

**ANUARIO DE LA  
COMPETENCIA DEL  
MERCOSUR**



# **ANUARIO DE LA COMPETENCIA DEL MERCOSUR**

**2023**

**Diagramado por**

JE Industria Gráfica

Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación o cualquier otro sistema de archivo y recuperación de información con fines comerciales.

Los artículos publicados en el presente material son de exclusiva responsabilidad de los autores y no representan la posición oficial de las instituciones participantes.

MATERIAL DE DISTRIBUCIÓN GRATUITA

**INSTITUCIONES PARTICIPANTES**

**REPÚBLICA ARGENTINA**

COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

**REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA

**REPÚBLICA DEL PARAGUAY**

COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA

**REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY**

COMISIÓN DE PROMOCIÓN Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA



EQUIPO EDITORIAL

**COORDINACIÓN DE LA SEGUNDA EDICIÓN**

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

**REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY**

Daniel Ferrés, *Comisionado*

**MIEMBROS**

**COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA**

**REPÚBLICA ARGENTINA**

Catalina Aldama, *Directora Nacional de Promoción de la Competencia*

Lucas Trevisani Vespa, *Director de Promoción*

**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA**

**REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**

Alexandre Cordeiro Macedo, *Presidente*

Bruna Pamplona de Queiroz, *Chefe da Assessoria Internacional*

**COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA**

**REPÚBLICA DEL PARAGUAY**

Rolando Díaz Delgado, *Miembro del Directorio*

Silvia Meza, *Secretaria del Directorio*

Pablo Ramírez Ayala, *Jefe del Departamento de Abogacía*





# ÍNDICE

<b>PRESENTACIÓN</b>	<b>13</b>
<b>APRESENTAÇÃO</b>	<b>15</b>
<b><u>ENTREVISTA</u></b>	
FRÉDÉRIC JENNY, PRESIDENTE DEL COMITÉ DE COMPETENCIA DE LA OCDE	<b>19</b>
<b><u>REPÚBLICA ARGENTINA</u></b>	
<b>EL CONTROL DE CONCENTRACIONES ECONÓMICAS EN ARGENTINA. ANTECEDENTES INMEDIATOS Y PERSPECTIVAS</b>	<b>25</b>
O CONTROLE DAS CONCENTRAÇÕES ECONÔMICAS NA ARGENTINA. ANTECEDENTES E PERSPECTIVAS IMEDIATAS	
<i>Pablo Lepere</i>	
<b>SANCIONES RELEVANTES POR CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS - JUNIO 2022 – JUNIO 2023</b>	<b>45</b>
SANÇÕES RELEVANTES PARA CONDUTAS ANTICOMPETITIVAS - JUNHO 2022 – JUNHO 2023	
<b><u>REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL</u></b>	
<b>PROPÓSITOS ANTICOMPETITIVOS SUBYACENTES EN NEGOCIOS COMUNICADOS COMO FUSIONES</b>	<b>65</b>
FINS ANTICOMPETITIVOS SUBJACENTES EM NEGÓCIOS RELATADOS, COMO FUSÕES	
<i>Diogo Thomson, Alden Caribé y Priscilla Craveiro</i>	

**CONTRATOS DE EXCLUSIVIDADE E DEFESA DA CONCORRÊNCIA: UMA ANÁLISE DAS RECENTES DECISÕES DO CADE E DA BUSCA POR UM PARÂMETRO OBJETIVO** 79

ACUERDOS DE EXCLUSIVIDAD Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA: UN ANÁLISIS DE LAS RECIENTES DECISIONES DEL CADE Y LA BÚSQUEDA DE UN PARÁMETRO OBJETIVO

*Gustavo Augusto Freitas de Lima, Bertrand Wanderer y Otávio Augusto Andrade Santos*

**REPÚBLICA DEL PARAGUAY**

**BARRERAS DE ENTRADA Y POSICIÓN DOMINANTE EN LA JURISPRUDENCIA DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA (CONACOM) DE PARAGUAY** 103

BARREIRAS DE ENTRADA E POSIÇÃO DOMINANTE NA JURISPRUDENCIA DA COMISSÃO NACIONAL DA CONCORRÊNCIA (CONACOM) DO PARAGUAI

*Rolando Díaz Delgado y María José Sosa Rolón*

**EL CONTROL JUDICIAL DE LAS RESOLUCIONES DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA (CONACOM) DE PARAGUAY** 127

CONTROLE JUDICIAL DAS RESOLUÇÕES DA COMISSÃO NACIONAL DE CONCORRÊNCIA (CONACOM) DO PARAGUAI

*Rolando Díaz Delgado*

**REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY**

**IMPORTACIONES EN URUGUAY: UN ANÁLISIS DEL MERCADO DE LA CREMA DENTAL** 159

IMPORTAÇÃO NO URUGUAI: UMA ANÁLISE DO MERCADO DE CREME DENTÍFICO

*Alejandra Giuffra Gaydo y Martín Sequeira Terra*

**INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN Y MERCADOS DIGITALES: 183**  
**RETOS AL DERECHO DE LA COMPETENCIA**

TROCA DE INFORMAÇÕES E MERCADOS DIGITAIS: DESAFIOS PARA O  
DIREITO DA CONCORRÊNCIA

**Natalia Marcos Sperati y Gonzalo Ramos Delacoste**

PARAGUAY



## PRESENTACIÓN

Presentamos el segundo número de nuestro Anuario de la Competencia del MERCOSUR, una nueva iniciativa de cooperación impulsada por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) de Argentina, el Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) de Brasil, la Comisión Nacional de la Competencia (CONACOM) de Paraguay y la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia (CPDC) de Uruguay.

Las autoridades de competencia del MERCOSUR se vuelven a unir en un esfuerzo de comunicación y cooperación entre ellas, y entre ellas y los agentes económicos, los académicos y los ciudadanos de nuestros cuatro países.

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

El segundo número del Anuario de la Competencia del MERCOSUR incluye contribuciones y reflexiones sobre temáticas variadas y de gran actualidad. Los autores han aportado artículos que tienen que ver con un número de actuaciones y decisiones recientes de las autoridades de competencia de la región, la implementación del control de concentraciones económicas, criterios para analizar posibilidades de intercambios de información entre empresas, un análisis de decisiones que tienen que ver con aspectos relacionados a los acuerdos de exclusividad en distintos mercados, un análisis del control judicial de las decisiones de la autoridad de la competencia en Paraguay, un artículo que analiza el impacto regulatorio para la importación de productos en la competencia en un mercado local en Uruguay y un artículo que informa sobre consideraciones vinculadas a la presencia de barreras a la entrada en un mercado y la existencia de empresas con una posición dominante.

Muy especialmente, recomendamos prestar atención a los aportes del Profesor Frédéric Jenny, Presidente del Comité de Competencia de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE). En la entrevista que se presenta en este Anuario, el Profesor Frédéric Jenny se refiere a los avances de la defensa de la competencia en América Latina, aportando

recomendaciones concretas para las autoridades de competencia de la región y a temas como la regulación y competencia en mercados digitales, incluyendo la evolución de las fintech y el comercio electrónico.

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

Agradecemos muy especialmente por el gran esfuerzo de las instituciones y de las personas que han contribuido a la producción y edición de este segundo número del Anuario de la Competencia del MERCOSUR. Es por esto que tenemos que agradecer a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) de Argentina, al Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) de Brasil, a la Comisión Nacional de la Competencia (CONACOM) de Paraguay, a la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia (CPDC) de Uruguay, a la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR (STPR), al equipo editorial, y muy especialmente a nuestros autores.

Esperamos que el segundo número de nuestro Anuario de la Competencia del MERCOSUR sea un aporte valioso para nuestra comunidad.

**Daniel Ferrés**

Comisionado

Comisión de Promoción y Defensa de la  
Competencia

República Oriental del Uruguay

## APRESENTAÇÃO

Apresentamos o segundo número do nosso Anuário de Concorrência do MERCOSUL, uma nova iniciativa de cooperação promovida pela Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) da Argentina, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) do Brasil, a Comisión Nacional de la Competencia (CONACOM) do Paraguai e a Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia (CPDC) do Uruguai.

As autoridades concorrenciais do MERCOSUL se reúnem novamente num esforço de comunicação e cooperação entre si, entre elas e os agentes económicos, académicos e cidadãos dos nossos quatro países.

Um dos objetivos do nosso Anuário é ser uma plataforma de consulta para conhecer, em primeira mão, o Direito Concorrencial do MERCOSUL e de cada um dos Estados que o compõem, a atuação das autoridades concorrenciais, os critérios de uma delas em suas diferentes áreas de atuação e um espaço de debate no qual participam todos os atores envolvidos.

O segundo número do Anuário de Concorrência do MERCOSUL apresenta contribuições e reflexões sobre temas variados e de atualidade. Os autores contribuíram com artigos que tratam de uma série de ações e decisões recentes das autoridades de concorrência da região, da implementação do controle de concentrações econômicas, critérios para analisar possibilidades de troca de informações entre empresas, de uma análise de decisões que têm a ver com aspectos relacionados a acordos de exclusividade em diferentes mercados, análise do controle judicial das decisões da autoridade concorrential no Paraguai, um artigo que analisa o impacto regulatório da importação de produtos y a concorrência em um mercado local no Uruguai e um artigo que relata considerações ligadas à presença de barreiras à entrada num mercado com existência de empresas com posição dominante.

Muito especialmente, recomendamos prestar atenção às contribuições do Professor Frédéric Jenny, Presidente do Comité da Concorrência da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE). Na entrevista apresentada neste Anuário, o professor Frédéric Jenny refere-se aos avanços na defesa da concorrência na América Latina, fornecendo recomendações concretas para as autoridades concorrenciais da região e temas como regulação e concorrência nos mercados digitais, incluindo a evolução das fintech e do comércio eletrônico.

O Anuário que hoje apresentamos surge graças à firme convicção de que a cooperação interinstitucional no MERCOSUL é um caminho importante para promover e defender a livre concorrência nos mercados y na construção do processo de integração que está em curso há mais de trinta anos.

Agradecemos especialmente o grande esforço das instituições e pessoas que contribuíram para a produção e edição deste segundo número do Anuário da Concorrência do MERCOSUL. É por isso que temos que agradecer à Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) da Argentina, ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) do Brasil, à Comisión Nacional de la Competencia (CONACOM) do Paraguai, à Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia (CPDC) do Uruguai, à Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL (STPR), à equipe editorial e especialmente aos nossos autores.

Esperamos que a segunda edição do nosso Anuário de Competição MERCOSUL seja uma contribuição valiosa para a nossa comunidade.

**Daniel Ferrés**

Comissário

Comisión de Promoción y Defensa de la  
Competencia

República Oriental do Uruguai



# **ENTREVISTA**

**FRÉDÉRIC JENNY**

PRESIDENTE DEL COMITÉ DE COMPETENCIA DE LA OCDE



## **ENTREVISTA A FRÉDÉRIC JENNY**

### **Presidente del Comité de Competencia de la OCDE**

**Julio de 2023**

#### **1. ¿Cómo ve la evolución de la política de competencia en América Latina en los últimos 20 años y cuáles son sus principales desafíos?**

La política de competencia ha tenido un progreso significativo en América Latina en los últimos 20 años. La mayoría de los países de la región adoptaron leyes de competencia o han reforzado su marco normativo en competencia en este periodo, por ejemplo, mediante la adopción de sistemas de control de concentraciones. Perú es un buen ejemplo: adoptó una nueva legislación sobre control de concentraciones, vigente desde junio de 2021 que cubre toda la economía (hasta entonces, el control de concentraciones estaba limitado al sector de electricidad). Con el nuevo régimen de control de concentraciones, veintinueve concentraciones han sido notificadas a la INDECOPI: veinticuatro autorizadas sin restricciones, una desistida por las partes involucradas, una aprobada con restricciones (en el sector farmacéutico) y tres están aún bajo análisis (a julio de 2023). Ninguna transacción ha sido bloqueada y el tiempo promedio de revisión es de veintiséis días. El ejemplo peruano ilustra la creciente relevancia de las autoridades de competencia latinoamericanas para los negocios globales. Ahora, hay veinte sistemas de control de concentraciones en la región (diecisiete en América Latina y tres en países del Caribe), lo que representa alrededor del 20% de sistemas de control de concentraciones en el mundo. Casos transnacionales recientes han estado sujetos a una intensa cooperación internacional entre agencias de competencia de la región, como Disney/Fox (2019), que fue aprobada con condiciones en muchas jurisdicciones, incluyendo Argentina, Brasil, Chile y México.

Hay muchos desafíos por delante y áreas para mejorar, como suele ser el caso en otras jurisdicciones, incluyendo en países desarrolladas y autoridades de competencia con más experiencia). Resaltaría uno que parece estar presente en varios países latinoamericanos: garantizar que la política de competencia sea una prioridad de los gobiernos. Aunque las autoridades de competencia en América Latina tienen generalmente buenos indicadores de aplicación e iniciativas de abogacía, en promedio (por ejemplo, en cuanto a estudios de

mercado), aún carecen de recursos -tanto en términos de presupuesto como de personal- en comparación con el promedio de países de la OCDE. Para dar cantidades más precisas: el presupuesto anual en promedio de las autoridades de competencia de países de la OCDE es de 25 millones de euros, mientras que en América Latina es de 8 millones de euros (en otras palabras, el promedio de la OCDE es el triple de los países de América Latina); y la diferencia en la cantidad de personal también es significativa, observándose que las autoridades de competencia de países de la OCDE tienen en promedio 60% más personal que países latinoamericanos. Estos números están disponibles en las “Tendencias de Competencia de América Latina de la OCDE”, publicado por la OCDE en 2022 y que cubre catorce jurisdicciones (trece de América Latina y una del Caribe), que representan alrededor del 85% de su PIB y la población de la región.

## **2. Las *fintech* y el comercio electrónico han impactado las vidas de muchos consumidores, incluyendo en América Latina. ¿Hay desafíos específicos en estos sectores y cuál es el rol de las autoridades de competencia?**

La OCDE ha discutido ambos temas en las reuniones del Comité de Competencia, por ejemplo, durante la mesa de diálogo sobre “La disrupción digital en mercados financieros” (2019) y la “Implicancia del Comercio Electrónico para la Política de Competencia” (2018). Estos dos sectores tienen desafíos específicos, muchos de los cuales están relacionados a aspectos clave de la economía digital (y, más precisamente, de las plataformas digitales) como los efectos de red, acceso de datos, interoperabilidad de datos y cuestiones de privacidad. En el sector financiero, la disrupción digital está cambiando la forma en que los bancos tradicionales son utilizados y podría estar resolviendo algunos de los problemas de competencia en dichos mercados, como los altos costos de cambio y altos costos de transacción. Aunque las *fintech* operan con negocios más simples y pueden enfocarse en segmentos con altos retornos, también enfrentan desventajas, como la falta de reputación y el bajo reconocimiento de marca, la ausencia de una base de clientes, el acceso limitado a mercados de capital y un punto de inicio con no mucha información sobre clientes en general. En cuanto al comercio electrónico, no solo ha cambiado cómo los clientes compran, sino también la gama de proveedores de los cuales los consumidores pueden comprar productos y servicios. El crecimiento del comercio electrónico tiene el potencial de aumentar la competencia dentro de los mercados minoristas, mejorando las opciones de los consumidores y facilitando la innovación en la distribución

de productos. A pesar de las ventajas, las autoridades de competencia han expresado preocupaciones sobre las potenciales conductas anticompetitivas dentro del sector de comercio electrónico, incluyendo los desafíos relacionados a la definición de mercados, asuntos de verticalidad y control de concentraciones. Considerando las particularidades de ambos sectores, las autoridades de competencia deben seguir vigilantes tanto en relación con acciones de aplicación de la ley como en trabajos de abogacía, como estudios de mercado emitidos por las autoridades de competencia de Brasil, México y Perú.

### **3. Muchos países alrededor del mundo están considerando adoptar regulaciones inspiradas en la Ley Europea de Mercados Digitales (DMA, por sus siglas en inglés). ¿Cómo impacta esta tendencia a países latinoamericanos?**

Es cierto que muchas jurisdicciones están discutiendo cuál es la mejor forma de regular las plataformas digitales. La Comisión Europea tomó el primer paso adoptando la Ley de Mercados Digitales (DMA) y la Ley de Servicios Digitales (DSA, por sus siglas en inglés). Al mismo tiempo, hoy podemos ver diferentes propuestas en la mesa además de las regulaciones de la Unión Europea como, por ejemplo, el arco regulatorio alemán (que modificó la Ley de Competencia Alemana en lugar de crear un marco legal separado), la propuesta británica, los proyectos de ley estadounidenses y discusiones avanzadas en Australia. Creo que el resto del mundo -incluyendo países de América Latina- podrían beneficiarse de este mayor espectro de opciones regulatorias, lo cual es positivo. Es importante destacar que aún están en la fase de experimentación y estarán posiblemente sujetas a cambios y mejoramientos en los próximos años. Aún es un poco temprano para hablar de un “estándar OCDE” en este tema (ya que normalmente esto requiere un conjunto de prácticas comunes en varios países de la OCDE), pero hemos pasado definitivamente de la pregunta del “por qué” a la pregunta del “cómo” en este asunto, considerando los desafíos que las plataformas digitales generan a la política de competencia, pero también a otras áreas de políticas como la privacidad y protección del consumidor.

#### **4. ¿Qué consejo le daría a autoridades de competencia de América Latina en relación con la priorización de su trabajo, capacitación de personal y métodos de trabajo?**

La priorización es principalmente una cuestión doméstica. En este sentido, cada país debe ser capaz de seleccionar dónde enfocar su trabajo y recursos como, por ejemplo, en sectores que son más relevantes para sus economías y consumidores locales. Pero es importante *ser capaz de priorizar*, lo cual no es siempre el caso en algunos países ya que ello podría depender de sus marcos normativos específicos. En América Latina, he visto a muchos países priorizar áreas que tienen un mayor impacto en los más pobres, como los mercados relacionados a bienes de primera necesidad (por ejemplo, el cartel del maíz en México y el cartel de la sal en Brasil), así como la lucha contra las licitaciones colusorias, dada la preocupación en el presupuesto público. Esto podría explicar por qué la competencia y la reducción de la pobreza han sido seleccionadas dos veces como un tema de discusión en el Foro Latinoamericano y del Caribe de la Competencia (FLACC) de la OCDE y el BID (en 2012 y 2023). En cuanto a capacitaciones y métodos de trabajo, mi consejo sería invertir lo más que se pueda. La OCDE también puede apoyar a países en este frente, por ejemplo, a través de proyectos en el país y actividades de capacitación proveídas por el Centro Regional de Competencia de la OCDE en América Latina, con sede en Lima, Perú. Este Centro fue lanzado en 2019 y ha alcanzado a 1.500 funcionarios públicos de la región desde su creación.

# **REPÚBLICA ARGENTINA**

**COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA**

**Presidente:** Rodrigo Luchinsky





# EL CONTROL DE CONCENTRACIONES ECONÓMICAS EN ARGENTINA. ANTECEDENTES INMEDIATOS Y PERSPECTIVAS

## O CONTROLE DAS CONCENTRAÇÕES ECONÔMICAS NA ARGENTINA. ANTECEDENTES E PERSPECTIVAS IMEDIATAS

Pablo Lepere

### RESUMEN

El presente artículo disecciona las actuaciones del último año de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia en materia de concentraciones económicas: describe el compromiso de desconcentración al que arribó la autoridad junto a las empresas notificantes en la fusión *Syngenta/Nidera*, así como también, repasa los Informes de Objeción emitidos en los casos de *Natura/Avon*, *Discovery/Warner* y *Georgalos/Mantecol*. Asimismo, se realiza un análisis pormenorizado del nuevo «Reglamento para la Notificación de Operaciones de Concentración Económica», que el 18 de mayo de 2023 se aprobó por medio de la Resolución 905 de la Secretaría de Comercio del Ministerio de Economía y que será aplicable a todos los actos de concentración que se notifiquen para su autorización de acuerdo a lo dispuesto en el Capítulo III de la LDC, a partir del día 6 de julio de 2023.

**Palabras clave:** operaciones de concentración económica – informe de objeción – compromiso – nuevo reglamento

### RESUMO

Este artigo analisa a atuação da Comissão Nacional de Defesa da Concorrência em concentrações econômicas ao longo do último ano: descreve o compromisso de desconcentração que a autoridade impôs as empresas notificantes na fusão *Syngenta/Nidera*, da mesma maneira, analisa os Relatórios de Impugnação emitidos nos casos *Natura/Avon*, *Discovery/Warner* e *Georgalos/Mantecol*. Assim também, é realizada uma análise detalhada do novo “Regulamento de Notificação de Operações de Concentração Econômica”, que em 18 de maio de 2023 foi aprovado pela Resolução 905 da Secretaria de Comércio do Ministério da Economia e que será aplicável a todos os atos de concentração que sejam notificados para autorização nos termos do Capítulo III da LDC, a partir de 6 de julho de 2023.

**Palavras-chave:** operações de concentração econômica – relatório de contestação – compromisso – nova regulamentação

## INTRODUCCIÓN

En esta nueva edición del Anuario Mercosur, nuestra intención es visitar algunas de las decisiones de *enforcement* más relevantes adoptadas por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) en materia de control de operaciones de concentraciones económicas, y también examinar las principales características del nuevo reglamento para la notificación de operaciones de concentración económica, cuya entrada en vigencia está prevista para principios de julio de 2023.

Todas las acciones de *enforcement* que describiremos involucraron la emisión de un «Informe de Objeción». Esta figura fue introducida por la Ley 27.442 de Defensa de la Competencia (LDC) de Argentina sancionada en 2018. Se trata de un instrumento inspirado en el «*Statement of Objections*» de la legislación comunitaria europea en materia de competencia.

Es un documento en el que la autoridad de defensa de la competencia argentina realiza una evaluación preliminar del impacto de una operación de concentración económica, y en el que se plasman las preocupaciones específicas que podrían derivarse de dicha operación en función de sus efectos sobre la estructura de un mercado determinado. A partir de entonces, la discusión entre la autoridad de defensa de la competencia y las empresas notificantes queda formalmente enmarcada en los aspectos problemáticos de la operación que esté siendo analizada.

El Informe de Objeción (IO) —al igual que un «*Statement of Objections*»— está pensado como un paso intermedio en el proceso de análisis de una operación de concentración económica que implique riesgos para la competencia, al cual le sigue una fase en el que las empresas notificantes pueden opinar tanto sobre las conclusiones preliminares a las que arribó la autoridad, como también proponer remedios que mitiguen o neutralicen esos riesgos.

Ahora, a diferencia de un «*Statement of Objections*» europeo, un IO es de acceso abierto —la LDC dispone su publicación en simultáneo con su notificación a las empresas notificantes—, y su uso está previsto exclusivamente para los casos de concentraciones económicas problemáticas.

En la edición 2022 de este Anuario se analizó la primera aplicación que la CNDC hizo de los IOs. El objetivo de este nuevo texto es, por un lado, detallar el resultado final de uno de los procedimientos que se encontraba pendiente de resolución entre la CNDC y las empresas notificantes y, por el otro, reseñar los IOs que fueron emitidos desde entonces y en los que la CNDC todavía está trabajando con las empresas notificantes en soluciones que permitan minimizar los riesgos identificados.

En cuanto al nuevo reglamento para la notificación de operaciones de concentración económica, es importante destacar que la LDC estipula que la

autoridad de aplicación debe crear un «procedimiento sumario», que alcance a aquellas operaciones de concentración económica que tuvieran menor probabilidad de tener efectos significativos perniciosos sobre la competencia. La distinción entre un procedimiento sumario y, en oposición, un «Procedimiento ordinario», no estaba prevista en la Ley 25.156, antecesora inmediata de la LDC, como tampoco en su normativa reglamentaria y complementaria, que disponían la reglamentación del procedimiento de notificación de operaciones de concentración económica, esta última vigente hasta la entrada en vigor del nuevo reglamento.

Además de lo anterior, existía un consenso en la comunidad nacional de defensa de la competencia sobre la necesidad de modernizar la regulación del procedimiento de notificación de actos de concentración económica, tanto para adaptarlo a las disposiciones de la LDC vigente desde 2018 y, al mismo tiempo, incorporar la experiencia acumulada por la CNDC en los más de 20 años de aplicación de control de concentraciones económicas en Argentina.

Después de un largo y arduo proceso de trabajo, el 18 de mayo de 2023 se publicó en el Boletín Oficial la Resolución 905 de la Secretaría de Comercio del Ministerio de Economía que aprueba el nuevo «Reglamento para la Notificación de Operaciones de Concentración Económica» (el “Reglamento”) que, a partir del día 6 de julio de 2023, el nuevo reglamento será aplicable a todos los actos de concentración que se notifiquen para su autorización de acuerdo a lo dispuesto en el Capítulo III de la LDC. A su vez, se deroga la Resolución 40 de 2001 de la ex Secretaría de Defensa de la Competencia y del Consumidor —cuyo Anexo I estableció la mencionada «Guía para la notificación de operaciones de concentración económica».

En la última sección de este artículo revisaremos las principales características de la nueva normativa.

## **Casos autorizados a partir de compromisos**

Aunque con la emisión de un IO se inicia una etapa en la que la discusión sobre las conclusiones preliminares de la CNDC sobre una operación está legalmente habilitada para las empresas notificantes, se trata de una fase que suele girar exclusivamente alrededor de la negociación acerca de los remedios que serían aptos para despejar las preocupaciones expresadas por la autoridad de competencia. A continuación, realizaremos una breve descripción del remedio adoptado en la operación de concentración Syngenta/Nidera, cuyo IO describimos en profundidad en la edición 2022 de este Anuario.

### **Syngenta/Nidera | Desarrollo y comercialización de semillas**

La compra de la división de semillas de COFCO Corporation por parte de Syngenta Group Co., Ltd. (Syngenta) motivó la emisión de un IO por parte de la CNDC.

En Argentina, las subsidiarias de Syngenta eran importantes jugadores en el mercado de desarrollo, producción y comercialización de semillas — particularmente, semillas de girasol, donde tenían la mayor participación de mercado.

La operación implicaba que, en el país, Nidera Seeds Argentina SAU (Nidera) se convirtiera también en una integrante del grupo Syngenta. La participación combinada entre Syngenta y Nidera en desarrollo, comercialización y producción de semillas de girasol ascendía, en un escenario post-operación, a más del 60% del mercado.

Ante el diagnóstico del IO, Syngenta presentó una propuesta de desinversión que la CNDC entendió lograba eliminar los riesgos identificados, y con cuya implementación se preservaría una estructura de la oferta adecuada en el mercado relevante considerado.

El compromiso de Syngenta —aceptado por la CNDC— consistía en un remedio estructural a través de la venta de un paquete de activos que pertenecía a Nidera, y relacionados al desarrollo, producción y comercialización de semillas de girasol:

- El banco de germoplasma de Nidera;
- El *know-how* del germoplasma, el cual incluye pedigríes, datos históricos de pruebas y reproducción (incluyendo resultados de rendimiento y calidad), fórmulas de investigación de producción (densidades de plantas, fertilización, divisiones de plantación, porcentual de machos y hembras), comportamiento de parentales e híbridos en diferentes circunstancias, capacidad de cruzamiento de líneas dentro del banco de germoplasma;
- La propiedad intelectual del germoplasma;
- Las marcas *Super Paraíso*<sup>®</sup> y el nombre comercial *Aromo*<sup>™</sup>.
- El inventario de semillas de girasol de Nidera que se encontraban listas para su comercialización;

Previo a obtener la autorización de la CNDC, Syngenta transfirió los activos descriptos a Nuseed Semillas, una subsidiaria de Nufarm Limited, una firma de origen australiano que en Argentina tenía una modesta participación en el negocio de semillas de girasol, pero que la autoridad entendió que posee el potencial para transformarse en un competidor vigoroso y efectivo del mercado en cuestión como resultado de la desinversión.

## **Nuevos informes de objeción**

Desde la edición 2022 de este Anuario, la CNDC ha emitido IOs en el marco de cuatro transacciones, tal como se comenta a continuación.

## Natura/Avon | Productos de belleza

La creación de Natura Holding S.A. (Natura/Avon), emergente de la fusión entre la brasileña Natura Cosméticos S.A. (Natura) y la estadounidense Avon Products, Inc. (Avon) dio lugar a un IO de la CNDC.

La actividad de ambas empresas en Argentina se enfoca fundamentalmente en la comercialización de productos de belleza y cuidado personal, la cual canalizan por medio de la venta directa o por catálogo a través de revendedoras.

En función del análisis plasmado en el IO, la CNDC concluyó en forma preliminar que la operación podría generar riesgos en varios segmentos del mercado de productos de belleza y cuidado personal, particularmente en el mercado de cosméticos de color y en el de fragancias masivas.

En el mercado de cosméticos de color, Natura/Avon pasaría a tener una participación de mercado promedio del 40%. La CNDC segmentó a su vez el mercado de cosméticos de color para el rostro, ojos y labios y, en todos ellos, la unidad consolidada gozaría de una cuota de mercado que rondaría el 40%. En el mercado de fragancias masivas la participación de la entidad combinada ascendería a 53,7%.

Los dos segmentos de mercado identificados como problemáticos en el IO son, a su vez, las principales fuentes de ingresos por ventas de las empresas. De este modo, en el caso de Natura, casi el 55% de sus ventas totales se concentraban en los rubros de fragancias y cosméticos de color. En Avon, la participación de ambas categorías sobre sus ventas totales alcanzaba el 44,35%. En los segmentos de mercado reseñados existe también una distancia holgada en términos de cuota de participación respecto a sus principales rivales.

La venta directa o *door-to-door* es el canal primordial de distribución de los productos que componen la cartera de Natura/Avon, y consiste en la comercialización que se realiza a través de revendedoras —por fuera del canal tradicional o moderno. La participación de Natura/Avon en el canal de ventas directa oscila entre el 70% y el 83%, dependiendo del segmento analizado dentro de los productos de belleza y cuidado personal. La CNDC entendió que, si se considera el grado de concentración en cosméticos de color y fragancias masivas en general, y en función de la relevancia específica que tienen ambas empresas en la venta *door-to-door*, en ausencia de competidores desafiantes, podrían verificarse efectos distorsivos sobre la competencia en esos mercados.

En cuanto a barreras a la entrada, en ambos mercados se identificaron obstáculos y dificultades para el desarrollo de potenciales competidores vinculados a gastos de publicidad y posicionamiento de la marca, y al desarrollo de la red de revendedores necesaria para una adecuada distribución de productos.

A la fecha de este artículo, la CNDC y Natura/Avon se encuentran evaluando remedios que permitan neutralizar los riesgos identificados en el IO.

Resulta remarcable mencionar que Natura/Avon ha planteado que, a partir de la operación, prevé realizar inversiones en Argentina que aumenten la producción local de productos, sustituyendo importaciones que, en la actualidad, explican el 70% de lo que comercializa en el país, reduciendo los costos de transporte y generando empleo directo e indirecto en Argentina.

Ante estas manifestaciones, en el IO, la CNDC consignó que, aun como potenciales y/o en status de evaluación, buena parte de las proyecciones sobre variables como inversión local, aumento de la capacidad instalada, sustitución de importaciones, desarrollo de proveedores locales, ahorro de divisas e, incremento del empleo, podrían resultar en beneficios para el interés económico general, bien jurídico tutelado por la LDC.

Ahora bien, aunque en el IO no se descartó que la transacción pueda implicar tales beneficios, sí se advirtió que estos serán considerados por la autoridad en la medida que se trate de propuestas acreditables y cuantificables, y que se realicen en conjunto con remedios puntuales para mitigar los riesgos a la competencia identificados por la CNDC.

### **Discovery/Warner | Señales de televisión**

La fusión de Discovery, Inc. (Discovery) y WarnerMedia, LLC (WarnerMedia) también dio lugar a un IO de la CNDC. La entidad combinada se denomina Warner Bros. Discovery, Inc. (Warner/Discovery).

Discovery es una empresa de medios de comunicación global constituida en Estados Unidos de América presente en más de 220 países. En Argentina, principalmente, produce y comercializa señales de televisión paga y comercializa su plataforma de «Video a Demanda» (VoD, por sus siglas en inglés).

WarnerMedia formaba parte del conglomerado de medios de AT&T. En Argentina produce y licencia contenido audiovisual, produce y comercializa señales de televisión paga, tanto básicas como *premium*, y comercializa su plataforma de VoD.

En su análisis preliminar, la CNDC concluyó que la operación genera riesgos en los mercados de producción y comercialización mayorista de señales de TV paga, en los segmentos de señales infantiles, de películas y series, y de entretenimiento de no ficción.

En el caso de señales infantiles, la participación de Warner/Discovery se ubicaría en torno al 50%, según datos de 2021, contando con cuatro de las nueve señales que conforman este mercado —la participación se calculó en base al rating de las señales.

En señales de películas y series, la participación de Warner/Discovery rondaría el 39% y, en el caso de señales de entretenimiento de no ficción, la participación de la entidad combinada también rondaría el 49%.

Adicionalmente, y dado la gran cantidad, diversidad y preponderancia que tienen las señales comercializadas por Warner/Discovery —tanto básicas como *premium*— se observan potenciales efectos de cartera a partir de la implementación de la transacción.

Warner/Discovery efectivamente comercializa señales de TV paga de distintas temáticas a los distribuidores de señales.

Previo a la implementación de la operación, Discovery comercializaba trece señales, de las cuales seis son de entretenimiento de no ficción, donde cuenta con un 43% del mercado medido por rating, según datos de 2021, tres pertenecen al segmento «estilo de vida» y las cuatro señales restantes comprenden las temáticas infantil, deportiva, variedad e interés general, y películas y series.

WarnerMedia, por su parte, comercializaba dieciséis señales básicas que comprenden una amplia variedad de temáticas: películas y series, infantil, entretenimiento de no ficción, «estilo de vida», musical y noticias. En términos de participación de mercado, ostenta posiciones significativas en el segmento de películas, series y en la categoría infantil, donde las participaciones se ubican en torno al 33% y 29%, respectivamente. Su portfolio se completa con ocho señales *premium* en la categoría de películas y series, y otra señal *premium* en el género deportivo (TNT Sports), a través de la cual se trasmite en vivo el 50% de los partidos de primera división de la liga profesional de fútbol —eventos de enorme interés para la audiencia local.

Este último hecho es particularmente relevante, dada la baja posibilidad de sustitución que presentan. En ese caso, las señales de TNT Sports pueden revestir el carácter de irremplazable para cualquier distribuidor minorista de señales de TV paga —si considera estrictamente necesario contar con sus contenidos para mantener o incrementar su competitividad.

La suma de todos esos factores, tal como concluye el IO, le asegura a Warner/Discovery un incremento significativo en su poder de negociación y le otorga la capacidad para desarrollar distintos tipos de estrategias de cartera o conglomerado (e.g., venta paquetizada) que pueden potencialmente distorsionar la competencia en el mercado ampliado de señales de TV paga.

Otro foco de preocupación que surge a raíz de la transacción, en este caso de tipo vertical, deriva de los incentivos a limitar la distribución de contenidos en las señales de televisión paga para redireccionarlas a plataformas de distribución directa (OTT) de Warner/Discovery.

En el marco de esta transacción y junto con el IO, la CNDC decidió



emitir aquí una “medida de tutela anticipada” con el objetivo de detener la implementación de la operación.

La orden de la CNDC estipula que, hasta que no se alcance una solución definitiva que despejen las preocupaciones que plantea la transacción — identificados en el IO—, las unidades de negocio de Discovery y Warner en Argentina deben permanecer operando de forma independiente, por lo que la comercialización del portfolio de señales analizadas en el informe debe continuar realizándose de manera separada. De acuerdo a la CNDC, la medida preliminar es lo “... *suficientemente adecuada para evitar un daño mayor a la competencia.*”

A la fecha de este artículo, la CNDC y Warner/Discovery se encuentran evaluando alternativas estructurales y remediales que permitan neutralizar los riesgos identificados en el IO.

### **Georgalos/Mondelez | Postres de maní**

El último IO que reseñaremos en este artículo se emitió respecto de la operación por la cual Georgalos Hnos. S.A.I.C.A. (Georgalos) adquirió un conjunto de activos marcarios y productivos de Mondelez Argentina S.A. relacionados con el negocio de golosinas.

La unidad de negocio adquirida incluye las marcas Mantecol®, Bazooka®, Lengüetazo®, Palitos de la Selva®, Milka®, Shot®, Cadbury®, Halls®, Clight® y Media Hora®; una planta de producción ubicada en la provincia de Buenos Aires; todos los bienes muebles de la fábrica y aquellos vinculados a la distribución de las golosinas; el traspaso del personal de la planta; y el comodato de las líneas para producir los chicles Beldent® y Beldent Infinit®.

Georgalos es una compañía de capitales argentinos que se dedica a la producción y comercialización de golosinas, como chocolates (bajo las marcas Tokke® y Full Maní®, entre otras), caramelos (bajo las marcas Flynn Paff®, Flynnies® y Pequeños Placeres®), barras de cereal (bajo la marca Flow Cereal®), postre de maní (bajo la marca Nucrem®) y turrone y confituras (bajo las marcas Georgalos® y Namur®). También produce cereales para desayuno que comercializa a granel y bajo la marca Flow Cereal® y polvos chocolatados, bajo las marcas Toddy® y Zucoa®.

La empresa se encuentra integrada verticalmente en el procesamiento integral de maní y en la producción de pasta de maní, productos que utiliza tanto como insumo propio, principalmente para la elaboración de postre de maní, y para su comercialización a terceros. Asimismo, fabrica envases por conversión de polipropileno, hueco y flexo grabado para su propio abastecimiento, contando con una planta en Villa Mercedes, provincia de San Luis.

La CNDC concluyó que la operación genera riesgos por los efectos horizontales en el mercado de postre de maní tipo «Mantecol». En efecto,



la operación involucra la readquisición de la marca insignia Mantecol® — originalmente desarrollada por Georgalos.

A partir de la operación, Georgalos, que actualmente comercializa postre de maní bajo la marca Nucrem®, pasaría a incorporar la marca líder del mercado —Mantecol®— y la capacidad instalada para su producción y comercialización, lo que resultaría en un mercado altamente concentrado, con una participación del 73%, considerando los volúmenes comercializados de las dos marcas: Mantecol® (59%) y Nucrem® (14%).

A la fecha de este artículo, la CNDC y Georgalos se encuentran evaluando alternativas que permitan neutralizar los riesgos identificados en el IO.

### **Nuevo reglamento para la notificación de concentraciones económicas**

A continuación, delineáramos las características principales del nuevo reglamento para la notificación de operaciones de concentración económica, establecido por Resolución 905/23 de la Secretaría de Comercio y que, como ya fue mencionado, reemplazará, a partir del 6 de julio de 2023, a la Resolución 40/01 de la ex Secretaría de Defensa de la Competencia y del Consumidor —que contenía la «Guía para la notificación de operaciones de concentración económica».

#### **Antecedentes normativos**

Conviene realizar una digresión sobre los antecedentes normativos del nuevo reglamento.

A través de la sanción de la Ley 25.156, el régimen argentino de defensa de la competencia incorporó —en el año 1999— un sistema de control de operaciones de concentración económica.

El 22 de febrero de 2001, la entonces Secretaría de Defensa de la Competencia y del Consumidor aprobó, mediante la ya mencionada Resolución 40, la «Guía para la Notificación de Operaciones de Concentración Económica» y dos formularios estándar, los cuales fueron denominados formulario F1 y formulario F2.<sup>1</sup>

El propósito de esa guía y de sus formularios anexos era “... especificar la información que toda empresa alcanzada por el artículo 8° de la Ley N° 25.156 deberá presentar al notificar una operación de concentración económica a la autoridad de aplicación de la Ley N° 25.156”.

---

<sup>1</sup> Si bien la Resolución 40/2001 mencionaba la posibilidad de requerir a las empresas notificantes lo que denominaba un formulario F3, su contenido no era estándar y dependía de las particularidades del caso. El formulario F3 tuvo nula utilización por parte de CNDC.

En mayo de 2018 fue sancionada la LDC, que introdujo numerosos e importantes cambios en el régimen de defensa de la competencia nacional.

Entre las innovaciones que se producen en materia de control de operaciones de concentración económica se puede mencionar la entrada en vigencia del control *ex ante* o *pre-closing* de operaciones de concentración, el uso de una unidad de cuenta denominada «unidad móvil» para la actualización de los umbrales que determinan cuando una transacción se encuentra, *a priori*, sujeta al régimen de notificación obligatorio y, como ya repasamos en secciones anteriores, la figura del IO para aquellas operaciones que la autoridad de aplicación considere que tiene la potencialidad de restringir o distorsionar la competencia, entre otras.

Tal como ya fue mencionado, la LDC encarga a la autoridad de aplicación la implementación de lo que caracteriza como un «procedimiento sumario» (“PROSUM”), aplicable a aquellas operaciones de concentración económica que a su criterio tuvieren menor probabilidad de tener efectos significativos sobre la competencia. El PROSUM funcionaría por oposición a una vía procedimental ordinaria (“Procedimiento ordinario”), que estaría reservada a las operaciones de concentración sobre las cuales no fuese posible descartar de manera rápida y con un grado aceptable de convicción que no tengan un impacto significativo sobre la competencia.

Esta distinción entre procedimientos no estaba prevista en la Ley 25.156, como tampoco en su normativa reglamentaria y complementaria, por lo cual no fue incorporada a la Resolución 40 del año 2001 que estableció la «Guía para la notificación de operaciones de concentración económica» y sus formularios conexos, vigente hasta que el nuevo reglamento entre en vigor.

