendiente a fijar precios por encima de los valores de mercado, sino que estuvo centrado en su ajuste en virtud del proceso inflacionario.

Como siguientes agravios, criticó que se haya considerado que la conducta que se les atribuye a las Clínicas también afectó a las obras sociales (mutuales y sindicales) y al IPSS, afirmando que ninguno de esos actores estuvo involucrado en la contienda que se generó con Swiss Medical y que derivó en la comunicación del 29/12/11.

Subsidiariamente, cuestionó el *quantum* de la multa alegando que no existen parámetros en las actuaciones para medir la supuesta pérdida de las personas afectadas, que los estados contables reflejan que las clínicas no tienen márgenes de reinversión ni ganancias abultadas, que no existen indicios de intencionalidad ni de reincidencia. Del mismo modo, impugnó el método empleado para graduar la multa, afirmando que: a) la





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA II

facturación no es un parámetro legal que pueda tomarse como base, b) que de los ingresos percibidos por las clínicas durante los años investigados resultan márgenes netos muy bajos si se considera el capital involucrado, c) que la CNDC eligió los ingresos del año 2015, cuando la conducta investigada se circunscribió a los años 2012 y 2013, d) que indexa los resultados del año 2015 al 2016 en prohibición de lo dispuesto por el art. 10 de la ley 23.928, y e) que de la información que emerge de los estados contables no surgen segmentadamente en varios casos los valores percibidos a las distintas prestatarias como para que se arribe a las cifras determinadas.

1.7) Que a fs. 1/31 (foliatura del Ministerio de Producción) presentó recurso directo el apoderado de ACLISASA, Sanatorio San Roque S.A., Sanatorio Modelo S.A., Maternidad Privada de Salta S.A., San Rafael S.A., Clínica San Antonio S.A., Clínica Luis Güemes S.A., Clínica Cruz Azul S.A. y Clínica 9 de Julio S.A. La presentación se condice con la correspondiente a la de Clínica de Neurodiagnóstico, por lo que cabe -a los efectos del presente relato- remitirse a ella.

1.8) Que a fs. 3741/3746, previo dictamen de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, el Secretario de Comercio de la Nación concedió los recursos de apelación antes referidos con la excepción al depósito previo de la multa prevista en el art. 53 *in fine* de la ley 25.156 en virtud de que se consideró acreditado que todas las recurrentes se encuentran atravesando una situación económica financiera delicada que no les permitiría pagar la multa sin un grave riesgo de incurrir en cesación de pagos





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA II

que comprometa directamente pago de haberes de los empleados, de cargas sociales, fiscales y a proveedores y prestadores de servicios.

Asimismo, en virtud de que la Clínica de la Merced no interpuso recurso alguno, se instruyó a la Dirección de Gestión y Control de Asuntos Contenciosos que se realice el trámite judicial correspondiente para la ejecución de la multa.

1.9) Que a fs. 3769/3802 la representante del Estado Nacional – Ministerio de Producción contestó agravios remitiéndose en primer término a los apartados IX, X, XI y XII del dictamen N° 53/2017 de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, donde -según expresó- se realizó un minucioso análisis de los fundamentos que fueron tenidos en consideración por la autoridad de aplicación para imponer la sanción.

Posteriormente, se refirió a los agravios relativos a la denegatoria de la producción de determinadas pruebas, expresando que: a) la prueba informativa a la AFIP, DGR y Municipalidad de la Salta devenía improcedente por superabundante, toda vez que se declaró que no se puso en duda que entre los nosocomios imputados y los entes recaudadores existían deudas; b) la informativa a la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Nordeste también se entendió que no era pertinente ya que la información que se pretendía solicitar era del año 2006, encontrándose fuera del período investigado; c) la solicitud de remisión de expedientes que tramitan en la justicia se puntualizó que era improcedente por exceder el objeto





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA II

de la presente investigación; y d) respecto a la prueba pericial, la CNDC consideró que sobrepasaba el objeto de análisis de la causa.

Por último, respecto a los cuestionamientos al *quantum* de las multas, alegó que si fuese menor al daño ocasionado como consecuencia de la conducta sancionada, las empresas no tendrían incentivos para abstenerse de efectuar prácticas anticompetitivas. Agregó que en todos los casos las condenas se encuentran dentro los parámetros establecidos por la ley 25.156.

1.10) Que a fs. 47/48 de las actuaciones judiciales el Sr. Fiscal General Subrogante consideró que este Tribunal resulta competente para entender en la presente causa.

2) Que en primer lugar, resulta conveniente recordar que todo pronunciamiento judicial debe atender a las circunstancias existentes al momento de la decisión (esta Cámara -antes de su división en Salas- en “Reyes, Rodolfo Carlos c/ Policía Federal Argentina – Delegación Jujuy s/ medida cautelar”, del 21/06/06; Issa Nazr, Nicolás Miguel c/ Swiss Medical S.A.”, del 13/02/15; entre muchos otros) pues resulta elemental que el proceso cuente con un objeto actual (confr. Fallos: 326:4199; 328:175; 328:4320; 329:1853; 329:4370; 328:4452) y que subsista el interés que justifique el pronunciamiento (Fallos: 329: 4370).

En ese marco, tal como se detalló en el punto 1.8, el Secretario de Comercio de la Nación a fs. 3741/3746 concedió los recursos





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA II

interpuestos por los nosocomios sancionados, exceptuándolos del depósito previo de la multa, por lo que deviene inoficioso considerar los planteos de inconstitucionalidad del art. 53 de la ley 25.156.

3) En otro orden, como cuestión previa a examinar los agravios planteados contra la resolución del Secretario de Comercio, debe analizarse el ofrecimiento de prueba efectuado por los sanatorios El Carmen y Parque S.A.

La ley 25.156, que establece la competencia de las Cámaras de Apelaciones para entender en los recursos directos contra las resoluciones dictadas por la autoridad de aplicación, no regula el trámite a imprimir a tales apelaciones; o sea que la pertinencia del ofrecimiento efectuado no se encuentra regulada en la normativa vigente. Si bien esa circunstancia no habilita a rechazar sin más el pedido formulado (Cámara Federal de Paraná, “Costera Criolla S.R.L. c/ Estado Nacional – Ministerio de Economía y Finanzas Públicas”, del 14/11/17), se ha sostenido que en el marco de los recursos directos la apertura a prueba tiene carácter excepcional (Cámara Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, “Electro Outlet c/ DNCI”, del 13/06/17), limitación que tiende a evitar la ordinarización del proceso de manera que la Cámara no se convierta en una primera instancia (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V, “Bonfini S.A. c/ Ente Nacional Regulador del Gas”, del 23/05/06, La Ley Online).