La modernización del reglamento estuvo también relacionada con un reclamo por parte de la comunidad de defensa de la competencia nacional que coincidía en la necesidad de actualizar la regulación del procedimiento de notificación de actos de concentración económica, tanto para adaptarlo a las disposiciones de la LDC —sancionada en 2018—, como también para incorporar la experiencia acumulada por la CNDC en los más de 20 años de aplicación de control de concentraciones económicas en Argentina.

Después de un largo y arduo proceso de trabajo, que incluyó una consulta pública a través de la cual se recibieron comentarios de agencias de competencia, organizaciones locales e internacionales, y expertos en defensa de la competencia del ámbito local e internacional, el 18 de mayo de 2023 se publicó en el Boletín Oficial la Resolución 905 de la Secretaría de Comercio del Ministerio de Economía. La resolución aprueba el nuevo «Reglamento para la Notificación de Operaciones de Concentración Económica» (el “Reglamento”), y deroga la Resolución 40 de 2001 de la ex Secretaría de Defensa de la Competencia y del Consumidor —cuyo Anexo I estableció la «Guía para la notificación de operaciones de concentración económica».

A partir del día 6 de julio de 2023, el nuevo reglamento será aplicable a todos los actos de concentración que se notifiquen para su autorización de acuerdo a lo dispuesto en el Capítulo III de la LDC.

### **Los cambios salientes**

A diferencia de la Resolución 40, el Reglamento procura *“... regular el procedimiento por el cual se llevará a cabo la notificación de los actos de concentración económica detallados en el artículo 7° de la Ley N° 27.442 a los fines de su examen, en el marco de lo previsto en el artículo 9° de esa norma.”*

En la misma línea, debe tenerse presente que el artículo 12 de la LDC establece que la autoridad de aplicación será la que *“... fijará con carácter general la información y antecedentes que las personas deberán proveer a la Autoridad Nacional de la Competencia para notificar un acto de concentración y los plazos en que dicha información y antecedentes deben ser provistos.”*

Ahora bien, en consonancia con la LDC, el Reglamento establece que el análisis de una concentración económica puede realizarse —de manera excluyente— a través de dos tipos de procedimiento: el PROSUM, que se iniciará con la presentación del formulario FO; y el Procedimiento ordinario, que se iniciará con la presentación del formulario FO y el formulario F1, de forma acumulativa y, si la complejidad de la operación lo demanda, el formulario F2.

Las operaciones de concentración económica que presumiblemente no tengan efectos significativos sobre la competencia son las que podrán tramitar en los términos del PROSUM. La Resolución 905/23 establece que los criterios técnicos y objetivos que una operación de concentración debe reunir para poder enmarcarse en el PROSUM serán establecidos por la CNDC.

El Reglamento al incorporar la implementación del PROSUM como una alternativa al Procedimiento ordinario, recepta lo dispuesto en el artículo 10 de la LDC y da lugar a la creación de un formulario estándar específico para este procedimiento, denominado formulario FO.

Las operaciones de concentración que no reúnan las condiciones establecidas por la CNDC para poder enmarcarse en el PROSUM, tramitarán a través del Procedimiento ordinario. En este caso, las empresas que se encuentren alcanzadas por la obligación de notificar deberán presentar acumulativamente el formulario FO y F1 —eventualmente, si la complejidad de la operación lo demandara, deberán presentar el formulario F2.

El establecimiento del PROSUM tiene una derivación central y es que los requisitos de información y documentación a proporcionar al momento de notificar una operación de concentración económica en el marco de un PROSUM sean sensiblemente menores a aquellas operaciones que eventualmente tramiten por la vía del Procedimiento ordinario.

Existe la posibilidad de que el análisis efectuado en el marco del PROSUM no sea suficiente para descartar la inexistencia de efectos significativos sobre la competencia, o que la autoridad de aplicación determine que la operación no califica para el PROSUM. En ese caso, la CNDC intimará a las empresas notificantes a presentar el formulario F1 y la operación tramitará a partir de ese momento bajo el Procedimiento ordinario.

Ahora bien, no debe concluirse respecto de una operación analizada en el marco del Procedimiento ordinario, que la CNDC recomendará indefectiblemente proceder a su condicionamiento o denegar su autorización. La única conclusión que *a priori* cabe extraer es que no resulta posible descartar la inexistencia de efectos significativos sobre la competencia en el limitado lapso de tiempo en que debe funcionar el PROSUM.

### **La pre-notificación**

El Reglamento también estipula una instancia de consulta denominada «Pre-notificación». Se trata de una etapa voluntaria en la que las empresas podrán tomar contacto con personal de la CNDC para esclarecer dudas concretas sobre cuestiones tanto sustantivas como procedimentales sobre una operación de concentración económica que proyecten notificar para su autorización.

El objetivo es crear una fase informal que permita que el sistema de control de operaciones de concentración sea lo más expedito y eficaz posible, de tal forma de evitar errores u omisiones que puedan afectar o demorar innecesariamente el desarrollo de la instrucción de una operación de concentración por parte de la CNDC.

Es importante remarcar que el mecanismo no pretende ser sustituto del procedimiento denominado «Opinión Consultiva». En esta instancia, las empresas deberán tener adoptada una decisión en cuanto a la notificabilidad de la operación.

La información que sea proporcionada por las empresas que recurran al mecanismo no obsta a la revisión final que se hará de ella para determinar que la notificación de la operación de concentración económica se encuentra completa, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 de la LDC.

Asimismo, la CNDC no estará obligada por las apreciaciones vertidas en esta etapa, la cual tiene únicamente fines informativos, quedando a exclusivo criterio de las empresas que recurran al mecanismo la decisión final sobre cómo proceder con el trámite.

### **Cómputo de plazos**

En materia de cómputo de plazos, cabe recordar que el artículo 14 de la LDC estipula que dentro de los 45 días de *presentada la información y antecedentes de modo completo y correcto*, la autoridad de aplicación debe emitir una decisión

respecto a si autoriza, condiciona o prohíbe la operación notificada.

El Reglamento dispone que los plazos se contarán por días hábiles administrativos. También estipula que sin perjuicio de tener por notificada la operación de concentración económica, el plazo previsto en el artículo 14 no comenzará a correr hasta tanto: (i) se acredite debidamente la personería invocada por los apoderados de las empresas notificantes; (ii) en caso de que no se hubiese acompañado debidamente traducida la documentación que instrumentó la operación, esta sea acompañada,<sup>2</sup> o (iii) si las empresas notificantes se hubieren comprometido a proporcionar información sobre alguno de los puntos del formulario respectivo, esta sea presentada.

En cuanto a las causales de suspensión de plazos, el Reglamento estipula que los plazos quedarán suspendidos desde el momento en que se solicite información adicional a las empresas notificantes y/o se realicen observaciones a los formularios, y así continuarán hasta que sea presentada la totalidad de información y antecedentes necesarios para adoptar una decisión.

Asimismo, los plazos quedarán suspendidos cuando así se determine por acto administrativo. Esto recepta tanto lo dispuesto en el artículo 28, inciso (m) de la LDC, como lo estipulado en el artículo 1 de la Resolución 359/2018 y el inciso (15) de su Anexo.<sup>3</sup>

En cuanto a las causales de interrupción de plazos, el Reglamento estipula que las presentaciones realizadas sin requerimiento previo de la CNDC (comúnmente llamadas «presentaciones espontáneas») interrumpirán el cómputo del plazo del artículo 14 de la LDC.

Asimismo, el Reglamento determina que el requerimiento por parte de CNDC del formulario F1 interrumpirán el plazo del artículo 14 de la LDC. Esto sucederá cuando la CNDC o la autoridad de aplicación determinen que una operación notificada bajo el PROSUM debe ser derivada al Procedimiento ordinario a los fines de analizar con mayor profundidad el impacto que puede tener sobre la competencia en los mercados afectados por la misma. El requerimiento por parte de CNDC del formulario F2, ya en el marco del Procedimiento ordinario, también interrumpirá el plazo del artículo 14 de la LDC.

## **Obligaciones respecto de la información proporcionada**

2 Al respecto, cabe remarcar que el Proyecto dispone que cuando sea solicitada la dispensa de traducción integral de los contratos y/o documentos que instrumentan la operación notificada, deberán acompañarse traducidas al idioma español las siguientes secciones del documento respectivo: (a) antecedentes y considerandos; (b) objeto; (c) cláusulas referidas a condiciones para que opere el cierre de la operación; (d) cláusulas de restricciones accesorias (no competencia, acuerdos de exclusividad, no captación de empleados, clientes y/o proveedores, y confidencialidad u otras cláusulas que pudiesen ser restrictivas de la competencia).

3 <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/310000-314999/311717/norma.htm>

El Reglamento puntualiza que la información suministrada por las empresas notificantes en el marco de cualquiera de los procedimientos tendrá el carácter de declaración jurada —de acuerdo con lo establecido en el artículo 13 del Anexo I del Decreto 480/2018.

Asimismo, el Reglamento dispone que la única vía válida para notificar una operación de concentración económica es mediante la presentación de los formularios FO y/o F1, según corresponda. Cualquier otro documento que se adjunte anoticiando la operación sin cumplir con las formalidades previstas en los formularios indicados no será tenido en cuenta a los fines de tener por cumplida la obligación establecida en el artículo 9 de la LDC.

Asimismo, el Reglamento establece la obligación de identificar la fuente que sustente las afirmaciones realizadas y, cuando sea requerido y se encuentren a disposición de las empresas notificantes, deberán proveerse las bases de datos originales o documentos de respaldo que se hubieren utilizado.

En caso de no disponer de datos precisos, las empresas notificantes deberán proporcionar estimaciones, junto con una explicación detallada de la metodología utilizada para la obtención de esa estimación, la fuente consultada y también las razones por las cuales no se cuenta con la información precisa.

El Reglamento también establece que en caso de que la información requerida en los formularios no sea presentada o lo sea en forma incompleta, se exigirá que el máximo responsable del órgano de administración respectivo de las empresas notificantes lo justifiquen acabadamente.<sup>4 5</sup>

En cuanto a las consecuencias de la demora o falta de presentación de la información, el Reglamento establece que si la información contenida en los formularios fuere incompleta —y además sean insuficientes las justificaciones brindadas por las empresas notificantes—, la CNDC les requerirá que adecúen los formularios correspondientes en el plazo de 30 días de dictada la providencia respectiva. En caso que no cumplan con lo requerido en el plazo indicado, o que la información que presenten como respuesta a dicho requerimiento sea incompleta o defectuosa, la CNDC las intimará para que en el término máximo de cinco días brinden dicha información.

Transcurrido dicho plazo, y previo dictamen de la CNDC, la autoridad de aplicación podrá tener por no notificada la operación en virtud de lo establecido en el artículo 14 de la LDC. En este caso, quedarán revocados de pleno derecho los efectos jurídicos de la notificación de la operación.

---

4 Esta justificación podrá ser realizada por un apoderado de las empresas notificantes solo cuando el instrumento que acredite su personería prevea específicamente facultades para ello.

5 En caso de sociedades constituidas en el extranjero, esta justificación podrá ser suscripta por el representante designado en los términos del artículo 118 de la Ley 19.550, o por el máximo responsable de la sociedad controlada en la República Argentina.

Cabe remarcar que el lapso de tiempo transcurrido entre la presentación de los formularios defectuosos y la declaración antes referida, se computará a los fines de la eventual multa por notificación tardía, en caso de corresponder.

La autoridad de aplicación puede, a su exclusivo criterio, considerar que la información y antecedentes proporcionados en el marco de un procedimiento de notificación resulta suficiente para emitir una recomendación a la autoridad de aplicación, aun cuando la información exigida por el formulario no haya sido presentada en su totalidad.

Todo lo anterior está en línea con lo dispuesto por el artículo 14 de la LDC, que en lo pertinente dispone que: “El Tribunal de Defensa de la Competencia podrá tener por no notificado el acto de concentración en cuestión, de considerar que no cuenta con la información y antecedentes –generales o adicionales- presentados de modo completo y correcto. No obstante, ante la falta de dicha información en los plazos procesales que correspondan, el Tribunal de Defensa de la Competencia podrá resolver con la información que pueda por sí misma obtener en ejercicio de las facultades que le reserva esta ley.”

### **Otras medidas instructorias**

El Reglamento también clarifica ciertas cuestiones vinculadas a la instrucción de los casos de concentración económica de manera que permitan un trámite eficaz, particularmente en lo relacionado al procedimiento para solicitar el tratamiento confidencial y la eximición de traducción de la información que se acompañe, ya que el Reglamento provee un instructivo pormenorizado de los pasos que las empresas notificantes deben cumplir para solicitar tanto la confidencialidad como la eximición de traducción.

El Reglamento establece también que documentos relacionados a la instrumentación de la operación no pueden ser eximidos de su traducción y deben obligatoriamente ser acompañados en español. También estipula cuáles son los aspectos de la transacción sobre los que la CNDC adoptará una posición restrictiva al momento de conceder el tratamiento confidencial contemplado en el artículo 13 de la LDC.

### **Los formularios**

Antes de analizar puntualmente los requisitos de información de los formularios, debe tenerse presente que uno de los principios que ha regido su diseño es trasladar a los abogados y consultores de las empresas notificantes, la carga de realizar un análisis previo de los aspectos centrales de las operaciones de concentración económica que se notifiquen, de manera que tengan un rol proactivo en la caracterización de la operación notificada.

Esto permitirá, al mismo tiempo, reducir la carga de trabajo de los instructores de la CNDC en el análisis de operaciones que no signifiquen riesgos significativos para la competencia, a fin de focalizar esos recursos en las



operaciones complejas.

En una operación de concentración que se analice bajo el PROSUM, las empresas notificantes estarán obligadas a proporcionar únicamente la información y documentación exigida por el formulario FO. Dado que los formularios funcionan de manera acumulativa, al tramitar bajo el Procedimiento ordinario, las empresas deben presentar la información requerida tanto en el formulario FO como en el formulario F1 —eventualmente, el análisis de la operación bajo el Procedimiento ordinario puede demandar la presentación del formulario F2.

El formulario FO esta subdividido en ocho secciones.

La primera de ellas requiere los datos de identificación de las empresas que notifican la operación y los instrumentos que acreditan la personería invocada por sus representantes legales.

La segunda sección requiere que las empresas notificantes indiquen si han implementado un programa de integridad en los términos de los artículos 22 y 23 de la Ley 27.401, como también si se ha implementado un programa de integridad en materia de defensa de la competencia. El propósito de este requerimiento es entrever el nivel de familiarización que el personal directivo de las empresas notificantes tiene con el régimen de defensa de la competencia y las disposiciones de la LDC.

La tercera sección requiere que las empresas notificantes indiquen explícitamente en cuál criterio entienden que encuadra la operación de concentración económica para tramitar por PROSUM. Cabe recordar que todas las hipótesis de procedencia para que una operación de concentración económica tramite por PROSUM serán oportunamente establecidas por la CNDC.

La cuarta sección requiere que las empresas notificantes describan y aporten documentación relativa a la operación notificada. En ese sentido, deben consignar y describir el negocio jurídico que han celebrado para implementar la operación notificada, acreditar su fecha de cierre (si esta hubiese tenido lugar al momento de la notificación), describir pormenorizadamente todas las cláusulas de restricciones accesorias que se hubiesen estipulado (no competencia, confidencialidad, exclusividad, etc.), y el cambio de naturaleza de control que se produce sobre la empresa objeto de la operación.

La quinta sección se concentra en la información necesaria para caracterizar los grupos empresariales que intervienen en la operación. Aquí se requiere un listado de todas las empresas que componen los grupos económicos que se combinan, informando para cada una de las empresas que lo integran: el tipo de control, el porcentaje de participación social, la actividad económica que efectivamente desarrolla y los contratos asociativos que se encuentren en vigor. En este punto, se requiere también que sean aportados gráficos de la estructura



corporativa pre y post operación notificada de los grupos que se combinan.

La sexta sección requiere que las empresas notificantes ofrezcan una definición de mercado en consonancia con las relaciones económicas a las que da lugar la operación de concentración notificada.

El Reglamento dispone que se deben postular al menos dos definiciones de mercado; una de ellas debe maximizar la concentración que se produzca como consecuencia de la operación notificada, de modo tal que cualquier otra definición alternativa no presente un grado de concentración superior, mientras que la segunda debe estar basada en la jurisprudencia de la CNDC para el mismo producto o uno similar y el mismo ámbito geográfico. Supletoriamente, las empresas notificantes podrán proponer una definición distinta de mercado relevante.<sup>6</sup>

La sección séptima se refiere a las participaciones de mercado. Aquí las empresas notificantes deberán informar el tamaño del mercado postulado y sus participaciones para los últimos tres años.<sup>7</sup> Adicionalmente, esta sección también requiere que las empresas notificantes informen sobre cualquier producto que comercialicen cuya participación de mercado supere el 50%, aun cuando ese producto no forme parte de ninguno de los mercados relevantes postulados.

La sección octava estipula ciertas cuestiones de instrucción, algunas de las cuales ya han sido mencionadas en el apartado pertinente de este artículo. El Reglamento provee un instructivo pormenorizado de los pasos que las empresas notificantes deben cumplir para solicitar tanto la confidencialidad como la eximición de traducción. Asimismo, requiere que las empresas notificantes consignen las jurisdicciones en las cuales ha sido notificada la operación y sus antecedentes recientes sobre trámites de notificación y conductas anticompetitivas ante la CNDC.

El formulario F1 tiene un contenido eminentemente económico. Por un lado, se profundiza en la identificación de la cartera de productos y servicios de las empresas que se combinan, como también se solicita que se identifiquen acabadamente a los productos sustitutos que componen el mercado postulado. El formulario F1 también requiere que las empresas aporten información sobre sus competidores y la participación que estos tengan en el mercado propuesto.

---

6 Estas definiciones deberán estar fundadas en los «Lineamientos para el Control de las Concentraciones Económicas» actualmente vigentes. Las empresas notificantes podrán respaldar su definición con informes del sector, estudios de mercado, documentos internos de las partes, jurisprudencia de autoridades de defensa de la competencia de distintas jurisdicciones u otros antecedentes equivalentes, de poseer.

7 Las empresas notificantes deben indicar la metodología de medición de las participaciones de mercado informadas y detallar las fuentes de información utilizadas. El tamaño del mercado y las participaciones pueden calcularse en volumen, valor, capacidad instalada o la métrica específica que sea adecuada.

El formulario F1 también solicita que las empresas notificantes caractericen ciertos aspectos del funcionamiento del mercado postulado y los hitos relativamente recientes en el mismo.

En este sentido, deben indicar si en los tres años anteriores a la implementación de la operación notificada hubieren ingresado nuevos competidores o los competidores existentes hubieren lanzado nuevos productos o reposicionado los productos existentes, y describir la evolución de los productos que componen los mercados postulados en cuanto a su dimensión, precios, nuevos productos, nuevas tecnologías, entre otras variables.

Por otro lado, las empresas notificantes deberán identificar a cualquier empresa que, en su opinión, ejerza una influencia significativa en los mercados postulados, explicar la importancia de la inversión en I + D en dichos mercados, y también identificar las barreras a la entrada de tipo legal que existan para operar en los mercados postulados, entre otras cuestiones.

En cuanto al formulario F2, cabe destacar que no se han producido cambios significativos con respecto al creado por la Resolución 40/01.

Debe recordarse que se trata de un formulario excepcional, que se solicita cuando la CNDC estima que la operación de concentración tiene alta probabilidad de conllevar la adquisición o refuerzo de poder de mercado de las empresas que se combinan. Los requisitos de información aquí se concentran en confirmar esa hipótesis, como también sondear cualquier circunstancia que pueda atenuar la conclusión preliminar sobre riesgos a la competencia (por ejemplo, la existencia de poder de compra compensatorio de los clientes de la entidad combinada).

Sin perjuicio de la aclaración anterior, el Reglamento incorpora dos secciones salientes al formulario F2.

Por un lado, se ha realizado una reinterpretación del antiguo apartado de «ganancias de eficiencia», ahora denominado «Beneficios de la operación sobre el interés económico general», que prevé que las empresas notificantes indiquen los beneficios que la transacción podría tener sobre variables agregadas como la generación de empleo, los ingresos, la sustitución de importaciones, el nivel de inversión, el cuidado del medio ambiente y las políticas de género, entre otras. Asimismo, requiere la identificación de parámetros, mediciones y/o proporciones que permitan determinar el cumplimiento de tales beneficios y su sostenibilidad en el tiempo.

Por otra parte, el formulario F2 requiere que las empresas notificantes acompañen aquellos documentos —tales como informes, minutas, presentaciones, reportes internos o externos, programas comerciales y/o planes generales de negocios— que hayan sido preparados para la alta dirección de las empresas notificantes con el objeto de evaluar o analizar la operación notificada.

## Conclusiones

Durante el pasado año, la autoridad argentina ha tenido una actividad muy prolífica en materia de concentraciones económicas.

Se destaca la notificación de 19 operaciones, de las cuales 17 fueron analizadas y aprobadas. Asimismo, se impuso una multa por notificación tardía en una de estas operaciones, reforzando la importancia del cumplimiento de los plazos establecidos por la LDC para notificación oportuna.

Además, y como hemos repasado en la sección 3 de este artículo, se emitieron IOs en los casos de *Natura/Avon*, *Discovery/Warner* y *Georgalos/Mantecol*. Estas operaciones fueron abordadas de manera diligente para identificar posibles problemas y se está trabajando con las partes involucradas para mitigar los riesgos detectados.

Es relevante mencionar que se continúa trabajando en la implementación de remedios en casos como *Arcor/Ingredion* y *Linde/Praxair*, buscando asegurar una solución efectiva. En particular, en el caso de *Linde/Praxair*, se han logrado avances significativos en el diseño de un remedio que permita neutralizar los riesgos identificados.

Asimismo, se ha logrado implementar con éxito un compromiso estructural en la operación *Syngenta/Nidera*, mediante la venta de la división de semillas de girasol de Nidera a la firma NuSeed, lo que permitió la aprobación definitiva de dicha operación.

Finalmente, es importante destacar que la Cámara de Apelaciones confirmó en su totalidad los condicionamientos impuestos en la operación *Disney/Fox*, que incluyen remedios estructurales y conductuales. Estos remedios se encuentran actualmente vigentes, asegurando el cumplimiento de los compromisos establecidos.

Por otro lado, la implementación del Reglamento y los nuevos formularios prometen ser una medida clave para agilizar el análisis de las operaciones de concentración económica. La concepción de estos formularios busca brindar a los analistas y a la Dirección Nacional de Concentraciones Económicas de la CNDC una visión integral de las operaciones de concentración económica notificadas y de las posibles cuestiones problemáticas desde la perspectiva de la competencia. Se espera que esta aproximación permita identificar anticipadamente los aspectos que podrían plantear desafíos.

Aunque los formularios requerirán una mayor participación por parte de los representantes legales, se espera que esta nueva dinámica alerte tanto a ellos como a sus clientes sobre los posibles problemas de manera oportuna. Esto permitirá una mejor preparación y prevención, evitando retrasos innecesarios y facilitando la resolución efectiva de las cuestiones planteadas.

En conclusión, la futura implementación de los nuevos formularios incluidos en el Reglamento representa una medida que fomentará la eficiencia y la anticipación en el análisis de operaciones de concentración económica. Al proporcionar una visión clara de las concentraciones y de los problemas potenciales, se espera que se promueva una toma de decisiones informada y se brinde a las partes involucradas la oportunidad de abordar proactivamente los desafíos que una operación puede plantear.

## **RESEÑA BIOGRÁFICA**

PABLO LEPERE

Pablo Lepere es Vocal de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia desde marzo de 2020. Es abogado egresado de la Universidad de Buenos Aires. Anteriormente se desempeñó como abogado en la Comisión y como gerente de asuntos legales y normas regulatorias en la Dirección de Conductas Anticompetitivas de la Comisión. También ha sido director de asuntos jurídicos y normas regulatorias en la Autoridad Federal de Comunicaciones y Tecnologías de la Información. Tiene posgrados en derecho y economía, regulación y defensa de la competencia, y gestión y políticas públicas, en la Universidad de Buenos Aires, la Universidad Torcuato Di Tella y la Universidad de San Andrés, respectivamente.

## SANCIONES RELEVANTES POR CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS - JUNIO 2022 – JUNIO 2023

SANÇÕES RELEVANTES PARA CONDUTAS ANTICOMPETITIVAS - JUNHO 2022 – JUNHO 2023

### RESUMEN

El presente artículo realiza un breve repaso por la evolución de la normativa de competencia argentina, particularmente en lo que respecta a la investigación y sanción de conductas anticompetitivas, a la vez que, a partir de datos estadísticos referidos a las sanciones impuestas por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) desde 1980 en adelante, delinea algunas conclusiones generales acerca del accionar de la autoridad en esta materia. A su vez, describe las principales sanciones por prácticas anticompetitivas impuestas por la CNDC o ratificadas por la justicia argentina a lo largo del último año: la sanción ratificada por la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal contra Cervecería y Maltería Quilmes, la sanción impuesta a Telecom y Artear por abusar de su posición de dominio en el mercado de televisión paga, y la sanción contra varias discotecas de la ciudad de Bariloche por incurrir en prácticas concertadas.

**Palabras clave:** 100 años de normativa *antitrust* - conductas anticompetitivas – sanciones.

### RESUMO

Este artigo faz uma breve revisão da evolução da regulamentação concorrencial argentina, particularmente respeito à investigação e sanção de condutas anticompetitivas, ao mesmo tempo que desenvolve um relatório em dados dos estatísticos referentes às sanções impostas pela Comissão Nacional de Defesa de Concorrência (CNDC), a partir de 1980, desenvolve algumas conclusões gerais sobre a actuação da autoridade nesta matéria. Ao mesmo tempo, descreve as principais sanções por práticas anticoncorrenciais impostas pela CNDC ou ratificadas pela justiça argentina no último ano: a sanção ratificada pela II Sala da Câmara Nacional de Apelações em Matéria Civil e Comercial Federal contra Cervecería e Maltería Quilmes, a sanção imposta à Telecom e à Artear por abusarem de sua posição dominante no mercado de televisão paga, e a sanção contra clubes y discotecas da cidade de Bariloche por praticarem práticas concertadas.

**Palavras-chave:** 100 anos de regulamentações *antitruste* - conduta anticompetitiva - sanções

## I. INTRODUCCIÓN

1. Como en muchas jurisdicciones, la investigación y la correspondiente sanción de conductas anticompetitivas constituyen la actividad fundamental de la autoridad de aplicación de la normativa de competencia en Argentina. Históricamente, esta ha sido la tarea primordial que ha dado origen a la legislación de competencia en el país y que, en la actualidad, aún constituye una parte de gran relevancia en lo que hace al posicionamiento de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) en la realidad económica, con el objetivo principal de proteger el interés económico general (IEG), que a partir de 1980 se ha conformado como el bien jurídico tutelado por la legislación de defensa de competencia argentina.

2. La importancia que revisten las sanciones a las prácticas contrarias a la competencia se observa en el desarrollo del cuerpo jurídico dedicado a la preservación de la concurrencia de los mercados en Argentina, cuyo origen data de hace un siglo atrás.

3. Desde la sanción de la Ley 11.210 en 1923,<sup>1</sup> primer antecedente en materia de derecho de la competencia en Argentina, hasta 1999, año en el que se sanciona la Ley 25.156, el texto legislativo solamente contemplaba la penalización de los actos o conductas restrictivos de la competencia como única forma de intervención en los mercados.<sup>2</sup>

4. La última actualización de la normativa realizada en 2018, con la sanción de la Ley 27.442 de Defensa de la Competencia (LDC), introdujo una serie de innovaciones que impactaron de manera directa a la investigación y sanción de conductas anticompetitivas —entre ellas se destaca la incorporación de un régimen de clemencia exclusivo para las prácticas que la legislación clasifica como absolutamente restrictivas de la competencia.

5. A pesar de contar con una normativa centenaria, es recién a partir de 1980, con la creación de la CNDC como organismo encargado de investigar las infracciones a la LDC, que se puede reconstruir el historial de las sanciones impuestas por conductas contrarias a la concurrencia, las cuales constan hasta la fecha de 103 multas que totalizan aproximadamente 449 millones de dólares.

---

1 Sancionada el 24 de agosto de 1923. Publicada en el Boletín Oficial el 11 de septiembre de 1923.

2 Recién a partir de lo incorporado en el capítulo III de la Ley 25.156, y en línea con otros organismos internacionales, la CNDC incluye un procedimiento para prevenir la conformación de estructuras de mercado facilitadoras de este tipo de prácticas, conocido como control previo de concentraciones económicas. A su vez, la facultad de la autoridad de aplicación de la LDC de emitir recomendaciones y opiniones respecto a la dinámica de competencia de los mercados y a la normativa que los afecta también es incorporada a partir de la Ley 25.156, en el artículo 20 inc. c) y d). Estas recomendaciones y/u opiniones son de carácter no vinculante.

6. Con el objetivo de revisar la historia de la legislación argentina de defensa de la competencia, considerar las sanciones impuestas por la CNDC por conductas anticompetitivas desde la creación del organismo hasta la actualidad y, al mismo tiempo, observar lo realizado por la autoridad en el último año en materia sancionatoria, el presente artículo se organiza como se describe a continuación. La segunda sección consiste en un breve repaso por la evolución de la normativa de competencia en el país, particularmente en lo que respecta a la investigación y sanción de conductas anticompetitivas. La tercera parte, recopila datos históricos referidos a las sanciones impuestas por la CNDC desde 1980 en adelante, con el objetivo de delinear conclusiones generales acerca del accionar de la autoridad. La cuarta sección describe las principales sanciones por prácticas anticompetitivas impuestas por la CNDC o ratificadas por los tribunales de Justicia argentinos a lo largo del último año: la sanción ratificada por la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal contra Cervecería y Maltería Quilmes, la sanción impuesta por la Secretaría de Comercio —a instancias de la CNDC— a Telecom y Artear por abusar de su posición de dominio en el mercado de televisión paga, y la sanción contra varias discotecas de la ciudad de Bariloche por incurrir en prácticas concertadas. Por último, en la quinta parte se esbozarán algunas conclusiones preliminares sobre las actuaciones de la CNDC respecto a la investigación y sanción de comportamientos anticompetitivos.

## II. 100 AÑOS DE LEGISLACIÓN DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA INVESTIGACIÓN Y SANCIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS

7. Tal como ya fue mencionado, en Argentina la normativa de defensa de la competencia se orienta, en sus orígenes, hacia la persecución de los monopolios, por lo que, desde el comienzo, las sanciones a las prácticas contrarias a la competencia poseen un lugar central en el desarrollo del cuerpo jurídico dedicado a la preservación de la competencia en el país.

8. En efecto, la primera normativa de competencia en Argentina, la Ley 11.210, que en agosto de 2023 cumple un siglo, fue pionera en la región.<sup>3</sup> Denominada Ley de “Represión de la especulación y de los Trusts”, fue sancionada 33 años después de la aprobación de la “Sherman Antitrust Act” de Estados Unidos y, por lo tanto, estuvo inspirada en la normativa estadounidense de persecución a los monopolios. Su artículo 1º disponía:

Declárese delito todo convenio, pacto, combinación, amalgama o fusión de capitales tendientes a establecer o sostener el monopolio y lucrar con él, en una o más ramas de la producción,

---

<sup>3</sup> Argentina fue el primer país latinoamericano con normativa antimonopólica desde 1923. Continuó México, en 1934. Chile y Colombia lo siguieron con normas sancionadas en 1959. Brasil, por su parte, sancionó su primera Ley en 1962. Para un estudio más detallado ver Monguillansky, Graciela y Silva Verónica, “Creando condiciones para el desarrollo productivo: políticas de competencia” Serie Comercio Internacional 48, CEPAL, 2004, p. 9.

del tráfico terrestre fluvial o marítimo, o del comercio interior o exterior, en una localidad o en varias o en todo el territorio nacional.

9. El artículo 2º de la ley enumeraba una serie de conductas consideradas actos de monopolio o tendientes a él, entre las cuales se sancionaban los acuerdos de precios, los límites a la producción, la predación de precios o la destrucción de mercaderías. Esta norma de carácter penal establecía penas de prisión y era similar a los artículos 1º y 2º de la Ley Sherman.

10. La Ley 11.210 fue reemplazada por la Ley 12.906 del año 1947.<sup>4</sup> Esta nueva norma tuvo como novedad su artículo 2º, en el que se comenzaron a definir diversas prácticas cuya comisión afectaría la concurrencia en el mercado. En ese sentido, se tipificaron prácticas dirigidas a dificultar a otras personas la libre competencia, aumentar arbitrariamente las ganancias mediante la obstrucción del comercio, los convenios de repartición de mercados, o los convenios limitativos de la producción, entre otros.

11. En el año 1980 se sancionó la Ley 22.262 de Defensa de la Competencia, lo que implicó un nuevo y moderno cuerpo normativo en materia de competencia. En primer lugar, porque creó la autoridad de aplicación de la norma, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, un organismo que tuvo a su cargo, en sus inicios, la investigación de las denuncias por conductas anticompetitivas. En segundo término, porque la nueva normativa se inspiró en los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma.<sup>5</sup> A partir allí se abandonó el modelo inspirado en la ley estadounidense, dejándose sin efecto el tipo penal persecutorio del monopolio, y adoptándose como criterio rector la persecución de conductas distorsivas de la competencia y el abuso de posición dominante.

12. El cambio generado a partir de esta norma fue significativo porque comenzó por delinear una nueva forma de analizar el fenómeno de la competencia. La legislación estableció que, para que una práctica fuera distorsiva de la competencia ya no se requería un poder monopólico, sino que alcanzaba con tener poder de mercado. La transformación respecto de las dos normas anteriores se observa en el artículo 1º de la ley, que disponía:

---

4 Aprobada el 30 de diciembre de 1946, publicada en el Boletín Oficial el 22 de febrero de 1947. Cabanellas indica que previo a la sanción de la Ley 12.906 se dictó el Decreto – Ley 15.810/46. Pero, al momento de analizar por parte del Congreso de la Nación la ratificación del citado Decreto, se procedió a dictar una nueva Ley que fue prácticamente idéntica. Para un estudio más detallado ver Cabanellas de las Cuevas, Guillermo y Serebrinsky, Diego, "Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia", Ed. Heliasta, tercera Edición, actualizada y aumentada, T I, p. 84.

5 Las normas de la Unión Europea relativas a la competencia se encuentran incluidas, principalmente, en los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma, mediante el que se constituyó el Mercado Común Europeo. En la actualidad, esos artículos, sin haber sido modificado su contenido, llevan los números 101 y 102 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea.



Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley, los actos o conductas relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general.

13. La inclusión de esta definición, que fue mantenida y mejorada en las sucesivas reformas, indica que todas las prácticas sancionables a la luz de la normativa de defensa de la competencia deben ser: (i) actos o conductas relacionados con la producción o intercambio de bienes o servicios; (ii) que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia, o bien, que constituyan un abuso de posición dominante; y (iii) que afecten el IEG, lo que constituye una condición necesaria para que la conducta sea punible conforme las disposiciones de la ley. Es a partir de esta normativa que se incorpora el IEG como el bien jurídico tutelado por la ley de competencia, lo que se mantiene en la legislación actual.

14. La Ley 25.156, que se aprobó en agosto de 1999, si bien mantuvo en cuanto a sus aspectos generales los tópicos de la anterior legislación (la Ley 22.262), se constituyó como el primer cuerpo integral de defensa de la competencia con una definición clara y precisa de su objeto y de los procedimientos administrativos contenidos en ella, al incorporar el control de las concentraciones económicas como un procedimiento específico. Esta normativa agregó a la caja de herramientas de la autoridad de aplicación la posibilidad de emitir recomendaciones y opiniones de carácter no vinculante respecto a la dinámica de competencia de los mercados y a la normativa que los afecta, consolidando así una actividad de prevención de escenarios y comportamientos anticompetitivos y de promoción de la competencia en los mercados, que vino a complementar las actuaciones de investigación y sanción de prácticas contrarias a la LDC.

15. Finalmente, el derrotero legislativo culmina con la sanción de la LDC en 2018. Esta norma introdujo innovaciones al régimen de competencia en distintos aspectos, pero para mencionar algunas cuestiones particulares en relación a la investigación y sanción de las conductas anticompetitivas.

16. En primer lugar, la normativa pasó a distinguir entre dos grupos de prácticas contrarias a la competencia. El primero, tal como establece el artículo 2, compuesto por un conjunto de conductas que, la ley presume, afectan el IEG y las denomina *absolutamente restrictivas* de la competencia. Este conjunto de conductas se encuentra integrado por aquellas prácticas concertadas que se conocen como de “núcleo duro”: la concertación de precios, la limitación de la oferta, el reparto de mercado, la coordinación de posturas en licitaciones y otras compulsas.

17. El segundo grupo de conductas —listadas de forma ejemplificativa en el artículo 3 de la LDC— lo conforman aquellas prácticas que se consideran anticompetitivas en la medida que configuran las hipótesis del artículo 1, es decir que, son prácticas “*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*”.

18. Una modificación cardinal de la nueva regulación fue la incorporación de un programa de clemencia, el cual contempla inmunidades totales y parciales para los participantes de ciertos tipos de cárteles — es decir, aquellos que realicen alguna práctica *absolutamente restrictiva* previstas en el artículo 2—, que voluntariamente reporten a la autoridad de defensa de la competencia su existencia y proporcionen evidencia que permita la persecución de la práctica en cuestión.

19. Por su parte, otra innovación de la LDC, que implica un impacto en lo que refiere a las sanciones por conductas anticompetitivas, es la valuación de las multas en unidades móviles, una unidad de cuenta cuyo valor se actualiza anualmente según la variación del índice de precios al consumidor que publica el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC) de la República Argentina. Esto es una diferencia radical con la normativa antecesora, la Ley 25.156, la cual no sólo establecía sanciones de multa en pesos argentinos nominales sin contemplar un mecanismo de actualización que pudiera preservar su valor —evitando el efecto pernicioso de la inflación y la devaluación de la moneda—, sino que además establecía un monto máximo para dichas multas de 150 millones de pesos argentinos.

### III. MULTAS POR CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS | 1980 - 2023

20. Aunque la primera ley *antitrust* argentina date del año 1923, es a partir de la creación de la CNDC como organismo encargado de investigar las infracciones a la LDC, en el año 1980, que se puede reconstruir el historial de las sanciones impuestas por conductas contrarias a la competencia.

21. El análisis histórico de las conductas sancionadas permite estudiar la manera en que fue modificándose la injerencia de la CNDC en los distintos mercados de manera particular, pero también admite conocer la importancia del organismo en un aspecto más amplio y transversal, como la actividad económica en general.

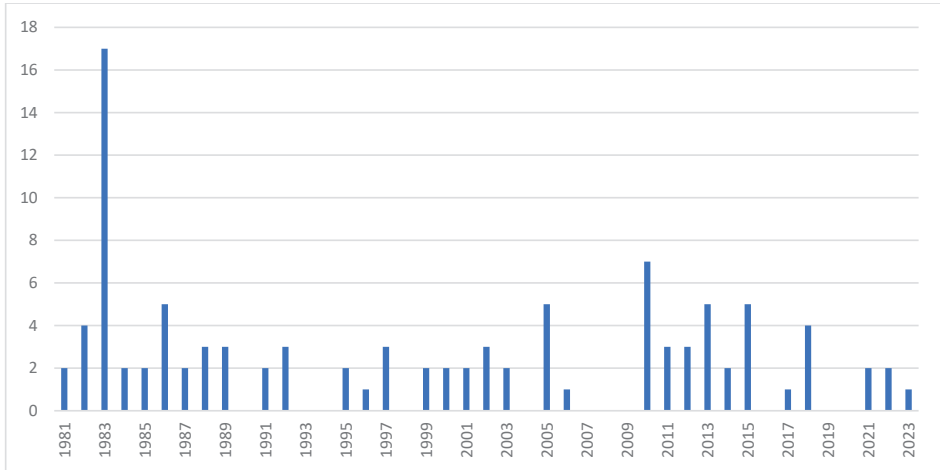
22. El total de las sanciones impuestas por la CNDC desde su conformación asciende a 103.<sup>6</sup> A continuación, se detalla la cantidad de

---

<sup>6</sup> En la actualidad, la CNDC recomienda la imposición de multas a la autoridad de aplicación - en el presente, es la Secretaría de Comercio del Ministerio de Economía -, que es quien adopta la decisión final. En el presente artículo, “imposición” y “recomendación” se utilizarán como sinónimos cuando se trate de dictámenes de la CNDC que recomienden a la autoridad de aplicación la imposición de sanciones a personas humanas o jurídicas.

multas aplicadas por año.<sup>7</sup>

**Gráfico N° 1 - Cantidad de casos por año sancionados por recomendación de la CNDC**



Fuente: elaboración propia sobre la base de información de la CNDC

23. El accionar del organismo en su rol de fiscalizador de la competencia en el período analizado da lugar a diferentes escenarios.

24. La primera etapa de la CNDC se caracteriza por una intensa actividad que se refleja en la sanción de 40 casos hasta el año 1989, lo que implica casi el 40% del total de casos sancionados por prácticas anticompetitivas en la historia del organismo.

25. Durante la primera década de existencia de la autoridad, la mayoría de los casos fueron investigaciones de oficio promovidas por la agencia, o bien, alertadas por otros organismos del sector público, incluyendo estados provinciales. Es en estos años cuando se empieza a construir la jurisprudencia del organismo y cuando se observa una posición activa para dar a conocer la política de competencia y sus beneficios para el correcto funcionamiento de los mercados. Esto se pone de manifiesto al observar los argumentos esgrimidos por las partes denunciadas, que consideran como prácticas habituales para la época conductas como recomendaciones de precios, aranceles u honorarios mínimos, etc. Se podría afirmar que, las prácticas sancionadas en los primeros años de la autoridad tuvieron un

<sup>7</sup> En el presente artículo nos referimos a las multas como sanciones económicas por casos de conductas anticompetitivas en los que se sanciona a una persona humana o jurídica por actos restrictivos de la competencia. No se toman en consideración las multas por otros motivos o infracciones a LDC ni tampoco decisiones que únicamente ordenan el cese de la conducta investigada.

doble rol: la penalización de las prácticas anticompetitivas y la promoción de la competencia.

26. Durante la década del 90, la injerencia de la CNDC en los mercados disminuye considerablemente, con la excepción de dos sanciones significativas: en primer lugar, la imposición en 1991 de multas a diez empresas y a la cámara de empresas argentinas de gas licuado de petróleo (GLP), que totalizaron un monto de 43.5 millones de dólares, por prácticas concertadas en el mercado de fraccionamiento de GLP y, en segundo término, la aplicación de una multa de 110 millones de dólares en 1999 a YPF, la principal empresa de combustibles de Argentina, por verificarse un abuso de posición de dominio en el mercado de GLP. Esta última constituye la mayor sanción aplicada por la CNDC a una empresa en su historia, como resultado de un abuso de posición dominante.<sup>8</sup>

27. Entre los años 2002 y 2006 se observa uno de los períodos más prolíficos, con 11 sanciones que representan, en valor, el 30% del monto total histórico, medido en dólares estadounidenses.

28. Es en estos años cuando la CNDC visibiliza su accionar a nivel nacional con casos emblemáticos, que fueron motivados por investigaciones de oficio por parte de la autoridad de aplicación: el cartel del cemento, en el que se sancionó a las cuatro empresas que operan a nivel nacional y a la asociación que las nuclea; y el cartel de oxígeno medicinal, en el que fueron multadas las cuatro empresas multinacionales presentes en Argentina.

29. Luego de tres años sin sanciones impuestas por la autoridad de aplicación, en 2010 se inicia un período que finaliza en el año 2015, en el que se aplican 25 sanciones que representan más del 30% del monto total histórico. Aquí sobresale la multa a la multinacional Clorox por abuso de posición dominante en el mercado de lavandinas y la sanción a cuatro laboratorios y tres personas humanas por prácticas concertadas en licitaciones de hospitales públicos para la compra de un expansor plasmático en el Área Metropolitana de Buenos Aires y La Plata.

30. Finalmente, en los años recientes se observa un promedio apenas superior a un caso por año. En los períodos correspondientes a los años 2017-2018 y a la post-pandemia (2021-2023), se sancionaron cinco casos en cada período, que representaron el 0,7% y el 1,7% del monto total histórico, respectivamente. Esto último tuvo que ver, en parte, con la falta de actualización de los valores reales para la sanción de conductas anticompetitivas previstos por la Ley 25.156, puesto que dicha normativa establecía una sanción máxima valuada en pesos argentinos para las empresas que infringieran la LDC, cuyo monto límite estaba estipulado en 150 millones de pesos.

---

<sup>8</sup> Se aclara que cuando se afirma que es la mayor sanción a una empresa en la historia de la CNDC, se está tomando en cuenta su valuación en dólares estadounidenses.

#### IV. PRINCIPALES SANCIONES POR CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS JUNIO 2022 – JUNIO 2023

31. Las sanciones de multa recomendadas por la CNDC, o bien, aquellas ratificadas por la justicia entre junio de 2022 y junio de 2023, corresponden a casos en los que, los hechos denunciados y luego verificados por la autoridad como una conducta contraria a LDC, acontecieron con anterioridad a la entrada en vigor de la LDC. Esto implica que las sanciones fueron aplicadas según lo estipulado por la normativa anterior, la Ley 25.156, que tal como ya fue mencionado, establecía un monto máximo para las multas cuya valuación, además, se encontraba determinada en pesos argentinos. En este sentido, los montos de las multas impuestas durante el año en análisis quizás no sean representativas del daño producido por las prácticas investigadas, ni tampoco constituyan un valor relevante en lo que refiere a los montos de sanciones recomendadas a lo largo de la historia de la CNDC.

32. También cabe considerar que, hasta el momento, ninguna conducta anticompetitiva ha sido sancionada bajo la LDC en vigencia desde 2018.

33. Los casos relevantes que se analizan en la presente sección corresponden a la ratificación de la sanción impuesta sobre Cervecería y Maltería Quilmes por un abuso de posición de dominio, la sanción impuesta a Telecom y Arterar por abusar de su posición de dominio en el mercado de televisión paga, y la sanción contra varias discotecas de la ciudad de Bariloche por incurrir en prácticas concertadas.

34. Al considerar estas sanciones se observa que, en dos de los tres casos que aquí se analizan (el de la firma cervecera y el de las discotecas), además de la imposición de una multa, se recomendó la aplicación de medidas correctivas que permitieran restaurar las condiciones de competencia efectiva en el mercado afectado y evitar la reiteración de las prácticas sancionadas.

35. Respecto a la dimensión geográfica de los mercados afectados, en el caso de las conductas verificadas sobre el mercado de televisión paga, estas resultaron de alcance local. En el caso de las sanciones a las discotecas, si bien los hechos acontecieron en la ciudad de Bariloche, en función de que los servicios provistos por las empresas infractoras tenían como principales consumidores al turismo estudiantil que provenía de distintos lugares de Argentina, se consideró que las prácticas concertadas sancionadas tuvieron una afectación a nivel nacional. Por último, las conductas correspondientes a un abuso de posición de dominio ejecutadas por la empresa cervecera más importante del país fueron verificadas en todo el territorio argentino.

#### IV.1. CONFIRMACIÓN DE LA SANCIÓN A CERVECERÍA Y MALTERÍA QUILMES

36. En agosto de 2021, luego de una investigación llevada adelante por la CNDC, se le impuso una multa a la firma Cervecería y Maltería Quilmes (CMQ) por 150 millones de pesos, a partir de la acreditación de un abuso de posición dominante de tipo exclusorio. La multa fue complementada con la imposición de un conjunto de medidas correctivas con el objetivo de restaurar las condiciones de competencia efectiva en el mercado afectado y evitar que se reiterasen las prácticas empresariales sancionadas.

37. CMQ, que desde 2006 forma parte del grupo belga-brasileño AB INBEV, es el principal productor, distribuidor y comercializador de cerveza en Argentina. La participación de mercado de este grupo, con un portafolio de marcas que incluye a Quilmes®, Brahma®, Budweiser®, Andes® y Patagonia®, ha superado cómodamente el 70% de la oferta de cerveza en los últimos años.

38. A través de CMQ, AB INBEV, es líder tanto en lo que se conoce como el canal *on premise* (bares, restaurantes, boliches, hoteles y establecimientos similares), como en el canal *off premise* —principalmente supermercados, almacenes y kioscos.

39. La cartera de productos de CMQ también incluye otras bebidas alcohólicas (sidras y vinos) y bebidas no alcohólicas (agua mineral, gaseosas, bebidas isotónicas y energizantes, entre otras). A diferencia de sus competidores, CMQ cuenta con un elevado nivel de integración vertical y horizontal, y una capacidad logística sofisticada para la distribución de sus productos.

40. La investigación realizada por la CNDC comenzó en 2016 a raíz de denuncias presentadas por las empresas competidoras de CMQ, Compañía Cervecerías Unidas S.A., Compañía Industrial Cervecera SA y Otro Mundo Brewing Company S.A.

41. La investigación corroboró que CMQ implementó un conjunto de estrategias de fidelización con el propósito de generar espacios exclusivos de venta minorista de cervezas, a partir del cual se produjo un cierre vertical del mercado para los competidores actuales y potenciales.

42. El conjunto de instrumentos de fidelización que dieron origen a las conductas sancionadas se refleja en las siguientes prácticas:

- (a) Venta exclusiva de cervezas y otros productos de CMQ en los puntos de venta *on premise* (bares, restaurantes, etc.) a cambio de contratos de dinero, publicidad, mobiliario y descuentos sobre la cartera de productos que comercializa (cervezas, aguas, aguas saborizadas,

isotónicas, gaseosas, energizantes, etc.);

(b) Exigencias de espacios exclusivos y preferenciales en góndolas y punteras en los canales *off premise* superiores a su participación de mercado (supermercados, autoservicios y almacenes de gran tamaño), a cambio de descuentos y promociones;

(c) Exclusividad en el uso de heladeras en los segmentos *on premise* y *off premise*.

43. Todas estas prácticas constituyeron el establecimiento de barreras a la entrada en el mercado de producción y distribución de cervezas, permitiéndole a CMQ obtener beneficios supracompetitivos e impidiéndole a los competidores actuales y potenciales disciplinar los precios del mercado, perjudicando a los consumidores.

44. Al verificar estas conductas, la CNDC recomendó a la entonces Secretaría de Comercio Interior sancionar con una multa a la empresa cervecera. A raíz de que los hechos denunciados corresponden a un período en el que aún se encontraba vigente la Ley 25.156, la multa fue del monto límite estipulado por la normativa anterior, es decir, de 150 millones de pesos.<sup>9</sup>

45. La multa fue complementada con la imposición, conforme el artículo 55, inc. (c) de la LDC, de un conjunto de medidas correctivas para restaurar las condiciones de competencia del mercado afectado e impedir la repetición de las prácticas sancionadas.

46. Estas medidas dispusieron que CMQ no podía instrumentar ningún tipo de acuerdo comercial formal o informal con los puntos de venta —tanto *on premise* como *off premise*—, que tenga por objeto o efecto generar restricciones verticales sobre los canales de comercialización con la finalidad de obtener: la exclusividad de venta; que sus productos sean la primera opción; eliminar a los competidores de las cartas, menú u otros; o limitar la exhibición de los productos de la competencia a través de acuerdos de espacios exclusivos en góndolas o punteras, entre otras limitaciones.

47. Asimismo, se dispuso que CMQ debía mantener una estrategia de comercialización de sus marcas de cerveza en forma independiente del resto de las bebidas que distribuye. Por lo tanto, no podía establecer descuentos cruzados entre distintos productos, ni sujetar la venta de un producto a la adquisición de otro.

---

<sup>9</sup> Si bien al momento de emitir el Dictamen recomendando la sanción se encontraba ya en vigor la LDC, dado que los hechos denunciados ocurrieron durante la vigencia de la normativa anterior, la CNDC determinó que correspondía aplicar el principio de ley penal más benigna, lo que redundó en la aplicación de la multa máxima estipulada por la Ley 25.156.

48. Además, se estableció que los acuerdos de publicidad y promoción exclusiva de sus marcas de cerveza —a través de la entrega de mobiliario, marquesina u otros— debían tener una duración máxima de tres años con la posibilidad de la rescisión anticipada luego del primer año y sin renovaciones automáticas, que no debían prohibir la venta de productos de la competencia, ni órdenes de preferencia en la oferta de productos, y que debían permitir la inclusión de los productos de los competidores en las cartas o menú.

49. Si bien CMQ apeló la sanción de multa y las medidas correctivas reseñadas, la LDC estipula específicamente que las medidas ordenadas pueden ser apeladas con efecto no suspensivo, lo cual significa que CMQ debía darles cumplimiento hasta tanto el tribunal competente resolviera el recurso de apelación.

50. En este sentido, con posterioridad a la imposición de la sanción y a raíz de sendas denuncias y pruebas aportadas por distintos competidores de CMQ, la CNDC inició una nueva investigación con el objetivo de acreditar si la empresa efectivamente estaba cumpliendo con las medidas correctivas impuestas.

51. En marzo de 2023, la CNDC concluyó que la empresa cervecera no estaba dando cumplimiento a las medidas correctivas ordenadas y que las prácticas empresariales por las cuales fue sancionada a mediados de 2021 se habían prolongado en el tiempo.

52. En virtud de que la LDC prevé la posibilidad de sancionar esta clase de transgresión con una multa que puede ascender hasta una suma equivalente de setecientos cincuenta mil (750.000) unidades móviles diarias, la Secretaría de Comercio decidió, a instancias de la CNDC, imponer una sanción diaria de 11.467 unidades móviles, a calcularse desde el día 9 de septiembre de 2021 hasta el día 6 de abril de 2022 inclusive —lo que totaliza 209 días hábiles. Esta nueva sanción ascendió, entonces, a 2.396.603 de unidades móviles que, conforme la cotización de la unidad móvil de la fecha de la resolución emitida por la autoridad de aplicación, equivalía a un monto de AR\$ 389.567.817,65.

53. Finalmente, en abril de este año, la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal rechazó el recurso de apelación interpuesto por CMQ contra la sanción y las condiciones que le fueron impuestas, dejando firme la multa y las medidas conductuales adicionales recomendadas por la CNDC.

54. La sentencia de la Cámara planteó una total concordancia con la definición del mercado relevante establecida por la CNDC —mercado nacional de cerveza— al igual que con la caracterización de CMQ como una empresa con posición dominante en ese mercado —de acuerdo al fallo, la



existencia de la posición dominante fue “sobradamente acreditada” por la CNDC.

55. En este mismo sentido se pronunció respecto a las prácticas verificadas, considerando que la CNDC había comprobado debidamente que CMQ desplegó una estrategia anticompetitiva contra sus competidores tanto en el canal *on premise* como *off premise*, a través de políticas de fidelización agresivas dirigidas a obtener la exclusividad de comercialización y asignación de espacio en góndola y heladera para productos.

56. Consecuencia de lo anterior, la Cámara ratificó la multa recomendada por la CNDC y también respaldó en su totalidad las medidas ordenadas a CMQ para corregir las distorsiones generadas por su conducta en el mercado cervecero argentino. En ese sentido, la Sala II afirmó: “... las estrategias comerciales de CMQ analizadas en su conjunto -dirigidas y pensadas para los distintos sectores que comercializan sus cervezas- terminan traduciéndose en prácticas exclusorias de la competencia, las que, por su carácter distorsionador, deben concluir.”

57. Lo establecido por la Cámara, respalda la investigación realizada y la sanción recomendada por la CNDC. En la actualidad, la agencia continúa realizando un monitoreo exhaustivo del cumplimiento de las condiciones correctivas establecidas sobre CMQ en la comercialización de cerveza en los canales *on premise* y *off premise*.

#### **IV.2. SANCIÓN A TELECOM Y ARTEAR POR ABUSAR DE SU POSICIÓN DE DOMINIO EN EL MERCADO DE TELEVISIÓN PAGA**

58. En enero de 2023, la CNDC recomendó a la Secretaría de Comercio sancionar a las empresas Telecom Argentina S.A. (Telecom) y Arte Radiotelevisiva Argentina S.A. (Artear), ambas pertenecientes al Grupo Clarín, con una multa de 150 millones de pesos, por encontrarse evidencia de la existencia de un abuso de posición de dominio en el mercado de televisión paga.

59. La investigación comenzó a raíz de una denuncia de la empresa AMX, que opera en Argentina bajo la marca Claro® y proporciona servicios de telefonía móvil y fija, servicios de internet, y servicios de televisión paga.

60. De acuerdo a lo denunciado, el Grupo Clarín impuso a AMX condiciones de venta para las señales Canal 13® y TN® que impidieron su adquisición, lo cual imposibilitó su entrada como operador de televisión paga en los mercados geográficos del Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA), la ciudad de Córdoba de la provincia homónima, y la ciudad de Rosario de la provincia de Santa Fe, lo que le impidió replicar de manera competitiva el servicio de cuádruple play.

61. Telecom es la principal empresa de telecomunicaciones de Argentina, con presencia en todo el territorio nacional. A partir de la fusión entre el Grupo Clarín y Telecom se convirtió en la primera y única empresa en brindar cuádruple play (telefonía móvil, fija, internet y televisión paga), con una participación de mercado predominante en distintas regiones del país. A su vez, el Grupo Clarín, a través de Artear, se dedica a la producción de contenidos para televisión y a la producción de señales.

62. En la investigación se corroboró que Artear posee una posición dominante en el segmento de señales de aire, con la señal Canal 13, y en el segmento de señales de televisión paga de contenido de noticias, con la señal TN.

63. Asimismo, se verificó que en los mercados de servicios de televisión paga del AMBA, ciudad de Córdoba y ciudad de Rosario, Telecom goza de una posición de dominio con una participación de más del 50% de los abonados, mientras que AMX es una entrante en dichos mercados, con una participación de menos del 1%.

64. En efecto, la CNDC encontró evidencia de la comisión de un abuso de posición dominante por parte de las firmas Artear y Telecom, en los aglomerados urbanos de AMBA, ciudad de Córdoba y ciudad de Rosario, desde diciembre de 2017 a julio de 2021, consistente en la imposición de condiciones discriminatorias para la adquisición de derechos de transmisión de sus señales televisivas, al fijar discrecionalmente montos de abonados mínimos a AMX (Claro), y dificultando y obstaculizando su ingreso al mercado de televisión paga.

65. La conducta ejecutada generó un daño en la competencia de los mercados de televisión paga mencionados y produjo un perjuicio al interés económico general, en tanto, las empresas denunciadas generaron una barrera artificial a la entrada para el ingreso de AMX y/u otros competidores entrantes o potenciales a los mercados de televisión paga en las zonas geográficas en las que opera Telecom o tenga planes de hacerlo, por medio de la exigencia de Artear —titular de los derechos sobre dos de las señales con más rating de la televisión argentina— de rampas de abonados mínimas imposibles de cumplir por una firma ingresante.

66. Ante esta imposición, AMX, al igual que cualquier operadora entrante, se encontró en la posición de tener que elegir entre no incluir esas señales en su grilla y ofrecer un producto de menor calidad o incluirlas y vender su abono más caro que el de su competencia (Telecom).

67. A su vez, al establecer barreras artificiales para el ingreso de nuevos jugadores, restringiendo la capacidad de competir de los entrantes, Telecom mantuvo su posición de dominio en el mercado de televisión paga, lo que le ha permitido obtener un beneficio supracompetitivo en el servicio

de cuádruple play, el cual resulta perjudicial para los consumidores.

68. En este caso, también sucedió que, en virtud de haberse iniciado la investigación bajo la Ley 25.156, la multa impuesta a Telecom y Artear fue del monto límite estipulado por dicha normativa, es decir, de 150 millones de pesos.

### **IV.3. SANCIÓN A DISCOTECAS DE LA CIUDAD DE BARILOCHE POR PRÁCTICAS COLUSIVAS**

69. En noviembre de 2022, la CNDC recomendó a la Secretaría de Comercio sancionar a la empresa Alliance S.A.S. (Alliance) con una multa de 150 millones de pesos —la máxima posible bajo la Ley 25.156, que se encontraba vigente al momento de los hechos—, y a la empresa Grisú S.A. (Grisú) con una multa de 90,3 millones de pesos, por encontrarse evidencia de la existencia de un acuerdo colusorio para fijar precios y repartirse el mercado de servicios de discoteca para el turismo estudiantil en la ciudad de Bariloche, localizada en la Patagonia argentina.

70. Adicionalmente, la CNDC dispuso la desinversión por parte de la empresa Alliance de una de las discotecas participantes del acuerdo colusivo, además de otras medidas de carácter conductual, tal como se detallará más adelante.

71. La investigación comenzó en 2018 a raíz de una denuncia del socio gerente de Powerlink S.R.L. (Powerlink), una empresa que se dedica a organizar espectáculos y reuniones de carácter artístico y cultural en el establecimiento denominado Puerto Rock Bariloche® y que, para el turismo estudiantil que visita la ciudad de Bariloche, organiza la denominada “fiesta de bienvenida” y otras fiestas destinadas a este público.

72. Las empresas denunciadas, Alliance y Grisú, ofrecen servicios de discoteca en la ciudad de Bariloche y, específicamente, ofrecen este tipo de servicios a las agencias de turismo que comercializan paquetes de viajes estudiantiles para egresados de las escuelas secundarias de todo el país. En concreto, la empresa Alliance opera las discotecas By-pass®, Rocket®, Cerebro® y Genux®, mientras que la empresa Grisú opera la discoteca homónima.

73. La ciudad de Bariloche es, a nivel nacional, el destino más solicitado para los denominados “viajes de egresados”. Estos consisten en viajes que realizan los estudiantes al finalizar la secundaria de, aproximadamente, una semana de duración, durante la cual es muy común la asistencia a una discoteca por noche, siendo este tipo de actividad nocturna una parte fundamental del viaje.

74. La investigación corroboró que las empresas Alliance y Grisú establecieron un acuerdo para la fijación conjunta de los precios de las

entradas a las discotecas operadas por ellas, emitiendo un tarifario único que hacían llegar a las agencias de turismo de forma periódica, incluyendo el porcentaje de aumento. En los casos en los que existieron negociaciones con las agencias de turismo en relación al precio y a las condiciones de pago, estas se basaban en dicho tarifario único.

75. Asimismo, se verificó un acuerdo para el reparto de mercado por franja horaria entre las empresas denunciadas y la denunciante. Dicho acuerdo estuvo instrumentado por medio de un «Memorándum de Entendimiento» que estuvo vigente desde 2004 hasta el año 2017 inclusive. El esquema de reparto se encontraba basado en el fraccionamiento del mercado entre el segmento de “Pre Dancing”, con horario de 17.00 a 00.00 hs. y, el segmento de “Discoteca Nocturna” a partir de las 00.00hs. La repartición del mercado se organizó con la empresa Powerlink en la franja del “Pre Dancing” ofreciendo la “fiesta de bienvenida” y otras fiestas, y las empresas Alliance y Grisú, en la franja de “Discoteca Nocturna”, ofreciendo el servicio de discoteca en los establecimientos bailables By-pass, Rocket, Cerebro, Genux y Grisú. A su vez, se corroboró el reparto de clientes para que, a lo largo de la duración del viaje de egresados, los estudiantes concurren, como mínimo, una noche a cada discoteca en horario nocturno y para que concurren tanto a las fiestas prestadas en horarios de *matinée* como en horario nocturno.

76. Estas prácticas concertadas generaron un perjuicio de manera directa a las agencias de turismo estudiantil a nivel nacional y de manera indirecta a los estudiantes —quienes, en definitiva, son los que demandan la ciudad de Bariloche como destino de viajes de egresados.

77. La concertación permitió que las empresas cobren mayores precios que los que hubieran prevalecido en ausencia de la conducta y cuenten con una mejor posición negociadora ante las agencias de turismo frente a la que habría cabido en ausencia del acuerdo, e impidió que los consumidores finales puedan adquirir una cantidad diferente de noches de discotecas a las establecidas por las firmas investigadas.

78. En función de las prácticas colusivas verificadas, la CNDC impuso las multas mencionadas a las empresas Alliance y Grisú. Si bien la empresa Powerlink, al igual que las empresas Alliance y Grisú, fue encontrada responsable de las prácticas concertadas señaladas, la CNDC decidió no aplicar multa pecuniaria alguna a esta empresa en función de su colaboración con la autoridad para aportar las pruebas suficientes para la detección de las mencionadas conductas.

79. Asimismo, y en virtud del artículo 55, inciso c), de la LDC, que establece que, sin perjuicio de otras sanciones, la autoridad puede imponer el cumplimiento de condiciones que apunten a neutralizar los aspectos distorsivos sobre la competencia o solicitar al juez competente que las empresas infractoras sean disueltas, liquidadas, desconcentradas o divididas, la CNDC recomendó la desconcentración del mercado de

discotecas nocturnas en Bariloche, ordenando que la disco Genux, hasta el momento administrada por la firma Alliance, no sea controlada por una persona humana o jurídica que tenga vinculación con dicha empresa, ni sus directivos o accionistas.

80. En adición, la CNDC dispuso: i) ordenar a Alliance, Grisú y Powerlink el cese de la cartelización e intercambio de información, y proceder a la comercialización y fijación de condiciones comerciales de forma independiente y competitiva y; ii) ordenar a Alliance abstenerse de comercializar noches de discoteca por cuenta de terceros y, en particular, no cooperar ni coordinar la venta conjunta de servicios de discoteca con otros operadores, no exigir a terceros ningún tipo de negociación exclusiva que condicione la adquisición de los servicios de Alliance, Grisú, Powerlink u otro competidor y abstenerse de realizar la venta conjunta de las discotecas que ésta controle y/o administre.

## V. COMENTARIOS FINALES

81. Los casos de conductas anticompetitivas que recibieron un dictamen de sanción por parte de la CNDC, o bien, cuyas sanciones han sido confirmadas por los máximos tribunales durante el último año, revisten gran importancia para la autoridad, a pesar de que las multas impuestas sobre las empresas infractoras se encuentren constreñidas por el máximo provisto por la normativa anterior y que, en consecuencia, no posean la magnitud suficiente para generar el efecto disuasorio deseado, en consonancia con el daño producido al IEG.

82. Los procesos requeridos para investigar y sancionar una práctica contraria a la LDC suelen requerir un plazo temporal considerable, por lo que es esperable que en el futuro más cercano se emitan nuevas sanciones bajo la legislación anterior, la Ley 25.156. Sin embargo, estos casos ya son pocos, por lo que es previsible también, que ciertas sanciones próximas sean aplicadas bajo los términos de la normativa vigente, la LDC, que admite multas más altas, las cuales, además, al encontrarse establecidas en unidades móviles, cuyo valor se actualiza anualmente, son menos susceptibles a sufrir devaluaciones.

83. La ratificación por parte de la justicia argentina de la sanción impuesta sobre la empresa cervecera CMQ constituye un apoyo importante hacia el trabajo de investigación de la CNDC que, de acuerdo a lo afirmado en la sentencia de la Cámara correspondiente, logró probar sobradamente el conjunto de prácticas que compusieron un abuso de posición de dominio de tipo exclusorio por parte de la empresa, tanto en el canal *on premise* como *off premise* del mercado de cervezas.

84. En cuanto a los otros dos casos comentados, se trata de hechos acaecidos en áreas geográficas locales, pero que, como ya fue

mencionado, poseen consecuencias a nivel nacional. En el caso del cartel de las discotecas de Bariloche, las prácticas sancionadas implicaron un perjuicio a los consumidores de viajes de egresados de todo el país. En aquel correspondiente al mercado de televisión paga, la sanción fue impuesta contra la mayor empresa de telecomunicaciones de Argentina, que tiene presencia en todo el territorio nacional y que fue la primera y única empresa en brindar cuádruple play, ante la verificación de un abuso de posición de dominio que estaba impidiendo que competidores, tanto efectivos como potenciales, pudieran desarrollar su actividad o bien ingresar al mercado de televisión paga, en detrimento de la variedad y calidad de la oferta de dichos servicios en todo el país.

85. Como autoridad encargada de investigar y recomendar sanciones ante el acaecimiento de conductas que resulten contrarias a la LDC y lesivas para el IEG, la CNDC continuará ejerciendo su tarea, contando con una experiencia legislativa centenaria, una jurisprudencia construida a lo largo de los 43 años de existencia del organismo y una Ley actualizada y moderna que puede hacer frente a los problemas de competencia del mundo actual.

**REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**

**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA**

**Presidente:** Alexandre Cordeiro Macedo





# PROPÓSITOS ANTICOMPETITIVOS SUBYACENTES EN NEGOCIOS COMUNICADOS COMO FUSIONES

FINS ANTICOMPETITIVOS SUBJACENTES EM NEGÓCIOS RELATADOS, COMO  
FUSÕES

**Diogo Thomson**

**Alden Caribé**

**Priscilla Craveiro**

## RESUMEN

La ley antimonopolio brasileña (Ley N° 12.529/2011) impone la obligación de autorización previa a los contratos que involucren grandes grupos económicos y que involucren ciertos tipos de negocios: (i) fusiones, (ii) incorporaciones, (iii) adquisiciones de control parcial o de partes de otra empresa, (iv) contratos asociativos o la formación de consorcios o *joint ventures*. La disciplina del tratamiento administrativo de los actos de concentración presupone que los contratos de este tipo implican inversiones destinadas a incrementar la oferta a través de la compartición de riesgos. Por ello, adoptase el tratamiento de acuerdo a los efectos esperados de la operación. Resulta que, a la vista de casos concretos, el supuesto no siempre es adecuado, ya que los objetos declarados o implícitos de las asociaciones pueden dar lugar a una fuerte coordinación entre agentes en competencia. Véase, por ejemplo, la reducción de la rivalidad que pasa cuando los controladores del grupo económico incorporado continúan en el ámbito de actividad como socio minoritario. O la formación de una *joint venture* en mercados donde las empresas socias ya operan, o cuando se forman para ofrecer servicios de que todas las socias son demandantes. Si los objetivos restrictivos de la oferta estuvieran debidamente demostrados, tales casos podrían merecer un tratamiento más cercano a los juicios de prácticas antimonopolio por objeto – porque en esencia de ellos estarían más cercanos. El artículo enumera casos en la práctica brasileña que, en mayor o menor medida, enfrentaron situaciones de este tipo.

**Palabras-clave:** actos de concentración empresarial; efectos coordinados; Carguero; BusCo

## RESUMO

A lei de defesa da concorrência do Brasil (Lei nº 12.529/2011) impõe obrigatoriedade de autorização prévia a contratos que envolvam grandes grupos econômicos e que impliquem em certos tipos de negócios: (i) fusões, (ii) incorporações, (iii) aquisição de controle parcial ou de partes de outra empresa, (iv) contratos associativos ou a formação de consórcios ou *joint ventures*. A

disciplina de tratamento administrativo de atos de concentração pressupõe que contratos deste tipo implicam em investimentos destinados a encorajar o aumento da oferta por meio do compartilhamento de riscos. Por conta disso adota o tratamento segundo os efeitos esperados da operação. Sucede que em vistas de casos concretos o pressuposto nem sempre é adequado, visto que os objetos declarados ou implícitos das associações ensejam forte coordenação entre agentes competidores. Vide, por exemplo, a redução da rivalidade pela incorporação em que o incorporado segue no ramo de atividade como um sócio minoritário. Ou a formação de “*joint venture*” em mercados em que as requerentes já atuam, ou para prestação de serviços que todas demandam. Se devidamente demonstrados os objetivos restritivos de oferta, tais casos talvez merecessem tratamento mais próximos aos julgamentos de práticas antitruste pelo objeto. O artigo elenca casos da prática brasileira que em maior ou menor grau enfrentaram situações deste tipo.

**Palavras-chave:** atos de concentração econômica; efeitos coordenados; Carguero; BusCo.

## I. INTRODUCCIÓN

La ley antimonopolio brasileña (Ley nº 12.529/2011) impone la obligación de autorización previa a los contratos que involucran a grandes grupos económicos (definidos así como aquellos con ingresos superiores a 75 - setenta y cinco - millones de reales y 750 - setecientos cincuenta - millones reales) y cuyo contenido involucre cuatro tipos de negocios: I - Fusión de 2 (dos) o más empresas previamente independientes; II - 1 (una) o más empresas adquieren, directa o indirectamente, por compra o canje de acciones, cuotas, bonos o valores convertibles en acciones, o activos, tangibles o intangibles, por contrato o por cualquier otro medio o forma, control o partes de una u otra empresa; III - 1 (una) o más empresas incorporan otra u otras empresas; o IV - 2 (dos) o más empresas celebren contrato de asociación, consorcio o *joint venture* (ver art. 88 de la Ley nº 12.529/2011).

Este artículo tiene por objeto tratar los contratos que se califican como fusiones que puedan, declaradamente o no, tener un objeto anticompetitivo. Imaginemos, por ejemplo, un acuerdo entre dos competidores en el que uno de ellos se alía con el otro a través del canje de acciones en el que sigue siendo socio en la novela y se forma el conjunto empresarial, buscando reducir la rivalidad en el mercado. O la formación de una “*joint venture*” en mercados donde los solicitantes ya operan, o para comprar conjuntamente servicios demandados independientemente por todos.

Esta clase de contratos plantea una reflexión sobre la paradoja en relación con el tratamiento jurisprudencial de las prácticas anticompetitivas que tienen por objeto restricciones a la competencia y los contratos notificados antes de la ventana de concentración. Si bien pueden tener similitudes materiales muy grandes, ambas hipótesis tienen tratamientos administrativos marcadamente diferentes. Mientras que las restricciones a la competencia por objeto, el cartel más famoso de ellas, cuentan con una presunción de efectos negativos casi

invencible, las fusiones normalmente se tratan de acuerdo con los efectos esperados. Este artículo enumera casos de la práctica brasileña que ilustran esta paradoja y ofrece algunas sugerencias sobre cómo abordar el tratamiento de situaciones similares.

En primer lugar, discute cómo la doctrina y el Cade ven los efectos coordinados y los objetos subyacentes – expresados o implícitos – de los actos de concentración económica que se asemejan a acuerdos colusorios. A continuación, se analizan en detalle casos recientes en los que la hipótesis de coordinación entre competidores fue afrontada por la autarquía en el análisis del acto de concentración, arrojando luz sobre las salvaguardas o remedios necesarios para aprobar operaciones de este tipo. Finalmente, se realizan las consideraciones finales sobre el tema.

## II. Análisis de efectos coordinados y objetos ilícitos en fusiones

En Brasil, desde 2011, se adoptan leyes de control previo de concentración, por lo que los solicitantes de la operación deben mantener inalterables las condiciones de competencia hasta su aprobación final por parte del Cade. En la fase que antecede a una operación, se deben tener en cuenta algunas precauciones para que los agentes económicos que intervienen en la operación no incurran en la consumación previa -previa a la decisión de la autoridad antimonopolio- del acto de fusión, también conocido como *gun jumping*. Una de estas precauciones se refiere al intercambio de información entre los solicitantes de la operación. Debe evitarse que “entre las partes se transmita innecesariamente información sensible desde el punto de vista competitivo, con el fin de perjudicar la competencia entre ellas si no se consuma la fusión”.<sup>1</sup>

La Guía para el Análisis de la Consumación Previa de Actos de Concentración Económica establece ciertos límites a ser observados, en cuanto a (i) tipo de información intercambiada (aquellas relacionadas con costos, precios, estrategia de mercadeo, etc. deben merecer mayor atención); (ii) rezago de la información intercambiada (idealmente deberían ser históricas, no actuales); (iii) forma de presentación de los datos (debe presentarse de forma agregada y anonimizada); y (iv) metodología de compartición (dependiendo de la complejidad de la operación, se debe optar por establecer *clean teams* y *data rooms*, por ejemplo).

Si bien no hay indicios de saltos armados, la autoridad antimonopolio no puede descuidar, al analizar la operación, la posibilidad de que resulte en mayores riesgos por la ocurrencia de prácticas concertadas en el mercado relevante, ya sea a través del intercambio de información en un mercado competitivo sensibles, ya sea por el cambio que la operación provocará en la estructura del mercado.

Es posible que una fusión pueda tener efectos nocivos sobre la competencia, reduciendo la rivalidad entre los actores del mercado y/o aumentando la probabilidad de coordinación entre ellos con respecto a variables sensibles de suministro. Ante esta posibilidad, la Guía para el Análisis de

---

1 CADE. Guía para el Análisis de la Consumación Previa de Actos de Concentración Económica, p. 7.

Fusiones Horizontales (“Guía H”) del CADE recomienda que la autarquía analice

“si la operación hace más probable la coordinación entre empresas y la rivalidad se enfría hasta el punto de rentabilizar un aumento conjunto de precios o incluso la alteración de otras variables competitivas, como la innovación y la calidad, todas ellas con un fuerte impacto en bien -ser del consumidor.<sup>2</sup>

La Guía H llama la atención sobre el hecho de que las características del mercado, como la concentración en pocos jugadores, la homogeneidad del producto ofrecido, la baja elasticidad de la demanda de los productos ofrecidos, la transparencia de los precios y la capacidad ofrecida, entre otros, pueden favorecer esta coordinación. Sin embargo, incluso si no existen condiciones estructurales favorables, es posible que la operación en sí misma cree un ambiente propicio para prácticas concertadas o para una competencia menos feroz.

Una operación de joint venture entre competidores puede configurarse de tal manera que, en el período posterior a la operación, sus solicitantes obtengan información sensible entre sí o, incluso, de terceros, utilizándola estratégicamente para enfriar la competencia en el mercado relevante en ese acto O, aún más lesivamente, puede tener como objeto subyacente -declarado u oculto- la formalización o aprobación, por parte de la autoridad de competencia, de conductas colusorias.

Si bien la evaluación de los actos de concentración por parte del CADE se realiza en el ámbito de su función preventiva a efectos dañosos al mercado, el control de estructuras, no se pueden perder de vista elementos de la operación que pueden trascender al control de conductas (función represiva de la autarquía). Tales riesgos -relacionados con el acceso a información sensible y su uso estratégico, con el alineamiento de conductas o incluso con la mayor probabilidad de conformación de acuerdos (implícitos o explícitos) entre competidores- deben ser ponderados por la autoridad de competencia en su decisión de aprobar o no la operación.

Recuerde que los cárteles se definen como aquellos acuerdos entre competidores para manipular variables sensibles de la oferta, como el precio, la cantidad ofrecida, la variedad ofrecida y la calidad del producto. Al restringir la oferta, tienen impactos en el bienestar del consumidor.

Ahora bien, si la conducta de cártel es ilícita en cuanto a su objeto, dado lo indiscutible de sus efectos nocivos para la competencia, las operaciones que tienen por objeto la coordinación entre competidores para restringir la oferta tal vez deban merecer un tratamiento diferenciado de la autoridad de defensa de la competencia, en la que adopta una lógica de análisis más cercana al juicio de las prácticas antimonopolio por el objeto.

Con objeto de contradecir la finalidad restrictiva de la oferta mediante la conducta coordinada entre competidores, los solicitantes deberán acreditar que han incluido en el acuerdo que posibilita la operación medidas destinadas a

---

2 CADE. Guía de análisis de fusiones horizontales de CADE, p. 42.

salvaguardar el mercado de las prácticas anticompetitivas derivadas del mismo. Tales garantías deben estar en línea con lo que históricamente Cade considera suficiente en sus precedentes. Los protocolos antimonopolio para el manejo de información competitivamente sensible y la capacitación en cumplimiento antimonopolio para los miembros de la junta directiva son ejemplos de dispositivos a adoptar en operaciones de este tipo.

A continuación, se presentan dos operaciones recientes analizadas por Cade, en las que la autarquía se enfrentó a estos temas.

### III. Los precedentes relevantes de Cade

La preocupación por la posibilidad de compartir información sensible y por la mayor probabilidad de coordinación entre los agentes económicos involucrados en la operación estuvo presente en dos precedentes recientes de la Cade, que merecen ser discutidos en detalle. Se trata de dos *joint ventures*: la que amplía Carguero, plataforma digital de intermediación de carga por carretera, y la que crea BusCo, plataforma digital para la operación comercial de servicios de Transporte Colectivo Regular de Pasajeros de la Modalidad Interestatal e Intermunicipal (TRIP).

Al principio, es importante mencionar que las *joint ventures* son consideradas, por la ley brasileña, hipótesis de actos de concentración, en los términos del inciso IV del art. 90 de la Ley de Defensa de la Competencia. Tienen la naturaleza jurídica de un contrato atípico, que implica la asunción de un objetivo común por los socios, con el reparto de los riesgos del compromiso.<sup>3</sup> En el sentido de Motta y Salgado, “por naturaleza, las *joint ventures* son entidades híbridas que se encuentran, de alguna manera, entre cárteles y fusiones”<sup>4</sup>.

#### III.1 Caso Carguero (08700.003130/2021-51)

En 2021, el Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“Cade”), la agencia antimonopolio de Brasil, fue provocado para expresar su opinión sobre la expansión (entrada de nuevos inversores) de una plataforma tecnológica para facilitar la conexión entre los proveedores de servicios de transporte de carga por carretera de cargas y demandantes de este tipo de servicio. La plataforma, denominada Carguero, reunió como socios a grandes comercializadoras de *commodities* agrícolas, empresas tradicionalmente demandantes de un gran volumen de los servicios que la plataforma proponía intermediar: Louis Dreyfus, Amaggi, Cargill y Sartco.

La operación fue aprobada, pero no antes de que la Superintendencia General de Cade (SG-Cade) y la Corte de Cade enfrentaran denuncias, principalmente de un tercero (Confederación Nacional de Transportistas Autónomos - CNTA), de que la plataforma constituida por un esfuerzo de cooperación entre estos competidores había el potencial de generar cierta coordinación en su comportamiento de mercado, especialmente en lo que se refiere a la contratación de terceros proveedores de servicios de carga.

3 FRAZÃO, A. *Joint ventures contratuais*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, 2015 p. 187-211.

4 MOTTA, M.; SALGADO, L. *Política de concorrência*. Elsevier Editora Ltda.. Edição do Kindle. Posição 3613.

A partir de aquí, se explorarán las principales características de la operación, las preocupaciones de competencia planteadas y las razones que llevaron a SG-Cade a retirarlas.

Carguero ofrece soluciones automatizadas para la intermediación de carga por carretera a través de una plataforma digital (software web y aplicación móvil), conectando tres tipos de agentes económicos: (i) productores/cargadores que demandan la contratación de carga por carretera para el transporte de sus cargas, (ii) empresas de transporte/agentes de carga, y/o (iii) camioneros o propietarios de flotas. Como complemento a Carguero, se constituyó una empresa de gestión de pagos electrónicos de fletes y peajes, con el objetivo de facilitar las transacciones en la plataforma. Esa empresa se llamaba Green Net.

Las empresas Louis Dreyfus, Amaggi, Cargill y Sartco son empresas agrícolas que se dedican a la originación, procesamiento y/o comercialización de granos (oleaginosas, soya, maíz, fertilizantes, defensivos agrícolas, semillas, algodón, café, azúcar y etanol, yuca, cacao, arroz, frutas y jugos) y que contratan servicios de transporte por carretera de terceros para el transporte de sus productos, ya que no cuentan con flota propia. En ese sentido, consideraron que la operación satisfizo sus necesidades de digitalización y optimización de sus respectivos negocios.