Fecha de firma: 29/06/2018

Firmado por: MARIANA INES CATALANO, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: ALEJANDRO AUGUSTO CASTELLANOS, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: MARIA XIMENA SARAVIA PERETTI, SECRETARIA DE CAMARA



#30938345#210153175#20180629130130990



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA II

Por lo tanto, sólo cabe admitir la producción de aquellas pruebas verdaderamente conducentes para la resolución de la litis.

3.1) En tal escenario, examinados los recursos presentados por los nosocomios sancionados, se advierte que queda pendiente de producción la prueba ofrecida por Parque S.A. (informativa, pericial y “documental en poder de partes”) y por Sanatorio El Carmen (informativa y pericial).

Respecto a lo primero (prueba de informes solicitada por Parque), se comparte el criterio adoptado por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de denegar el pedido de que se libre oficio a la justicia provincial a fin de que remita las actuaciones “Swiss Medical S.A. c/ ACLISASA”, pues “los eventuales pleitos judiciales entre las imputadas (ahora sancionadas) y Swiss Medical S.A. no se encuentran vinculados con la conducta imputada” (fs. 2459). Asimismo, en lo atinente a las solicitudes de que se libre oficio al juzgado en el que tramita el concurso preventivo de Parque S.A. y a distintas instituciones médicas a fin de que informen su relación contractual con Swiss Medical S.A., no se advierte de qué modo la información que eventualmente se proporcione pudiere resultar útil o conducente para la adecuada solución de la causa, máxime cuando la recurrente no indicó los extremos que pretende probar con esa indagación.

Asimismo, el pedido de Sanatorio El Carmen de que “se libre oficio a todas las obras sociales, mutuales y prepagas que trabajen en la ciudad de Salta a efectos de que informen si presentaron denuncia por





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA II

acuerdos colusivos en su contra”, aparece como sobreabundante y no enerva el estricto extremo denunciado y sancionado.

En cuanto a lo que Parque S.A. denomina “documental en poder de partes”, por la que requiere se intime a su auditor externo a que presente los balances correspondientes a sus ejercicios comerciales 2012 a 2016 inclusive, cabe señalar que esa documentación -en principio- pudo ser solicitada por el propio sanatorio por fuera del marco un expediente judicial, pues se trata de información perteneciente a la misma institución peticionante y que deriva de su relación con su auditor externo.

Y en lo relativo a la prueba pericial ofrecida por Parque S.A. y por Sanatorio El Carmen, en su mayoría los puntos planteados estarían dirigidos a acreditar una baja o nula rentabilidad, cuestión más bien vinculada a la crisis que atraviesa el sector, la que fue reconocida por la autoridad administrativa en su resolución, no tratándose -por lo tanto- de un aspecto controvertido que requiera demostración. En lo atinente a si “los montos percibidos por todas las obras sociales, mutuales y prepagas durante los años 2012 y 2013 son supra competitivos” (fs. 3529), no se divisa *prima facie* factible que se pudiera llegar a una conclusión sobre ese punto a partir del mero examen de la documentación contable del Sanatorio El Carmen.

Por lo expuesto, corresponde denegar la apertura a prueba de la presente causa.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA II

3.2) Cabe ahora examinar el planteo de nulidad del proceso administrativo que culminó con el dictado de la resolución recurrida por haberse denegado la producción de cierta prueba ofrecida en esa instancia o bien por haberse declarado la caducidad de otra.

Respecto a lo primero, este Tribunal no comparte las manifestaciones formuladas por ACLISASA y las clínicas allí nucleadas relativas a que la negativa se habría fundado en “razones arbitrarias” (fs. 3611 vta. y 9 vta.). En efecto, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia en su resolución N° 10/17 detalló todas las pruebas ofrecidas por las empresas sancionadas, expidiéndose respecto de la procedencia de cada una de ellas, alegando razones fundadas para argumentar la inconducencia de aquellas cuya producción se desestimó. Por lo tanto, no se encuentran motivos que justifiquen apartarse del criterio adoptado por la autoridad de aplicación.

En lo atinente a la prueba declarada caduca por la autoridad administrativa, cabe señalar que la ley 19.549 -cuya aplicación se encuentra prevista en el art. 56 de la ley 25.156- establece en su art. 1, inc. f, 2, el derecho del administrado a “ofrecer prueba y que ella se produzca, si fuere pertinente, dentro del plazo que la administración fije en cada caso”. Del mismo modo, el art. 46 del Reglamento de Procedimientos Administrativos (Decreto 1759/72) dispone que “la administración de oficio o a pedido de parte, podrá disponer la producción de prueba respecto de los hechos invocados y que fueren conducentes para la decisión, fijando el plazo para su producción” (el énfasis en ambos casos se encuentra añadido).





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA II

Así las cosas, en la Resolución N° 10/17 de la CNDC se sostuvo respecto de la prueba informativa cuya producción se aceptó que “con el objeto de organizar el desarrollo de la producción de prueba en esta etapa del proceso y a fin de garantizar el derecho de defensa, corresponde disponer que se otorgará un plazo de 10 días hábiles administrativos a fin de que las oficiadas brinden la información requerida. En caso de incumplimiento, las clínicas contarán con 5 días hábiles para solicitar que se reitere el requerimiento cursado, en caso contrario se tendrá por desistida la prueba” (fs. 2456).

Ese aspecto de la resolución fue consentido por las clínicas sancionadas, a pesar de que sí interpusieron recurso de reconsideración cuestionando la no admisión de ciertas medidas de prueba. En consecuencia, no se advierte arbitrariedad o afectación del derecho de defensa en el accionar de la Administración, pues simplemente se limitó a hacer efectiva la consecuencia que antes había previsto en la Resolución N° 10/17 (fs. 2887/2888).

Por ello, cabe desestimar el planteo analizado en este punto.

4) Que despejadas las cuestiones previas, atendiendo a la multiplicidad de instituciones médicas que fueron sancionadas y a la profusión de agravios que expresaron, es oportuno mencionar que los jueces no están obligados a tratar todas y cada una de las argumentaciones vertidas por las partes, ni a analizar todas las pruebas, sino tan sólo aquéllas que





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA II

resulten sustanciales para decidir la cuestión planteada (Fallos 276:132, 280:320 y 310:267, entre otros).