CNTA, el tercero interesado en el proceso, alegó que la supuesta posición de dominio de los accionistas de Carguero en sus mercados de operación permitiría la coordinación entre estas sociedades, en la medida en que facilitaría el intercambio de información sensible entre ellas, así como la interferencia de accionistas en negocios no relacionados directamente con Carguero. Argumentó que en los contratos de la operación no estarían presentes mecanismos de gobernanza y barreras (cortafuegos o muros chinos) que pudieran “mitigar las preocupaciones de competencia derivadas del posible uso de Carguero como foco de coordinación e intercambio de información sensible entre sus accionistas”.<sup>5</sup>

En la consulta al mercado realizada por SG-Cade por ocasión de la análisis, los actores de los mercados relevantes afectados por la operación también mostraron su preocupación sobre la posibilidad de compartir información y acceder a datos competitivos sensibles de los competidores, como el tipo de carga transportada, el volumen, el precio del flete contratado, entre otros- por los accionistas de Carguero.

Los solicitantes, a su vez, aclararon que Carguero ya había adoptado protocolos antimonopolio desde su institución, en 2018, y que pretendían mejorarlos aún más con la entrada de nuevos inversionistas en la *joint venture*. En este sentido, se comprometieron a implementar una serie de medidas para disciplinar y monitorear las interacciones de los accionistas de Carguero, a fin de garantizar el pleno cumplimiento de la legislación antimonopolio.

En el siguiente cuadro se resumen los principales dispositivos a implantar para hacer frente a los posibles riesgos de carácter competitivo:

---

5 Parecer SG n° 14/2021/CGAA3/SGA1/SG/Cade, em el Acto de Concentración n° 08700.003130/2021-51.

<b>Instrumento</b>	<b>SEI</b>	<b>Referencias</b>	<b>Dispositivos</b>
<b>Acuerdo de Accionistas</b>	<a href="#">0918086</a>	Cl. 8 e 22.3	Reglas de votación, gestión y relaciones de Accionistas, órganos de administración y empleados relacionadas con el cumplimiento de la Ley de Defensa de la Competencia;
		Cl. 9	Reglas para disciplinar las transacciones entre Partes Relacionadas;
<b>Instrumento</b>	<b>SEI</b>	<b>Referencias</b>	<b>Dispositivos</b>
		Cl. 22.3.6	Compromisos de capacitación periódica en materia de competencia para los miembros de la Junta Directiva, directores y empleados de Carguero;
<b>Protocolo Antitruste</b>	<a href="#">0935993</a>	Sección II, III, IV, V	Normas para regular el flujo de información proporcionada a los miembros de la Junta Directiva y Accionistas de Carguero (tratamiento y divulgación de información agregada y anonimizada)
		Sección II	Seguimiento de los abogados externos o internos del área de cumplimiento de las normas para la discusión de los asuntos en las reuniones de Directorio, con comunicación previa del orden del día, registro, revisión de actas y asesoría profesional sobre el contenido tratado en la reunión;
		Sección II e VII	Restricciones de acceso a la información, servidores y base de datos de Carguero por parte de Accionistas y miembros de la Junta Directiva
		Sección IV	Restricciones al intercambio de información entre Accionistas
		Sección VI	Restricciones al acceso a información competitivamente sensible de terceros, incluidos Accionistas, por parte de Carguero
		Sección VII	Reglas para la protección y tratamiento de datos de clientes y usuarios de la plataforma;
		Sección VIII	Brindar capacitación sobre <i>compliance</i> y realizar auditorías para evaluar la implementación y el cumplimiento del Protocolo Antimonopolio
		Sección IX	Ausencia de exclusividad, prioridad o preferencia de los Accionistas o de otra empresa en el uso de la plataforma;

Fuente: Voto del Consejero Relator en el Acto de Concentración n° 08700.003130/2021-51



Tales resguardos fueron considerados satisfactorios por la SG-Cade en su análisis de la operación, ya que están en línea con lo exigido históricamente por Cade en casos de joint ventures entre competidores. Tras el análisis del recurso interpuesto por la CNTA<sup>6</sup>, la Corte avaló la decisión del SG-Cade y aprobó la operación sin restricciones, considerando que las medidas presentadas “son [fueron] suficientes para mitigar los riesgos de coordinación e intercambio de información competitivamente sensible entre los solicitantes”<sup>7</sup>.

### III.2 Caso BusCo (08700.002488/2022-48)

Más recientemente, en el primer semestre de 2023, la Superintendencia General de Cade analizó una operación consistente en la formación de una joint venture -denominada BusCo- entre dos empresas de transporte de pasajeros por carretera: Águia Branca y JCA. En este caso, la Superintendencia General (SG-Cade) decidió impugnar el acto de concentración ante el Tribunal del Cade<sup>8</sup>, como resultado de preocupaciones que involucran, entre otros factores, la probabilidad de ejercicio del poder de coordinación y coordinado por BusCo, lo que podría dar lugar a comportamientos colusorios entre sus socios y entre los vehículos que podrían estar asociados en un acuerdo de asociación con la empresa conjunta. La fusión aún está pendiente de una decisión final del Tribunal.

Procedamos entonces a detallar los contornos de la Operación y las preocupaciones de supresión de competencia planteadas por la SG-Cade.

Se trata de una operación que involucra a Águia Branca y JCA, dos de los tres mayores operadores de Transporte Colectivo Regular de Pasajeros de la Modalidad Interestatal e Intermunicipal (TRIP), que en conjunto poseen una participación de mercado del 28,29% en términos de volumen de pasajes pagados vendidos. Según la legislación brasileña, el umbral indicativo de la existencia de una posición dominante es del 20%. En este sentido, el SG-Cade consideró que “existe un fuerte incentivo para la probabilidad de ejercicio coordinado del poder, bajo la dirección de estas grandes empresas del sector”<sup>9</sup>.

Cabe señalar, en primer lugar, que las propias características del segmento económico TRIP favorecen la actuación coordinada entre empresas. El segmento aún está extremadamente concentrado: tres grupos tienen más del 50% de la cuota de mercado, mientras que los otros vehículos están al margen, con menos del 10% de participación si se consideran por separado. Las líneas o tramos se explotan en gran medida en una estructura monopólica o duopolística. La preocupación por la gran concentración del mercado está bien fundada y, por

---

6 En su recurso, la CNTA alegó que, al tratarse de compromisos privados, los mecanismos de gobernanza presentados por los demandantes serían insuficientes para mitigar los riesgos detectados, ya que podrían ser modificados posteriormente.

7 Voto del Consejero Relator en el Acto de Concentración n° 08700.003130/2021-51.

8 Según el arte. 12 de la Ley de Defensa de la Competencia (Ley n° 12.529/2011), corresponde a la Superintendencia General del CADE: XII - recibir, instruir y aprobar o **impugnar** ante el Tribunal actuaciones administrativas para el análisis de un acto de concentración económica (énfasis añadido).

9 Parecer SG n° 17/2023/CGAA1/SGA1/SG, en el Acto de Concentración n° 08700.002488/2022-48.



ello, el organismo regulador del sector ha venido realizando esfuerzos para abrir más el mercado TRIP<sup>10</sup>.

Además, el producto ofertado por las empresas es homogéneo dentro de la misma ruta, existen importantes barreras de entrada de carácter regulatorio y, al tratarse de un mercado regulado, existe transparencia de información (precios y capacidad, principalmente). Finalmente, la existencia de asociaciones o entidades representativas del sector es un elemento más que permite normalizar conductas.

O modelo de negocios da BusCo, por sua vez, envolve a prestação de serviços de transporte coletivo regular de passageiros no modal rodoviário, com marca e estratégia comercial próprias, por meio do estabelecimento de parcerias com viações que detém a outorga para exploração de linhas rodoviárias de transporte. La prestación del servicio se realizaría con choferes y buses de las empresas asociadas, bajo el licenciamiento de la marca BusCo. Y la planificación y estrategia comercial, en cuanto a precios, horarios de rutas, control de calidad, acciones de marketing, atención al cliente, etc., estaría a cargo de BusCo. La venta de boletos se realizaría exclusivamente a través de la plataforma digital de la nueva empresa.

Al constituirse como una plataforma de dos lados, BusCo actuaría, por un lado, prestando servicios TRIP en asociación con las empresas de transporte (dos de ellas, Águia Branca y JCA, con gran experiencia y dominio en este mercado), teniendo cargo, como se ve, de toda la estrategia comercial del negocio. Se supone que tal modelo permitiría a las empresas socias operar con una estructura de costos más baja, al mismo tiempo que les permitiría llegar a un mayor número de consumidores debido a los efectos de red y economías de escala característicos de las plataformas. Por otro lado, se convertiría en un actor del mercado de las plataformas digitales, ofreciendo a los usuarios una mayor diversidad de rutas (en cuanto a horarios y canales de suministro) y compitiendo con empresas con modelos de negocio similares, como Flixbus<sup>11</sup> y Buser<sup>12</sup>.

Como señaló SG-Cade, el papel de BusCo no sería el de una mera intermediación entre los vehículos que ofrecen boletos y los pasajeros que desean viajar, en un modelo de mercado tradicional. Se trataría, en efecto, de la explotación comercial de las flotas y líneas proporcionadas por las empresas asociadas para su explotación comercial por parte de la empresa en participación. En este sentido, la relación entre BusCo y las empresas de transporte sería de carácter de prestación de servicios, por un lado, y de contrato asociativo, por otro, en la medida en que prevea la exploración conjunta de la

---

10 La Agencia Nacional de Transporte Terrestre (ANTT) deberá publicar un nuevo marco regulatorio para el Transporte Interestatal de Pasajeros por Carretera en los próximos meses. El nuevo marco pretende corregir distorsiones en el sector y contempla la regla de competencia que establece que no se deben imponer límites al número de autorizaciones para el servicio TRIP, salvo en aquellos casos en los que exista inviabilidad técnica, operativa y económica.

11 Flixbus es una empresa alemana que ingresó al mercado brasileño en 2021.

12 Buser, plataforma de intermediación de viajes terrestres de larga distancia basada en el modelo chárter, inició sus actividades en 2021. El servicio que presta la compañía no requiere viajes regulares.

actividad económica, con alguno grado de distribución de riesgos y resultados.

La preocupación del órgano de investigación del Cade respecto al modelo de negocio presentado residía precisamente en que BusCo se encargaría de la definición estratégica de precios, optimización de rutas entre socios y otras variables comerciales -consideradas sensibles para la competencia-, en lugar de las supuestamente independientes empresas de transporte que firmaron una alianza con él. Además, la operación incrementaría el riesgo de acceso a información competitivamente sensible, tanto entre los Grupos que están solicitando la operación, como entre estos y otros vehículos que puedan asociarse con BusCo. Esto podría dar lugar a la adopción de prácticas anticompetitivas, como la creación de un cartel de hub-and-spoke, en el que BusCo desempeñaría el papel de hub en la alineación de las prácticas de mercado, o incluso la facilitación de la cartelización, en su forma tradicional entre las empresas del sector TRIP.

Cabe recordar que los cárteles de centro y radio son aquellos en los que se intercambia información competitivamente sensible entre empresas que operan en un mercado (*spokes*) con la ayuda de una tercera empresa (*hub*) que generalmente opera en otro nivel de la cadena de valor. Como muy bien caracterizó el Ministerio Público Federal junto al Cade en un precedente en el que se analizó la formación de un cartel en licitaciones públicas por parte de revendedores en el mercado de instrumentos electrónicos de prueba y medición,

“En este tipo de acuerdo colusorio se utiliza uno de los agentes como punto común de recepción de información. Después de recopilar esta información, este agente, el llamado centro, emite recomendaciones a los participantes relacionados (habla). Conscientes de la información consolidada por el agente central, los demás actúan con el fin de coordinar su conducta en el cumplimiento de los objetivos del cartel”<sup>13</sup>

En el análisis de efectos realizado por la SG-Cade no se acreditaron elementos -como las innovaciones disruptivas- que fueran capaces de contrarrestar los riesgos de competencia detectados. En consecuencia, SG-Cade optó por impugnar la operación ante el Tribunal, el órgano colegiado deliberativo de la agencia, denegando preferentemente la autorización de la operación, por entender que “la estructura de este mercado y la operación considerada tienen el potencial y el carácter de enfriar la competencia entre vehículos en el mercado. del TRIP, aumentando la probabilidad de un ejercicio coordinado del poder en los servicios del TRIP”<sup>14</sup>.

Así, la SG sugirió que la Corte analice la operación de manera similar a la fusión de empresas de transporte, como resultado del amplio acceso de BusCo a variables competitivas relevantes. Además, en caso de que el Tribunal del CADE no esté de acuerdo con la recomendación de desaprobación, sugirió que cualquier autorización debe ocurrir mediante la adopción de remedios.

El primer remedio sugerido por el SG sugiere que uno de los grupos

<sup>13</sup> Parecer n° 12/2022/WA/MPF/CADE, em el Proceso Administrativo n° 08700.010050/2014-23, pp. 20-21.

<sup>14</sup> Parecer SG n° 17/2023/CGAA1/SGA1/SG, em el Acto de Concentración n° 08700.002488/2022-48.

económicos solicitantes se abstenga de operar líneas donde se hayan identificado superposiciones horizontales. Si bien los *players* no operan en regiones coincidentes, la instrucción demostró que estas regiones son complementarias entre sí, lo que permitiría la provisión de conexiones inteligentes si los actores se coordinaran a través de BusCo.

El segundo remedio, a su vez, prevé la prohibición de sociedades entre BusCo y vehículos que no sean del Grupo JCA o del Grupo Águia Branca. Esto debido a que SG considera que si BusCo establece una sociedad con otros vehículos, puede haber una coordinación de sus acciones en el mercado TRIP, sin límites en el poder de mercado máximo a reunir en esta empresa conjunta, ya que no hay límites en el borrador de los estatutos predeterminados, constituyendo un riesgo competitivo prohibitivo.

Como se mencionó en el comienzo de esa sección, se espera la posición final de la Corte respecto de la operación.

#### **IV. CONSIDERACIONES FINALES**

El objetivo de este artículo es presentar cómo los efectos coordinados en los actos de concentración económica son tratados por la legislación y la práctica antimonopolio brasileña, a través del detalle de dos operaciones analizadas recientemente por Cade, de las *joint ventures* Carguero y BusCo.

Se encontró que tales efectos pueden resultar de la propia estructura del mercado (concentrado, regulado, con productos homogéneos y transparencia de la información, entre otros) y/o del diseño de negocio pretendido, que permite el acceso a datos competitivamente sensibles de los competidores y que no se establece salvaguardias para la interferencia de los accionistas de las empresas originales en el negocio de la nueva empresa que operará en el mismo mercado relevante.

De los antecedentes analizados, fue posible vislumbrar cuándo la coordinación se consideraba un riesgo para la competencia y aquellas medidas que se consideraban necesarias y suficientes para mitigar tales riesgos. Mientras que en el caso Carguero las medidas presentadas por los solicitantes se consideraron suficientes para disipar las preocupaciones relacionadas con los efectos coordinados, en el caso BusCo, SG impugnó la transacción ante la Corte, sugiriendo un análisis similar a una transacción de fusión y, en caso de aprobación, la adopción de remedio tendiente a hacer imposible que Cade haga suyo el objetivo colusorio pretendido.

Se observó, por tanto, que el Cade es consciente de la posibilidad de la existencia de un objeto contiguo, implícito o declarado, en las operaciones sometidas a su aprobación y que, en algunos casos, puede existir una similitud sustancial entre actos de concentración y cárteles. Se concluyó, entonces, que, en estas situaciones, si se acreditan los objetivos de restricción de suministro de los solicitantes -contrariamente a lo que se espera como resultado de una operación de enajenación o cooperación entre competidores-, se entiende que la operación debe someterse a un proceso que tal vez debería ser más cercano al de los juicios por cártel.

## BIBLIOGRAFIA

- BRASIL. CADE. Acto de Concentración n° 08700.002488/2022-48.
- Acto de Concentración n° 08700.003130/2021-51.
- Guía de análisis de fusiones horizontales de CADE. Brasília, 2016. <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf>>. Visualización em 20.07.2023.
- Guía para el Análisis de la Consumación Previa de Actos de Concentración Económica. Brasília, 2015. <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/gun-jumping-versao-final.pdf>>. Visualización em 20.07.2023.
- Proceso Administrativo n° 08700.010050/2014-23
- FRAZÃO, A. *Joint ventures* contratuais. Revista de Informação Legislativa. Brasília, 2015. <[http://www.professoraanafrazao.com.br/files/publicacoes/2017-04-23-Joint\\_ventures\\_contratuais.pdf](http://www.professoraanafrazao.com.br/files/publicacoes/2017-04-23-Joint_ventures_contratuais.pdf)>. Acceso em: 21.07.2023.
- MOTTA, M.; SALGADO, L. H. Política de concorrência: teoria e prática e sua aplicação no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015. Edição do Kindle.

## RESEÑAS BIOGRÁFICAS

### DIOGO THOMSON

Diogo Thomson es Superintendente General Adjunto de la Superintendencia General del CADE desde 2012. Fue Superintendente General Interino dos veces, de julio a octubre de 2017 y de julio de 2021 a abril de 2022. Es Procurador Federal desde 2004. Pontificia Universidad Católica de São Paulo, Maestría en Filosofía del Derecho por la Universidad de São Paulo y doctorando en Derecho por el Instituto de Derecho Público de Brasilia – IDP.

### ALDEN CARIBÉ

Alden Caribé es Coordinador de Análisis Antimonopolio en Cade. Anteriormente, trabajó en investigaciones de cárteles, incluida la coordinación de la unidad de negociación de acuerdos de clemencia. Es Licenciado en Derecho por la Universidad Federal de Bahía, Máster en Derecho Empresarial por la Universidad Francisco de Vitoria, España, y Especialista en Defensa de la Competencia por la Fundación Getúlio Vargas – São Paulo.

### PRISCILLA CRAVEIRO

Priscilla Craveiro es servidora pública federal desde 2010 e investigadora del CADE desde 2016, habiendo trabajado en la persecución de cárteles, en el Programa de Clemencia del Cade y en el análisis de actos de concentración.

Licenciada en Relaciones Internacionales por la Universidad de Brasilia y especialista en Defensa de la Competencia y Derecho Económico por la Fundação Getúlio Vargas – Brasília.



# **CONTRATOS DE EXCLUSIVIDADE E DEFESA DA CONCORRÊNCIA: UMA ANÁLISE DAS RECENTES DECISÕES DO CADE E DA BUSCA POR UM PARÂMETRO OBJETIVO**

ACUERDOS DE EXCLUSIVIDAD Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA: UN ANÁLISIS DE LAS RECIENTES DECISIONES DEL CADE Y LA BÚSQUEDA DE UN PARÁMETRO OBJETIVO

*Gustavo Augusto Freitas de Lima*

*Bertrand Wanderer*

*Otávio Augusto Andrade Santos*

**RESUMO:** O presente artigo aborda casos recentemente julgados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) relativos a contratos de exclusividade celebrados por empresas líderes em diferentes segmentos da cadeia produtiva. Os acordos de exclusividade, estabelecidos por meio de contratos formais ou informais, têm despertado interesse na comunidade acadêmica e nas autoridades de defesa da concorrência. Embora tais práticas possam trazer eficiências econômicas, como ganhos de escala, também é reconhecido o potencial de efeitos negativos, tais como a restrição à competição e o fechamento de mercado para concorrentes. Nesse contexto, o CADE adota uma abordagem analítica, avaliando os efeitos concretos dessas práticas na concorrência, a fim de determinar sua legalidade e seu impacto no mercado. A partir de uma revisão de casos paradigmáticos, posicionamentos doutrinários e análise de três casos recentes (iFood, Gympass e Ambev), este artigo busca discutir os principais aspectos relacionados aos acordos de exclusividade e se é possível se estabelecer parâmetros objetivos para a análise desses casos.

**Palavras-chave:** acordos de exclusividade; efeitos; restrições verticais; eficiências; fechamento de mercado; regra da razão.

**RESUMEN:** El presente artículo aborda casos recién juzgados por el Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE) relativos a contratos de exclusividad suscritos por empresas líderes en diferentes segmentos de la cadena productiva. Los acuerdos de exclusividad, establecidos mediante contratos formales o informales, han despertado el interés de la comunidad académica y de las autoridades de competencia. Aunque tales prácticas pueden traer eficiencias económicas, como economía de escala, también se reconoce el potencial de efectos negativos, como restringir la competencia y cerrar el mercado a los competidores. En este contexto, el CADE adopta un enfoque analítico, evaluando los efectos concretos de estas prácticas sobre la competencia para determinar su legalidad y su impacto en el mercado. A partir de una revisión de casos paradigmáticos, posiciones doctrinales y análisis de tres casos recientes (iFood, Gympass y Ambev), este artículo busca discutir los principales aspectos relacionados con los acuerdos de exclusividad y si es posible establecer parámetros objetivos para el análisis de estos casos.

**Palabras clave:** acuerdos de exclusividad; efectos; restricciones verticales; eficiencias; cierre de mercado; regra de la razón.

## 1. INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) vem se debruçando de forma mais atenta sobre condutas unilaterais que possam prejudicar a competição e o bem-estar dos consumidores. Dentre as condutas investigadas, um ponto que tem merecido maior atenção diz respeito às relações de exclusividade impostas por empresas dominantes a outras empresas parceiras, componentes da mesma cadeia de negócio.

Acordos ou contratos de exclusividade são relações formais ou informais estabelecidas entre empresas<sup>1</sup>, através das quais as contratantes se comprometem a não comercializar bens ou contratar serviços com terceiros. Tais negociações usualmente estão associadas a uma relação de fornecimento de insumos, prestação de serviços especializados ou disponibilização de pontos de venda e de canais de distribuição para a comercialização de um produto de uma determinada marca. Por meio desse acordo, as partes que aderem à prática esperam que exista algum tipo de tratamento vantajoso em troca da assunção do compromisso de fidelização da relação.

Em linhas gerais, nesse tipo de acordo, a empresa parceira – de menor porte – compromete-se a não fazer negócios com empresas concorrentes, recebendo em troca algum tipo de vantagem que lhe é oferecida pela empresa dominante. Essas vantagens podem se dar por meio de melhores preços e descontos, investimentos em *marketing*, fornecimento gratuito de determinados bens (como equipamentos, geladeiras ou *displays* para armazenamento e exposição do produto) ou de outros tipos de vantagem econômica. Em alguns casos, a retribuição pela relação de exclusividade pode se dar inclusive de forma bem direta, envolvendo o pagamento de uma determinada quantia em troca do compromisso de exclusividade. Tal pagamento pode se dar em parcela única, na assinatura do contrato, ou em parcelas mensais, como em uma espécie de aluguel da exclusividade.

Por outro lado, em geral, a empresa dominante não assume o mesmo compromisso de exclusividade em relação à empresa parceira. Ao contrário, usualmente a empresa dominante busca tomar tais compromissos de exclusividade de diversas empresas, objetivando maximizar o número de parceiros a ela fidelizados, numa relação de fidelidade que não é recíproca.

Cumprir destacar que a existência, ou não, da reciprocidade na relação de exclusividade é um ponto central para se distinguir os acordos de exclusividade da simples integração vertical. Quando duas empresas, em pontos distintos de uma mesma cadeia de produção, assumem compromissos recíprocos de exclusividade, o que se verifica é uma integração vertical com

---

<sup>1</sup> Por suposto, acordos de exclusividade realizados entre concorrentes que atuam no mesmo elo da cadeia são, ao fim, práticas de divisão de mercado, sendo tais condutas abarcadas no art. 36 da lei 12.529/11.



características de um mercado cativo. Tal tipo de relação, em regra, é neutra sob a ótica concorrencial, ressalvados os casos de aplicação da teoria da *essential facility* ou de fornecimento de algum insumo ou produto essencial.

O ponto de distinção central desse tipo de integração vertical cativa em relação aos acordos de exclusividade é que, nos acordos de exclusividade, a empresa dominante toma o compromisso de exclusividade sem assumir compromisso similar em relação a esses parceiros comerciais, nem gerar qualquer espécie de expectativa de reciprocidade. Como regra, a relação, aqui, é assimétrica: a empresa que toma o compromisso de exclusividade é, usualmente, a dominante no respectivo mercado relevante e o elo mais forte da relação comercial estabelecida com a empresa fidelizada. A ausência de reciprocidade é que torna factível que esse tipo de estratégia resulte em um fechamento de parte significativa do mercado ou de algum dos seus segmentos, ainda que os demais concorrentes sejam igualmente eficientes.

Acordos de exclusividade surgem de relações lícitas entre empresas<sup>2</sup>, normalmente sob a forma de cláusulas em um contrato que envolve uma relação de trato sucessivo, dotada de algum grau de estabilidade e duração. Tais práticas não são tratadas, por si só, como prejudiciais à concorrência, afinal pode haver um racional econômico que justifique a operação. Ademais, a adoção de contratos de exclusividade pode gerar ganhos de eficiência, os quais podem se reverter em favor do consumidor.

Tem-se, então, que tais práticas apresentam efeitos econômicos potencialmente ambíguos: em certos casos, podem gerar eficiências importantes, tais como ganhos de escala e eficiências logísticas, que podem se reverter em melhores preços, maior disponibilidade do produto ou melhor qualidade. Em outras situações, contudo, tais contratos podem gerar dano à concorrência e ao bem-estar do consumidor final.

Imaginemos, por exemplo, uma relação de exclusividade celebrada entre uma rede de supermercados e um grupo de produtores rurais, os quais se comprometem a vender seus produtos apenas para a referida rede. Em troca, a rede pode oferecer um ponto de destaque para esses produtos dentro dos seus pontos de venda, comprometendo-se, ainda, a realizar investimentos no *marketing* de produtos da linha “direto da fazenda”. A estabilização da referida relação pode levar os produtores a terem maior segurança para investir na sua produção, gerando uma cadeia logística mais estável, com produtos mais baratos e mais frescos sendo oferecidos pela rede em questão. Tudo isso, claro, pode beneficiar o consumidor final.

Contudo, tais relações podem igualmente gerar efeitos negativos no mercado, aumentando os custos dos concorrentes ou mesmo eliminando a competição. No mesmo exemplo acima, uma rede de mercados pode decidir

---

<sup>2</sup> No presente artigo, contratos de exclusividade e acordos de exclusividade são utilizados como sinônimos, ambos no sentido de indicar relações de exclusividade em si, ou seja, cujo objeto da relação entre duas empresas é a subordinação de uma à outra, em determinada relação verticalizada. Tal recorte é importante em especial considerando que não necessariamente, e em especial em firmas dominantes, tal exclusividade seja somente formal.

comprar todo o leite produzido em uma determinada região geográfica, com o propósito exclusivo de eliminar a competição. Nessa situação hipotética, os múltiplos contratos de exclusividade podem obrigar que as redes de mercado concorrentes tenham que comprar os seus produtos de fornecedores situados em pontos mais longínquos, criando um maior custo logístico para os concorrentes ou mesmo impedindo a operação. Tal aumento de custos e restrição de fornecedores pode ser capaz de inviabilizar o funcionamento dos competidores, ainda que sejam igualmente eficientes, podendo diminuir a competição no longo prazo.

No cenário acima descrito, após os potenciais competidores se retirarem do mercado de revenda de leite, a empresa dominante estaria em condições de gerar danos nas duas pontas da cadeia para recuperar os custos iniciais: poderá fazer um *margin squeeze* nos produtores de leite, impondo margens menores, com efeitos na qualidade do produto; e, simultaneamente, será capaz de impor um preço mais caro, e mesmo um produto de menor qualidade, aos consumidores finais. Essa ampliação do poder de mercado da empresa dominante se dá porque, eliminados os competidores igualmente eficientes, não haverá mais outras empresas capazes de disciplinar o preço da empresa tomadora dos contratos de exclusividade.

O que diferencia uma ou outra situação, ou seja, os casos em que a exclusividade é benigna dos casos em que essa relação pode prejudicar os consumidores – e mesmo ser maléfica para as empresas parceiras – acaba dependendo da análise econômica e dos efeitos concretos que tais relações produzem no mercado e na concorrência<sup>3</sup>.

Por conta disso, quando há uma cláusula de exclusividade, cabe à autoridade de defesa da concorrência analisar os efeitos práticos decorrentes, em especial o efeito líquido final. Ou seja, é necessário se sopesar os resultados positivos e negativos decorrentes da referida relação.

Contudo, a análise dos efeitos concorrenciais em cada operação, em cada mercado, pode se mostrar uma tarefa de difícil implementação, em termos práticos, além de poder gerar significativa insegurança jurídica para o mercado, para as empresas e para o consumidor. Por conta disso, o CADE tem buscado estabelecer parâmetros, presunções e “portos-seguro” (*safe harbor*) que possam simplificar a análise e permitir se separar, de uma forma mais clara e simples, os acordos de exclusividade benignos dos considerados prejudiciais.

Tendo em vista esse breve introito, o objetivo a ser alcançado com o presente artigo se volta à discussão dos acordos de exclusividade, objetivando separar acordos anticompetitivos e pró-competitivos. Para tanto, buscar-se-á estruturar o raciocínio da seguinte maneira: (i) inicialmente, será apresentado um breve apanhado de casos paradigmáticos e posicionamentos doutrinários, nacionais e estrangeiros, circunscrevendo o objeto ora analisado; em seguida, (ii) discutir-se-á os principais efeitos de contratos de exclusividade, positivos e

---

3 Diferente do cartel, que é analisado na lei brasileira sob a ótica de um ilícito por objeto, ou seja, cuja mera confirmação de existência já é a manifestação do ilícito concorrencial.

negativos, em especial os ganhos de escala que podem decorrer de sua utilização frente a sua externalidade negativa. Nesse tópico, será analisada tal conduta, em especial, quando se verifica a presença de uma empresa em posição dominante, a qual adota um comportamento sem uma aparente racionalidade econômica. Em seguida, (iii) serão examinados três casos recentes da jurisprudência do CADE que enfrentaram o exame do tema em apreço – IFood, Gympass e Ambev. Por fim, (iv) serão indicados os parâmetros que o CADE vem considerando para aprovar esse tipo de contrato.

## 2. Os contratos de exclusividade sob a ótica antitruste

De início, cabe se delimitar de maneira objetiva o que é o objeto de discussão do presente artigo. Quando se fala de contratos de exclusividade sob a ótica antitruste, tais discussões são, em grande parte, importadas de debates em jurisdições que influenciam em grande medida a doutrina antitruste brasileira.

No contexto brasileiro, relações de exclusividade surgem a partir de cláusulas estabelecidas entre duas empresas no âmbito de sua relação contratual, apresentando elementos restritivos em seu conteúdo. Tais relações contratuais se manifestam em uma exclusividade de direito ou de fato<sup>4</sup>. A primeira se dá por meio de uma cláusula contratual que expressamente prevê a obrigação, razão pela qual é mais facilmente identificada. No segundo caso, a exclusividade surge em um contexto baseado em descontos<sup>5</sup> ou em mecanismos indiretos, os quais são capazes de assegurar o mesmo efeito da exclusividade sem necessariamente conter uma cláusula que estabeleça o *enforcement* da fidelidade da relação. Nesses casos, a análise da existência de uma exclusividade de fato pode se dar em

---

4 Nesse sentido, cabe destacar uma breve distinção entre o direito brasileiro, europeu e estadunidense:

“Para os norte-americanos, exclusividade vem geralmente associada à exclusive dealing, ou seja, à obrigação imposta a uma das partes de somente comprar ou comercializar os produtos da outra. Areeda e Kaplow esclarecem que a exclusive dealing refere-se a acordos por força dos quais o comprador não se vale ou não se abastece de bens fornecidos por um concorrente do vendedor.<sup>153</sup> Para Hovenkamp, há exclusive dealing quando o comprador obriga-se a adquirir produtos apenas de determinado vendedor.<sup>154</sup> Por outro lado, o que nós chamamos de exclusividade territorial pode ser traduzido para o inglês como territorial limitation, um expediente de que lança mão o fabricante para evitar que seus distribuidores concorram entre si, assegurando-lhes áreas exclusivas de atuação.<sup>155</sup> Na Europa, as expressões exclusive purchase e non-compete são às vezes tidas como sinônimas, ou seja, com o mesmo significado atribuído pelos norte-americanos para exclusive dealing. <sup>156</sup> No entanto, explica-nos Joanna Goyder que a Comissão separa uma da outra: “An exclusive purchase clause imposed by a supplier requires a buyer to obtain all its supplies of the contract goods (e.g. Bally shoes) from the supplier, whereas a non-compete clause requires him to obtain all his supplies of a particular product (that is, all his shoes requirements) from the supplier. The former does not prevent the buyer from obtaining and distributing competing goods, but the latter does. In practice a supplier may want to impose both exclusive purchasing and non-compete”.<sup>157</sup> FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste / Paula A. Forgioni. – 10. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 404.

5 KHARMANDAYAN, Luiza; DE MORAIS, João Carlos Nicolini. CLÁUSULAS DE EXCLUSIVIDADE COMO CONDUTA ANTICOMPETITIVA: METODOLOGIA DE ANÁLISE SOB A ÓTICA DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL. Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, p. 116.

quão factível é para outra concorrente igualmente eficiente replicar essa prática.

Nos acordos de exclusividade, de fato ou de direito, o ponto comum é que o acordo limita significativamente a discricionariedade do agente fidelizado de negociar com os concorrentes da empresa dominante. Assim, a sua consequência imediata é a diminuição da competição. Retira-se parte da competição “pelo mercado”, embora a competição “no mercado” possa continuar, por meio de outros agentes econômicos ou de meios próprios dos demais competidores.

Essa limitação ao acesso do concorrente pode, eventualmente, impedir que os rivais atinjam uma escala mínima viável para operar. Isso pode, por exemplo, diminuir sensivelmente a concorrência entre diferentes marcas em um mercado<sup>67</sup> e a disponibilidade de produtos distintos ao consumidor.

Tomemos o exemplo dos contratos de exclusividade no varejo. Se uma marca de refrigerantes assina diversos contratos de exclusividade com as principais redes de varejo, obrigando que os refrigerantes da sua marca sejam os únicos oferecidos ao consumidor em parcela significativa dos pontos de venda, isso poderá prejudicar o acesso dos rivais aos canais de distribuição e comercialização. Tal conduta pode impedir que os concorrentes, mesmo que igualmente eficientes, tenham uma escala mínima de produção para manter os seus produtos no mercado, ainda que as marcas rivais sejam os produtos de preferência de parcela significativa dos consumidores.

Nessa linha de raciocínio, para se analisar a prática e verificar se ela pode levar à manifestação de efeitos pró ou anticompetitivos, precisa-se, antes, analisar um pressuposto importante: observar se determinada empresa possui a capacidade de influenciar o mercado por conta de seu poder econômico. Tem-se, então, que o fechamento do mercado decorrente de acordos de exclusividade se correlaciona à existência de poder de mercado por parte da empresa infratora. Se não há uma posição dominante no mercado relevante de atuação da empresa, o risco de fechamento de mercado tende a ser minimizado ou anulado<sup>8</sup>.

Observando as experiências estadunidense e europeia, verificam-se algumas distinções quanto aos parâmetros de análise. Na União Europeia (UE), por exemplo, são usualmente aceitos acordos de exclusividade nos quais nenhuma das partes detenha mais do que 30% de *market-share* nos mercados

---

6 Cumprе ressaltar que a doutrina caminha no sentido de tais relações de exclusividade afetam tanto a concorrência intra-marca quanto intermarcas em si.

7 GAVIL, Andrew I.; KOVACIC, William E.; BAKER, Jonathan B. *Antitrust Law in Perspective: Cases, Concepts and Problems in Competition Policy*. St. Paul: Thomson West, 2022, p. 989.

8 “The most obvious vertical agreement that could infringe Article 102 is one whereby a customer is required to purchase all or most of a particular type of goods or services only from a dominant supplier. Various terminology can be used to describe such agreements – ‘exclusive purchasing’, ‘single branding’, ‘requirements contracts’ and ‘non-compete obligations’. Each of these terms connotes the same idea: that the purchaser is prevented from purchasing competing products from anyone other than the dominant firm” .WHISH, Richard; BAILEY, David. *Competition Law*. Oxford University Press, 7th edition, 2012, p. 683.

relevantes afetados<sup>9-10</sup>. Atualmente, novas discussões vêm propondo outros recortes para melhor se definir qual o *standard* de fechamento de mercado a ser adotado na UE, com debate acerca do uso de abordagem direcionada à materialização de conduta e efeitos ou baseada em uma análise potencial.<sup>11</sup>

Nos Estados Unidos, uma das decisões paradigmáticas de análise pela regra da razão foi a decisão da Suprema Corte no caso *Tampa Electric Co. v. Nashville Coal Co.* de 1961. A partir dele, a jurisprudência americana consolidou o uso, ainda que com variações, do teste jurídico aplicado na referida decisão para o estabelecimento da presunção de dano. Importante para a presente discussão é observar que, ao longo dos anos, consolidou-se, de maneira geral, uma *proxy* que vem norteando as decisões daquela jurisdição.

O limite, nesse caso, é diretamente relacionado à preocupação do fechamento de mercado, pois estabelece uma presunção de ilicitude quando se observam coberturas de exclusividade de longa duração e superiores a determinadas porcentagens nos mercados afetados<sup>12</sup>.

De certa forma, é possível observar um posicionamento na jurisprudência estadunidense<sup>13</sup> de estabelecimento de uma “*safe harbor*” em relação a índices de fechamento de mercado iguais ou abaixo de 20%<sup>14-15</sup>. Como

---

9 Para maiores informações, ver: <https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/summary/guidelines-on-vertical-restraints.html>

10 Sem dúvida a União Europeia tem caminhado no sentido de revisitar e atualizar alguns de seus posicionamentos. Nesse sentido, a revisão de seu “*Guidelines on vertical restraints*” bem como as recentes discussões para seu “*Guidelines on exclusionary abuses*” parecem indicar esse processo de atualização tanto de doutrina, quanto, futuramente, de posicionamento da Comissão.

11 “The EU Commission clarifies effect-based enforcement of exclusionary conduct by dominant companies with the publishing of new guidelines”, 27 March 2023, e-Competitions Preview, Art. N° 112077. Disponível em: <https://www.concurrences.com/en/bulletin/news-issues/preview/european-commission-clarifies-effect-based-enforcement-of-exclusionary-conduct>

12 AREEDA, Phillip; HOVENKAMP, Herbert J. *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2022.

13 *Kidd v. Bass Hotels & Resorts, Inc.*, 136 F. Supp. 2d 965 (E.D. Ark. 2000). Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/136/965/2579874/>

14 Fechamento considerado não substantivo pela jurisprudência norte-americana: *Sewell Plastics v. Coca-Cola*, 720 F Supp 1186 (WDNC 1988); *Gonzalez v. Insignares*, 1985-2 Trade Case (CCH) 66701 (N.D. Ga. 1985); *Bepco, Inc. v. Allied-Signal, Inc.*, 106 F. Supp. 2d 814 (M.D.N.C. 2000); *In re Beltone Elec. Corp.*, 100 F.T.C. 68 (1982); *Kidd v. Bass Hotels & Resorts, Inc.*, 136 F. Supp. 2d 965 (E.D. Ark. 2000); *Satellite Television & Associated Resources, Inc.*, Appellant, v. *Continental Cablevision of Virginia, Inc.*, et al., Appellees, 714 F.2d 351 (4th Cir. 1983); *TAM, INC. v. Gulf Oil Corp.*, 553 F. Supp. 499 (E.D. Pa. 1982); *JBL Enterprises, Inc. v. Jirmack Enterprises, Inc.* 509 F.Supp. 357, 379 (N.D. Cal. 1981); *Magnus Petroleum Co. Inc. v. Skelly Oil Co.* 599 F.2d 196, 204 (7th Cir. 1979); *Brown Shoe Co., Inc.* 62 F. C. 679 (1963), *rev d sub nom. Brown Shoe Co. v. Federal Trade Commission* 339 F. 2d 45 (8th Cir. 1964), *rev* 384 U. 316 (1966); *Tampa Electric Co. v. Nashville Coal Co.* 365 U.S. 320 (1961). Fonte: Nota Técnica n° 12/2023/DEE/CADE, p. 24, junho de 2023 (Recurso Voluntário nº 08700.005936/2022-65).

15 Fechamento considerado substantivo pela jurisprudência norte-americana: *Tafford E. Oltz, Plaintiff-appellee, v. St. Peter's Community Hospital, Defendant-appellant.* *tafford E. Oltz, Plaintiffappellant, v. St. Peter's Community Hospital, Defendantappellee*, 861 F.2d 1440 (9th Cir. 1988); *Kohler Co. v. Briggs & Stratton Corp.*; *Mytinger Casselberry, Inc. v. Federal*

indicado no quadro abaixo, a jurisprudência americana tende a entender que índices de fechamento superiores a 20% são substantivos, com um único precedente na faixa de 10 a 20% e um segundo precedente inferior a 10%. Excluindo-se os casos excepcionais, a tendência é considerar que, a partir de 20%, há um risco significativo de o fechamento de mercado ser considerado como significativo:

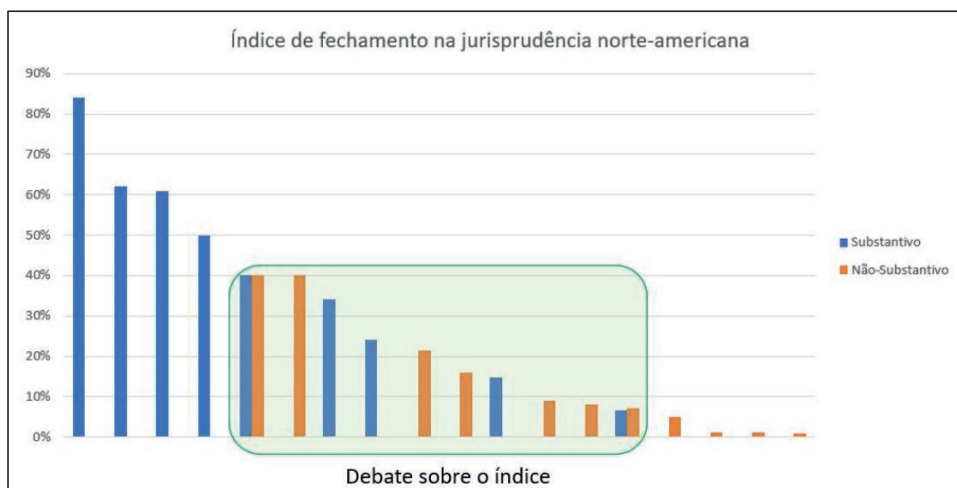


Figura 1: Debate sobre índice de fechamento (substantivo e não substantivo segundo amostra de jurisprudência)

Fonte: DEE/CADE<sup>16</sup>

Na experiência norte-americana, ressalvadas as exceções já mencionadas, apenas níveis de fechamento acima de 20% do mercado passariam a gerar algum tipo de preocupação concorrencial<sup>17</sup>. Na faixa de 20 a 40%, encontram-se precedentes em ambos os sentidos, embora os precedentes que considerem o fechamento como significativo tendam a prevalecer proporcionalmente à elevação do percentual. Acima dos 40%, a jurisprudência norte-americana parece ser uníssona ao reprimir o fechamento do mercado.

*Trade Commission* 57 F. 717 (1960), *aff'd* 301 F.2d 534 (D.C. Cir. 1962); *United States v. Dairymen, Inc.*; *Minnesota Mining & Mfg. Co. v. Appleton Papers, Inc.* 35 F. Supp. 2d 1138 (D.Minn), 1999; *Luria Bros and Co. Inc. v. Federal Trade Commission* 389 F.2d 847 (3d Cir.), cert. Denied 393 U.S. 475 (1968); *Twin City Sportservice, Inc. v. Charles O. Finley & Co.*, 676 F. 2d 1291, 1301-02, 9.Circ. 1984; *American Motor Inns, Inc. v. Holiday Inns, Inc.* 521 F.2d 1230 (3d Cir. 1975); *Standard Oil of California and Standard Stations v. United States* (1949). Fonte: Nota Técnica nº 12/2023/DEE/CADE, p. 25, junho de 2023 (Recurso Voluntário nº 08700.005936/2022-65).

<sup>16</sup> Recurso Voluntário nº 08700.005936/2022-65, Nota Técnica nº 12/2023/DEE/CADE, p. 26, junho de 2023.

<sup>17</sup> *Bepco, Inc. v. Allied-Signal, Inc.*, 106 F. Supp. 2d 814 (M.D.N.C. 2000). Disponível em <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/106/814/2510744/>



Diante desse panorama, conclui-se que casos nos quais o índice de fechamento de mercado seja superior a 40% tendem, em geral, a serem considerados como anticompetitivos por ambas as jurisdições (União Europeia e EUA). Há um debate no uso de índices entre 20 e 40%, enquanto índices de fechamento inferiores a 20% tendem, em geral, a não ser objeto de recriminação por nenhuma das duas jurisdições, embora existam exceções.

Do ponto de vista jurídico brasileiro, a prática desses acordos está abarcada pelas várias tipificações exemplificativas presentes no art. 36, §3º, inciso I, além do inciso III e seguintes da Lei 12.529/2011. Do ponto de vista da análise de tais práticas, o entendimento atual do CADE é que esses contratos devem ser limitados a 20% do mercado relevante e serem justificados pela “regra da razão”.

Tal entendimento vem sendo sedimentado aos longos dos anos, a partir da antiga Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999, do CADE. A referida resolução tratou, à época, da existência de dois potenciais efeitos lesivos à concorrência e associados à utilização de acordos de exclusividade. Um primeiro, ligado a potencialidade e risco de se estabelecerem condutas colusivas entre empresas. Um segundo, decorrente do aumento unilateral do poder de mercado para a empresa que impõe a exclusividade. Tal análise dos efeitos potenciais, porém, era circunscrita à uma ponderação final da licitude da conduta, ressaltada pelos potenciais benefícios da prática.

Ao longo dos anos, esse entendimento presente na resolução, de ponderação no caso concreto entre eficiências e restrições existentes, também foi se consolidando de maneira mais ampla na jurisprudência do CADE<sup>18-19</sup>. A doutrina brasileira também caminha nesse sentido<sup>20</sup>, com autores suscitando a análise da regra da razão e, ao mesmo tempo, ressaltando o potencial prejuízo que tais condutas podem gerar.

Nesse mesmo sentido, o Conselheiro Victor Fernandes, em voto vogal trazido no Recurso Voluntário do caso Heineken-Ambev<sup>21</sup>, após extensa análise dos precedentes do CADE, identificou os seguintes critérios utilizados pela autoridade brasileira de defesa da concorrência para análise dos acordos de

---

18 Embora as peculiaridades de cada julgado impliquem possíveis diferenças de interpretações e teorias do dano decorrentes do caso concreto.

19 De forma ilustrativa, porém não exaustiva, tem-se, no CADE, um apanhado significativo de jurisprudências sobre o tema: Processo Administrativo nº 08000.000146/1996-55; Processo Administrativo nº 08012.003805/2004-10; Processo Administrativo nº 08012.003805/2004-10; Processo Administrativo 08012.002608/2007-26; Processo Administrativo 08012.005009/2010-60; Processo Administrativo 08012.002917/2002-91; Processo Administrativo nº 08012.007423/2006-27; Recurso Voluntário 08700.005936/2022-65; Inquérito Administrativo nº 08700.004136/2020-65; Inquérito Administrativo nº 08700.004588/2020-47.

20 FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste / Paula A. Forgioni. – 10. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 403-410; SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 421-430 e SILVEIRA, Paulo Burnier da. Direito da Concorrência. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 96-97.

21 Recurso Voluntário nº 08700.005936/2022-65, Recorrente: HNK BR Indústria de Bebidas Ltda. (“Heineken”). Recorrida: Ambev S/A.

exclusividade:

1. juízo de posição dominante da empresa que impõe a relação de exclusividade no mercado de “origem”;
2. avaliação das características das relações de exclusividade, em especial das condições comerciais assumidas pelos distribuidores e do prazo de duração desses contratos;
3. exame das características estruturais do mercado, notadamente das barreiras à entrada;
4. apreciação do grau de cobertura das relações de exclusividade no mercado “alvo”, em termos percentuais;
5. ponderação sobre a existência de canais alternativos de distribuição igualmente eficientes em relação àquele afetado pelas relações de exclusividade e
6. existência de justificativas das práticas baseadas em eficiências.

Assim, embora os casos mais recentes tenham privilegiado a adoção de critérios objetivos, o que se constata é que a jurisprudência mais tradicional do CADE tem feito uso de exames mais complexos e amplos, considerando diversos parâmetros além do índice de fechamento de mercado.

Adotando como premissa esse recorte, de que o CADE analisa o fechamento de mercado frente a uma análise de efeitos produzida a partir de testes de mercado, resta a pergunta: deve a autoridade antitruste, na análise de acordos de exclusividade, adotar uma análise de efeitos baseada em testes de mercado e parâmetros qualitativos, ou deve consolidar seu posicionamento quanto ao fechamento de mercado em *standards* objetivos e previsíveis?

Para responder conclusivamente a esse questionamento, devemos, antes, considerar os possíveis efeitos positivos e negativos das relações de exclusividade.

## **2.1 Aspectos positivos e negativos das relações de exclusividade**

Embora o CADE não trate os acordos de exclusividade como ilícitos *per se*, tais relações são exemplos de conduta que podem ser consideradas como anticompetitivas nas hipóteses em que sejam capazes de restringir a concorrência de uma forma não razoável.

Sem sombra de dúvidas, acordos de exclusividade podem apresentar racionalidade econômica e gerar inúmeras eficiências, permitindo o alinhamento de interesses entre distintos agentes econômicos da mesma cadeia de produção: fabricantes podem direcionar recursos ao distribuidores e vendedores para investimento em infraestrutura e capacitação; o fabricante pode ter um maior controle da qualidade da distribuição do produto e nos serviços pós-venda; investimentos em *marketing* e propaganda podem ser viabilizados; as empresas podem se unir para realizar investimentos que ofereçam uma melhor experiência ao consumidor final; modelos de negócio mais estáveis podem permitir ganhos de escala, preços mais competitivos e diminuição dos custos de transação; novas empresas podem utilizá-lo para viabilizar a entrada



em novos mercados, facilitando vendas e provendo estabilidade para canais de distribuição ainda em consolidação, etc<sup>22</sup>. Além disso, tais contratos mitigam o chamado “efeito carona” (*free-riding*) em relação a investimentos feitos por um competidor na melhoria do seu produto ou do seu modelo de negócio.

Porém, tais contratos são particularmente preocupantes quando possibilitam o exercício abusivo de uma posição dominante e possam alcançar efeitos como: i) limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; ii) criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente; ou iii) sejam capazes de impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição e de venda.

Trata-se, portanto, de uma conduta que deve ser analisada à luz dos seus efeitos econômicos e que pode ser tolerada com base na “*regra da razão*”.

Assim, mesmo que tais acordos possam restringir a concorrência, tais ajustes podem manter uma racionalidade econômica quando forem capazes de aumentar a produtividade ou a competitividade, melhorar a qualidade de bens ou serviços ou forem capazes de propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico, desde que os benefícios decorrentes sejam repassados aos consumidores em parte significativa e que as limitações à concorrência ocorram em um nível tolerável.

Por serem instrumentos de diminuição da competição, afastando artificialmente as pressões competitivas do próprio mercado, os acordos de exclusividade podem diretamente prejudicar o consumidor, afastando-o de comparar preços e qualidades de produtos fabricados por empresas rivais, impedindo-o de adquirir o produto fabricado pelo concorrente, e privando-o, eventualmente, de usufruir de produtos que são de seu gosto pessoal, em decorrência de uma exclusividade territorial muito elevada.

Contudo, essa diminuição pontual da competição no mercado pode ser compensada por outros ganhos de competição, permitindo-se, por exemplo, investimentos no atendimento ao cliente, na melhoria nas estruturas físicas dos estabelecimentos e mesmo repasse de descontos, como demonstra o modelo Klein-Murphy<sup>23</sup>.

Assim, embora o contrato de exclusividade possa, em uma primeira análise, diminuir a competição dentro de um determinado segmento do mercado, ele pode, em teoria, gerar ganhos que, no resultado líquido total, beneficiem o mercado e o consumidor.

Um ponto importante a ser avaliado ao se analisar contratos de exclusividade é se a firma contratante possui uma participação de mercado simétrica com a dos demais concorrentes. Segundo o modelo Klein-Murphy,

22 “Unilateral Conduct Workbook, da International Competition Network”, p. 13. Disponível em: [https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/07/UCWG\\_UCW\\_Ch5.pdf](https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/07/UCWG_UCW_Ch5.pdf)

23 KLEIN, Benjamin & MURPHY, Kevin M. Exclusive Dealing Intensifies Competition for Distribution, 75 **ANTITRUST LAW JOURNAL** 433 (2008).

no caso de competidores com poder de mercado equivalente, os contratos de exclusividade tendem a ser pró competitivos. Entretanto, há um progressivo declínio dessas vantagens quanto maior for a assimetria das participações de mercado em questão, como se observa do seguinte comentário ao referido modelo:

Isso mostra que os benefícios pró competitivos de acordos de exclusividade, embora sejam significativos com empresas simétricas ( $a=0$ ), declinam a uma taxa crescente à medida que as firmas se tornam assimétricas, acabando por se tornar negativo à medida que a assimetria aumenta.

Em outras palavras, enquanto o efeito pró-competitivo que Klein e Murphy destacam é importante em mercados do tipo descrito pelo Juiz Easterbrook (onde fabricantes de tamanho comparável oferecem representação exclusiva), esse efeito pode ter uma defesa menos convincente em muitos casos de monopolização (em que empresas dominantes podem abusar de seu poder de mercado para o encerramento das atividades de concorrentes menores).<sup>24</sup> (tradução livre)

Sobre o tema, a doutrina esclarece que nos casos em que os contratos de exclusividade sejam adotados pela líder do mercado, com poder de mercado significativamente superior ao de seus concorrentes, os efeitos de tais contratos na concorrência tendem a ser negativos ao mercado e ao bem-estar do consumidor. Nessa situação de assimetria de poder de mercado, os contratos de exclusividade podem ser um mecanismo para o fechamento de mercado, aumento do custo dos rivais, indução da saída de concorrentes ou impedimento da entrada de novas empresas<sup>25</sup>.

Condutas verticais, tais como a exclusividade, são amplamente utilizadas por empresas, mesmo em mercados bastante competitivos e com baixas barreiras à entrada, onde o custo de eliminar um concorrente não possui um apelo econômico tão elevado. Porém, diferenciando a exclusividade de outras condutas, vislumbra-se uma teoria do dano que pode ser descrita em três dimensões: (1) aumento dos custos dos rivais, que precisam compensar as dificuldades de acesso aos canais de revenda varejista e menor disponibilidade ao consumidor com maiores investimentos em propaganda e *marketing*; (2) saída de concorrentes e de marcas concorrentes do mercado, com essas marcas sendo extintas ou vendidas a terceiros, não ficando mais disponíveis ao consumidor, conduta essa capaz de tirar do mercado concorrentes igualmente eficientes

---

24 No original: It shows that the procompetitive benefits of exclusive dealing, while significant with symmetric firms ( $a = 0$ ), decline at an increasing rate as firms become asymmetric, ultimately turning negative as asymmetry gets large. In other words, while the procompetitive effect that Klein and Murphy highlight is important in markets of the sort described by Judge Easterbrook (where manufacturers of comparable size bid for exclusive representation), it may be a less compelling defense in many monopolization cases (where dominant companies may abuse their market power by foreclosing smaller competitors). ZENGER, Hans. WHEN DOES EXCLUSIVE DEALING INTENSIFY COMPETITION FOR DISTRIBUTION? COMMENT ON KLEIN AND MURPHY in *Antitrust Law Journal*, vol 77, p. 205-211.

25 ZENGER, op. cit., p. 210-211.

diante da menor disponibilidade de seus produtos; e (3) criação de barreiras de entrada artificiais, uma vez que a implementação de contratos de exclusividade em altos níveis de concentração pode impedir, ou tornar extremamente custosa, a entrada de novos concorrentes nos mercados em questão. Essa teoria do dano tende a ser mais preocupante exatamente nos mercados mais concentrados.

Em mercados assimétricos, onde há uma desproporção entre o poder de mercado do líder do mercado em relação aos seus principais concorrentes, os efeitos econômicos dos contratos de exclusividade tendem a ser negativos. Considerando os efeitos líquidos, entre pró-competitivos e anticompetitivos, a seguinte ressalva merece espaço:

Isso implica que uma conduta unilateral nunca será prejudicial à concorrência? Certamente não. Quando empresas com elevado poder de mercado fecham parcela substancial de mercados em que economias de escala ou efeitos de rede são relevantes, tal fato pode forçar competidores a operar abaixo de uma Escala Mínima Viável para suas operações. Diante de tais circunstâncias, práticas exclusionárias podem às vezes serem utilizadas de forma abusiva por incumbentes dominantes para retirar rivais eficientes do mercado ou para assegurar que eles tenham sua capacidade de competir permanentemente fragilizada (por exemplo, a marginalização pode impedir que tais rivais obtenham recursos de forma eficiente para financiar seus investimentos)<sup>26</sup>

Tais discussões também encontram correspondência em casos práticos. Exemplificando no contexto brasileiro a externalidade negativa de tais acordos, tem-se o exemplo do caso Kibon, no mercado de sorvetes. No referido julgado<sup>27-28</sup>, após votação no Tribunal, houve a condenação de uma das empresas por limitar e prejudicar a livre concorrência ao impedir o acesso de concorrentes a canais de distribuição, inclusive com dispositivos contratuais, impondo aos pontos de venda a obrigação de comercializar uma quantidade

26 Tradução de: “Does this imply that unilateral conduct can never harm competition? It certainly does not. When firms with strong market power foreclose large parts of markets in which economies of scale or network effects are significant, this may force competitors to operate below the minimum efficient scale. Under these circumstances, exclusionary clauses can sometimes be abused by dominant incumbents to evict efficient competitors from the market or to ensure that they are permanently hampered in their ability to compete (e.g., because marginalisation precludes them from obtaining efficient levels of funding for financing investments)”. ZENGER, Hans; WALKER, Mike. Theories of harm in European Competition Law: a progressive report.

27 Tratou-se de investigação que teve início a partir de Representação realizada pela empresa Della Vita Grande Rio Indústria e Comércio de Produtos Alimentícios Ltda., ainda em 2006, que alegou, à época, que estaria enfrentando obstáculos artificiais que dificultariam sua expansão no mercado de impulso (consumo imediato) de sorvetes, os quais supostamente tinham origem na existência de contratos de exclusividade, de diversas modalidades, estabelecidos entre as Representadas Kibon (Unilever) e Nestlé, de um lado, e estabelecimentos varejistas, de outro, em diversos locais nas cidades do Rio de Janeiro e de São Paulo.

28 “Unilever é condenada por criar barreiras a concorrentes no mercado de sorvetes” Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/unilever-e-condenada-por-criar-barreiras-a-concorrentes-no-mercado-de-sorvetes>

mínima de produtos sob pena de multa e devolução do valor adiantado na assinatura do contrato. Os efeitos negativos de tais condutas, à época, foram suscitados pelo Tribunal do CADE<sup>29</sup>:

24. A teoria econômica aponta que a exclusividade contratual se torna uma medida eficaz de exclusão de rivais eficientes justamente quando o agente dominante explora a externalidade negativa que deriva da escala mínima viável. Isto é, se um entrante precisa fornecer a mais de um revendedor para cobrir os custos fixos necessários para iniciar a atividade, quando um agente dominante consegue exclusividade com um revendedor, a entrada torna-se mais difícil e o agente dominante consegue lucrativamente fechar a entrada eficiente.

Feito o exame dos efeitos das relações de exclusividade, a teoria econômica e a experiência empírica vêm demonstrando que tais contratos são particularmente mais preocupantes em mercados concentrados e assimétricos, diante da maior probabilidade de gerarem efeitos anticompetitivos. Assim, há base empírica para justificar que tais contratos sejam avaliados de acordo com o grau de concentração do mercado relevante e do poder de mercado da empresa tomadora do compromisso de fidelização.

## 2.2 Os recentes posicionamentos do CADE

O CADE, em três oportunidades recentes, se debruçou de forma detida sob o efeito de tais contratos de exclusividade, todos em mercados distintos: (i) setor de plataformas digitais agregadoras de academias de ginástica no Brasil (caso Gympass); (ii) *marketplaces* de *delivery on-line* de comida (caso iFood); e (iii) no mercado de produção e distribuição de cervejas (caso Ambev).

O primeiro caso, envolvendo a empresa Gympass, tratou de Termo de Compromissos de Cessação (TCC) relacionado a inquérito administrativo, o qual apurou supostas infrações à ordem econômica no setor de plataformas digitais agregadoras de academias de ginástica no Brasil. Em relação às obrigações previstas no TCC, as cláusulas de exclusividade da Gympass com as academias ficaram limitadas à comprovação de eficiências econômicas e, no máximo, a 20% da sua base de academias em municípios ou zonas de municípios. O TCC também proibiu outras cláusulas de favorecimento (também chamadas de *Most Favoured Nation* ou MFN) e cláusulas que impeçam que as academias parceiras contratem, após o encerramento da parceria, com outras plataformas digitais agregadoras de academia. Para os contratos com os clientes corporativos da Gympass, estabeleceu-se a proibição à imposição de cláusulas de exclusividade<sup>30</sup>.

O segundo caso, envolvendo a empresa iFood, também envolveu a celebração de TCC, tendo em vista o inquérito administrativo que apurou

29 Voto-Vogal no Processo Administrativo nº 08012.007423/2006-27. Relator: Conselheiro João Paulo de Resende.

30 “Gympass celebra acordo com o Cade no mercado de academias de ginásticas no Brasil” Disponível em <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/gympass-celebra-acordo-com-o-cade-no-mercado-de-academias-de-ginasticas-no-brasil>

supostas infrações à ordem econômica no mercado brasileiro de *marketplaces* de *delivery on-line* de comida. Em relação às obrigações previstas no Termo, vedou-se o estabelecimento de compromisso de exclusividade – ou de medidas contratuais que induzissem a uma exclusividade de fato – com redes cuja marca possuísse 30 restaurantes ou mais. Nos casos de marcas com menos de 30 restaurantes, o acordo previa limites máximos para a celebração de acordos de exclusividade pelo iFood, com referências nacionais e locais.

Em nível nacional, o volume de negócios do iFood atrelado a compromissos de exclusividade, em termos de Volume Bruto de Mercadorias (*Gross Merchandise Value - GMV*), não poderia ultrapassar 25% do total registrado pela plataforma. Em nível local, considerando municípios com mais de 500 mil habitantes, a quantidade de restaurantes exclusivos não poderia exceder 8% do total de estabelecimentos ativos na plataforma. Além disso, os compromissos de exclusividade do iFood com marcas que possuam menos de 30 restaurantes foram limitados a uma duração máxima de dois anos, seguidos por uma “quarentena de exclusividade”. Na prática, durante o período de um ano imediatamente após o término da vigência do contrato, o restaurante parceiro deveria permanecer sem compromisso de exclusividade com o iFood.

O TCC previu uma exceção para essa última medida, válida para, no máximo, 50% dos contratos com acordo de exclusividade existentes e condicionada a uma meta de desempenho. Nesse cenário, durante a vigência do TCC, os investimentos do iFood na operação do restaurante parceiro deverão gerar aumento da receita recebida por meio da plataforma que seja, no mínimo, 40% superior ao crescimento do mercado de *delivery* de comida no ano imediatamente anterior.

Por fim, como medidas complementares, também se proibiu a adoção de cláusulas de paridade de preço (MFN) em relação a outros *marketplaces*, bem como a vedação a práticas como exigência de que restaurantes parceiros se abstenham de realizar promoções comerciais em plataformas concorrentes ou de mencionar outros serviços de *delivery on-line* de comida em ações de publicidade por eles integralmente custeadas e realizadas fora da plataforma iFood.<sup>31-32</sup>

O terceiro caso tratou de Recurso Voluntário apresentado ao Tribunal do CADE pela Heineken, em face do grupo Ambev. No referido caso, a empresa Ambev foi acusada de celebrar contratos de exclusividade com bares e restaurantes para a venda exclusiva das marcas de cerveja do referido grupo, que

---

31 Também foram proibidas a celebração de contratos que impeçam os restaurantes de contratarem outras plataformas após o encerramento do compromisso de exclusividade; a vinculação de incentivos e/ou descontos eventualmente concedidos a parceiros cadastrados na plataforma iFood a compromisso, por parte do restaurante, de manter a maior parte do seu volume de negócios de *delivery* no aplicativo iFood; e o estabelecimento de descontos por aumento de volume personalizados para um parceiro específico de forma individualizada.

32 “Cade celebra acordo com iFood em investigação de exclusividade no mercado de *marketplaces* de *delivery on-line* de comida” Disponível em <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/cade-celebra-acordo-com-ifood-em-investigacao-de-exclusividade-no-mercado-de-marketplaces-de-delivery-on-line-de-comida>

é o líder do mercado. De acordo com a acusação da Heineken, que é a principal concorrente do setor de cervejas no Brasil, a Ambev vinha concentrando tais contratos nas regiões de maior poder aquisitivo e nos estabelecimento *premium*, dificultando a venda da Heineken em locais frequentados por formadores de opinião.

Embora o Tribunal do CADE não tenha aceitado o argumento de segmentação de bares e restaurantes em um chamado mercado “premium”, o Tribunal entendeu que os limites deveriam ser estabelecidos por cidade e, nas cidades maiores, por bairros e conjuntos de bairros, vedando que a Ambev efetuasse um fechamento significativo do mercado mediante a concentração desses contratos em regiões específicas.

No referido caso, a medida preventiva concedida limitou os contratos de exclusividade a, no máximo, 20% do número de pontos de venda (PDVs) que tivessem giro de vendas superior a 300 latas ou garrafas de cerveja por mês e a 20% do volume de cerveja gelada vendida, ambos aferidos em cada base territorial (cidade ou bairro). Além disso, a medida impediu a celebração de novos contratos de exclusividade com bares e restaurantes no período que antecedeu à Copa do Mundo do Qatar, período no qual o consumo de cerveja em bares e restaurantes tende a aumentar, tendo mantido a proibição até a final do referido evento esportivo.

No caso da Ambev, os mercados geográficos foram divididos em três zonas. Os bairros nos quais existiam fortes indícios de preocupações concorrenciais foram incluídos na chamada “zona vermelha” (bairros da área nobre do Rio de Janeiro; bairros da área central de São Paulo; e bairros do plano piloto e adjacências em Brasília). Por sua vez, os bairros e cidades que mereceriam uma avaliação mais detida compuseram a “zona amarela”. Na zona verde, estavam as cidades e bairros para os quais não havia indicação de problemas concorrenciais.

Na zona vermelha, proibiu-se a assinatura de novos contratos de exclusividade e a renovação dos contratos vigentes até o final do julgamento do caso, respeitados os contratos já assinados. Na zona amarela, foi proibida a assinatura de novos contratos e a renovação dos vigentes até 31 de dezembro de 2022, mantendo-se o monitoramento da região até o encerramento do caso. Em relação à zona verde, a Ambev deveria enviar dados e documentações pertinentes para análise do CADE, mas sem vedação à assinatura de novos contratos. O alvo da medida preventiva foi a cerveja de malte, vendida pelo “canal frio” em bares e restaurantes. Ou seja, a cerveja gelada, pronta para o consumo no local.<sup>33</sup>

Posteriormente, a Ambev desistiu do recurso apresentado e acabou acatando a medida preventiva determinada pelo Tribunal do CADE, embora o mérito do caso principal ainda esteja pendente de julgamento.

Em todos os três casos, o Tribunal do CADE teve a oportunidade de se debruçar e analisar acordos de exclusividade em contextos distintos:

<sup>33</sup> “Cade determina novos termos em medida preventiva que suspende contratos de exclusividade da Ambev” <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/cade-determina-novos-termos-em-medida-preventiva-que-suspende-contratos-de-exclusividade-da-ambev>



dois envolvendo *multi-sided platforms* e um mercado mais tradicional, de distribuição de cerveja. O elo em comum nos três casos foi, justamente, o fato de serem três empresas líderes de seus respectivos mercados, com uma elevada participação em *share* em um mercado assimétrico e concentrado. Também há semelhança na inexistência de reciprocidade na relação de exclusividade, sendo o compromisso tomado pela empresa dominante e assumido, em regra, pelas empresas com menor poder de mercado. Além disso, em todos os casos, a autoridade concorrencial brasileira entendeu que se tratavam de condutas que não possuíam uma racionalidade econômica apta a afastar os problemas de fechamento de mercado decorrentes das relações exclusivas.

Observando-se casos mais antigos, onde o CADE optou por não se manifestar a respeito do grau de fechamento de mercado aceitável decorrente de uma relação de exclusividade<sup>34</sup>, a recente mudança de posicionamento se torna mais evidente: há um claro movimento no sentido de se formar uma tese jurídica coerente, analisando de forma parametrizada cada caso, identificando seus méritos e destacando quais foram os problemas encontrados. Considerando que dois desses casos foram solucionados pela via da conciliação, trata-se de uma mudança significativa na jurisprudência do CADE, uma vez que a autoridade antitruste brasileira usualmente não se manifestava sobre o mérito da questão em caso de acordo.

Observa-se ainda que há uma tendência do CADE em cada vez mais se preocupar se, para além da alegada racionalidade econômica, há, de fato, um repasse das eficiências ao consumidor. Dessa forma, a tendência mais recente é que não só a operação tenha que ser justificada pela regra da razão, mas que também não prejudique o consumidor, nem lhe gere restrições significativas.

O terceiro ponto que se depreende dos três casos é a preocupação em fazer o recorte das bases territoriais de uma maneira mais rígida e adequada à forma como o mercado comporta. Nesse caso, seja pela distribuição dos PDVs, raio ou região por número de habitantes, verifica-se uma preocupação em adequar à um contexto geográfico mais local e mais próximo da definição do mercado relevante, na ótica geográfica.

Há, ainda, um quarto elemento que une a análise do CADE, a saber, a preocupação com o recorte temporal para as relações de exclusividade. O ponto central dessa discussão é de que, mesmo que a autoridade antitruste conclua que o acordo pode ser significativo, a autoridade pode, ao invés de simplesmente vedar essa conduta, limitar o seu uso a partir de limites quantitativos e temporais, estabelecidos caso a caso.

A opção de determinar que o contrato tenha uma duração menor (em torno de dois anos), mesmo que com um fechamento de mercado mais significativo, permite que esses contratos tenham um ciclo próprio, abrindo oportunidade para novos “*bids*”, ajustando-se às condições de mercado e dando oportunidade para que os concorrentes também exerçam pressão competitiva. Nesse caso, a disputa se dá pelo mercado, no lugar de ser feita no mercado, garantindo algum grau de competição, ainda que indireta.

---

34 Processo Administrativo nº 53500.000502/2001,

Por fim, verifica-se que os três casos tratados, GymPass, iFood e Ambev, possuem o seguinte ponto em comum: em todos os três casos, o CADE utilizou um parâmetro objetivo, a saber, o índice de fechamento de 20% do mercado relevante, para limitar os contratos de exclusividade celebrados pela empresa dominante.

### 3. CONCLUSÃO

Contratos de exclusividade podem conter eficiências e gerar efeitos pró-competitivos. Por outro lado, o estabelecimento indiscriminado de relações de exclusividade, em grande quantidade e com significativa duração de tempo, pode dar origem a externalidades negativas e implicar no fechamento de mercado.

A esse respeito, o CADE tem demonstrado preocupação com acordos de exclusividade que possam gerar danos permanentes e significativos à competição ou que possam prejudicar o bem-estar do consumidor, no médio e longo prazo, notadamente quando tais acordos são impostos pela empresa líder de um mercado que apresente elevado nível de concentração ou que possua uma grande assimetria de forças.

Reconhece-se que cláusulas de exclusividade viabilizam a realização de investimentos em qualidade e treinamento de colaboradores, gerando um incentivo para o investimento em favor das empresas associadas, tais como ocorre nos contratos de franquia. Contratos de exclusividade podem ser dotados de racionalidade econômica, ao impedir que um *free rider* se aproveite de tais investimentos comuns. Além disso, contratos de exclusividade podem gerar ganhos de escala, viabilizar investimentos e permitir o melhoramento da rede logística e de distribuição, podendo gerar eficiências que podem beneficiar o consumidor final.

Contudo, ao analisar a licitude desses acordos, a autoridade antitruste deve separar os contratos que são puramente uma *naked restraint*<sup>35</sup>, ou seja, os contratos que são usados como simples exclusão de concorrentes, daqueles contratos que possuem racionalidade econômica e que são capazes de gerar eficiências. O desafio, então, é estabelecer quais parâmetros devem ser considerados para se impedir a celebração de contratos anticompetitivos.

Verifica-se que o CADE tem se preocupado particularmente em estabelecer critérios objetivos para permitir que os agentes econômicos possam identificar que tipos de acordos de exclusividade têm maior probabilidade de serem objeto de investigação por parte da autoridade de defesa de concorrência e de configurarem uma conduta de abuso de posição dominante.

---

35 Restrições puras, que às vezes também são referidas como restrições “*hard core*”, são restrições à concorrência que não apresentam um propósito pró-competitivo. “Glossary – Naked Restraint.” Disponível em: [https://content.next.westlaw.com/practical-law/document/I4ed6a2d7683211e598dc8b09b4f043e0/naked-restraints?viewType=FullText&originationContext=document&transitionType=DocumentItem&ppcid=70434fedde8a4066853ce06a47515c99&contextData=\(sc.RelatedInfo\)](https://content.next.westlaw.com/practical-law/document/I4ed6a2d7683211e598dc8b09b4f043e0/naked-restraints?viewType=FullText&originationContext=document&transitionType=DocumentItem&ppcid=70434fedde8a4066853ce06a47515c99&contextData=(sc.RelatedInfo))



Para tal distinção, o CADE tem considerado os seguintes critérios:

- Contratos de exclusividade que abranjam mais do que 20% do mercado relevante têm potencial para um fechamento significativo do mercado e, portanto, são geralmente considerados como anticompetitivos<sup>36</sup>.
- A maior dominância da empresa no mercado relevante, ou a existência de considerável poder conglomerado, aumenta significativamente as preocupações concorrenciais. Por outro lado, contratos de exclusividade celebrados por empresas que não possuem posição dominante tendem a ser benignos, sob a ótica concorrencial.<sup>37</sup>
- Contratos de exclusividade celebrados em um mercado assimétrico têm maior probabilidade de serem anticompetitivos e, portanto, são vistos com maior preocupação, notadamente nos mercados com alto grau de concentração. A assimetria, nesse caso, é analisada sob duas óticas: i) na relação da empresa dominante e seus competidores efetivos; e ii) na relação entre a empresa tomadora do compromisso de exclusividade e as empresas que prestam tal compromisso. Contratos nos quais exista uma maior equivalência de poder de mercado entre os referidos agentes econômicos tendem a ter menores riscos à competição.<sup>38</sup>
- A celebração do contrato de exclusividade tende a ser mais benéfica ao consumidor quando faz parte de um movimento de contestação do mercado por parte de empresas entrantes ou de *mavericks*. Esses argumentos são menos persuasivos quando o contrato é celebrado pela líder do mercado, em simples defesa da sua posição atual.
- A duração do contrato de exclusividade é um fator significativo para a verificação do seu efeito. Contratos de menor duração, que permitam uma competição periódica pelo mercado, são menos propensos a gerar problemas concorrenciais. Também geram menores preocupações concorrenciais os contratos de exclusividade relacionados a disputas periódicas pelo mercado, notadamente nos casos em que tal disputa se dá de forma transparente e isonômica, como por meio de lances de leilão ou por licitação. Contratos de exclusividade mais longos, com duração maior do que cinco anos, ou mantidos por prazo indeterminado, tendem a levantar maiores preocupações concorrenciais e devem possuir justificativas econômicas robustas para serem aceitos.<sup>39</sup>

---

36 Exemplo de tal discussão ocorreu no Processo Administrativo 53500.000502/2001 (Representante: Telet S.A.; Representadas: Celular CRT S.A.) em voto-vencido do ex-Conselheiro Luis Fernando Rigato.

37 A título de exemplo: Inquérito Administrativo nº 08700.000800/2016-11. Nota Técnica nº 3/2017/CGAA2/SGA1/SG/CADE.

38 A título de exemplo: Processo Administrativo nº 08012.000790/2002-76; e Processo Administrativo nº 08012.002038/2000-27

39 Ilustrando a discussão do aspecto temporal da exclusividade: Processo Administrativo nº 08012.003048/2001-31

- Contratos que sejam focados nos mercados geográficos nos quais a empresa dominante tem maior dificuldade de entrada, ou que apresentem maiores desafios para a manutenção dos canais de distribuição ou da rede logística, são mais persuasivos e mais propensos a serem considerados competitivos. Contratos que sejam focados nos mercados geográficos nos quais a empresa dominante já seja a líder, ou já tenha uma presença devidamente estabelecida, possuem uma defesa menos persuasiva.<sup>40</sup>

Por fim, a despeito de todo o esforço que o CADE vem empreendendo para estabelecer uma linha jurisprudencial que dê uma orientação clara aos agentes econômicos, o fato é que os contratos de exclusividade não devem ser presumidos como anticompetitivos. Assim, é plenamente justificável que os efeitos desses contratos continuem sendo investigados à luz de novas evidências econômicas.

Tais estudos devem questionar, particularmente, se tais relações de exclusividade reverterão em vantagens ao bem-estar do consumidor, gerando efeitos benéficos tais como: diminuição de preços; aumento de qualidade; ou aumento da oferta ou disponibilidade do produto ou serviço. Por outro lado, contratos de exclusividade cujo objetivo principal seja a simples diminuição da competição, ou a exclusão de competidores igualmente eficientes, sem serem capazes de gerar eficiências econômicas significativas, devem ser considerados como abusivos e podem caracterizar uma infração à ordem econômica, quando celebrados por empresas dominantes.

## BIBLIOGRAFIA

- AREEDA, Phillip; HOVENKAMP, Herbert J. Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2022,
- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal de 2016. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes/institucionais/guias\\_do\\_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes/institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf)>.
- Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999. 1999. P. 1-15. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-no-20-de-9-de-junho-de-1999.pdf/view>
- BORK, Robert H. The antitrust paradox: A policy at war with itself. Free Press, 1993.
- FERNANDES, Victor Oliveira. Direito da Concorrência das Plataformas Digitais: Entre abuso de poder econômico e inovação. Revista dos Tribunais, 2022, p.189.
- FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste / Paula A. Forgioni. – 10. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2018,

---

<sup>40</sup> Ilustrando a discussão referente à necessidade da exclusividade: Processo Administrativo nº 08012.002917/2002-91

- GAVIL, Andrew I.; KOVACIC, William E.; BAKER, Jonathan B. Antitrust Law in Perspective: Cases, Concepts and Problems in Competition Policy. St. Paul: Thomson West, 2022, p. 989.
- HOVENKAMP, Herbert 1999, Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice. Second Edition. West Group. p. 437
- HOVENKAMP, Herbert. The antitrust enterprise. Harvard University Press, 2008.
- KHARMANDAYAN, Luiza; DE MORAIS, João Carlos Nicolini. Cláusulas de Exclusividade como Conduta Anticompetitiva: Metodologia De Análise Sob A Ótica Da Defesa Da Concorrência No Brasil. Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional,
- KLEIN, Benjamin & MURPHY, Kevin M. Exclusive Dealing Intensifies Competition for Distribution, 75 ANTITRUST LAW JOURNAL 433 (2008).
- SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 421–430
- SILVEIRA, Paulo Burnier da. Direito da Concorrência. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 96–97.
- ZENGER, Hans; WALKER, Mike. Theories of harm in European Competition Law: a progressive report.
- ZENGER, Hans. When does exclusive dealing intensify competition for distribution? Comment on Klein and Murphy in Antitrust Law Journal, vol 77, p. 205-211.

## RESEÑAS BIOGRÁFICAS

### GUSTAVO AUGUSTO FREITAS DE LIMA

Conselheiro do Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Procurador Federal, ex-Subchefe Adjunto para Assuntos Jurídicos da Presidência da República, Mestre em Direito e Políticas Públicas, Especialista em Direito Público, Graduado em Direito e em Ciências Navais, com cursos pela Harvard Law School e Fundação Getúlio Vargas.

### BERTRAND WANDERER

Chefe de Assessoria do Conselheiro Gustavo Augusto Freitas de Lima no CADE. Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade de Brasília. Membro do Grupo de Estudos Constituição, Empresa e Mercado da Faculdade de Direito da UnB.

### OTÁVIO AUGUSTO ANDRADE SANTOS

Assessor do Conselheiro Gustavo Augusto Freitas de Lima no CADE. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Intercambista no 41º Pincade e finalista da I Competição de Direito Concorrencial, WICADE. Membro

do Grupo de Estudos em Regulação, Antitruste e Políticas Públicas da Faculdade de Direito da UFMG.

# **REPÚBLICA DEL PARAGUAY**

## **COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA**

### **Miembros del Directorio**

Eduardo González Martínez, Presidente

Eduardo Barros Vasconsellos

Rolando Díaz Delgado



# **BARRERAS DE ENTRADA Y POSICIÓN DOMINANTE EN LA JURISPRUDENCIA DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA (CONACOM) DE PARAGUAY**

BARREIRAS DE ENTRADA E POSIÇÃO DOMINANTE NA JURISPRUDENCIA DA COMISSÃO NACIONAL DA CONCORRÊNCIA (CONACOM) DO PARAGUAI

**Rolando Díaz Delgado**

**María José Sosa Rolón**

## **RESUMEN**

El presente artículo busca desentrañar, en el marco de la Ley de Defensa de la Competencia de Paraguay y de la jurisprudencia de su autoridad de aplicación, la Comisión Nacional de la Competencia (CONACOM), cuál es el papel que desempeñan las barreras de entrada en la valoración de una eventual posición dominante.

Partiendo del concepto de posición dominante, se aborda, posteriormente, el concepto de barrera de entrada, para avanzar luego sobre la revisión de la jurisprudencia europea y española y finalizar con el análisis de la jurisprudencia paraguaya, con el fin de conocer cuál viene siendo el criterio de la CONACOM respecto de la valoración de las barreras de entrada en la determinación de una eventual posición dominante.

**Palabras clave:** competencia, posición dominante, cuota de mercado, barrera de entrada, barrera de acceso, CONACOM.

## **RESUMO**

O presente artigo busca desentranhar, no âmbito da Lei de Defesa da Concorrência do Paraguai e da jurisprudência de sua autoridade de aplicação, a Comissão Nacional da Concorrência (CONACOM), qual é o papel que as barreiras à entrada desempenham na determinação de uma eventual posição dominante.