Dicho lo que antecede, antes de abordar las objeciones relativas a la cuestión de fondo resulta necesario recordar cuál fue la conducta atribuida a las imputadas. Sobre el punto, según se estableció en el Dictamen N° 53 de la CNDC, el comportamiento reprochado consistió en “un cartel entre los sanatorios de las ciudades de Salta, Tartagal y Metán, organizado a efectos de fijar de modo concertado los precios de las prestaciones sanatorias, en el período que va desde el mes de diciembre de 2011 hasta diciembre de 2013 inclusive”, ese acuerdo constituyó “una coordinación de las ofertas que otorgó a los sanatorios y clínicas una fortaleza negociadora artificial respecto de las obras sociales, mutuales, el IPSS y las prepagas” (fs. 3381).

Efectuada esa precisión, los agravios comunes de las recurrentes se centran en dos aspectos: a) negar la existencia de un acuerdo colusivo de precios; y b) cuestionar el *quantum* de la multa impuesta por no ajustarse a los parámetros previstos en la ley 25.156.

En consecuencia, por una cuestión de orden lógico, corresponde tratar en primer término las objeciones contra la decisión de la autoridad administrativa de considerar acreditada la conducta antes descripta.

5) El art. 1 de la ley 25.156 establece que “están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley, los actos o conductas, de cualquier forma manifestados, relacionados con la





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA II

producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general”.

Por lo tanto, para que una determinada conducta resulte punible en el marco del régimen de defensa de la competencia, deben configurarse tres requisitos: a) que se encuentre relacionada con la producción de bienes o servicios; b) que tenga por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado; y c) que pueda resultar perjuicio para el interés económico general.

5.1) Producción o intercambio de bienes o servicios

La concurrencia del primero de esos presupuestos no se encuentra controvertida, pues es de público conocimiento que los nosocomios denunciados brindan prestaciones sanatorias, entre ellas, servicios de internación.

5.2) Práctica restrictiva de la competencia

En cuanto a la segunda exigencia, cabe recurrir al art. 2 de la referida ley 25.156 que brinda un listado -no taxativo- de conductas que, en la medida que reúnan las características del art. 1, constituyen prácticas restrictivas de la competencia. De ellas, la CNDC les atribuyó a las recurrentes las previstas en los incisos: a) “fijar, concertar o manipular en forma directa o





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA II

indirecta el precio de venta, o compra de bienes o servicios al que se ofrecen o demanden en el mercado, así como intercambiar información con el mismo objeto o efecto”; y g) “fijar, imponer o practicar, directa o indirectamente, en acuerdo con competidores o individualmente, de cualquier forma precios y condiciones de compra o de venta de bienes, de prestación de servicios o de producción”.

Es decir, se adjudicó a las clínicas una conducta colusoria, la que se presenta cuando un grupo de firmas dejan de competir entre ellas y pasan a coordinar sus conductas, siendo la expresa el caso más ordinario de colusión, caracterizado por el hecho de que las firmas se comunican entre ellas con el objeto de concluir acuerdos anticompetitivos, como aquellos a través de los cuales las empresas fijan precios, restringen la oferta o reparten mercados (Mezzanotte, Félix E., “¿Es ilegal la colusión tácita de precios?”, La Ley, 2009-C, 1198). La jurisprudencia ha tendido a considerar ilegales a las prácticas de colusión explícita que hayan sido suficientemente probadas -ej: caso “Silos Areneros de Bs As c/ Arenera Argentina y otros” (1986) y “Lara Gas y otros c/ AGIP y otros” (1993)- aunque ello no excluye que existan otros casos de colusión encubiertos, en los que sin dudas, para su verificación hace falta otro tipo de evidencias (Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, “Honda Motors Argentina S.A. y otros c/ Estado Nacional- Secretaría de Comercio”, del 13/08/15).

En autos, la autoridad de aplicación individualizó en su dictamen una serie de pruebas que, también a criterio de este Tribunal,

Fecha de firma: 29/06/2018

Firmado por: MARIANA INES CATALANO, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: ALEJANDRO AUGUSTO CASTELLANOS, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: MARIA XIMENA SARAVIA PERETTI, SECRETARIA DE CAMARA



#30938345#210153175#20180629130130990



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA II

acreditan la existencia de la conducta colusoria (aunque -como luego se verá- no con el mismo alcance que le asigna la CNDC). En efecto, resulta demostrativa de un acuerdo explícito **la nota que el 29 de diciembre de 2011 remitieron las sancionadas a Swiss Medical S.A.** en la que luego de destacarse que resultaron “infructuosas las innumerables conversaciones tendientes a acordar una recomposición arancelaria” por prestación de servicios a sus beneficiarios, le comunicaron los nuevos valores que a partir del 1 de marzo de 2012 reemplazarían a los vigentes. Asimismo, se le requirió a la prepaga que “se sirva a confirmar hasta el 20 de febrero de 2012 la conformidad con los nuevos valores por la cobertura asistencial, vencido el plazo sin que la prestataria hubiere manifestado su voluntad conformando los nuevos valores **se suspenderán los servicios a la prestataria en todo el ámbito médico sanatorial** y las prestaciones serán facturadas y cobradas a los beneficiarios de la prestataria” (fs. 146 de las actuaciones administrativas, énfasis agregado).

Además, a fs. 190/193 obra un modelo de acta acuerdo que el 17 de mayo de 2012 le remitieron a Swiss Medical S.A. los representantes de ACLISASA, Sanatorio Parque S.A., Cenesa S.A., Santa Clara de Asis S.A. y Hospital Privado Tres Cerritos en el que se fijan nuevos valores “en carácter de recomposición arancelaria” y se establece que “una vez ratificada la presente Acta por el representante legal/apoderado de Swiss, los Prestadores Sanatoriales, asumen el compromiso de otorgar la Cobertura restableciendo las condiciones vigentes al 29/02/2012”.

Fecha de firma: 29/06/2018

Firmado por: MARIANA INES CATALANO, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: ALEJANDRO AUGUSTO CASTELLANOS, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: MARIA XIMENA SARAVIA PERETTI, SECRETARIA DE CAMARA



#30938345#210153175#20180629130130990



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA II

Otro elemento que, aunque no fue ponderado por la CNDC, también resulta ilustrativo de la conducta colusiva, es la solicitada publicada en el diario El Tribuno el 10 de marzo de 2012 por el denominado “Consortio de Prestadores de Salud de Salud”, consignándose que “se ha dispuesto restablecer, provisoriamente hasta el 31/03/2012, los servicios sanatoriales a los asociados/afiliados de Swiss Medical S.A., sujeto a la condición de que las partes involucradas acuerden una nueva relación contractual que defina valores y modalidad de trabajo. Vencido el referido plazo sin que hubiere acuerdo, quedará extinguida la relación contractual existente a partir del 01/04/2012”. Esa declaración se encuentra suscripta -entre otros- por los representantes de ACLISASA, Hospital Privado Santa Clara de Asís S.A., Sanatorio El Carmen, Sanatorio Parque, Hospital Privado Tres Cerritos, Clínica de la Merced y CENESA S.A. (fs. 59).

En definitiva, los documentos descriptos constituyen demostración directa y expresa de la existencia de un acuerdo explícito de tipo horizontal (pacto celebrado entre empresas competidoras dentro de un mismo mercado que tiene como propósito la no competencia con el objetivo de incrementar beneficios conjuntos) a fin de intentar imponer el precio de venta de sus servicios a Swiss Medical S.A.

Esa pretensión de fijar aranceles conjuntos resulta lesiva para la competencia, pues **el precio pierde su función esencial de ser el punto de equilibrio entre la oferta y la demanda**, convirtiéndose en una condición rígida que debe ser cumplida por el comerciante que no quiere verse





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA II

excluido de un determinado mercado (Cámara Nacional Penal Económico, Sala 3, “Centro de Industriales Panaderos Buenos Aires s/ inf. Ley 22.262”, del 29/10/87). En este sentido, se ha sostenido que los precios constituyen el elemento central de los mercados, por lo que como regla general toda conducta que afecte la concurrencia con relación a su determinación implica un acto anticompetitivo susceptible de encuadrar en las prohibiciones del art. 1 de la ley de defensa de la competencia (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, Sala B, “Giangrossi, Juan y otros”, del 27/03/01).

Ahora bien, las recurrentes pretenden justificar su accionar invocando concentración de la oferta, posición dominante y capacidad económica de las empresas de medicina prepaga y en que Swiss Medical S.A. habría intentado fijar unilateralmente los valores de las prestaciones, maniobra que las clínicas trataron de contrarrestar. Sin embargo, lo cierto es que la ley 25.156 no prevé ningún eximente a la prohibición y sanción a la que alude el art. 1. Además, la invocación de la existencia de una presunta práctica anticompetitiva por parte del adquirente de un servicio (como el aludido abuso de posición dominante), de ninguna forma puede amparar la realización de un acto también prohibido del vendedor. Antes bien, se debió efectuar la denuncia pertinente ante la autoridad de aplicación de la ley 25.156 (art. 26).

Ha de ponderarse, en particular, que *prima facie* no se vislumbra que la prepaga denunciante tuviese una participación en el mercado local que le otorgase una posición dominante o le permitiese imponer un precio, pues conforme la documentación obrante en el expediente





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA II

administrativo, en noviembre de 2013 Swiss Medical S.A. contaba con 17.087 afiliados en la Provincia de Salta, frente a -por ejemplo- 262.522 afiliados del Instituto Provincial de Salud de Salta -IPS- (fs. 604).

Por el contrario, sí se configuran las condiciones estructurales del mercado examinado que le otorgan viabilidad a la coordinación explícita de precios en que incurrieron los sanatorios sancionados. En efecto, en el dictamen de la CNDC se individualizaron diversos factores, que no fueron objeto de crítica concreta y razonada, tales como: i) importantes barreras de entrada de competidores; ii) que todas las clínicas poseen estructuras de costos, capacidad de producción y rangos de productos y servicios similares; iii) que las prestaciones sanatorias no tienen servicio sustituto; iv) que en el marco de las reuniones de ACLISASA y COPRESA se intercambiaba información sensible respecto a precios y negociaciones con administradores de fondos para la salud.

En suma, las pruebas individualizadas demuestran la existencia de una concertación de precios, esto es un acuerdo entre las clínicas denunciadas tendiente a imponer a Swiss Medical S.A. el valor de los aranceles por las prestaciones sanatorias, conducta reprimida por el régimen de defensa de la competencia.

5.3) Sin perjuicio de lo expuesto, se disiente con la posición adoptada por el Sr. Secretario de Comercio en cuanto entendió -con remisión al dictamen de la CNDC- que el acuerdo colusivo fue “en detrimento de las obras sociales sindicales y mutuales, la obra social provincial (IPSS), las





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA II

empresas de medicina prepaga y los beneficiarios o afiliados de dichos tres grupos de entidades de salud”. Es que, como ya se dijo, los elementos obrantes en las actuaciones administrativas sólo permiten tenerla por configurada con relación a la prepaga denunciante e, indirectamente, respecto de sus afiliados.

En efecto, la autoridad de aplicación fundamentó la extensión de la conducta colusiva al resto de los agentes de salud, en el hecho de que se habrían utilizado valores referenciales emanados de la Comisión Nacional de Costos y Aranceles (creada en el ámbito de la Confederación Argentina de Clínicas, Sanatorios y Hospitales –CONFECLISA-) para “concertar las ofertas entre todos los prestadores sanatoriales” (fs. 3431). Asimismo, se resolvió “iniciar una investigación de oficio con relación a CONFECILISA por la elaboración y difusión a sus asociados y/o establecimientos sanatoriales que sus asociados agrupan, de valores referenciales para las prestaciones sanatoriales, en tanto dicha conducta podría infringir los arts. 1 y 2 inc. a) y g) de la ley 25.156”.

Aunque no resulta del todo clara en este aspecto, la decisión de la autoridad de aplicación de entender que la práctica anticompetitiva también se extendió a las restantes prepagas y a las obras sociales, se sustentaría en dos elementos: i) que tanto las clínicas asociadas a ACLISASA como las que no lo son cobraban los mismos aranceles; y ii) la utilización de “valores referenciales” de las prestaciones provistos por la Comisión Nacional de Costos y Aranceles (CNCA).

Fecha de firma: 29/06/2018

Firmado por: MARIANA INES CATALANO, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: ALEJANDRO AUGUSTO CASTELLANOS, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: MARIA XIMENA SARAVIA PERETTI, SECRETARIA DE CAMARA



#30938345#210153175#20180629130130990



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA II

5.3.1) Respecto a la primera cuestión, a criterio de este Tribunal las pruebas ponderadas por la autoridad de aplicación no permitan llegar a la conclusión de que existiere una identidad entre los aranceles cobrados por todos los sanatorios sancionados (sean o no integrantes ACLISASA). En efecto, la información suministrada por Galeno S.A. solo prueba que esa prepaga abonaba los mismos valores a las distintas clínicas con las que tenía convenio (fs. 625/628), pero no resulta posible determinar si se identifican con los que habría cobrado ACLISASA, pues a fs. 904 esa prepaga contestó un pedido de informes, señalando que “nunca hubo convenio con ACLISASA”.