Partindo do conceito de posição dominante, aborda-se posteriormente o conceito de barreira de entrada, para depois avançar na revisão da jurisprudência europeia e espanhola e finalizar com a análise da jurisprudência paraguaia, a fim de saber quais são os critérios da CONACOM quanto à avaliação das barreiras de entrada na determinação de uma eventual posição dominante.

**Palavras-chave:** concorrência, posição dominante, cota de mercado, barreira de entrada, barreira de acesso, CONACOM.

## 1. INTRODUCCIÓN

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

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

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

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

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

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

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

## 2. POSICIÓN DOMINANTE. CONCEPTO

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

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

2 ESPAÑA. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. “Posición de dominio”, en Diccionario



Por su parte, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) en la emblemática sentencia recaída en el asunto *United Brands* consideró que la posición dominante [...] es la posición de poder económico de una empresa que le permite obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia, al darle la posibilidad de actuar en buena medida independientemente de sus competidores, de sus clientes y en definitiva de los consumidores<sup>3</sup>; concepto que fue ratificado en sentencias posteriores<sup>4</sup> e incorporado posteriormente por la Comisión en varios de sus instrumentos<sup>5</sup>.

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

[...] que dicha posición, [...] no excluye la posibilidad de que exista cierta competencia, pero coloca a la empresa que la disfruta en situación, si no de decidir, por lo menos de influir notablemente en las condiciones en que se desarrollará esa competencia y, en todo caso, de actuar en gran medida sin necesidad de tenerla en cuenta y sin que, no obstante, esa actitud le perjudique<sup>6</sup>.

Por otra parte, en España la vigente Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia<sup>7</sup> no define la posición dominante, apartándose en ese sentido de la ya derogada Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia<sup>8</sup>, que en su artículo segundo – dos, inciso a) establecía que una empresa goza de posición de dominio cuando para un determinado tipo de producto

---

Panhispánico del Español Jurídico, 2020.

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

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

5 Véanse, a modo de ejemplos: UNIÓN EUROPEA. Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, (97/C 372/03), parágrafo 10, p. 6; Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco), Artículo 14.2; Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, (2002/C 165/03); Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas, (2004/C 31/03), parágrafo 2, p. 5; Comunicación de la Comisión — Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes (2009/C 45/02), parágrafo 10, p. 8.

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

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

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

o servicio es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional, o, cuando sin ser la única, no está expuesta a una competencia sustancial en el mismo.

En este marco, el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) español en el asunto BACARDÍ<sup>9</sup> ha apuntado que:

La posición de dominio de una empresa concreta en un mercado determinado expresa su aptitud para modificar provechosamente, respecto de la situación de competencia, el precio o cualquier otra característica del producto. El que una empresa tenga esa aptitud dependerá de que se den una serie de circunstancias que, para la empresa en cuestión, podrían resumirse en *poder económico e independencia de comportamiento*. Así, se diría que una empresa disfruta de posición de dominio en un mercado cuando tuviera en éste poder económico e independencia de comportamiento suficientes como para poder actuar sin tomar en consideración las posibles reacciones de los competidores o los consumidores y, de esta manera, ser capaz de modificar en su provecho el precio u otra característica del producto<sup>10</sup>.

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

[...] la posición de dominio de un operador económico en un mercado determinado expresa su aptitud para modificar provechosamente, respecto de la situación de competencia, el precio o cualquier otra característica del producto. El que un operador tenga esa aptitud dependerá de que se beneficie de una serie de circunstancias que cabe resumir en *poder e independencia en el mercado*, en grado suficiente como para poder adoptar sus comportamientos sin tomar en consideración las posibles reacciones de los competidores o los usuarios y, de esta manera, ser capaz de modificar en su provecho el precio u otras características del bien o servicio<sup>12</sup>.

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

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

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

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

10 El resaltado es nuestro.

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

12 El resaltado es nuestro.

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

Como puede apreciarse, la definición de la Ley paraguaya sigue a la jurisprudencia y a los instrumentos europeos, aunque solo parcialmente, pues omite la referencia a la *posibilidad de comportarse con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, sus clientes y, finalmente, los consumidores*. Sobre ello, sigue la línea marcada por la derogada Ley española 110/1963, de 20 de julio, de *represión de prácticas restrictivas de la competencia*.

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

Artículo 9°. Abuso de posición dominante.

[...]

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

[...]

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

1. El grado en que el bien o servicio de que se trate es sustituible por otros, ya sea de origen nacional como extranjero; las condiciones de tal sustitución y el tiempo requerido para la misma;
2. El grado en que las restricciones normativas limiten el acceso de productos u oferentes o demandantes al mercado de que se trate; y,
3. El grado en que el presunto responsable pueda influir unilateralmente en la formación de precios o restringir al abastecimiento o demanda en el mercado y el grado en que sus competidores puedan contrarrestar dicho poder.

Artículo 13.- Evaluación de las operaciones de concentración.

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

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

b) La posición en el mercado de los competidores participantes, su fortaleza económica y financiera, las posibilidades de elección de proveedores y usuarios, su acceso a las fuentes de suministro o a los mercados, la existencia

de obstáculos de hecho o de derecho al acceso a dichos mercados, la evolución de la oferta y la demanda de los productos y servicios de que se trate, los intereses de los consumidores intermedios y finales, así como la evolución del progreso técnico o económico, siempre que esta sea en beneficio de los consumidores y no constituya un obstáculo para la competencia.

En definitiva, de la simple lectura de las disposiciones referidas se desprende que el proceso de evaluación de la existencia de una posición dominante debe realizarse caso por caso y atendiendo a las diversas circunstancias particulares en presencia.

En este marco, las cuotas de mercado pueden aportar los primeros datos estructurales del mercado relevante previamente definido, por lo que suelen ser el punto de partida de las autoridades de competencia para la constatación de una posición de dominio.

En la definición de una posición de dominio, la cuota de mercado de la empresa en análisis ha sido siempre un factor importante a considerar. Y, aunque parece haber un amplio consenso en la doctrina respecto de que una elevada cuota de mercado no es un factor determinante por sí mismo para el establecimiento de una posición dominante, la jurisprudencia comparada no se ha mostrado siempre conteste con esta postura.

Incluso si admitiéramos la idea de que una elevada cuota de mercado es equivalente a una posición dominante, el problema persistiría en gran medida teniendo en cuenta la dificultad que representa establecer un umbral de cuota indicativo de una posición dominante. Por ello, claramente el concepto de elevada cuota de mercado es un concepto relativo que debe construirse atendiendo a las circunstancias particulares del caso concreto.

Así, parece no haber duda de que podría considerarse elevada, por ejemplo, la cuota de una empresa que actúa en un mercado de tan solo 5 actores y en el que ella se lleva el 60% de la torta, repartiéndose las restantes cuatro empresas una décima parte de la torta cada una. Ahora bien, ¿podría considerarse elevada la cuota de mercado de una empresa que, actuando en un mercado en el que compite con otras 99 empresas, es poseedora del 20% de la cuota, repartiéndose las demás empresas en partes iguales el restante 80%?

Los ejemplos claramente podrían ser infinitos, por lo que no nos queda más que concluir que una cuota de mercado será muy reducida, reducida, elevada o muy elevada siempre en términos relativos; es decir, en relación con las cuotas de las demás empresas que participen del mercado particular de que se trate.

Por otra parte, al analizar la cuota de mercado habrá que hacerlo no como una foto del momento, sino teniendo en cuenta su evolución histórica, tanto de la empresa supuestamente dominante como de las demás que compiten con ella.

Y, aunque alcanzáramos un consenso respecto de lo que deberíamos entender por una elevada cuota de mercado, si fuéramos capaces de identificar el umbral de cuota de mercado a partir del cual se pudiera presumir la dominancia,

claramente deberíamos coincidir con la gran mayoría de la doctrina que sostiene que una elevada cuota de mercado, por sí misma, no puede llevarnos a la convicción de que quien la ostenta es una empresa en posición de dominancia.

En todos los casos, y más aún cuando nos encontremos en presencia de una cuota que consideremos elevada, habrá que valorarla en convergencia con otros factores, sean éstos intrínsecos de la empresa supuestamente dominante, relativos a los competidores, proveedores y clientes y, particularmente, a las eventuales barreras a la entrada o a la expansión que pudieran existir en el mercado analizado.

Al fin y al cabo, la cuestión radica en que, siendo la independencia de comportamiento lo que caracteriza a la empresa dominante, las autoridades de competencia no deberían actuar matemáticamente, sino más bien verificando que independientemente de la cuota de mercado de la empresa supuestamente dominante, esta actúe libre de condicionamientos competitivos<sup>14</sup>.

En concreto, a diferencia de la mayor parte de la jurisprudencia comunitaria europea (que asigna una especial relevancia, incluso –en algún caso– el de presunción *iuris tantum* a una elevada cuota de mercado) y a una parte minoritaria pero existente de la jurisprudencia española, la joven autoridad paraguaya de competencia viene desarrollando una jurisprudencia coherente en el sentido de que la cuota de mercado debe ser tomada como un factor importante pero no determinante y siempre en conjunto con otros factores relevantes al momento de valorar una posición dominante en un mercado específico, según hemos tenido oportunidad de analizar en una ocasión anterior<sup>15</sup>.

Una vez establecidas las cuotas de mercado y poder económico de las empresas en análisis, se debe valorar la posibilidad de ejercicio efectivo de dicho poder, teniendo en cuenta, entre otros factores, la fuerza contrarrestadora de los clientes y consumidores (poder de negociación de la demanda), la posición de las empresas competidoras y la posibilidad de la entrada en el mercado, a corto plazo, de nuevos concurrentes<sup>16</sup>.

En las líneas que siguen, nos centraremos en el último factor: la posibilidad de la entrada en el mercado, a corto plazo, de nuevos competidores; o mejor dicho, de cómo la existencia o no de algún impedimento o barrera que pueda hacer improbable la entrada de nuevos competidores al mercado relevante puede incidir en la definición de una posición dominante.

---

14 FERNÁNDEZ, Cani. “Cuota de Mercado y Poder de Mercado”, en: MARTÍNEZ LAGE, Santiago y PETITBÓ JUAN, Amadeo (Directores). *El Abuso de posición de dominio*, p. 71.

15 Véase a este respecto: DÍAZ DELGADO, Rolando: “Cuota de mercado y posición dominante en la jurisprudencia de la Comisión Nacional de la Competencia (CONACOM) de Paraguay”, en: Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de Argentina, Consejo Administrativo de Defensa Económica de Brasil, Comisión Nacional de la Competencia de Paraguay y Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia de Uruguay, *Anuario de la Competencia del MERCOSUR*, 2022, pp. 101 – 134.

16 VELASCO, L.: “Concentración de Empresas (Criterios de Valoración)”, en *Diccionario de Derecho de la Competencia*. Madrid: Iustel, 2006. Pp. 237-240.

### 3. BARRERAS DE ENTRADA. CONCEPTO

Para el Diccionario panhispánico del español jurídico, una barrera de entrada es todo obstáculo que impide, retarda o dificulta, según los casos, la entrada en el mercado de nuevas empresas, así como la expansión de las ya establecidas<sup>17</sup>.

La Guía de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) sobre las Herramientas para la Evaluación de la Competencia define a las barreras de entrada como los elementos que obstaculizan la entrada de nuevas empresas al mercado relevante<sup>18</sup>. Asimismo, pueden ser definidas como aquellas ventajas de las que goza una empresa establecida en un mercado respecto de posibles entrantes que impiden que nuevas empresas entren en dicho mercado<sup>19</sup>.

El extinto Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) español definió el concepto de barreras de entrada como aquellas dificultades y costes que desincentivan o llegan a imposibilitar la entrada de nuevos operadores en un determinado mercado<sup>20</sup>.

La entrada a los mercados debe ser probable, oportuna y suficiente, para poder afirmar que en los mismos existe un mayor potencial de competencia; o lo que es lo mismo, bajas o nulas barreras de entrada. Algunas guías clasifican las barreras de entrada en tres grandes grupos: legales o administrativas, estructurales o naturales y estratégicas, conforme se expone a continuación.

Respecto de las barreras legales, estas constituyen regulaciones gubernamentales que hacen difícil o incluso imposible el acceso a los mercados, puesto que limitan la importación de productos o somete una actividad económica a un régimen de concesión o autorización previa de licencias para operar en el mercado<sup>21</sup>. En consecuencia, las mismas pueden limitar la participación de los agentes en los mercados, imponer costos sustanciales para la instalación de negocios o dificultar a los consumidores el cambio de proveedor.

Dentro de esta categoría se incluyen igualmente monopolios naturales, licencias otorgadas por el Estado, tarifas de comercio, patentes y otros tipos de derechos de propiedad intelectual<sup>22</sup>. Cabe destacar, sin embargo, que la

17 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: “Barrera de entrada”, en: Diccionario panhispánico del español jurídico (DPEJ). 2020.

18 ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE), *Herramientas para la Evaluación de la Competencia*, vol. II, versión 2.0, 2011, p. 22.

19 ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE): *Policy Roundtables: Barriers to Entry*, 2005 (en español, “Mesa de trabajo: barreras de entrada”). Traducción propia.

20 ESPAÑA. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. *Informe del 3 de noviembre de 2006*, en el Exp. C-101/06, Adeslas/Global Consulting/Lince, ap. 9.

21 FOLGUERA CRESPO, Jaime y VIDAL MARTÍNEZ, Patricia. “Artículo 10. Criterios de valoración sustantiva”, en: Massaguer, José; Sala Arquer, José Manuel; Folguera, Jaime y Gutiérrez, Alfonso: *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia y a los preceptos sobre organización y procedimientos de la Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*. 4ª ed. Navarra: Editorial Aranzadi. Pp. 578-579.

22 ALEMANIA. BUNDESKARTELLAMT: *Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle*, numerales 62 y 63 (en español y en adelante, «Guía de control sustantivo de



necesidad de obtener una autorización administrativa no constituye una barrera de entrada cuando las autorizaciones no se conceden con carácter exclusivo para un determinado territorio<sup>23</sup>.

Las barreras estructurales o naturales, por su parte, son aquellas que encuentran su justificación en la propia naturaleza del proceso productivo (elevados costes de instalación, por ejemplo)<sup>24</sup>. En otras palabras, este tipo de barreras es el resultado de las características del mercado, de los procesos de producción o de la privilegiada posición de mercado de una empresa<sup>25</sup> (por ejemplo, costos hundidos, insumos esenciales, economías de escala, buen acceso a proveedores, clientes, consumidores, etc.), los cuales provienen de la tecnología, métodos de producción u otros factores necesarios para establecer una presencia efectiva en los mercados<sup>26</sup>.

Y, en último término, las barreras estratégicas son aquellas creadas por las conductas de las empresas ya establecidas en los mercados que pueden tener efectos dañinos para la competencia<sup>27</sup>. Con el propósito de asegurarse el control de los mercados y aumentar la rentabilidad, las empresas ya establecidas, que gozan de ventajas sobre los nuevos entrantes, pueden responder a una nueva entrada con tácticas agresivas, como por ejemplo reducción significativa de los precios, inversión en exceso en capacidad, diferenciación de productos y acuerdos de exclusividad<sup>28</sup>.

Resulta importante mencionar aquí que, al momento de analizar las barreras de entrada de un mercado, se deben tener en cuenta únicamente aquellas barreras que impidan o dificulten la entrada de competidores con suficiente capacidad para disciplinar o contrarrestar el comportamiento de la empresa que goza de posición dominante, puesto que dichas barreras pueden no ser relevantes o pueden no existir para un nuevo competidor que desea operar en el mercado a menor escala sin influir en el comportamiento de la empresa dominante<sup>29</sup>.

---

concentraciones de la oficina federal alemana de carteles»). Traducción propia.

23 ESPAÑA. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA: Resolución del 01 de julio de 2009, en el Exp. C-156/09, Parques Reunidos/Faunia, parágrafos 53-54.

24 PETITBÓ, Amadeo: "Barreras de Entrada y Competencia", en Fundación ICO: Anuario de la Competencia 2003. Madrid: Marcial Pons, p. 190.

25 Guía de control sustantivo de concentraciones de la oficina federal alemana de carteles, numerales 64 al 67. Traducción propia.

26 REINO UNIDO. COMPETITION COMMISSION AND THE OFFICE OF FAIR TRADING, *Merger Assessment Guidelines*, p. 59. (en español, "Directrices para la evaluación de fusiones"). Traducción propia. Véase también *Merger assessment guidelines (2021), revised guidance*.

27 ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE), *Herramientas para la Evaluación de la Competencia*, 2011, p. 24.

28 INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, *ICN Merger Guidelines Workbook*, 2006, p. 56. Traducción propia. Disponible en: <[https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/MWG\\_MergerGuidelinesWorkbook.pdf](https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/MWG_MergerGuidelinesWorkbook.pdf)>.

29 FOLGUERA CRESPO, Jaime y VIDAL MARTÍNEZ, Patricia. "Artículo 10. Criterios de valoración sustantiva", en: MASSAGUER, J.; SALA ARQUER, J.; FOLGUERA, J. y GUTIÉRREZ, A.: *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia y a los preceptos sobre organización y procedimientos de la Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*.

#### 4. LAS BARRERAS DE ENTRADA EN LA VALORACIÓN DE LA POSICIÓN DOMINANTE

Para el desarrollo de este apartado es preciso considerar que, en el camino que lleva a la definición de una posición dominante, una vez analizadas las estructuras de los mercados relevantes respecto de las cuotas de mercado de los diferentes agentes y el grado de concentración de estos, debemos plantearnos las siguientes interrogantes: ¿la existencia de barreras de entrada en un mercado es suficiente para concluir que una empresa goza de posición dominante? O, por el contrario, ¿la inexistencia de barreras de entrada en un mercado es suficiente, por sí sola, para descartar la hipótesis de que una empresa, a pesar de contar con un *market share* elevado en un mercado con altos niveles de concentración, carece de posición dominante?

Sobre el punto, vale también aquí lo expresado anteriormente respecto de las elevadas cuotas de mercado, en el sentido de que, tanto estas como las barreras de entrada deben ser tomadas como factores importantes, pero no determinantes y siempre en conjunto con otros factores relevantes al momento de valorar una posición dominante en un mercado relevante específico. De allí la importancia de nuestras interrogantes y el deber de ahondar en el análisis de las barreras de entrada como factor que debe ser considerado a la hora de abordar la tarea de definir una posición dominante en un determinado mercado relevante.

##### 4.1. Antecedentes europeos

En la mencionada sentencia del asunto *United Brands (UBC)*, el TJCE dejó sentado que *la existencia de una posición dominante resulta, en general, de la concurrencia de varios factores que, considerados aisladamente, no serían necesariamente determinantes y que para apreciar si UBC es una empresa en posición dominante en el mercado de referencia debe examinarse en primer lugar su estructura y seguidamente la situación de la competencia en dicho mercado*<sup>30</sup>.

Así pues, del análisis de la estructura del mercado de referencia, el TJCE consideró que la cuota de mercado de UBC era superior al 40% y cercana al 45% y con ello procedió al análisis de la situación de la competencia en dicho mercado, considerando cuestiones de barreras de entrada en los siguientes términos:

[...] que, por lo demás, si se considera la posición de UBC en cada uno de los mercados nacionales se comprueba que, salvo en Irlanda, dicha sociedad vende directamente, y en Alemania indirectamente a través de Scipio, aproximadamente el doble de plátanos que el competidor mejor situado y que sus cifras de venta no bajan de manera sensible, ni siquiera cuando aparecen nuevos competidores;

que el poder económico de UBC le ha permitido, por tanto, adoptar una estrategia global y flexible, contraria a la implantación de nuevos competidores en el mercado de referencia en su conjunto;

---

4ª ed. Navarra: Editorial Aranzadi. Pp. 577-578.

30 UNIÓN EUROPEA. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Sentencia del 14 de febrero de 1978, en el asunto 27/76, *United Brands Company* y *United Brands Continentaal BV* contra Comisión de las Comunidades Europeas, parágrafos 66 y 67, pág. 82.



que los obstáculos de la entrada de competidores se deben en particular a las *inversiones excepcionalmente fuertes* necesarias para la creación y la explotación de plantaciones, a la *necesidad de multiplicar las fuentes de abastecimiento* para evitar las consecuencias de las enfermedades de la fruta y de las inclemencias del tiempo (huracanes, inundaciones), al *establecimiento del sistema logístico necesario* para la distribución de una mercancía muy perecedera, a las *economías de escala* de las que no puede aprovecharse un operador recién llegado al mercado, y a los *costes reales de entrada* que suponen todos los gastos fijos de penetración en un mercado, tales como el establecimiento de una red comercial adecuada o el coste de las campañas publicitarias de gran envergadura, todos ellos riesgos económicos en los que se pierde el capital invertido si fracasa la tentativa;

que, por consiguiente, si bien es cierto, como ha señalado UBC, que los competidores tienen la posibilidad de utilizar los mismos métodos de producción y distribución que la parte demandante, se enfrentan con obstáculos prácticos y financieros casi insalvables; [...]»<sup>31</sup>.

Como puede apreciarse, el TJCE determinó que *United Brands* gozaba de una posición dominante construida, entre otros factores, a partir de las altas cuotas de mercado de la empresa y de la existencia de importantes barreras de entrada en el mercado de referencia.

Siguiendo la misma línea de análisis, el TJCE en el asunto *Hoffman-La Roche* consideró respecto de ciertos mercados de referencia que el simple hecho de poseer elevadas cuotas de mercado eran suficientes para determinar que la empresa en cuestión gozaba de posición dominante en esos mercados. Sin embargo, en algunos mercados de referencia en donde las cuotas de mercado no eran suficientemente elevadas, se procedió al análisis de otros factores para determinar la existencia o no de posición dominante.

De esta manera, por ejemplo, respecto del mercado de Vitamina A en donde Roche ostentaba una cuota de mercado del 47%, se analizaron barreras de entrada como patentes de invención y la existencia de capacidad instalada ociosa, conforme se menciona a continuación:

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

que, como se ha señalado anteriormente, lo mismo puede decirse en cuanto a la inexistencia de competencia potencial por parte de empresas nuevas, mientras que la derivada del exceso de capacidad de producción en las empresas ya existentes favorecía más bien a Roche [...]»<sup>32</sup>.

Por otra parte, respecto del mercado de Vitamina B<sub>3</sub>, si bien las cuotas de mercado de Roche se encontraban en un rango de 18% a 41% en términos de

---

31 UNIÓN EUROPEA. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Sentencia del 14 de febrero de 1978, en el asunto 27/76, *United Brands Company* y *United Brands Continentaal BV* contra Comisión de las Comunidades Europeas, parágrafos 120-123. Pp. 88-89.

32 UNIÓN EUROPEA. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Sentencia del 13 de febrero de 1979, en el asunto 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG* contra Comisión de las Comunidades Europeas, parágrafos 50-51, p. 248.

cantidades en los años analizados, el TJCE no identificó la existencia de otros factores que comprueben la existencia de posición dominante de Roche en dicho mercado. En consecuencia, a pesar de que en el último año la cuota de mercado de Roche superaba el 40%, dicha participación no fue suficiente por sí sola para determinar la existencia de posición dominante y más aún sin la existencia de otros factores de competencia, como barreras de entrada.

El Asunto AKZO también siguió la misma línea que las anteriores. El TJCE determinó que en los años analizados la empresa AKZO poseía una cuota de mercado de 50% y que, en conjunto con otros factores, le otorgaban a la empresa en cuestión una posición dominante en el mercado de peróxidos orgánicos. Entre los factores que el TJCE consideró se encuentran:

[...] iv) AKZO ha logrado, incluso en un período de coyuntura desfavorable, mantener su margen global de beneficios, incrementando regularmente sus precios y/o sus volúmenes de ventas.

v) AKZO ofrece una gama de productos mucho más amplia que ninguna de sus rivales, posee la organización de marketing más desarrollada desde los puntos de vista comercial y técnico, así como conocimientos de punta en materia de seguridad y toxicología.

vi) Según confesión propia, AKZO se mostró capaz de eliminar eficazmente del mercado a competidores “molestos” (aparte de ECS) o de debilitarlos considerablemente: el ejemplo de SCADO, entre otros, demuestra claramente que AKZO está en condiciones de eliminar a un productor menos poderoso, si así lo desea.

vii) Tras haber eliminado a tales productores, potencialmente peligrosos a pesar de su reducida dimensión, AKZO pudo subir el precio del producto sobre el cual se apreciaba la competencia. [...]

Desde esta perspectiva, está claro que el hecho de ofrecer una gama de productos más amplia que la de sus principales rivales, contribuía a garantizarle a AKZO una posición dominante en dicho mercado. [...]

Por otra parte, la Comisión ha afirmado acertadamente que otros factores confirman el predominio de AKZO en el mercado. Aparte del hecho de que se considera líder mundial del mercado de peróxidos, hay que señalar que AKZO posee, según sus propias palabras, la organización de marketing más desarrollada, tanto desde el punto de vista comercial como técnico, así como conocimientos más amplios que sus competidores en materia de seguridad y de toxicología [...].<sup>33</sup>

Así pues, se observa que para el TJCE la posición dominante de AKZO

---

33 UNIÓN EUROPEA. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Sentencia del 03 de julio de 1991, en el asunto C-62/86, AKZO Chemie BV contra Comisión de las Comunidades Europeas, parágrafos 56-61, p. 3452 y 3453.

se explica por la elevada cuota de mercado y la existencia de barreras de entrada estructurales y estratégicas, como mayor nivel de conocimiento del mercado y organización en marketing respecto de sus competidores. Pasemos a continuación a analizar brevemente algunos antecedentes españoles similares.

## 4.2. Antecedentes españoles

Siguiendo lo realizado por la Comisión Europea, es de suma importancia el análisis de las barreras de entrada y la competencia potencial para comprobar que una concentración entre empresas con elevadas cuotas de mercado o elevado nivel de concentración del mercado afectado puede suponer un obstáculo significativo para la competencia.

En el Asunto Bacardí<sup>34</sup>, el RTDC incluyó expresamente el análisis de las barreras de entrada como criterio básico de la determinación de dominancia, cuando pretendió contrarrestar la dominancia de una empresa cuya cuota de mercado era cercana al 70%.

Uno de los requisitos para que exista una entrada al mercado relevante es que la misma sea *probable*, para lo cual se debe tener en cuenta aquellas empresas que operan en mercados de producto o geográficos cercanos o que pueden adaptarse de forma rápida a los procesos de producción de productos o servicios competidores.

Con base en ello, en el asunto *Lion Capital/Activos Ardo/Activos Bonduelle*<sup>35</sup>, la CNC afirmó que, a pesar de que con la operación de concentración se alcanzaba una elevada cuota de mercado, la posibilidad de entrada de nuevos operadores del canal HORECA<sup>36</sup> respecto de los operadores que suministran marcas de fabricante hizo que la operación no suponga una amenaza para la competencia en el mercado analizado:

*[...] A pesar de la elevada cuota de mercado resultante en el mercado mayorista ([90- 100]%), no se considera que la operación pueda suponer una amenaza para la competencia efectiva en el mismo por diversos motivos propios de este mercado. [...] La notificante señala que la intensa competencia existente entre productos de marca blanca y productos de marca de fabricante resulta aún más evidente si se analiza la evolución seguida por ésta, cuya cuota se ha incrementado en tres puntos porcentuales (de [70-80]% a [70-80]%) en los últimos tres años en detrimento de las partes y en casi [30-40] puntos porcentuales (de [30-40]% a [70-80]%) entre 2002 y 2010 en el sector de verduras y otros platos preparados congelados, según datos de la consultora del mercado de gran consumo IRI.*

*En este sentido, tal y como apunta la notificante, debe tenerse en cuenta el elevado número de competidores potenciales que representan los actuales productores de marca blanca así como los operadores activos en el canal Horeca, que en cualquier momento pueden pasar a fabricar productos de marca del fabricante*

34 ESPAÑA. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. Resolución (Expte. R 362/99, BACARDÍ), de 30 de septiembre de 1999, Fundamentos de Derecho 8.

35 ESPAÑA. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. Resolución del 18 de mayo de 2011 e Informe de la Dirección de Investigación, en el Exp. C-0355/11, Parques Reunidos/Faunia, Apartado VIII.

36 Canal de distribución y comercialización de alimentos referido a hoteles, restaurantes, cafés, bares, etc.

utilizando líneas de producción e instalaciones existentes, como ha ocurrido con las empresas Congelados de Navarra y Fruveco.

Así pues, la CNC entendió que a pesar de la alta cuota de mercado resultante de la operación de concentración existía una alta probabilidad de que existan nuevos actores en el mercado relevante, con lo cual se autorizó la operación de concentración sin condicionamientos.

De la misma manera, en el asunto *Parques Reunidos/Faunia*<sup>37</sup>, la CNC analizó los efectos de la operación en el mercado de parques de atracciones/temáticos, zoológicos y de la naturaleza en el área de influencia de Madrid, en el cual las cuotas resultantes de las partes involucradas fueron muy elevadas (entre el 80-90%). Sin embargo, se observó una nula existencia de barreras de entrada, existencia de competidores potenciales en mercados geográficos próximos y entrada efectiva en los últimos años de nuevos operadores, que redujeron considerablemente la posibilidad de denegar la operación de concentración en análisis.

Entre las barreras de entrada analizadas se podría citar las siguientes:

[...] Ni en España ni en el área de influencia de la Comunidad de Madrid existen especiales limitaciones o barreras a la entrada de nuevas empresas en el sector de los centros de ocio en general. Tampoco existen barreras específicas para el segmento de zoológicos, botánicos y de naturaleza, donde las limitaciones no son distintas de las que pueden apreciarse en cualquier otro mercado sometido a autorización administrativa previa.

[...] La apertura al público, la modificación sustancial y la ampliación de los núcleos zoológicos, están sujetas a autorización administrativa previa del órgano competente de la comunidad autónoma donde cada uno de ellos se ubique. Esta autorización es independiente de cualquier otra que sea exigible a los parques zoológicos en virtud de otras disposiciones legales que sean de aplicación (...).

[...] Los costes de nueva planta, incluyendo la adquisición de una colección de animales y el establecimiento o acceso a instalaciones adecuadas puede ser más o menos elevado (entre 10 y 45 millones de euros) en función del tipo de negocio, pero no tanto como para considerarse una barrera a la entrada de nuevos operadores. En todo caso, los costes de entrada son, en general, menores en el segmento de zoológicos y parques de la naturaleza que en otros formatos de parques de ocio. En el caso de los parques de aventura y granjas escuela, los costes de implantación son sensiblemente más reducidos, ya que no se precisan grandes inversiones.

Otro ejemplo de ello es el asunto *IGL/Celsior*<sup>38</sup>, en donde la Comisión Nacional de los Mercado y la Competencia (CNMC) de España autorizó sin compromisos la operación de concentración en el mercado nacional de soluciones de conservación de órganos para trasplantes, teniendo las partes una elevada cuota de mercado conjunta (70-80%).

En dicho análisis, se identificó que las barreras a la entrada más

<sup>37</sup> ESPAÑA. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. Resolución del 01 de julio de 2009, en el Exp. C-156/09, *Parques Reunidos/Faunia*, Apartado VII.3.

<sup>38</sup> ESPAÑA. COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADO Y LA COMPETENCIA. Resolución del 29 de abril de 2014 e *Informe de la Dirección de Competencia*, en el Exp. C-0569/14, *IGL/Celsior*, Apartado VII.3.

relevantes eran de tipo tecnológico y económico (necesidad de invertir en I+D para desarrollar una nueva solución) y de tipo regulatorio (necesidad de obtener la autorización de comercialización correspondiente para el producto). No obstante, se determinó por medio de la entrada de nuevos competidores que las mismas no eran infranqueables. Asimismo, se afirmó que no existía fidelidad a las marcas y que la duración de los contratos de suministro con los hospitales era de un año, por lo que tampoco existían barreras de tipo estratégico.

Por otra parte, en el asunto *Ebro/SOS Activos*<sup>39</sup>, la CNC evaluó una operación de concentración en la que las partes constituían los dos principales operadores en diversos eslabones de la cadena de producción, transformación y comercialización de arroz. En dicha operación, si bien las cuotas de mercado de las partes eran elevadas, los mercados afectados contaban con clientes fidelizados por marcas, y en muchos casos de carácter regional.

En consecuencia, la principal barrera de entrada observada fue el coste de publicidad necesario para que una nueva empresa se diera a conocer en el mercado, por lo que la operación de concentración fue autorizada sometiendo la misma al cumplimiento de desinversión de cuatro marcas de arroz.

Con todo esto, cabe destacar que la jurisprudencia española nos da cuenta de que las barreras de entrada son un factor importante al momento de determinar la existencia o no de una posición dominante.

## **5. PARAGUAY: JURISPRUDENCIA DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA (CONACOM)**

La primera operación de concentración analizada por la CONACOM fue el asunto *Coca-Cola/Ades*<sup>40</sup> en el mercado relevante de jugos listos para beber. En dicha operación, la sumatoria de las cuotas de mercado de las partes resultaba en niveles por encima del 50%; sin embargo, se determinó que no existían barreras de carácter regulatorio ni técnico que impidan la entrada de nuevos competidores en un tiempo medio de 24 meses aproximadamente.

Si bien en dicho análisis también se identificó que los competidores disponían de suficiente capacidad de producción para disciplinar y compensar un eventual comportamiento anticompetitivo de las partes, no se estudió la posibilidad de que dicha situación se constituyera como una barrera de entrada. Por lo que se concluyó que no existía probabilidad de considerar la existencia de poder de dominio, dado que la notificante estaría expuesta a una competencia efectiva y sustancial.

En el asunto *Syngenta/Nidera*<sup>41</sup>, por su parte, la CONACOM consideró el

---

39 ESPAÑA. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. Resolución del 02 de setiembre de 2011 e Informe de la Dirección de Investigación, en el Exp. C-0353/11, *Ebro/SOS Activos*, Apartado VI.4.

40 PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. Resolución N° 1/2017, de 23 de febrero de 2017, en el Expte. C01 - *The Coca Cola Company, Coca Cola FEMSA S.A.B. de C.V., Unilever PLC Unilever N.V.*, Apartado Evaluación de los efectos de la operación, Pp. 8-10.

41 PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. Resolución D/AL N° 10/2018, de 05 de junio de 2018, en el Expte. C11 - *Syngenta Crop Protection AG y Nidera B.V.*,

mercado nacional de comercialización de semillas de soja, en el cual las partes de la operación alcanzarían *ex post* una cuota conjunta del 40-50% del mercado relevante. En un análisis más profundo, se tuvo en cuenta que para participar en dicho mercado se debía cumplir con ciertos requisitos administrativos de entes públicos; sin embargo, se afirmó que dichas documentaciones no constituían en sí mismas barreras de entrada legales.

Y, respecto de posibles barreras estructurales en función a los costos e inversiones elevadas en capacidad instalada y tecnología, se concluyó que ninguna de las partes realizaba actividades de desarrollo de eventos transgénicos ni poseía plataformas biotecnológicas significativas para semillas de soja en Paraguay, dependiendo únicamente de licenciamientos de tecnología de competidores establecidos a nivel mundial. Consecuentemente, debido a ello y otros factores, se aprobó la operación de concentración sin condicionamientos.

Otro ejemplo es el asunto ESG/Disal<sup>42</sup>, en el cual la CONACOM evaluó los siguientes mercados relevantes: (i) alquiler y mantenimiento de sanitarios portátiles para obras y para eventos a nivel nacional; (ii) limpieza de chimeneas a nivel nacional; (iii) succión de fosas a nivel nacional; (iv) cámara séptica a nivel nacional; (v) venta de ingegras a nivel nacional; y (vi) consultoría, operación, mantenimiento y limpieza de plantas de tratamientos y unidades a nivel nacional.

De los mercados relevantes definidos, la CONACOM verificó que, si bien no existía aumento de cuota de mercado, la parte adquirida poseía elevadas cuotas de mercado (60-80%) tanto en el alquiler y mantenimiento de sanitarios portátiles para obras y para eventos a nivel nacional, como en la limpieza de chimeneas a nivel nacional.

En consecuencia, se procedió al análisis de barreras de entrada en donde se identificó cuanto sigue:

- se observaron bajas barreras de entrada legales, puesto que para operar en dichos mercados resulta necesario contar con licencias emitidas por el Ministerio del Ambiente y Desarrollo Sostenible (MADES) y la Empresa de Servicios Sanitarios del Paraguay (ESSAP), sin embargo, los requisitos para ello no son de difícil cumplimiento y el plazo de obtención de estas varía entre 1 año y 1 año y medio aproximadamente;
- se concluyó que las barreras de entrada económicas también eran bajas, puesto que la notificante estimó que los costos mínimos para operar eran menores a US\$ 500.0000, incluidos camiones cisterna, equipamientos de succión, plantas de tratamiento, sanitarios portátiles y gastos de puesta en marcha;

---

apartado 10.3, Pp. 27-28.

42 PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. Resolución D/AL N° 07/2022, de 01 de febrero de 2022, en el Expte. C33 - Environmental ESG Participações S.A. y Disal Ambiental Holding S.A., apartado Otros Factores para el Análisis. Pp. 28-31.

- no se identificó entrada de nuevos actores en los mercados en cuestión en los últimos años y la propia notificante afirmó que no existe demanda insatisfecha o no atendida;
- se determinó que la oferta de sanitarios portátiles debe contar con suficiente disponibilidad puesto que su uso es de larga duración (meses o incluso años);
- se verificó que el principal cliente de sanitarios portátiles de la empresa adquirida era una entidad pública, a la cual accedía por medio de Contrataciones Públicas; por lo que la misma no tendría incentivos suficientes para aumentar sus precios considerando que si lo hiciera cualquier otro competidor con menos precio resultaría adjudicado.

Finalmente, por dichos motivos, la CONACOM aprobó la operación de concentración sin condicionamientos, a pesar de que las cuotas de la empresa adquirida eran elevadas.

De manera similar, en el asunto *Cimsa/Cemex*<sup>43</sup> la CONACOM evaluó el mercado nacional de cemento blanco, en el cual la adquirida proveía al 95% del mercado. Posteriormente, en el análisis de posibles barreras de entrada, estas no fueron identificadas puesto que *respecto de los trámites legales que debe realizar el proveedor extranjero de cemento blanco, los importadores han manifestado que no es necesario estar registrado en el MIC ni tener habilitadas las plantas de producción de los proveedores.*

Sumado a ello, los importadores paraguayos afirmaron que existe una rápida respuesta y aceptación por parte de otros proveedores de cemento blanco y que se encuentran en la búsqueda de proveedores potenciales en todo el mundo, por lo que se concluyó que existe competencial potencial para proveer cemento blanco a Paraguay. Como resultado, la operación de concentración fue aprobada sin condicionamientos aun cuando la cuota de mercado de la adquirida era cercana al 100%.

Por otro lado, existieron casos de operaciones de concentración en donde las barreras de entrada sumaron a los indicios de existencia de posición dominante a partir de elevadas cuotas de mercado, conforme se puede ver en los siguientes párrafos.

En el asunto *Prosegur/Wackenhut*<sup>44</sup>, la CONACOM subordinó la aprobación al cumplimiento de condiciones, puesto que, en primer lugar, la cuota de mercado resultante de la operación de concentración fue muy superior al 50% en el mercado nacional de custodia, atesoramiento, gestión y transporte de valores, y, en segundo lugar, se analizaron otros factores que sustentaban la

43 PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. Resolución D/AL N° 11/2022, de 14 de febrero de 2022, en el Expte C36 - Cimsa Cementos España S.A.U. y Cemex España Operaciones S.L.U., apartado 8.2. Pp. 21-22.

44 PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. Resolución D/AL N° 08/2018, de 27 de febrero de 2018, en el Expte. C10 - Prosegur S.A. y Wackenhut S.A., apartado F. Pp. 41-47.



determinación de que la entidad resultante reforzaría una posición dominante en dicho mercado.

Entre los otros factores analizados, se consideraron las siguientes barreras de entrada:

- respecto de la normativa regulatoria, si bien la misma es de cumplimiento relativamente fácil, no se puede negar que de cualquier forma constituye una barrera más que cualquier empresa interesada en incursionar en el mercado relevante tendrá que cumplir, respecto de los vehículos blindados;
- respecto de inversiones necesarias para la entrada, se verificó que el costo promedio de un vehículo blindado variaba entre US\$ 60.000 y US\$ 100.000, [e]sto sin considerar los costes de instalación y de transacción para acceder a la demanda, asimismo también era necesario contar con infraestructura o bóvedas de atesoramiento para prestar el servicio (respecto de lo cual Prosegur era el único competidor con 4 bóvedas en diferentes puntos del país); y,
- respecto de la fidelización de la marca, se afirmó que, si bien no existen contratos de exclusividad, un nuevo entrante deberá realizar una inversión importante en publicidad con el fin de posicionarse en el mercado paraguayo.

Finalmente, el Directorio consideró que, por todos estos factores, [...] Prosegur tiene la capacidad de influir unilateralmente en las condiciones del mercado [...]; por lo que, en el supuesto de que se dé la aprobación de la presente operación de concentración, estaría reforzando su posición de dominio.

En el asunto Copetrol/Axion<sup>45</sup> respecto del sector de combustibles líquidos, la CONACOM definió 4 mercados relevantes de productos, siendo uno de ellos de alcance nacional y los tres restantes distritales. Una vez analizadas las cuotas de mercado y los demás factores relevantes, se identificó que en el mercado de distribución mayorista de combustibles líquidos a nivel nacional, a pesar de algunos indicadores que pudieran llevarnos a ver ciertos indicios de dominancia, no son suficientes para alcanzar tal convicción; por lo que, en este particular mercado tenemos que concluir que la operación notificada no supondrá un obstáculo significativo para la competencia efectiva, porque no crearía ni reforzaría una posición dominante del Grupo COPETROL; y, de otra parte, que con base en los fundamentos expuestos [...] la operación notificada supondría un obstáculo significativo para la competencia efectiva, porque reforzaría la posición dominante del Grupo COPETROL en el mercado de comercialización minorista de combustibles líquidos, a través de estaciones de servicios, en el Municipio de Asunción.