Asimismo, si bien Medicus y OSDE habrían convenido el mismo valor de aranceles tanto para prestadores miembros de ACLISASA como para otros que no lo son; lo cierto es que sólo se trata de dos prepagas dentro de universo mucho más extenso de agentes de salud. Por lo que no parece razonable que sobre la base de esa limitada información se pueda llegar a la conclusión de que a todas las obras sociales sindicales y mutuales y a las restantes empresas de medicina prepaga se le facturaban los mismos precios.

En otro orden, si bien -tal como lo destaca la CNDC- de las Actas de Asamblea de ACLISASA se desprende que en algunos casos los nosocomios que integran esa asociación negociaban de forma conjunta sus aranceles, lo cierto es que -analizados los elementos obrantes en las actuaciones administrativas- no se vislumbra que hubiera existido una imposición de precios o que los mismos no hubiesen resultado de un proceso





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA II

competitivo. En efecto, si se examina la “tabla 3” que confeccionó la CNDC en su dictamen (fs. 3371/3372), donde se cotejan los aranceles que ACLISASA cobró a las distintas administradoras de fondos de salud en diciembre de 2012, se advierte un amplio abanico de valores (en el caso de Unidad Sanatorial Pensión va desde 6,51 a 19,82; en Unidad Sanatorial Gasto Quirúrgico de 8,42 a 12,47; en Unidad Sanatorial Gasto Radiológico de 2,30 a 3,39 y en Unidad Sanatorial Otros Gastos de 1,06 a 1,56). Además, en la mayoría de los casos esos valores son inferiores a los de referencia de la Comisión de Costos de CONFELISA (fs. 2962/2963).

Es decir, si los nosocomios asociados a ACLISASA se hubiesen encontrado en condiciones de imponer un precio -o al menos de distorsionar la competencia-, seguramente hubiesen utilizado un valor similar para los distintos agentes de salud, que además debería ser superior al índice de referencia de los costos.

A todo lo expuesto, se añade que de los distintos administradores de fondos de salud a los que se les pidió informes, ninguno invocó –ni al menos deslizó– que hubiese existido algún acuerdo de precios o intento de imponerlos. Es más, algunos como OSDE lo negaron expresamente, manifestando su apoderada que esa prepaga “negocia los incrementos en los porcentajes de los aranceles de las prestaciones sanatorias con las distintas clínicas y sanatorios de la Ciudad de Salta de manera individual (...) hacemos saber que jamás tuvimos algún tipo de práctica colusiva de precios de parte de un sanatorio de la provincia de Salta” (fs. 2745, el subrayado no pertenece al





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA II

texto original). Asimismo, debe tenerse en consideración, tal como lo precisa el representante de Medicus, que los valores de las cuotas de las prepagas “se encuentran fiscalizados por la Superintendencia de Servicios de Salud, quien autoriza el aumento de las cuotas cuando el mismo esté fundado en variaciones de la estructura de costos y razonable cálculo actuarial. El porcentaje de aumento se traslada a los prestadores en la misma proporción” (fs. 782).

5.3.2) Respecto a la segunda cuestión, -utilización de “valores referenciales”- corresponde examinar la información obrante en el expediente administrativo respecto al aludido arancel de referencia, para luego analizar si su empleo pudo configurar una práctica anticompetitiva.

Al prestar declaración testimonial el Dr. Hugo Rosendo Gil -Tesorero de la Asociación de Clínicas y Sanatorios del Chaco- manifestó que CONFELISA “realiza un estudio con un sistema económico tabulado para revalorizar las prestaciones sanatorias. Se forma una Comisión Nacional para estudiar los valores. Se hace el estudio técnico con profesionales de las ciencias económicas y establecen valores referenciales para traerle un poco de claridad a la situación económica de los sanatorios”. Especificó que el estudio fue avalado por la Universidad Nacional de Ciencias Económicas del Nordeste y que se actualiza mensualmente ajustándose “por parámetros oficiales como el INDEC, Cámara de Construcción, etc.” (fs. 2893).

A su vez, Matías Fernando Ormeño -Presidente de ACLISASA y Gerente Comercial de Sanatorio San Roque S.A.- dijo que “en el año 2004, luego de la salida de la convertibilidad, se ha confeccionado desde





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA II

CONFELISA una matriz de costos estándar que le sirva a los establecimientos de todo el país como valores referenciales de cuál es el costo mínimo que insume una prestación médica que se otorga en sanatorios y hospitales. Esa herramienta fue validada por la Universidad Nacional del Noreste y sometida por las obras sociales provinciales a auditorias” (fs. 2849).

Por su parte, el Dr. Alberto Briones -Presidente de la Clínica San Rafael- explicó que “a mediados de la primera década del siglo 21, y ante la necesidad de una herramienta de negociación que permita exhibir la evolución del costo de producción de servicios, a iniciativa de la Asociación de Clínicas y Sanatorios de Chaco, se conforma un grupo de trabajo con otras asociaciones pares del país para remozar/actualizar una matriz de costos por CONFELISA (...) el estudio consolidado fue sometido a un proceso de análisis y validación por la cátedra de costos de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Noreste” (fs. 2838/2839).

En el acta N° 67 de la Asamblea de ACLISASA (08/05/12) se dejó constancia que esa asociación “en trabajo conjunto con el resto de las Asociaciones Clínicas del NOA y NEA (...) durante todo el ejercicio 2009 analizó los diferentes ítems que componen la canasta sanatorial, a fin de formular y arribar a un estudio de costos de los aranceles que posibilite la gestión de la actualización de los valores que abonan las distintas prestatarias. De la iniciativa y del trabajo de ese grupo, nació la Comisión Nacional de Costos y Aranceles” –CNDC- (fs. 511 vta.). Posteriormente, en la “Memoria Ejercicio 2010” de esa organización, se consignó que la CNCA “fue





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA II

elaborando, de forma constante, estudios actualizados de costos que tienen como fin contar con una herramienta básica que posibilite a los prestadores de salud privados la mejora de los aranceles que las prestatarias abonan por sus servicios. Para la elaboración de los costos se cuenta con el aval académico consistente en el Dictamen del Instituto de Contabilidad de Costos y Gestión de la Facultad de Ciencias Económicas de UNNE”. Se agregó que se oficializaron esos valores “como de referencia para las regiones NEA, NOA y Mesopotamia” (fs. 516).

Asimismo, CONFELISA informó la composición del índice, relatando que “la Estructura de Costos y Precios Predeterminados Sanatoriales fija un cálculo de valores de referencia que se obtienen aplicando una Matriz de Costos Predeterminados elaborada por la Comisión Nacional de Costos y Aranceles para el cálculos de las unidades Pensión, Quirúrgica, Gastos Radiológico y Unidad Otros Gastos en una institución sanatorial tipo de 48 camas, 1 quirófano y 1 sala de partos. A partir de ello, se procede a actualizar cada ítem de esa estructura de costos en base a los índices de precios publicados por el INDEC -Índice de Precios al Consumidor por rubro, índice de Costo de la Construcción, Índice de Precios Internos Mayoristas de la Ciudad de Bs. As., (según corresponda a cada ítem) y CCT N° 122/75 para costos de RRHH” (fs. 2938/2939).

Finalmente, se especificó que la “matriz de costos considera los siguientes componentes: - Componentes del Costo: amortizaciones; gastos de personal; gastos de mantenimiento y servicios

Fecha de firma: 29/06/2018

Firmado por: MARIANA INES CATALANO, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: ALEJANDRO AUGUSTO CASTELLANOS, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: MARIA XIMENA SARAVIA PERETTI, SECRETARIA DE CAMARA



#30938345#210153175#20180629130130990



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA II

generales; ropería; servicios de alimentación; servicio de lavadero, planchado y conservación de ropa; depósito de insumos; gastos de administración central. – Componentes adicionales determinantes del precio: Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta; costo financiero; costos de oportunidad; beneficio empresarial” (fs. 2939).

Delimitada, entonces, la información obrante en el expediente administrativo respecto a la composición y funcionamiento de los valores referenciales que elabora la CNCA; de su examen no surgiría que su empleo pudiera implicar una práctica restrictiva de la competencia en los términos de los incs. a) y g) del art. 2 de la ley 25.156. En efecto, en un contexto inflacionario en que es necesario negociar de forma permanente actualizaciones de aranceles, no parece irrazonable que las cámaras que representan a los sanatorios y clínicas dispongan de una herramienta que les permita medir las variaciones en sus costos, la que -según se consignó- se nutre de índices oficiales y cuenta con un proceso de validación de un organismo público independiente como es la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Noreste.

Resulta relevante para arribar a esta conclusión el hecho de que no existe ningún elemento o indicio que muestre o permita presumir la aplicación de algún tipo de penalización -o siquiera recriminación- a aquellas clínicas y sanatorios que acordasen precios por debajo de esos valores.

Fecha de firma: 29/06/2018

Firmado por: MARIANA INES CATALANO, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: ALEJANDRO AUGUSTO CASTELLANOS, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: MARIA XIMENA SARAVIA PERETTI, SECRETARIA DE CAMARA



#30938345#210153175#20180629130130990



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA II

Lo expuesto, sin soslayar que la elaboración y difusión de esos índices implica un riesgo concreto de que eventualmente puedan ser empleados en el marco de una práctica colusiva. Sin embargo, como ya se afirmó, en el caso no existen elementos suficientes que permitan tenerla por configurada.

Máxime si se tiene en cuenta que conforme a la información que acompañó ACLISASA a requerimiento de la autoridad de aplicación, los aranceles cobrados por esa entidad a las distintas obras sociales y prepagas (fs. 788/875) en muchos de los casos son inferiores a los índices de referencia de las unidades de gastos sanatoriales de la Comisión Nacional de Gastos y Aranceles (fs. 2943/2974). Esa circunstancia desvirtúa cualquier consideración respecto a su presunta utilización para la concertación de precios.

A mero título ejemplificativo, cabe traer a colación que en el mes de febrero de 2012 -período en el que para la CNDC supuestamente regía la práctica colusiva- el valor de referencia de CONFELISA para obras sociales eran: Unidad Pensión \$ 8,320, Unidad Quirúrgica \$ 10,651, Unidad Radiológica \$ 2,922 y Unidad Otros Gastos \$ 1,344 (fs. 2955); índices que resultan inferiores a los que efectivamente ACLISASA aplicó, verbigracia, a la Obra Social del Penitenciario Federal, que fueron de \$ 5,7400, \$ 7,3700, \$ 2,0770 y \$ 0,9810 respectivamente (fs. 807).

Del mismo modo, para continuar ejemplificando una situación que se repitió en numerosos supuestos, el valor de referencia de CONFELISA para prepagas comerciales en octubre de 2012 era de: Unidad





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA II

Pensión 14,002, Unidad Quirúrgica 17,954, Unidad Radiológica 4,922 y Unidad Otros Gastos 2,263 (fs. 2962); mientras que los utilizados con Medicus para ese mismo período fueron de 7,4224, 8,0000, 2,6400 y 0,8250 (fs. 835).

Por lo demás, este Tribunal no puede dejar de ponderar que el Secretario de Comercio en la misma resolución en que impuso las multas a las recurrentes, como último punto decidió iniciar una investigación de oficio con relación a CONFELISA “por la elaboración y difusión a sus asociados y/o establecimientos sanatoriales que sus asociados agrupan, de valores referenciales para las prestaciones sanatoriales, en tanto dicha conducta podría infringir los artículos 1 y 2, incisos a) y g) de la ley 25.156” (fs. 3463). En el marco de esas actuaciones, según recientes publicaciones periodísticas, la CNDC se encuentra realizando múltiples pedidos de informes.

Así las cosas, resulta una circunstancia significativa, que influye en la decisión actual, el hecho de que se encuentre en curso una nueva pesquisa en la que se investiga específicamente la situación de los valores referenciales en las prácticas sanatoriales; pues probablemente en el marco de esa indagación específica aparecerán otros elementos que permitirán dilucidar con mayor claridad si ello implica la configuración de una práctica anticompetitiva.

Es que las consideraciones que se realizan en la presente resolución se limitan exclusivamente a analizar si los aludidos valores referenciales tuvieron un uso colusivo por las clínicas sancionadas, sin perjuicio





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA II

de que dicha práctica pueda ser por sí misma ilegal, lo que es objeto de las actuaciones que tramitan ante la CNDC.

5.3.3) En definitiva, las razones apuntadas permiten concluir que no existen pruebas suficientes para inferir que la práctica colusiva en la que incurrieron las recurrentes en la negociación de aranceles con la prepaga denunciante, fue también detrimento de las obras sociales sindicales y mutuales, el IPS y las demás empresas de medicina prepaga.