---

45 PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. Resolución D/AL N° 29/2019, de 06 de diciembre de 2019, en el Expte. CI7 - Copetrol S.A. y Axion Energy Paraguay S.R.L., apartados Barreras a la entrada y Valoración de la posición dominante. Pp. 108-112 y 115-118.



Sobre esto último, cabe resaltar que la CONACOM afirmó que en todos los municipios del país no existe mayor barrera que cumplir con los requisitos estándares y normales para poder ingresar al mercado. No obstante, no es igual en la ciudad de Asunción, donde por Ordenanza Municipal 7/11<sup>46</sup> se limita la distancia entre una estación de servicio existente con otra nueva a mil (1000) metros. Por lo que, [e]sta disposición constituye claramente una barrera de entrada legal importantísima a los efectos de analizar la presente operación, dado que un potencial competidor no podrá ingresar al mercado “libremente”.

Así también, se identificaron barreras de tipo económicas, en atención a los activos tangibles e intangibles que posee el grupo adquirente y que resultan difíciles de replicar para un entrante al mercado, como el número de EESS y la presencia de marcas ya establecidas en el mercado. Y barreras de tipo estructural, en atención a la cantidad mínima de 40 EESS para poder operar bajo un emblema y a la extensa duración de los contratos entre Distribuidor-Operador.

Por todo ello, el Directorio de la CONACOM resolvió autorizar la operación de concentración entre Grupo Copetrol y Axion sometiendo la misma al cumplimiento de ciertas condiciones.

Por último, en el asunto *Frigomerc/Frigonorte*<sup>47</sup>, el Directorio de la CONACOM denegó la autorización de la operación de concentración<sup>48</sup> considerando que se determinó posición dominante en el mercado de compra de ganado bovino para faena. Si bien la cuota post operación hubiera sido de 47,63% del mercado relevante, también fueron analizados otros factores que sumaron indicios en la determinación de la posición dominante, entre ellos las barreras de entrada.

En dicho análisis, el Directorio de la CONACOM identificó cuanto sigue:

- respecto de barreras legales, que no existen cupos que imposibiliten la entrada libre de nuevos agentes al mercado, únicamente una serie de requisitos formales y, por sobre todo, sanitarios específicos que deben cumplir los potenciales entrantes;
- respecto de barreras estructurales, que el costo de inversión inicial requerido sea para la compra de un establecimiento frigorífico o la construcción de uno desde cero es alto, rondando inclusive los USD. 50 millones de dólares americanos [...] y es la principal barrera de entrada, y también que el tiempo de puesta en marcha de una planta frigorífica de entre 16 a 24

---

46 PARAGUAY. MUNICIPALIDAD DE ASUNCIÓN. Ordenanza Municipal N° 7/11 «Que sustituye las Ordenanzas Nos. 50/92, 117/99, 06/2002 y 71/03 sobre la Provisión, Manipuleo, Almacenamiento de Combustibles, Líquidos y Gaseosos, así como el Funcionamiento de los Locales, destinados a su Comercialización y Actividades Afines».

47 PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. Resolución D/AL N° 18/2020, de 21 de setiembre de 2020, en el Expte. C21 - Frigomerc S.A. y Frigorífico Norte S.A., apartado 9.2.4. Pp. 99-106.

48 A la fecha del presente artículo, el asunto *Frigomerc/Frigonorte* es la única operación de concentración denegada por la CONACOM.

meses;

- respecto de la capacidad instalada y utilizada de faena de ganado bovino del grupo adquirente, que (2) el Grupo Athena Foods concentraría el 47,36% de toda la capacidad existente; y (3) que, del total de dicha capacidad, estaría ocupando solo el 41,75%, de donde le restaría un 54,85% de capacidad ociosa, con lo cual se concluyó que el exceso de capacidad de producción instalada podría constituir un desincentivo a la entrada de nuevos competidores.

Por esos y otros motivos analizados por la CONACOM, se entendió que la operación de concentración buscaba bloquear, por lo menos temporalmente, el acceso de otros agentes al mercado relevante, por lo que se resolvió su rechazo.

Por todo lo anterior, es preciso concluir que, al igual que para la autoridad de competencia española, para la CONACOM, el análisis de las barreras de entrada es importante para reforzar o contrarrestar la tesis de existencia de posición dominante, incluso en presencia de elevadas cuotas de mercado. En cualquier caso, a criterio de la CONACOM, ni altas cuotas de mercado, ni elevadas barreras de entrada, por sí mismas permiten definir una posición dominante.

## 6. CONCLUSIONES

La posición dominante, entendida como aquella situación de poder de mercado que permite a una empresa actuar con independencia de sus competidores, proveedores y clientes (consumidores), es esencial a la hora de constatar el abuso de posición dominante, prohibido por los artículos 9° y 10 de la Ley N° 4.956/2013 de Defensa de la Competencia de Paraguay; y determinante a la hora de valorar las operaciones de concentración de empresas, en la medida en que, de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la misma Ley, aquellas operaciones que creen o refuercen una posición dominante en el mercado son consideradas un obstáculo significativo para una competencia efectiva, y por tanto susceptibles de ser rechazadas o condicionadas.

Al momento de determinar una posición dominante, existen factores importantes que deben ser tenidos en cuenta, como por ejemplo las elevadas cuotas de mercado y la existencia o no de barreras de entrada en los mercados. Si bien no existe un consenso respecto del umbral de cuotas de mercado para considerarlas elevadas ni una escala que permita clasificar las barreras de entrada como bajas, medias o altas, la jurisprudencia comparada y la de la CONACOM dan cuenta de que estos factores, aunque de gran relevancia para el análisis, no pueden ser considerados de forma aislada, sino más bien deben ser analizados juntos con otros, atendiendo a las circunstancias del caso concreto.

En suma, podemos reafirmar que el hecho de que una empresa tenga una elevada cuota de mercado no puede llevarnos a la convicción de que, por esta sola circunstancia, tenga una posición dominante en el mercado relevante. Ahora bien, dicha situación si debiera llevarnos a profundizar en el análisis y la consideración de otros factores, como las barreras de entrada. En cualquier caso, la sola existencia de altas barreras de entrada tampoco debería llevarnos a

la convicción de la existencia de una posición dominante.

La existencia de barreras de entrada es, sin lugar a duda, un factor de mucha relevancia a la hora de analizar la dominancia de una empresa en un mercado relevante; pero, al igual que las altas cuotas de mercado, la existencia de altas barreras de acceso no debiera constituirse, por sí sola, en el elemento definidor de una posición dominante. Esta definición debería ser el resultado de un análisis integrador de una serie amplia de factores que deben ser valorados caso por caso y atendiendo a las circunstancias del caso concreto, tal como viene haciendo el Directorio de la CONACOM en el marco de sus actuaciones.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **PUBLICACIONES**

- DÍAZ DELGADO, Rolando. “Cuota de Mercado y Posición Dominante en la Jurisprudencia de la Comisión Nacional de la Competencia (CONACOM) de Paraguay”. Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de Argentina, Consejo Administrativo de Defensa Económica de Brasil, Comisión Nacional de la Competencia de Paraguay y Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia de Uruguay, *Anuario de la Competencia del Mercosur*. 2022. Pp. 101-138.
- Real Academia Española, *Diccionario panhispánico del español jurídico*, 2020. Disponible en: <<https://dpej.rae.es/>>.
- FERNÁNDEZ, Cani. “Cuota de Mercado y Poder de Mercado”, en: MARTÍNEZ LAGE, Santiago y PETITBÒ JUAN, Amadeo (Directores). *El Abuso de posición de dominio*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- FOLGUERA CRESPO, Jaime y VIDAL MARTÍNEZ, Patricia. “Artículo 10. Criterios de valoración sustantiva”, en: MASSAGUER, J.; SALA ARQUER, J.; FOLGUERA, J. y GUTIÉRREZ, A.: *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia y a los preceptos sobre organización y procedimientos de la Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*. 4ª ed. Navarra: Editorial Aranzadi.
- INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, ICN *Merger Guidelines Workbook*, 2006. Disponible en: <[https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/MWG\\_MergerGuidelinesWorkbook.pdf](https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/MWG_MergerGuidelinesWorkbook.pdf)>.
- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE), *Herramientas para la Evaluación de la Competencia*, vol. II, versión 2.0, 2011.
- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE): *Policy Roundtables: Barriers to Entry*, 2005 (en español, “Mesa de trabajo: barreras de entrada”).
- PETITBÒ, Amadeo. “Barreras de Entrada y Competencia”, en Fundación ICO. *Anuario de la Competencia 2003*. Madrid: Marcial Pons.
- VELASCO, L.: “Concentración de Empresas (Criterios de Valoración)”, en *Diccionario de Derecho de la Competencia*. Madrid: Iustel, 2006.

## LEYES

- ESPAÑA. Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, Boletín Oficial del Estado, 04 de julio de 2007, N° 159.
- ESPAÑA. Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia, Boletín Oficial del Estado, 23 de julio de 1963, N° 175. Pp. 11144 – 11152.
- PARAGUAY. Ley N° 4956 Defensa de la Competencia. Gaceta Oficial, 25 de junio de 2013, N° 117. Pp. 50-74.

## JURISPRUDENCIA

- ESPAÑA. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. Informe del 3 de noviembre de 2006, en el Exp. C-101/06, Adeslas/Global Consulting/ Lince, ap. 9.
- UNIÓN EUROPEA. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Sentencia del 14 de febrero de 1978, en el asunto 27/76, United Brands Company y United Brands Continentaal BV contra Comisión de las Comunidades Europeas.
- UNIÓN EUROPEA. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Sentencia del 13 de febrero de 1979, en el asunto 85/76, Hoffmann-La Roche & Co. AG contra Comisión de las Comunidades Europeas.
- UNIÓN EUROPEA. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Sentencia del 9 de noviembre de 1983, en el asunto 322/81, NV Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin contra Comisión de las Comunidades Europeas.
- UNIÓN EUROPEA. TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (SALA PRIMERA). Sentencia del 17 de diciembre de 2003, asunto T-219/99, British Airways plc c Comisión.

## ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS

- ALEMANIA. BUNDESKARTELLAMT: Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle.
- ESPAÑA. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA: Resolución del 01 de julio de 2009, en el Exp. C-156/09, Parques Reunidos/Faunia.
- ESPAÑA. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. Resolución (Expte. S/0135/09 INTERMALTA), de 23 de febrero de 2010.
- ESPAÑA. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. Resolución del 02 de setiembre de 2011 e Informe de la Dirección de Investigación, en el Exp. C-0353/11, Ebro/SOS Activos.
- ESPAÑA. COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADO Y LA COMPETENCIA. Resolución del 29 de abril de 2014 e Informe de la Dirección de Competencia, en el Exp. C-0569/14, IGL/Celsior.

- PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. Resolución N° 1/2017, de 23 de febrero de 2017, en el Expte. C01 - The Coca Cola Company, Coca Cola FEMSA S.A.B. de C.V., Unilever PLC Unilever N.V.
- PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. Resolución D/AL N° 10/2018, de 05 de junio de 2018, en el Expte. C11 - Syngenta Crop Protection AG y Nidera B.V.
- PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. Resolución D/AL N° 08/2018, de 27 de febrero de 2018, en el Expte. C10 - Prosegur S.A. y Wackenhut S.A.
- PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. Resolución D/AL N° 29/2019, de 06 de diciembre de 2019, en el Expte. C17 - Copetrol S.A. y Axion Energy Paraguay S.R.L.
- PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. Resolución D/AL N° 18/2020, de 21 de setiembre de 2020, en el Expte. C21 - Frigomerc S.A. y Frigorífico Norte S.A.
- PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. Resolución D/AL N° 07/2022, de 01 de febrero de 2022, en el Expte. C33 - Environmental ESG Participações S.A. y Disal Ambiental Holding S.A.
- PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. Resolución D/AL N° 11/2022, de 14 de febrero de 2022, en el Expte C36 - Cimsa Cementos España S.A.U. y Cemex España Operaciones S.L.U.
- REINO UNIDO. COMPETITION COMMISSION AND THE OFFICE OF FAIR TRADING, Merger Assessment Guidelines.
- UNIÓN EUROPEA. Comunicación de la Comisión — Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes (2009/C 45/02).
- UNIÓN EUROPEA. Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/C 372/03).
- UNIÓN EUROPEA. Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco).
- UNIÓN EUROPEA. Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (2002/C 165/03).
- UNIÓN EUROPEA. Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (2004/C 31/03).

## **RESEÑAS BIOGRÁFICAS**

### **ROLANDO DÍAZ DELGADO**

Abogado por la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción”. Actualmente es Director del Instituto CONACOM y Miembro del Directorio de la Comisión Nacional de la Competencia (CONACOM). Fue Presidente del Directorio de la CONACOM entre agosto de 2021 y julio de 2023. Realizó estudios de postgrado en el Programa de Doctorado sobre Aspectos fundamentales

de Derecho Internacional Privado en la Universidad de Alcalá de Henares (España); de Especialista en Derecho de la Competencia en la Universidad Carlos III de Madrid (España); y de Regulación y Competencia en la Universidad de Valladolid (España). Es docente de la cátedra de Derecho Internacional Privado en la Universidad Nacional de Asunción y de Aplicación del Derecho Internacional a la Resolución Judicial en la Escuela Judicial (Consejo de la Magistratura). Es autor de diversas publicaciones jurídicas, nacionales e internacionales, sobre Derecho Internacional Privado, Arbitraje y Derecho de la Competencia. Participó como expositor en congresos, conferencias, seminarios, etc., nacionales e internacionales, sobre Derecho Internacional Privado, Arbitraje y Derecho de la Competencia. Fue Director General/Gerente General de empresas multinacionales y nacionales; Presidente de la Cámara de Empresas Maquiladoras de Exportación (CEMAP); presentador de un bloque de entrevistas (económicas, empresariales, inversiones, etc.) en el Noticiero Central de Red Guarani, Árbitro paraguayo de la lista de árbitros del Tribunal Arbitral Ad Hoc del Mercosur, Árbitro de la lista del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara Nacional de Comercio y Servicios del Paraguay; Presidente de la Asociación Familias Formando Familias Paraguay (Miembro de la International Federation for Family Development – IFFD); y Miembro del Consejo Directivo de Enfoque Niñez.

### **MARÍA JOSÉ SOSA ROLÓN**

Economista egresada con honores de la Universidad Nacional de Asunción – UNA. Especialista en Derecho de la Competencia por la Universidad Carlos III de Madrid – UC3M, España. Becaria de la AECID para el Programa de Máster Universitario en Economía, Regulación y Competencia en los Servicios Públicos de la Universitat de Barcelona. Economista del Departamento de Control de Concentraciones de la Dirección de Investigación de la CONACOM. E-mail: econ.mariajose@gmail.com.

# EL CONTROL JUDICIAL DE LAS RESOLUCIONES DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA (CONACOM) DE PARAGUAY

CONTROLE JUDICIAL DAS RESOLUÇÕES DA COMISSÃO NACIONAL DE CONCORRÊNCIA (CONACOM) DO PARAGUAI

Rolando Díaz Delgado

## RESUMEN

En Paraguay, como en la mayoría de los sistemas en los que la aplicación de las leyes de competencia cae bajo la órbita de autoridades administrativas, las resoluciones de estas autoridades, a su vez, están sometidas al control judicial.

En este marco, en el año en que la Ley de Defensa de la Competencia de Paraguay está cumpliendo diez años de vigencia, estamos empezando a conocer las primeras sentencias recaídas en juicios que buscan impugnar las actuaciones de la CONACOM. En el presente trabajo nos ocupamos de revisar dichas sentencias, así como otras resoluciones judiciales, desde la óptica de la autoridad de competencia, en la medida en que lo que dichas resoluciones judiciales digan, y cómo lo digan, marcará necesariamente el futuro de la CONACOM.

**Palabras clave:** competencia, control judicial, contencioso-administrativo, CONACOM.

## RESUMO

No Paraguai, como na maioria dos sistemas em que a aplicação das leis da concorrência é confiada às autoridades administrativas, as resoluções destas autoridades, por sua vez, estão sujeitas ao controle judicial.

Neste contexto, no ano em que a Lei Paraguaia de Defesa da Concorrência comemora dez anos de vigência, começamos a conhecer as primeiras sentenças proferidas em julgamentos que buscam contestar a atuação da CONACOM. No presente trabalho cabe-nos rever estas sentenças, bem como outras resoluções judiciais, na perspectiva da autoridade da concorrência, na medida em que o que dizem essas resoluções judiciais, e como o dizem, marcará necessariamente o futuro da CONACOM.

**Palavras-chave:** concorrência, controle judicial, contencioso-administrativo, CONACOM.

## 1. INTRODUCCIÓN

La tutela judicial efectiva, entendida como *Derecho fundamental de contenido complejo que confiere a toda persona el poder jurídico de promover, en defensa de sus derechos e intereses legítimos, la actividad de los órganos jurisdiccionales que desemboque en una resolución fundada en derecho tras un procedimiento justo, sea o no favorable a las pretensiones formuladas por las*



partes<sup>1</sup>, y a que la resolución se cumpla se encuentra reconocida en instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 10<sup>2</sup>), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14<sup>3</sup>) y la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 8, inciso 1.<sup>4</sup>)

Como derecho fundamental de rango constitucional, encuentra sus antecedentes en el artículo 24<sup>o</sup> de la Constitución italiana de 1947, en los artículos 19.4 y 103.1 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 y en el artículo 24<sup>o</sup> de la Constitución española de 1978<sup>5</sup>; y que, si bien la Constitución de la República del Paraguay no contiene una disposición similar a las señaladas, a criterio de la Corte Suprema de Justicia, parece no haber duda de que el derecho a la tutela judicial efectiva encuentra efectividad en las disposiciones contenidas en los artículos 15 (prohibición de hacer justicia por sí mismo), 16 (defensa en juicio), 17 (derechos procesales), 45 (de los derechos y garantías no enunciados), 46 (igualdad de las personas) y 47 numerales 1 y 2 (de las garantías de igualdad) de la Carta Magna, amén de los artículos 131, 132, 133, 134 y 135 (garantías constitucionales) de la norma fundamental<sup>6</sup>.

Además, respecto de los tratados internacionales relativos a los derechos humanos, cabe recordar lo dispuesto en el artículo 142 de la Constitución de la República del Paraguay, según el cual, los mismos no podrán ser denunciados sino por los procedimientos que rigen para su enmienda, lo que viene a

---

1 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario panhispánico del español jurídico (DPEJ). Disponible en: <<https://dpej.rae.es/lema/derecho-a-la-tutela-judicial-efectiva>>.

2 NACIONES UNIDAS. Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 10: Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

3 NACIONES UNIDAS. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14.1: [...] Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.

4 ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 8.1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

5 TICONA POSTIGO, Víctor. “El debido proceso y las líneas cardinales para un modelo procesal en el Estado Constitucional de Derecho”. Revista Oficial del Poder Judicial, 2007, vol. 2, n° 2. P. 35. MELGAREJO ALLEGRETTO, Joel. “Esfuerzos por comprender la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso”. Disponible en: <<https://joelmelgarejo.com/esfuerzos-por-comprender-la-tutela-jurisdiccional-efectiva-y-el-debido-proceso/#:~:text=el%20derecho%20a%20la%20tutela,garant%C3%ADas%2C%20luego%20del%20cual%20se>>.

6 PARAGUAY. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA CONSTITUCIONAL. Acuerdo y Sentencia N° 398, del 23 de mayo de 2014, en Excepción de inconstitucionalidad presentada por el Fiscal Adjunto Marco Antonio Alcaraz en el juicio: “Recurso de casación interpuesto por el Defensor Público Yamil Coluchi Báez en el Juicio: Filemón Orué s/ coacción sexual y robo agravado”. Año: 2013 – N° 436.



reafirmar que el derecho a la tutela judicial efectiva tiene rango constitucional, en la medida en que los tratados internacionales referidos *ut supra* integran el derecho constitucional paraguayo vigente<sup>7</sup>.

En este marco, como podremos ver a continuación, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, garantizado con rango constitucional en la legislación paraguaya, es también plenamente operativo en el ámbito de la legislación específica de libre competencia. Así, en la Ley N° 4956/2013, de *Defensa de la Competencia*, en adelante LDC, podemos identificar la vigencia de la tutela judicial efectiva en su doble vertiente, de Derecho privado y de Derecho público administrativo.

La LDC, en sus capítulos III y IV de su Título V (De las sanciones, nulidades y responsabilidades), se ocupa, de una parte, de las acciones civiles de nulidad y resarcimiento de daños y perjuicios; y, de otra, de los *recursos en materia de defensa de la competencia*.

En lo que a las acciones civiles se refiere, cabe desatar lo dispuesto en su artículo 64:

Son nulos de pleno derecho los acuerdos restrictivos prohibidos en virtud de la presente Ley, cuando ellos hubiesen sido declarados como tales por resolución firme y ejecutoriada por la Comisión Nacional de la Competencia (CONACOM).

Las sanciones a que se refiere la presente Ley se entenderán sin perjuicio de otras responsabilidades que en cada caso procedan.

Las acciones de nulidad y de resarcimiento de daños y perjuicios, fundadas en la ilicitud de los actos prohibidos por esta Ley, *podrán ser ejercidas ante el Poder Judicial por quienes se consideren perjudicados por los mismos*<sup>8</sup>, cuando ellos hubiesen sido declarados como tales por resolución firme y ejecutoriada por la Comisión Nacional de la Competencia (CONACOM).

Como puede apreciarse, las acciones civiles a las que se refiere en la disposición transcrita no pueden ser instauradas sino hasta que la ilicitud de los actos prohibidos por la LDC hubiera sido declarada por la CONACOM, lo que supone una prejudicialidad administrativa, en la línea de lo establecido en el artículo 13.2 de la derogada Ley 16/1989, de 17 de julio, de *Defensa de la Competencia española*.

Por su parte, en lo que a la acción contencioso-administrativa se refiere, el artículo 67 establece que,

En materia de Defensa de la Competencia procede exclusivamente el recurso de reconsideración o reposición. *Salvo que el interesado opte a su criterio, por interponer directamente la acción contencioso-administrativa contra la resolución que le agravia, ante el Tribunal de Cuentas conforme a lo previsto en el Artículo 68*<sup>9</sup>.

---

7 BLANCO, Sindulfo. "Tutela Jurisdiccional Efectiva del Contribuyente". *La Ley. Revista Jurídica Paraguaya*, N° 22, 1999. P. 926.

8 El resaltado es propio.

9 El resaltado es propio.

Y el artículo 68 que:

En contra de las resoluciones dictadas por la Autoridad de Aplicación procederá la acción contencioso-administrativa ante el Tribunal de Cuentas<sup>10</sup>.

La demanda deberá interponerse por el agraviado ante dicho tribunal, dentro del perentorio e improrrogable plazo de 18 (dieciocho) días, contados desde la notificación de la resolución o de vencido el plazo para dictarla, en el caso de la denegación tácita.

Aquí no nos ocuparemos de las acciones civiles ni de los recursos que pueden interponerse ante la misma autoridad administrativa contra sus propias resoluciones; sino solamente de los eventuales resortes de que disponen los administrados para atacar las resoluciones dictadas por el Directorio de la CONACOM, en particular, de la acción contencioso-administrativa que puede interponerse ante la autoridad jurisdiccional, el Tribunal de Cuentas; y, más específicamente de las primeras resoluciones dictadas por la referida instancia judicial, en el marco de las acciones ejercidas contra las resoluciones dictadas por el Directorio de la CONACOM en sus primeros años de actuación.

En este marco, buscaremos exponer y analizar los aspectos más destacables de los autos interlocutorios y de las sentencias dictadas por ambas salas del Tribunal de Cuentas.

En este mismo marco, un apartado especial merecerá la acción de inconstitucionalidad promovida por Teledeportes Paraguay S.A., contra tres resoluciones del Directorio de la CONACOM (Resolución D/AL N° 34/2021, Resolución D/AL N° 41/2021 y Resolución D/AL N° 42/2021), en las que (1) se rechazaba la solicitud de la referida empresa respecto de la tramitación de una excepción de inconstitucionalidad opuesta en el marco del sumario de investigación Teledeportes Paraguay S.A. s/ supuesta infracción a la Ley N° 4956/2013, (2) se rechazaba el recurso de reposición interpuesto por Teledeportes Paraguay S.A. contra la Resolución D/AL N° 34/2021 y (3) se aclaraba y se subsanaba, de oficio, un error material en la fecha de la Resolución D/AL N° 41/2021.

## 2. DE LAS RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CUENTAS.

De conformidad con las disposiciones de los artículos 67 y 68 transcriptas, contra las resoluciones dictadas por el Directorio de la CONACOM, máxima autoridad institucional, cabe la interposición de la acción contencioso-administrativa, que – como dejamos sentado *ut supra* – supone el reconocimiento, en esta materia, del derecho a la tutela judicial efectiva del administrado.

Como apunta Fernando Llorente Hurtado<sup>11</sup>, en la medida en que la autoridad de aplicación de la LDC sea un organismo de la administración pública subsiste la especial trascendencia del control judicial de sus resoluciones, en

<sup>10</sup> El resaltado es propio.

<sup>11</sup> LLORENTE HURTADO, Fernando. “Disposición Adicional séptima. Modificación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”. En: MASSAGUER, J.; SALA ARQUER, J.; FOLGUERA, J. y GUTIÉRREZ, A. (dir.). *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, 4ª. ed., Pamplona: Civitas – Thomson Reuters, 2015. P. 1421.

tanto que está sujeta al Derecho Administrativo y, en ese marco, en particular, al principio de legalidad, que excluye toda arbitrariedad en sus resoluciones.

En este marco, el Tribunal de Cuentas ha tenido la oportunidad de juzgar algunas de las primeras resoluciones del Directorio de la CONACOM. A ellas nos referiremos a continuación.

## **2.1. INSUMOS MÉDICOS: ACCIONES CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVAS CONTRA RESOLUCIÓN QUE ABRE EL SUMARIO DISCIPLINARIO.**

En fecha 5 de junio de 2020, la Dirección de Investigación solicitó, de oficio, al Directorio, la apertura de un Sumario de Instrucción a las firmas Insumos Médicos S.A. (IMEDIC), EUROTEC S.A. y Medical Pharma S.A. con base en indicios razonables de una posible infracción al artículo 8° de la Ley N° 4956/2013 de Defensa de la Competencia, que *prohíbe todo acuerdo, decisión o práctica concertada o conscientemente paralela, independientemente de que sean escritos o verbales, formales o informales que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional.*

En fecha 11 de junio de 2020, el Directorio resolvió, mediante la Resolución D/AL N° 11/2020, tener por iniciado el Sumario de Investigación por presunta infracción del artículo 8° de la Ley 4956/2013, *Acuerdos restrictivos de la competencia, en la modalidad de licitaciones colusorias, por parte de las firmas IMEDIC S.A., EUROTEC S.A. y Medical Pharma S.A.*

En fecha 15 de enero del 2021, tras haberse diligenciado parte de la investigación, la Dirección de Investigación solicitó la ampliación del sumario de instrucción respecto de Patricia Beatriz Ferreira Pascottini y Marcelo Rubén Ferreira Pascottini.

Por su parte, en fecha 3 de febrero de 2021, el Directorio hizo lugar a la petición formulada por la DI, mediante Resolución D/AL N° 06/2021<sup>12</sup>; aclarada, en fecha 17 de febrero de 2021, mediante la Resolución D/AL N° 08/2021<sup>13</sup>.

Cabe indicar que, ante dicha ampliación, ambas personas presentaron recursos de reconsideración. El Directorio, mediante Resolución D/AL N° 11<sup>14</sup>, de 23 de febrero del 2021, y Resolución D/AL N° 12<sup>15</sup>, de fecha 4 de marzo del 2021, respectivamente, resolvió no hacer lugar a los referidos recursos de reconsideración.

12 PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. Resolución D/AL N° 06/2021 del 3 de febrero de 2021, en el Expte. N° 01/2020 “Insumos Médicos S.A., Eurotec S.A. y Medical Pharma s/ supuesta infracción del art. 8 de la Ley 4956/2013”.

13 PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. Resolución D/AL N° 08/2021 del 17 de febrero de 2021, en el Expte. N° 01/2020 “Insumos Médicos S.A., Eurotec S.A. y Medical Pharma s/ supuesta infracción del art. 8 de la Ley 4956/2013”.

14 PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. Resolución D/AL N° 11/2021 del 23 de febrero de 2021, en el Expte. N° 01/2020 “Insumos Médicos S.A., Eurotec S.A. y Medical Pharma s/ supuesta infracción del art. 8 de la Ley 4956/2013”.

15 PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. Resolución D/AL N° 12/2021 del 4 de marzo de 2021, en el Expte. N° 01/2020 “Insumos Médicos S.A., Eurotec S.A. y Medical Pharma s/ supuesta infracción del art. 8 de la Ley 4956/2013”.

Posteriormente, finalizada la etapa de sumario de instrucción, en fecha 24 de febrero de 2021, la Dirección de Investigación (DI) formuló acusación contra EUROTEC S.A., IMEDIC S.A., la señora Patricia Beatriz Ferreira Pascottini y el señor Marcelo Rubén Ferreira Pascottini, solicitando apertura del sumario disciplinario correspondiente y la desestimación de la investigación con respecto a la firma Medical Pharma S.A.

Ante dicha solicitud, por Resolución D/AL N° 13/2021<sup>16</sup>, de fecha 4 de marzo del 2021, el Directorio resolvió tener por formulada la acusación en los términos solicitados por la Dirección de Investigación, hacer lugar al pedido de desestimación respecto de la firma Medical Pharma S.A.; y, por tanto, tener por iniciada la etapa de sumario disciplinario, respecto de EUROTEC S.A., IMEDIC S.A., la señora Patricia Beatriz Ferreira Pascottini y el señor Marcelo Rubén Ferreira Pascottini.

Respecto de dicha resolución de apertura de sumario disciplinario, en fecha 23 de marzo del 2021, la firma EUROTEC S.A. planteó un recurso de reconsideración, el cual fue declarado improcedente por el Directorio, mediante Resolución D/AL N° 18/2021<sup>17</sup>, de fecha 24 de marzo del 2021, teniendo en cuenta que la resolución recurrida era una resolución de apertura y no una definitiva, en el marco de lo dispuesto en el artículo 67 de la LDC, según el cual, los recursos de reconsideración proceden únicamente contra una resolución definitiva del Directorio.

Posteriormente, en fecha 6 de abril de 2021, Insumos Médicos S.A. y la señora Patricia Beatriz Ferreira Pascottini plantearon acción contencioso-administrativa, cada una respectivamente, ante el Tribunal de Cuentas, contra la referida Resolución D/AL N° 13, en virtud de la cual, el Directorio había dado apertura al sumario disciplinario respecto de dichas personas. El 7 de abril de 2021, EUROTEC S.A. accionó contra la misma resolución y la Resolución D/AL N° 18/2021, por la cual se rechazó el recurso de reconsideración referido en el párrafo anterior.

En fecha 29 de diciembre de 2021, la Primera Sala del Tribunal de Cuentas se expidió, mediante los autos interlocutorios N° 1236, N° 1237 y N° 1238, dictados, respectivamente, en los juicios Patricia Beatriz Ferreira Pascottini c/ Res N° 13 del 04/03/2021 dictada por Comisión Nacional de la Competencia; Insumos Médicos S.A. c/ Res Nro 13/04/03/2021 dictada por Comisión Nacional de la Competencia y Eurotec S.A. c/ Res Nro 18/24/03/2021 y otra dictada por Comisión Nacional de la Competencia.

En todos los juicios, el Tribunal de Cuentas resolvió, con voto en mayoría, declarar la inadmisibilidad *In Limine Litis* de las demandas planteadas contra las referidas resoluciones.

---

16 PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. Resolución D/AL N° 13/2021 del 4 de marzo de 2021, en el Expte. N° 01/2020 “Insumos Médicos S.A., Eurotec S.A. y Medical Pharma s/ supuesta infracción del art. 8 de la Ley 4956/2013”.

17 PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. Resolución D/AL N° 18/2021 del 24 de marzo de 2021, en el Expte. N° 01/2020 “Insumos Médicos S.A., Eurotec S.A. y Medical Pharma s/ supuesta infracción del art. 8 de la Ley 4956/2013”.

Del voto del Magistrado Dr. Alejandro Martín Ávalos Valdez, al que se adhirió el Magistrado Dr. Rodrigo A. Escobar E., cabe destacar los siguientes argumentos:

[...] considero que corresponde DECLARAR LA INADMISIBILIDAD de la presente acción contencioso-administrativa, de conformidad a los fundamentos que seguidamente paso a exponer:

*Que, la Ley N° 1462/35 “Que establece el procedimiento para lo Contencioso Administrativo” dispone: Artículo 3°.- La demanda contencioso-administrativa podrá deducirse por un particular o por una autoridad administrativa, contra las resoluciones administrativas que reúnan los requisitos siguientes: a) Que causen estado y no haya por consiguiente recurso administrativo contra ellas; b) Que la resolución de la administración proceda del uso de sus facultades regladas; c) Que no exista otro juicio pendiente sobre el mismo asunto; d) Que la resolución vulnere un derecho administrativo preestablecido a favor del demandante; y e) Que se halle abonada la cuantía del impuesto u otra liquidación de cuentas ordenada por el Tribunal de Cuentas.*

Que, surge con claridad que la pretensión reclamada por la parte actora no se ajusta a lo establecido en el Artículo 3° de la Ley N° 1462/35, para la procedencia de la Acción Contencioso-Administrativa, en atención a que el Acto Administrativo impugnado no es definitivo, se trata de un Auto de Instrucción Sumarial, es decir, es una resolución interlocutoria que no vulnera ningún derecho administrativo subjetivo, ni tampoco causa estado o agravio alguno, puesto que la misma solo da por iniciado el sumario sin llegar siquiera a aplicar una sanción.

Que, en casos como el planteado en autos, la jurisprudencia nacional es muy nutrida, porque el Tribunal de Cuentas, Primera Sala (en materia de los Contencioso-Administrativo) tiene la facultad de rechazar la demanda de oficio y en cualquier estado del juicio, siempre y cuando se observe que no fueron reunidos los presupuestos inexcusables para la admisibilidad o habilitación de la instancia Contencioso-Administrativa.

Citando a Domingo J. Sesin, el Magistrado Ávalos Valdez sigue diciendo:

Es posible definir la habilitación de la instancia como el juicio previo que realiza el Tribunal con competencia en lo contencioso-administrativo respecto de la concurrencia de los presupuestos procesales especiales de admisibilidad de la acción. Su fundamento radica en la necesidad de evitar inútiles desgastes jurisdiccionales y protectorios de los propios administrados, toda vez que, a través de un análisis preliminar, se logra evitar la tramitación íntegra de procesos que en definitiva resultan inadmisibles.

Para, finalmente, concluir en:

*Que, conforme a las constancias de autos, y a todo lo expuesto, [...] la Resolución hoy recurrida no es definitiva por falta de agotamiento de la vía administrativa. Ante tal circunstancia, corresponde Declarar la Inadmisibilidad de la presente demanda Contencioso-Administrativa, debiendo la misma ser Rechazada In Limine Litis<sup>18</sup>.*

De la contundencia de los términos del voto transcrito parece

desprenderse con claridad incontestable que, para el Tribunal, toda resolución del Directorio de la CONACOM que disponga la apertura de un sumario disciplinario no supone agravio alguno para las empresas o personas sumariadas, en la medida en que no causa estado, lo que, en definitiva, esperamos sirva de aviso para navegantes.

## 2.2. SPM: ACCIONES CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVAS CONTRA RESOLUCIONES QUE PONEN FIN A SUMARIOS DISCIPLINARIOS Y SANCIONAN A LA EMPRESA (MULTA) POR EL INCUMPLIMIENTO DE CONDICIONES EN UNA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN.

El 14 de febrero del 2017, la firma Servicios y Productos Multimedios S.A. (en adelante, SPM) notificó a la CONACOM la operación de concentración consistente en la transferencia parcial de los establecimientos comerciales de las firmas TV Cable Paraná S.A., Cable Tres Fronteras S.A. y Get Line Internet S.A., a favor de la notificante<sup>19</sup>.

En el marco de dicho expediente, en fecha 27 de julio del 2017, el Directorio de la CONACOM dictó la Resolución D/AL N° 08/2017<sup>20</sup>, por la cual resolvió autorizar la operación de concentración notificada, subordinando la misma al cumplimiento de las siguientes condiciones, que debía ser cumplida y supervisada durante 3 (tres) años:

- i) Publicar cambio de operador y las implicancias de la transacción.  
[...]
- ii) Política uniforme.  
[...]
- iii) Prohibición de ventas atadas.  
[...]
- iv) Obligación de desplegar una red de mayor capacidad.  
[...]
- v) No obstaculizar el cambio de operador a los clientes.  
[...]
- vi) **Presentación de información y seguimiento.**  
**Con el objeto de facilitar el seguimiento y verificación del grado de cumplimiento de las condiciones que tienen que ver con la política comercial (Política uniforme, prohibición de ventas atadas,**

---

<sup>19</sup> El expediente fue caratulado como: Expediente N° 015/2017: Servicios y Productos Multimedios S.A. y TV Cable Paraná, Get Line Internet S.A. y Cable 3 Fronteras s/ Concentración (Adquisición parcial de activos).

En virtud de dicha transacción SPM adquirió, no las acciones societarias, sino parte de los fondos de comercio de las empresas adquiridas; es decir, bienes, derechos, garantías y obligaciones, salvo aquellos que fueron expresamente excluidos de la transacción por voluntad de las partes. La operación incluyó la adquisición de las licencias para prestar servicios de cable distribución otorgadas por la agencia reguladora de las telecomunicaciones, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) a TV Cable Paraná S.A. y Cable 3 Fronteras S.A. hasta el año 2020. Y, asimismo, la adquisición de la licencia para prestar servicios de internet y transmisión de datos otorgada por la CONATEL a Get Line Internet hasta el año 2021.

<sup>20</sup> PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. Resolución D/AL N° 08/2017 del 27 de julio de 2017 en el Expediente “Servicios y Productos Multimedios S.A. y TV Cable Paraná, Get Line Internet S.A. y Cable 3 Fronteras s/ Concentración (Adquisición Parcial de Activos).



**obstaculización de cambios de proveedor) la empresa SPM debería presentar informes semestrales sobre los planes ofertados y sus contratos hasta la finalización de la vigencia de la condición.**

**En lo que respecta al despliegue de red, deberá presentar informes trimestrales respecto del cumplimiento del plan presentado, durante la vigencia de la condición.**

**En lo que hace a la comunicación del cambio de operador, la empresa notificante debe presentar el modelo de comunicación estandarizada en el plazo señalado y una vez aprobada, debería ejecutarlo en el plazo indicado, y cumplida la misma, presentar informe de cumplimiento<sup>21</sup>.**

En seguimiento del cumplimiento de las condiciones impuestas por el Directorio, la Dirección de Investigación detectó incumplimientos respecto de las obligaciones establecidas en los condicionamientos i) y vi).

Como consecuencia de ello, la DI requirió del Directorio la apertura de tres sumarios de investigación, uno por cada incumplimiento; los cuales concluyeron con sendas acusaciones de la DI y, por tanto, con la apertura de los respectivos sumarios disciplinarios.

Estos, a su vez, concluyeron: (1) con la Resolución D/AL N° 22/2021<sup>22</sup>, de 15 de abril de 2021, que – en lo pertinente – dispuso hacer lugar a la acusación, por encontrarse acreditada la falta, consistente en el incumplimiento del programa de condicionamientos, específicamente en sus condiciones i) *publicar cambio de operador y las implicancias de la transacción* y vi) *presentación de información y seguimiento, tercer párrafo*, y, en consecuencia, sancionar a la empresa con un apercibimiento; (2) con la Resolución D/AL N° 28/2021<sup>23</sup>, de 11 de mayo de 2021, que – en lo pertinente – dispuso hacer lugar a la acusación, por encontrarse acreditada la falta, consistente en el incumplimiento del programa de condicionamientos, específicamente en su condición vi) *presentación de información y seguimiento, primer párrafo*, y, en consecuencia, sancionar a la empresa infractora con una multa de Gs. 105.585.285; y (3) con la Resolución D/AL N° 56/2021<sup>24</sup>, de 18 de agosto de 2021, que – en lo pertinente – dispuso hacer lugar a la acusación, por encontrarse acreditada la falta, consistente en el incumplimiento de condicionamientos, específicamente el referido a vi) *presentación de información y seguimiento, segundo párrafo*, y, en consecuencia, sancionar a la empresa infractora con una multa de Gs. 105.614.560.

Como puede apreciarse, los tres casos tienen en común que los incumplimientos refieren a sendas obligaciones de presentar informes respecto del cumplimiento de otros condicionamientos.

De las tres resoluciones referidas, la primera, en la que la sanción fue

---

21 El destaque es nuestro.

22 PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. Resolución D/AL N° 22/2021 del 15 de abril de 2021, en el Sumario de Investigación N° 02/2019 “Servicios y Productos Mutlimedios S.A. s/ incumplimiento de condicionamientos”.