5.4) Dicho lo que antecede, cabe ahora examinar agravios que fueron planteados por algunos de los nosocomios y que sólo se vinculan con su situación particular o la de un grupo de clínicas.

5.4.1) Que respecto a la manifestaciones que efectúan varios de los sanatorios recurrentes relativas a que no todos los firmantes de la nota del 29/12/11 suspendieron sus servicios a Swiss Medicial y que algunos de ellos celebraron luego acuerdos individuales o continuaron percibiendo los valores “determinados por la prepaga”, conviene recordar que la ley 25.156 sanciona los actos o conductas “que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia” (art. 1); por lo que la prohibición alcanza a aquellos actos o conductas que aun cuando no hubieran logrado su finalidad de llevar a cabo un acto contrario a la competencia hubieran tenido ello por objeto. Se amplía de esa forma el espectro dentro del cual encuadran las acciones llevadas a cabo por los agentes económicos dado que “se persigue la intención del posible infractor, con independencia de que





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA II

logre o no el objetivo perseguido” (Cámara Federal de Rosario, Sala A, “C.O.S. s/ Ley 25.156”, del 07/02/18).

Es decir, el hecho de que algunas clínicas no hayan logrado imponer el precio de las prestaciones que brindaban a la prepaga denunciante o no hayan hecho efectiva la advertencia de suspender sus servicios, carece de relevancia para tener por configurada la conducta anticompetitiva, toda vez que no sólo se sanciona el efecto o consecuencia de un comportamiento, sino también su objeto o finalidad.

5.4.2) Por otra parte, a diferencia de lo que postulan Hospital Privado Tres Cerritos S.A., Cenesa S.A. y los sanatorios agrupados en ACLISASA, no es necesario que se demuestre cuál hubiera sido el precio pagado por Swiss Medical S.A. si no se hubiese configurado la conducta colusiva, ni tampoco que se pruebe que se trató de un valor supracompetitivo, pues conforme lo establece el art. 2 de la ley 25.156 la mera concertación de precios basta para que se constituya una práctica restrictiva de la competencia.

5.4.3) Que en relación al acuerdo agregado a fs. 2741/2743, al que Hospital Privado Tres Cerritos pretende asignarle los alcances previstos en el art. 36 de la LDC, es necesario precisar que de su examen no se desprende que se trate de un compromiso de cese de los hechos investigados en los términos en que fue concebido por esa norma, sino -tal como su propio encabezado lo indica- un acuerdo para dar por terminado un conflicto de intereses con relación a la ejecución de un contrato.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA II

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe recordar que el decreto reglamentario 89/2001 establece que de esa propuesta se debe correr vista al denunciante a fin de que manifieste lo que considere oportuno; por lo que el presentante, al proveerse su escrito de fs. 2736/2737, debió cuestionar la omisión de la autoridad de aplicación de correr ese traslado, caso contrario puede presumirse que consintió la decisión de la CNDC de no darle el alcance previsto en el aludido art. 36.

5.5) Perjuicio al interés económico general

Delimitado entonces que la práctica anticompetitiva en que incurrieron las clínicas sancionadas fue circunscripta a los aranceles que se pretendió imponer a Swiss Medicial S.A., cabe ahora determinar si -como lo exige el art. 1 de la ley 25.156- de esa conducta pudo resultar un perjuicio para el interés económico general.

A tal fin, liminarmente recordaremos que la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador (Fallos: 302:973) y la primera fuente para determinar esa voluntad es la letra de la ley (Fallos: 299:167); así como los jueces no deben sustituir al legislador sino aplicar la norma tal como éste la concibió (Fallos: 300:700), las leyes deben interpretarse conforme al sentido propio de las palabras que emplean sin su significado específico (Fallos: 295:376), máxime cuando aquél concuerda con la acepción corriente en el entendimiento común y la técnica legal empleada en el ordenamiento jurídico vigente (Fallos: 295:376).





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA II

A partir de ese criterio, debe tenerse presente que el art. 1 de la LDC al sancionar los actos o conductas de las “que pueda resultar perjuicio al interés económico general”, no requiere que ese gravamen efectivamente exista sino que tal proceder tenga aptitud para provocarlo, pues de otra manera no se advierte qué sentido tendría el modo verbal empleado. La letra de la ley es clara respecto del alcance que debe darse al precepto en examen (en este sentido se expidió la CSJN al analizar el art. 1 de la ya derogada ley 22.262, de similar redacción en ese aspecto a la 25.156, fallo “A Gas S.A.”, JA 1994-III-69).

En esta misma dirección se ha sostenido que basta con que las conductas anticompetitivas tengan aptitud suficiente, es decir, potencialidad para perjudicar el interés económico general, sin que resulte necesario que dicho perjuicio resulte económicamente mensurable de manera precisa y actual (Gozaini, Osvaldo Alfredo, “El control de legalidad en ley de Defensa de la Competencia”, Revista de Derecho Público, tomo 2011 – 1. Control judicial de la jurisdicción administrativa – RC D 623/2013, citado por la Cámara Federal de Rosario Sala A en el aludido fallo “C.O.S”).

Si bien la referencia al perjuicio al interés económico general ha generado un intenso debate a partir de la amplitud que pueda otorgarse a tal expresión (Rouillon, Adolfo – Alonso, Daniel, “Código de Comercio. Comentado y Anotado”, Bs. As., 2006, Tomo V, pág. 1014); la exposición de motivos de la ley 22.262 brinda una pauta al establecer que “...





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA II

con la afectación del interés económico general se deja en claro que es el que sufre al trabarse el funcionamiento de un mercado ...”.

Es que el concepto de “correcto funcionamiento del mercado” ha sido desde siempre identificado con el interés económico general. Si el mercado funciona correctamente, no hay daño para el interés económico general (Otamendi, Jorge, “El interés general y la eficiencia económica en la ley de defensa de la competencia”, La Ley 1999-F, 1087).

Efectuada esa precisión, resulta pertinente recordar que la práctica anticompetitiva atribuida a las recurrentes es una concertación de precios; por lo que deviene oportuno destacar que la colusión ha sido considerada como una figura que atenta -como mínimo en forma posible- contra el interés económico general (Del Pino, Miguel - Del Rio, Santiago, “Ilegalidad de las conductas colusorias: ¿efectividad o mera posibilidad?”, DCCyE 2013 -febrero-, 279).

Es decir, en principio resulta válido presumir que la conducta colusiva atribuida a las clínicas y sanatorios implica *per se* una afectación en los términos requeridos por el art. 1 *in fine* de la LDC. Esta ha sido la interpretación recientemente recogida por el legislador, pues en el nuevo régimen de defensa de la competencia sancionado hace poco más de un mes por el Congreso mediante **ley 27.442** (B.O. 15/05/18), se estableció que “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





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA II

cuyo objeto o efecto fuere: a) Concertar en forma directa o indirecta el precio de venta o compra de bienes o servicios al que se ofrecen o demanden en el mercado” (art. 2, subrayado añadido).

Sin perjuicio de que lo expuesto bastaría para tener por configurado el presupuesto en análisis, lo cierto es que del examen del mercado afectado y del acuerdo colusivo incurrido también se desprende que este último tuvo aptitud de ocasionar un perjuicio al interés económico general.

En efecto, tal como lo sostuvo la CNDC -y no fue objeto de crítica concreta y razonada- “la actuación coordinada por parte de los competidores respecto de los precios de sus prestaciones permite, cuanto menos, partir de una mejor y artificial posición negociadora frente a los prestatarios que la que habría cabido en ausencia del acuerdo, bajo una normal competencia (...) La restricción de la competencia permite a los nosocomios imputados cobrar mayores precios que los que habrían prevalecido en ausencia de la conducta (...) Ante un incremento de las prestaciones sanatorias, las administradoras de fondos para la salud se encuentran ante dos alternativas: a) incrementar el costo de los seguros médicos, o b) racionar de distintas maneras el uso de la medicina. Cualquiera de estas dos soluciones implica un perjuicio para el bienestar de los consumidores” (fs. 3446/3447).

En síntesis, las razones apuntadas precedentemente permiten tener por configurada la exigencia del art. 1 *in fine* referida a la potencialidad de perjuicio al interés económico general.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA II

5.5.1) Por otra parte, en cuanto a lo puntualizado por Parque S.A. respecto a que no se afectó el interés económico general, por cuanto Swiss Medical S.A. no tuvo ningún perjuicio económico, es importante precisar que al hablar del interés económico general, **se entiende que es el de la comunidad y no el de determinados agentes económicos**; pues la noción refiere a las expectativas o derechos de contenido económico de una multiplicidad o pluralidad de personas (Cámara Federal de Rosario, Sala A, citado fallo “C.O.S.”).

6) La sanción

Encontrándose configurados, entonces, los presupuestos para sancionar a las clínicas y sanatorios apelantes en el marco del régimen de defensa de la competencia, cabe analizar ahora los agravios relativos al *quantum* de la multa impuesta por el Secretario de Comercio de la Nación.

El artículo 46 inciso b) de la ley 25.156 prescribe que los que realicen los actos prohibidos en los Capítulos I y II y en el artículo 13 del Capítulo III de dicha norma, serán sancionados con una multa de diez mil pesos (\$ 10.000) hasta ciento cincuenta millones de pesos (\$ 150.000.000), que se graduará en base a: 1. La pérdida incurrida por todas las personas afectadas por la actividad prohibida; 2. El beneficio obtenido por todas las personas involucradas en la actividad prohibida; 3. El valor de los activos involucrados de las personas indicadas en el punto 2 precedente, al momento en que se cometió la violación.

Fecha de firma: 29/06/2018

Firmado por: MARIANA INES CATALANO, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: ALEJANDRO AUGUSTO CASTELLANOS, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: MARIA XIMENA SARAVIA PERETTI, SECRETARIA DE CAMARA



#30938345#210153175#20180629130130990



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA II

Por su parte, el artículo 49 dispone que también deberá considerarse la gravedad de la infracción, el daño causado, los indicios de intencionalidad, la participación del infractor en el mercado, el tamaño del mercado afectado, la duración de la práctica o concentración y la reincidencia o antecedentes del responsable, así como su capacidad económica.

Con tal sustento normativo, en la resolución recurrida se destacó la dificultad que implica estimar con precisión los beneficios y perjuicios antes mencionados, por lo que luego de analizarse los ingresos, resultados antes de impuestos, patrimonio neto y el pasivo de las sancionadas, se decidió fijar multas del 2% o 4% de los ingresos por todo concepto que figuran en los estados de resultados presentados para el año 2015, actualizados a 2016.

Así, la conclusión a la que se arribó en el punto 5, de considerar que la práctica colusiva se limitó a la prepaga denunciante, impone una reducción significativa de la multa, pues el porcentaje del mercado de prestaciones sanatorias afectado fue notablemente inferior al considerado por la CNDC. Dicha circunstancia, necesariamente implica una variación de las pautas de graduación de los arts. 46 y 49, en tanto: i) la pérdida incurrida por las personas afectadas es menor; ii) hay una disminución en el beneficio obtenido por la actividad prohibida; y iii) el daño causado es notablemente inferior, como así también la gravedad de la infracción.

Fecha de firma: 29/06/2018

Firmado por: MARIANA INES CATALANO, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: ALEJANDRO AUGUSTO CASTELLANOS, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: MARIA XIMENA SARAVIA PERETTI, SECRETARIA DE CAMARA



#30938345#210153175#20180629130130990



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE SALTA - SALA II

Por ello, se estima prudente hacer lugar parcialmente a los recursos interpuestos por las clínicas sancionadas y, por consiguiente, reducir las multas impuestas en un 70%.

7) Atento el resultado al que se arriba, las costas de esta instancia se distribuirán en el orden causado.

Por ello, se

RESUELVE:

I) CONFIRMAR PARCIALMENTE la Resolución N° 598 de la Secretaría de Comercio de la Nación, reduciendo la multa impuesta a las clínicas recurrentes a un 30% de los importes allí consignados.

II) DISTRIBUIR las costas de esta instancia en el orden causado.

III) REGÍSTRESE, notifíquese, publíquese en los términos de las Acordadas CSJN 15 y 24 de 2013 y oportunamente archívese.

No firma el Dr. Guillermo Federico Elías por encontrarse en uso de licencia (art. 109 RJN).

Fdo. Dres. Mariana Inés Catalano- Alejandro Augusto Castellanos- Jueces de Cámara- Ante mí: María Ximena Saravia- Secretaria





República Argentina - Poder Ejecutivo Nacional
2018 - Año del Centenario de la Reforma Universitaria

Hoja Adicional de Firmas
Informe gráfico

Número:

Referencia: SENTENCIA CLINICAS DE SALTA

El documento fue importado por el sistema GEDO con un total de 55 pagina/s.