23 PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. Resolución D/AL N° 28/2021 del 11 de mayo de 2021, en el Sumario de Investigación N° 01/2019 “Servicios y Productos Mutlimedios S.A. s/ incumplimiento de condicionamientos”.

24 PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. Resolución D/AL N° 32/2021 del 18 de agosto de 2021, en el Sumario de Investigación N° 03/2019 “Servicios y Productos Mutlimedios S.A. s/ incumplimiento de condicionamientos”.

el apercibimiento no fue objeto de acción contencioso – administrativa. Sin embargo, la segunda y la tercera, en las que se impusieron sanciones de multas, si fueron objeto de sendas acciones contencioso – administrativas. Respecto de estas últimas nos referiremos en los apartados siguientes.

### 2.2.1. ACCIÓN CONTENCIOSO – ADMINISTRATIVA CONTRA LA RESOLUCIÓN D/AL N° 28/2021, de 11 de mayo de 2021.

En virtud de la Resolución D/AL N° 28/2021, de 11 de mayo de 2021, el Directorio de la CONACOM tuvo por constatado el incumplimiento parcial de la condición vi) *Presentación de información y seguimiento, primer párrafo*, al no haber presentado los informes de cumplimiento de las condiciones ii) *Política uniforme*, iii) *Prohibición de ventas atadas*, y v) *no obstaculizar el cambio de operador a los clientes*, por lo que se impuso a la empresa la multa referida ut *supra*.

Por su parte, la empresa sancionada planteó, en fecha 7 de junio de 2021, la acción contencioso-administrativa contra la referida Resolución D/AL N° 28/2021, con base en los siguientes argumentos: (1) la alegación de vulneración del marco temporal con que contaba la administración para la sustanciación y finalización del proceso investigativo; (2) la inobservancia de una determinada etapa en el procedimiento administrativo, puntualmente la de terminación convencional que propusiera en la etapa correspondiente; (3) cuestiona la motivación de la sanción en cuanto a su contenido causal; y, finalmente, (4) la desproporción entre el incumplimiento de la obligación de presentar informes y la sanción impuesta.

En fecha 8 de agosto de 2023, el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, mediante Acuerdo y Sentencia N° 172<sup>25</sup>, resolvió, por el voto unánime de sus miembros<sup>26</sup>, rechazar la demanda por SPM y, en consecuencia, confirmar la Resolución D/AL N° 28/2021.

El primer cuestionamiento de la accionante, la *extemporaneidad del proceso administrativo y de la vulneración de derechos constitucionales a la defensa en perjuicio del demandante*<sup>27</sup>, refiere a tres cuestiones: (1) la fecha de inicio del cómputo del plazo, (2) la procedencia de la prórroga del plazo de la etapa investigativa y, consecuentemente, (3) la supuesta extemporaneidad de la resolución cuya impugnación se demandaba.

Luego de realizar un detallado análisis de los plazos, el Tribunal concluye que

[...] el primer argumento esgrimido por la firma demandante carece de sustento suficiente para desvirtuar la presunción de regularidad del acto que

25 PARAGUAY. TRIBUNAL DE CUENTAS, PRIMERA SALA. Acuerdo y Sentencia N° 172/2023, en el Expediente “Servicios y Productos Multimedia S.A. C/ Res. D/AL N° 28 ACTA N° 19 de 11 de Mayo de 2021, dictada por la Comisión Nacional de la Competencia”. N° 241/21.

26 Voto del Dr. Gonzalo Sosa Nicoli, al que se adhirieron el Dr. A. Martín Avalos y el Dr. Rodrigo A. Escoba.

27 PARAGUAY. TRIBUNAL DE CUENTAS, PRIMERA SALA. Acuerdo y Sentencia N° 172/2023, en el Expediente “Servicios y Productos Multimedia S.A. C/ Res. D/AL N° 28 ACTA N° 19 de 11 de Mayo de 2021, dictada por la Comisión Nacional de la Competencia”. N° 241/21, p. 16.



ataca, siendo que la actuación administrativa hasta aquí resulta oportuna en cuanto a su temporalidad y justificada en cuanto a su procedencia y formalidad<sup>28</sup>.

El segundo cuestionamiento planteado por la empresa, la inobservancia de una determinada etapa en el procedimiento administrativo, en particular, la establecida en el Artículo 88 del Decreto N° 1490/2014, que en lo pertinente dispone:

Art. 88.- Terminación convencional. Una vez dispuesto el inicio del sumario de instrucción y hasta antes de formularse acusación, **a solicitud del investigado** o de las personas que pudieran resultar perjudicadas, **el Directorio dispondrá, por una sola vez, la celebración de una audiencia de terminación convencional**. La celebración de dicha audiencia no impedirá la continuación del procedimiento<sup>29</sup>.

[...]

En concreto, la accionante cuestionó el hecho de que, habiendo realizado la solicitud a la que refiere el Artículo 88, el Directorio no la haya atendido.

A este respecto, el Tribunal recordó que la *administración en su momento manifestó la oposición a la realización de dicha audiencia y que la invocación de un determinado procedimiento disponible en la norma no implica per se la procedencia del mismo en la medida en que la terminación convencional es una atribución condicionada y no de aplicación automática como lo entiende la accionante, quien concluye que por el solo planteamiento de la cuestión o realización de la petición, en una interpretación un tanto restringida del Principio de Legalidad, la administración se encuentra compelida a la celebración de la audiencia e instauración de dicho procedimiento, so pena de apartarse del mandato expreso de cuanto ordena la reglamentación*<sup>30</sup>.

Finalmente, también a este respecto, el Tribunal apunta que no puede considerarse, como pretende la demandante,

[...] que “la propuesta de Terminación Convencional formulado por SPM haya sido ignorada (como lo fue)...”(sic), ni que “la celebración de una audiencia de terminación convencional”, que -además- tiene la virtud de impedir la continuación del procedimiento”, ya que esta cualidad mencionada por el demandante como sustento de la gravedad de su omisión en realidad no es tal, si atendemos a lo que expresa el artículo 88 que el mismo invoca establece puntualmente que “La celebración de dicha audiencia no impedirá la continuación del procedimiento”<sup>31</sup>.

En tercer lugar, la demandante cuestiona la valoración que hace el

---

28 PARAGUAY. TRIBUNAL DE CUENTAS, PRIMERA SALA. Acuerdo y Sentencia N° 172/2023, en el Expediente “Servicios y Productos Multimedia S.A. C/ Res. D/AL N° 28 ACTA N° 19 de 11 de Mayo de 2021, dictada por la Comisión Nacional de la Competencia”. N° 241/21, p. 17.

29 El destaque es nuestro.

30 PARAGUAY. TRIBUNAL DE CUENTAS, PRIMERA SALA. Acuerdo y Sentencia N° 172/2023, en el Expediente “Servicios y Productos Multimedia S.A. C/ Res. D/AL N° 28 ACTA N° 19 de 11 de Mayo de 2021, dictada por la Comisión Nacional de la Competencia”. N° 241/21, p. 18.

31 PARAGUAY. TRIBUNAL DE CUENTAS, PRIMERA SALA. Acuerdo y Sentencia N° 172/2023, en el Expediente “Servicios y Productos Multimedia S.A. C/ Res. D/AL N° 28 ACTA N° 19 de 11 de Mayo de 2021, dictada por la Comisión Nacional de la Competencia”. N° 241/21, p. 18.

Directorio de los hechos que hacen pasible de sanción a la empresa.

[...]. Así, refiere inicialmente que la cuestión de fondo, esto es, la presentación de los informes de cumplimiento constituye un aspecto que no hace a la sustancia de la operación de concentración, por lo que su inobservancia o cumplimiento inoportuno o extemporáneo, no afecta a las obligaciones sustanciales como ser la política uniforme, la prohibición de ventas atadas o la obstaculización de cambio de proveedor. Agrega a ello que los informes efectivamente fueron presentados con posterioridad por lo que la actividad sancionada en definitiva no representó un riesgo para el mercado.<sup>32</sup>.

A este respecto, el Tribunal señaló, en primer lugar, en un tono contundente, que la administración aplicó la sanción [...] en ejercicio de las atribuciones y dentro de los marcos legales vigentes; en el entendimiento de que el argumento expuesto por la demandante, en el sentido de que la no presentación de informes no habría supuesto efectos negativos sobre la competencia, carece [...] de un sustento normativo formal, siendo que la ley [...] le otorga estas facultades ante la detección de una infracción como la señalada.

Como un segundo argumento, no menos relevante, el Tribunal sigue diciendo a este respecto que:

[...] además [...] existe una motivación material sustancial en el ejercicio de esas atribuciones sancionatorias y que tiene que ver con la justificación de una sanción ante la inobservancia de medidas que, si bien son consideradas como accesorias por parte de la demandada, hacen al objeto de la entidad reguladora y su proyección sobre el espectro económico nacional, erigiéndose sus consecuencias en aspectos determinantes bajo una óptica de interés general [...]

En esta línea, sigue diciendo el Tribunal:

[...] en el aspecto relacionado netamente a las actividades administrativas encaminadas a la defensa de la competencia, la actuación adquiere un matiz particular por la derivación constitucional de dicha regulación [...]. Esto debido a que la actividad administrativa -sea cual fuere- tendiente a ejercer atribuciones sobre los mercados relevantes a fin de sostener el correcto funcionamiento del mercado deviene directamente del mandato constitucional previsto en el artículo 107 “DE LA LIBERTAD DE CONCURRENCIA” [...] e indirectamente del artículo 176 cuando refiere respecto “DE LA POLITICA ECONOMICA Y DE LA PROMOCION DEL DESARROLLO.

Como puede apreciarse, lo que a criterio de la accionante son informes sin mayor importancia, cuya falta de presentación no tiene la virtualidad de producir efectos negativos en el mercado, sin embargo, para el Tribunal representan incumplimientos no solo reprochables y sancionables porque las disposiciones legales y reglamentarias, en particular las establecidas en los artículos 29 y 14 de la LDC y 34 del Decreto reglamentario de la LDC, así lo establecen, sino también, y quizá más relevante, porque las normas de defensa de la competencia responden a imperativos constitucionales.

Que, prosiguiendo y **viendo claramente el contexto constitucional que tiene el ámbito de la competencia** así como su injerencia en el

---

32 PARAGUAY. TRIBUNAL DE CUENTAS, PRIMERA SALA. Acuerdo y Sentencia N° 172/2023, en el Expediente “Servicios y Productos Multimedia S.A. C/ Res. D/AL N° 28 ACTA N° 19 de 11 de Mayo de 2021, dictada por la Comisión Nacional de la Competencia”. N° 241/21, p. 19.

orden público económico [...], **el ejercicio legal de las atribuciones sancionatorias ante una situación de incumplimiento, sea de índole material o formal, excede a la justificación de un riesgo para el mercado** como lo señala la demanda, ya que teniendo ello de por sí implícitamente un mandato constante de rectificación de dicha situación por parte de la Constitución y para ejecución del ente regulador, no debemos obviar que en el derecho administrativo sancionador la finalidad de la sanción radica en el restablecimiento y principalmente en la protección del ordenamiento jurídico que se viera afectado por una conculcación particular. Vale decir, resulta de una dinámica propia de la administración que, aplicando una aflicción al administrado, persiga con ello no una finalidad retributiva -aunque en efecto la tenga- sino la represión de una vulneración al ordenamiento jurídico regente en su ámbito de competencia. Su finalidad así resulta hasta más disuasiva que punitiva (en términos penales). Y en esto, es que se basa la actuación del ente regulador y resulta justificada la misma en el caso en que, mientras que a la vista del administrado la mera presentación tardía de unos informes a los que se comprometiera a fin de acceder a un decisión administrativa (autorización de operación de concentración) no ocasionan daño alguno al mercado relevante, la administración en cambio percibe una actitud omisiva e infractora al cumplimiento de las reglas que se le encomiendan, por lo que al hallarse investida de la potestad sancionadora resuelve practicarla a fin de formular una clara señal de las consecuencias del incumplimiento al tiempo de efectivizar la protección del ordenamiento. Es por ello que finalmente, **la alegación de la inexistencia de un daño a la estabilidad del mercado relevante o a las reglas de competencia por incumplimiento del régimen de condicionamientos emergente de una autorización de concentración carece de sustento, ya que se trata de la imputación de consecuencias jurídicas al incumplimiento en sí mismo, y no en relación al daño que pueda causar materialmente al bien jurídico tutelado mencionado anteriormente**<sup>33</sup>.

En cuarto lugar, la empresa alega, por una parte, *la desproporción entre las circunstancias utilizadas para sostener la sanción y el contenido de la misma*, y, por otra parte, cuestiona *la inobservancia del principio de tipicidad para la aplicación de la sanción*.

En lo que a la supuesta *desproporción* se refiere, la accionante afirma, en línea con su visión de la levedad que supone el incumplimiento de su obligación de presentar informes, que la sanción máxima que se le podría imponer no puede ser otra que la de *un apercibimiento*<sup>34</sup>.

El Tribunal, por su parte, señala, como punto de partida, que, la cuestión se plantea en términos de establecer los parámetros para entender qué es proporcional y que no, en el entendimiento de que la decisión administrativa, *para serlo, debe guardar una relación entre los hechos que considere acreditados y las variables entre máximos y mínimos que el ordenamiento le otorga para responder a un incumplimiento*<sup>35</sup>.

33 PARAGUAY. TRIBUNAL DE CUENTAS, PRIMERA SALA. Acuerdo y Sentencia N° 172/2023, en el Expediente “Servicios y Productos Multimedios S.A. C/ Res. D/AL N° 28 ACTA N° 19 de 11 de Mayo de 2021, dictada por la Comisión Nacional de la Competencia”. N° 241/21, p. 20.

34 PARAGUAY. TRIBUNAL DE CUENTAS, PRIMERA SALA. Acuerdo y Sentencia N° 172/2023, en el Expediente “Servicios y Productos Multimedios S.A. C/ Res. D/AL N° 28 ACTA N° 19 de 11 de Mayo de 2021, dictada por la Comisión Nacional de la Competencia”. N° 241/21, p. 22.

35 PARAGUAY. TRIBUNAL DE CUENTAS, PRIMERA SALA. Acuerdo y Sentencia N° 172/2023, en el Expediente “Servicios y Productos Multimedios S.A. C/ Res. D/AL N° 28 ACTA N° 19 de 11 de Mayo de 2021, dictada por la Comisión Nacional de la Competencia”. N° 241/21, p. 22.

En esta línea, el Tribunal apunta:

[...] la proporcionalidad emerge de la contrastación razonada que realiza la CONACOM de las circunstancias acreditadas con márgenes aplicables y luego de pasar por la valoración de atenuantes y agravantes. Vale decir, haciendo una ponderación de todas las circunstancias del caso y valorando la pertinencia o “importancia” de las mismas. Agregando aquí que se apoya no solo en parámetros institucionales precedentes (lo que permite al administrado cierta previsibilidad en la función estatal) sino en metodología diseñada puntualmente para la aplicación de sanciones por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), entidad internacional caracterizada por la articulación de políticas de eficiencia económica, crecimiento sostenible y estabilidad financiera, en función además de criterio de autoridad<sup>36</sup>.

Siempre destacando la proporcionalidad de la resolución atacada, el Tribunal pone también de manifiesto que de los fundamentos expuestos por el Directorio se puede apreciar *un comedimiento en base a la afectación que con la sanción pecuniaria sufrirá la empresa accionante*<sup>37</sup>.

Finalmente, el Tribunal termina desestimando las alegaciones de la empresa accionante respecto de la supuesta desproporción entre la infracción que supone la no presentación de informes con la sanción (multa) impuesta, concluyendo contundentemente:

Por ello, esta magistratura entiende en el presente caso que al aplicar la entidad reguladora de la competencia una sanción pecuniaria en un porcentaje reducido, lo hace adecuando -motivadamente- la finalidad disuasiva que pretende ante un incumplimiento que si bien pretende ser considerado solo formalmente relevante, lo es materialmente por cuanto **el bien protegido por la propia Constitución exige la adopción de medidas apropiadamente disuasivas que por un lado no tengan la entidad suficiente como para comprometer la continuidad de la actividad regulada** -como en el caso en cuestión-, **y por otro, consiga con ello fijar claramente una consecuencia firme que a futuro permita a los administrados comprender que el incumplimiento de un programa de condicionamientos no se constituye en un hecho aislado e incapaz de alterar el equilibrio de mercado, sino un conjunto de operaciones que conforma la esencia misma del objeto condicionado, en este caso, una operación de concentración**. Es aquí donde se vislumbra más claramente la conexión entre el bien público económico antes referido y el medio al que recurre la administración para su tutela<sup>3839</sup>.

Por otra parte, respecto de la supuesta inobservancia del principio de tipicidad para la aplicación de la sanción, el Tribunal destaca que bajo este cuestionamiento la demandante *llega a cuestionar la constitucionalidad del artículo 63 de la Ley 4956/13 que establece los parámetros para la medición de las*

36 PARAGUAY. TRIBUNAL DE CUENTAS, PRIMERA SALA. Acuerdo y Sentencia N° 172/2023, en el Expediente “Servicios y Productos Multimedia S.A. C/ Res. D/AL N° 28 ACTA N° 19 de 11 de Mayo de 2021, dictada por la Comisión Nacional de la Competencia”. N° 241/21, p. 23.

37 PARAGUAY. TRIBUNAL DE CUENTAS, PRIMERA SALA. Acuerdo y Sentencia N° 172/2023, en el Expediente “Servicios y Productos Multimedia S.A. C/ Res. D/AL N° 28 ACTA N° 19 de 11 de Mayo de 2021, dictada por la Comisión Nacional de la Competencia”. N° 241/21, p. 23.

38 PARAGUAY. TRIBUNAL DE CUENTAS, PRIMERA SALA. Acuerdo y Sentencia N° 172/2023, en el Expediente “Servicios y Productos Multimedia S.A. C/ Res. D/AL N° 28 ACTA N° 19 de 11 de Mayo de 2021, dictada por la Comisión Nacional de la Competencia”. N° 241/21, p. 24.

39 El destaque es nuestro.

sanciones aplicadas, por lo que no le queda otro camino que concluir, sobre la base de que el acto cuya revocación se pretende proviene de un órgano con competencia para dictarlo y con base en una norma vigente, por lo que:

[...] hasta tanto la misma sea excluida de este ordenamiento por la actividad del legislativo local, modificada o, en última instancia, declarada inaplicable por la Corte Suprema de Justicia, no pudiendo este tribunal proceder a revocar en beneficio del demandante un acto administrativo dictado en tales condiciones ya que ello implicaría vulnerar directamente el precepto constitucional del artículo 260 que ordena competencialmente a la Corte Suprema de Justicia: "1) conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de las leyes y de otros instrumentos normativos [...]"

En definitiva, el Tribunal viene a señalar, por una parte, que la pretensión de la accionante no es otra que la impugnación de un acto administrativo dictado en aplicación de una norma vigente, que a criterio de la demandante es contraria a la Constitución; y, por otra parte, que tal pretensión excede en mucho las competencias del Tribunal de Cuentas, ya que dicha cuestión, eventualmente, solo podría ser analizada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Finalmente, a más de los argumentos expuestos por la accionante, el Tribunal también revisa las condiciones de regularidad de la Resolución D/AL N° 28/2021, concluyendo que:

[...] el pronunciamiento resulta ajustado a derecho ya que se encuentra **fundado, justificado y es producto de un proceso administrativo en el cual el administrado no se vio impedido de acceder a las constancias, impugnar, cuestionar, peticionar y recurrir, esto es, en pleno ejercicio los derechos que las reglas del debido proceso le garantizan.** Todas estas circunstancias crean en esta Magistratura la convicción de **una correcta actuación de la administración,** avalada a su vez por la presunción de legitimidad de los actos de la Administración Pública, la cual no ha sido desvirtuada por la firma accionante

En definitiva, la sentencia del Tribunal de Cuentas, Primera Sala, viene a marcar un hito fundamental en la todavía breve historia de la CONACOM, en la medida en que, no solo confirma la regularidad de las actuaciones de la autoridad de aplicación, sino que, además, y más importante aún, expone la relevancia de la labor encomendada a la CONACOM sobre la base de principios de raigambre constitucional, lo que – sin lugar a duda – constituye un respaldo fundamental para la novel institución.

## 2.2.2. ACCIÓN CONTENCIOSO – ADMINISTRATIVA CONTRA LA RESOLUCIÓN D/AL N° 56/2021, de 18 de agosto de 2021.

En fecha 18 de agosto del 2021, mediante Resolución D/AL N° 56/2021, el Directorio de la CONACOM tuvo por constatado un nuevo incumplimiento de la condición vi) *Presentación de información y seguimiento*; esta vez el referido en su segundo párrafo, al no haber presentado los *informes trimestrales respecto del cumplimiento del plan de despliegue de red*, por lo que impuso a la empresa la multa referida *ut supra*.

Si bien, SPM abonó la multa impuesta, en fecha 14 de setiembre del 2021 promovió, ante la Segunda Sala del Tribunal de Cuentas, una acción

contencioso-administrativa contra la Resolución D/AL N° 56/2021<sup>40</sup> emitida por el Directorio de la CONACOM, alegando a que dicho acto administrativo no se ajustó a derecho, y solicitando la revocación de la resolución impugnada.

El Tribunal de Cuentas procedió al análisis de las pretensiones y de los antecedentes administrativos obrantes al respecto y, en consecuencia, resolvió, mediante el Acuerdo y Sentencia N° 46/2023 de fecha 10 de mayo del 2023, no hacer lugar a la acción contencioso-administrativa promovida por SPM y, en ese sentido, confirmar la Resolución D/AL N° 56/2021 dictada por la CONACOM.

La confirmación, por el voto unánime de los magistrados de la Sala Segunda del Tribunal de Cuentas<sup>41</sup> es, sin lugar a duda, un precedente de extraordinaria importancia para valorar positivamente las resoluciones de la CONACOM en aplicación de la LDC; en la medida en que viene a ratificar que las actuaciones y los criterios expuestos por el Directorio no han sido arbitrarios; sino todo lo contrario, que se han ajustado a la legalidad.

Antes de introducirnos al análisis de los fundamentos de fondo expuestos por el Tribunal respecto del caso concreto, cabe destacar previamente lo afirmado en relación con las cuestiones a las que deben circunscribirse el análisis de la resolución objeto de la acción contencioso-administrativa. A este respecto, el Tribunal se expresó contundentemente, afirmando:

El análisis que debe realizar el Tribunal se circunscribe a la **comprobación de la legalidad en el ejercicio de las facultades regladas y discrecionales del órgano emisor del acto Administrativo y la razonabilidad y proporcionalidad de las mismas**<sup>42</sup>.

De la lectura del texto transcrito parece desprenderse con meridiana claridad que, para el Tribunal, el análisis debe limitarse a la verificación de que el Directorio, al dictar la resolución impugnada, actuó en el marco de las facultades establecidas en la LDC, con criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

Por otra parte, en lo que al análisis del caso particular se refiere, cabe destacar, en primer lugar, que el principal argumento esgrimido por la empresa SPM, tanto en la instancia administrativa, como en la judicial, fue que la obligación de informar, impuesta por el Directorio, no constituía propiamente un condicionamiento, en la medida en que no constituía una obligación sustancial, sino solo una obligación formal; por lo que la sanción impuesta, además de no corresponder, era arbitraria y desmedida.

Como puede leerse en la sentencia que venimos analizando, en una actitud coherente con su actuación en la instancia administrativa:

La accionante no ha negado ni desmentido los hechos atribuidos; sin embargo, sostiene que la falta de presentación de los informes o presentación tardía de los mismos, no constituye causal alguna de sanción, ya que dicho

---

40 PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. Resolución D/AL N° 56/2021 del 18 de agosto de 2021, en el Sumario de Investigación N° 003/2019 “Servicios y Productos Multimedia S.A. s/ incumplimiento de condicionamientos”.

41 Voto de María Celeste Jara Talavera, al que se adhirieron Edward Vittone Rojas y Guillermo Zillich.

42 El resaltado es propio.



incumplimiento no es sustancial, sino meramente formal.

La cuestión para dilucidar no fue pues si SPM incumplió o no con la obligación impuesta de presentar informes, porque la empresa admitió que no los presentó; sino si tales incumplimientos constituyeron incumplimientos de condicionamientos en la dinámica de lo establecido en la LDC.

Luego de transcribir el artículo 30 del Decreto N° 1490/2014, reglamentario de la LDC, que establece la facultad de subordinar la aprobación de una operación de concentración a condiciones, el Tribunal concluye que:

De la norma transcripta, se advierte la potestad de la CONACOM para imponer condiciones a efectos de otorgar la operación de concentración, por lo que, al ser incumplido una de las condiciones impuestas, relativa a la presentación de informes en tiempo y forma, la accionante ha incurrido en infracción a la normativa legal vigente.

En la misma línea, el Tribunal sigue diciendo:

Si bien la accionante cuestiona los efectos del incumplimiento, sosteniendo que no se han generado daños, sino que simplemente se limita a un incumplimiento formal y no sustancial; tal argumentación es insuficiente para sostener la ilegalidad de la sanción, considerando que al existir una infracción, la autoridad administrativa debe, en cumplimiento de sus facultades y competencia, imponer sanciones debido a la conducta desplegada por la accionante, teniendo en cuenta también, la reincidencia de la misma, en la falta de presentación de informes.

De lo expuesto en líneas anteriores, se arriba a la conclusión de que, los motivos o argumentos invocados por la accionada, para la sanción de multa impuesta a la firma SPM S.A., constituye causal suficiente para la determinación, puesto que la misma norma faculta a la Autoridad de Aplicación, a que imponga sanciones, de acuerdo a la gravedad del hecho.

Como puede apreciarse, de los fundamentos expuestos por el Tribunal se desprende, con meridiana claridad, que las obligaciones impuestas a la empresa SPM de presentar informes no son obligaciones meramente formales, sino que constituyen condicionamientos sustanciales de tipo conductual a los que pueden subordinarse las autorizaciones de concentración; y que, por tanto, su incumplimiento puede traer aparejadas sanciones contempladas por la LDC.

En segundo lugar, respecto de la existencia o no de vicios procesales que podrían tornar nulo el acto administrativo impugnado, el Tribunal se expidió en los siguientes términos:

[...] de las constancias de autos, se corrobora que el proceso sumarial instruido en sede administrativa se han respetado todos los Principios procesales que otorgan validez al proceso, como el Debido Proceso, Derecho a la Defensa, y el Principio de Legalidad, entre otros.

En ese sentido la accionante ha sido condenada como resultado del correspondiente Sumario Administrativo previo, habiendo ejercido plenamente en el mismo, su derecho a la defensa, ofreciendo pruebas, descargos, y habiendo sido debidamente notificada de las actuaciones procesales.

También debe tenerse en cuenta que los actos administrativos que formaron parte del aludido proceso contemplaron en todo momento el principio de

legalidad que debe regir en el ámbito y se traduce en el cumplimiento de las disposiciones que regulan una actividad como la de la CONACOM, que se encuentra sometida a control administrativo.

Por ello, en virtud a lo expuesto en líneas anteriores, se arriba a la conclusión de que la Administración ha actuado dentro del límite de sus facultades regladas y discrecionales, conforme a derecho y ajustándose a las normativas vigentes.

La resolución recurrida goza de la presunción de legitimidad y ejecutoriedad, ya que fueron dictadas por el órgano competente, dentro de las facultades legales que le eran inherentes; por lo que considero ajustado a derecho la actuación del órgano administrativo, al declarar como configurada la existencia de una falta meritoria de sanción, por ser la COANCOM, el órgano competente, de quien emanó la resolución atacada.

La transcripción de los párrafos anteriores se justifica plenamente, en la medida en que, de su lectura se desprende, no solo la regularidad material de la resolución impugnada, sino también la plena regularidad del proceso seguido ante la CONACOM, en tanto y en cuanto se han respetado todos los principios procesales aplicables.

### **3. TELEDEPORTES: ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA RESOLUCIÓN QUE DENIEGA DAR TRÁMITE A LA EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD PLANTEADA EN LA INSTANCIA DEL SUMARIO DISCIPLINARIO.**

En fecha 15 de julio de 2020, la Dirección de Investigación solicitó del Directorio la apertura del sumario de instrucción a Teledeportes Paraguay S.A., empresa del Grupo Millicom, en los términos del Memorándum CONACOM/DI N° 034/2020<sup>43</sup>.

Por su parte, en fecha 28 de julio de 2020, el Directorio de la CONACOM, mediante Resolución D/AL N° 14<sup>44</sup>, decidió hacer lugar a la petición de la DI y, en consecuencia, dispuso el inicio del sumario de investigación por presunta infracción del artículo 9° de la Ley N° 4956/2313 de *Defensa de la Competencia*.

En fecha 15 de abril de 2021, la Dirección de Investigación formuló acusación ante el Directorio contra la firma Teledeportes Paraguay S.A., por supuesto abuso de posición dominante mediante la negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios, tipificada en el artículo 9(a)(3) de la Ley N° 4956/2013 de *Defensa de la Competencia* y solicitó la aplicación de sanciones, multas y otras medidas correctivas, en base a lo dispuesto en el artículo 63 del mismo cuerpo normativo.

Al respecto, el Directorio dictó, en fecha 21 de abril de 2021, la Resolución D/AL N° 23/2021, mediante la cual tuvo por formulada la acusación, por iniciado el sumario disciplinario y, en consecuencia, dispuso el traslado de la referida resolución y de las constancias del expediente a Teledeportes.

<sup>43</sup> PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Memorándum CONACOM/DI N° 034/2020 del 14 de julio de 2020 de la Dirección de Investigación.*

<sup>44</sup> PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Resolución D/AL N° 14/2020 del 28 de julio de 2020, en el Expediente N° 3/2020 “Teledeportes Paraguay S.A. s/ supuesta infracción de la Ley 4956/2013”.*



Posteriormente, Teledeportes, en fecha 19 de mayo del 2021, presentó un escrito contestando, por un lado, el traslado que le fuera corrido y presentando su descargo; y, por el otro, oponiendo una excepción de inconstitucionalidad contra el artículo 63<sup>45</sup> de la Ley de Defensa de la Competencia, argumentando que dicho artículo lesionaba el principio constitucional de legalidad penal, previsto y consagrado en el artículo 17 numeral 3<sup>46</sup> de la Constitución Nacional.

En el marco de la excepción de inconstitucionalidad planteada, Teledeportes pidió que de dicha excepción se corriera traslado a la Dirección de Investigación, luego vista al Fiscal General del Estado y finalmente se remita los autos a la Corte Suprema de Justicia (CSJ), Sala Constitucional, a fin de que ella resuelva la excepción opuesta, declarando la inaplicabilidad de la disposición normativa impugnada; es decir, solicitó que se le imprimieran los trámites establecidos en los artículos correspondientes del Código Procesal Civil para las excepciones de inconstitucionalidad planteadas en la instancia judicial.

El Directorio, sin embargo, con voto en mayoría, resolvió, en fecha

---

45 PARAGUAY. Ley N° 4956/2013 *Defensa de la Competencia*, artículo 63: De las sanciones a las faltas. Las faltas serán sancionadas por la Autoridad de Aplicación con:

a) Apercibimiento e intimación de cese de los actos contrarios a las normas de la presente Ley;

b) La declaración de nulidad;

c) La aplicación de multas de hasta el equivalente al 150% (ciento cincuenta por ciento) de los lucros obtenidos con la práctica infractora o hasta el 20% (veinte por ciento) de la facturación bruta por la venta de los productos objeto de la práctica infractora en el mercado relevante afectado en los últimos 12 (doce) meses, contados desde el inicio del sumario administrativo, excluidos los impuestos. Estas multas no podrán ser inferiores a la ventaja obtenida, cuando esta sea cuantificable.

La cuantía de las multas se fijará, atendiendo a la importancia de la infracción, para lo cual se tendrá en cuenta:

a) La modalidad y alcance de la restricción de la competencia;

b) La dimensión del mercado afectado;

c) La cuota de mercado del sujeto participante;

d) El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios;

e) La duración de la restricción de la competencia;

f) Los indicios de intencionalidad;

g) La reiteración en la realización de las conductas prohibidas;

h) El incumplimiento del compromiso de cese.

En ningún caso, se aplicará sanciones de multas desmedidas que conlleven la ruina económica de los sujetos sancionados o de las personas físicas que integran sus órganos directivos. A fin de evitar una ruina económica de la empresa o de las personas que integran sus órganos directivos, o una eventual afectación de las fuentes de trabajo vinculadas, la Comisión Nacional de la Competencia (CONACOM), a pedido fundado de parte, podrá otorgar facilidades de pago de las multas dispuestas.

La resolución de la Comisión Nacional de la Competencia (CONACOM), en caso de que los sumariados no se sometan a lo dispuesto por la Comisión Nacional de la Competencia (CONACOM), la misma podrá promover las acciones judiciales que correspondieren para obtener el cobro de la multa y/o el cumplimiento de lo resuelto, pudiendo solicitar embargo sobre los bienes del activo para su posterior remate.

46 PARAGUAY. *Constitución Nacional*, artículo 17: En el proceso penal, o en cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a:[...]

3. que no se le condene sin juicio previo fundado en una ley anterior al hecho del proceso, ni que se le juzgue por tribunales especiales; [...]

4 de junio del 2021, mediante Resolución D/AL N° 34/2021<sup>47</sup>, no hacer lugar a la solicitud planteada respecto de la tramitación de la excepción de inconstitucionalidad, y, en consecuencia, el sumario administrativo continuó el trámite correspondiente.

De entre los varios argumentos expuestos por el Directorio de la CONACOM, cabe destacar aquellos que, como veremos *ut infra*, fueron luego reafirmados por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. En primer lugar, aquel que niega la procedencia de la excepción de inconstitucionalidad en sede administrativa, y que afirma que la misma es oponible solo en sede judicial, expuestos ya con anterioridad, en términos muy claros y contundentes, por la jurisprudencia pacífica de la Corte Suprema de Justicia.

*La improcedencia resulta de tramitar una excepción de inconstitucionalidad dentro de un sumario administrativo, pues las disposiciones del art. 260 de la Constitución Nacional adscribe el Control Constitucional al sistema judicialista, el cual propicia que el Tribunal que forma parte del Poder Judicial, juzgue los actos de los otros poderes constitucionalmente independientes, no pudiendo sustituirse a la Administración modificando o derogando sus reglamentos, por la misma razón que no puede modificar o derogar las leyes [...].*

*De lo apuntado podemos concluir que el sumario administrativo, tramitado por ante la Superintendencia General de Justicia, dependiente de la Corte Suprema de Justicia, aun no puede estar sujeto a un control de constitucionalidad, pues no ha ingresado aun en la esfera de acción propia del Poder Judicial, dentro de la competencia que le está reconocida. [...] por lo cual la excepción debe ser desestimada sin más trámite, devolviendo las actuaciones del expediente del sumario administrativo instruido [...]*<sup>48</sup>

*[...] el planteamiento de la excepción de inconstitucionalidad ante otro órgano ajeno al judicial resulta improcedente, entendiéndose que quedan entonces fuera de ella, los sumarios administrativos que por sus características propias se realizan fuera del ámbito judicial [...]; por lo que [...] resulta improcedente tramitar una excepción de inconstitucionalidad dentro de un sumario administrativo [...], concluyendo de manera contundente que [...] la presentación aquí analizada desnaturaliza el proceso sumarial [...]*<sup>49</sup>

En segundo lugar, el Directorio de la CONACOM invocó algunos principios fundamentales que rigen en la instancia administrativa. Por una parte, los principios de celeridad, economía procesal y la necesidad y deber del Directorio de la CONACOM de cumplir con los fines perseguidos por la Ley de Competencia, como fundamentos para reforzar el rechazo de la tramitación de la excepción planteada.

---

47 PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. Resolución D/AL N° 34/2021 del 4 de junio de 2021, en el Expediente N° 3/2020 “Teledeportes Paraguay S.A. s/ supuesta infracción de la Ley N° 4956/2013”.

48 PARAGUAY. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA CONSTITUCIONAL. Acuerdo y Sentencia N° 1.859 de fecha 13 de noviembre del 2012, en el expediente caratulado: “Excepción de Inconstitucionalidad opuesta en el sumario administrativo al actuario Celso Alfonso Medina s/ Supuesta Desobediencia de sus mandatos, negligencia en el cumplimiento de sus funciones”, N° 1582/2010. El resaltado es propio.

49 PARAGUAY. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA CONSTITUCIONAL. Acuerdo y Sentencia N° 462 de fecha 30 de mayo del 2013; Acuerdo y Sentencia N° 455 de fecha 30 de mayo del 2013, y Acuerdo y Sentencia N° 457 de fecha 30 de mayo del 2013. El resaltado es propio.

En tal sentido, siempre siguiendo a la jurisprudencia de la CSJ referida previamente, el Directorio siguió diciendo:

[...] ¿cuál es el sentido de remitir la excepción de inconstitucionalidad en este estadio procesal a la Corte Suprema de Justicia, solamente para que la misma, ya rebasada de trabajo, falle en el sentido que ya sabemos, ratificando la notoria improcedencia de la excepción de inconstitucionalidad opuesta en el marco de un sumario administrativo en el cual ni siquiera fue dictada resolución resolviendo la presunta falta a la Ley de Competencia, evitando a su vez que la autoridad administrativa pueda cumplir con sus funciones y deberes de aplicación de la Ley? Entiendo que ninguno.

Por todo, considero procedente rechazar el pedido del recurrente de darle trámite a la excepción de inconstitucionalidad opuesta, no solo por aplicación de los principios jurídicos de economía procesal y celeridad que deben observarse en los procedimientos sancionatorios de la CONACOM, sino también en estricto cumplimiento de los fines y objetivos perseguidos por la Ley de Competencia, tarea principal del Directorio de la Institución: como señalan García de Enterría y Fernández, [...] *la necesaria presencia del Estado en todas las esferas de la vida social exige un procedimiento rápido, ágil y flexible que permita dar satisfacción a las necesidades públicas sin olvidar las garantías al administrado* [...] <sup>50</sup>.

Por otra parte, la resolución del Directorio también se fundó en el principio de *in dubio pro actione*, que, en estrecha relación con el principio de economía procesal, postula en favor de la mayor garantía y de la interpretación más favorable al ejercicio del derecho de acción y, por lo tanto, en el sentido de asegurar, en lo posible, más allá de las dificultades de índole formal, una decisión sobre el fondo de la cuestión objeto del procedimiento.<sup>51</sup>

Citando otro Acuerdo y Sentencia de la CSJ, el Directorio afirmó:

[...] como sabemos, darle trámite a la excepción opuesta no hará sino truncar la conclusión favorable del sumario administrativo que nos ocupa. Como bien lo advirtió la Corte Suprema de Justicia en la oportunidad de un rechazo de una excepción, [...] *se observa una clara pretensión del excepcionante de convertir a la excepción de inconstitucionalidad en un recurso para evitar la prosecución del sumario administrativo que le fuera iniciado para la investigación de hecho que constituyen faltas administrativas* [...] *emitir en esta etapa un pronunciamiento sobre la constitucionalidad o no de la mentada resolución, y sobre la base de los argumentos invocados, implicaría inmiscuirnos en la cuestión de fondo, lo que se nos halla vedado* [...] <sup>52</sup>

En tercer lugar, el Directorio de la CONACOM fundó además su resolución en que, al rechazar lo solicitado por el recurrente, y no dar trámites a la excepción de inconstitucionalidad opuesta, no se estaría afectando los derechos y garantías constitucionales de la sumariada a ejercer su defensa, o al debido proceso, sencilla y llanamente porque la declaración de improcedencia

50 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. 10ª ed. Madrid: Thomson Civitas, 2006, Tomo II. P. 455. El resaltado es propio

51 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, 10ª ed. Madrid: Thomson Civitas, 2006, Tomo II. Pp. 479-480. El resaltado es propio.

52 PARAGUAY. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA CONSTITUCIONAL. Acuerdo y Sentencia N° 2.072 de fecha 31 de diciembre del 2013, en el expediente caratulado: “Excepción de Inconstitucionalidad opuesta en el sumario administrativo al funcionario Juan Ángel Casco s/ Supuesto exceso en la solicitud y usufructo de permisos”, N° 1691/2010.

de la excepción en una etapa intermedia del proceso no supone que ella no será procedente en la etapa correspondiente, no solo por la vía de la acción autónoma, sino también por la de la excepción, dentro de una eventual demanda contencioso administrativa ante un posible desenlace desfavorable a las pretensiones del recurrente, es decir, una vez concluida la instancia administrativa con el dictado de la resolución definitiva.

Como bien apuntara, el entonces Ministro de la Corte, Dr. Altamirano, [...] merece destacarse que al recurrente aún le restan otras vías procesales idóneas, en caso de persistir el agravio constitucional que manifiesta en la Excepción articulada, a fin de que sea estudiada oportunamente por esta Sala a través de vía procesal adecuada, por lo que el resultado de la presente excepción no debe entenderse como un rechazo sobre el fondo de la cuestión sometida a control constitucional [...]<sup>53</sup>

Más recientemente, en ocasión del estudio de admisibilidad de una acción de inconstitucionalidad promovida luego de dictada la resolución de instrucción de un sumario administrativo, la Corte Suprema de Justicia rechazó in limine la misma, explicando que [...] en este caso, aun no es dable estudiar y constatar el cumplimiento de las garantías constitucionales en virtud a que el proceso administrativo se encuentra en la etapa primeriza; a más de ello [...] es evidente que, [...] los accionantes cuentan con medios de impugnación en el propio sumario, así como el recurso ante el Tribunal de Cuentas, en su caso [...]<sup>54</sup>

Ante esta situación, en fecha 18 de junio del 2021, la firma Teledeportes interpuso recurso de reposición contra la Resolución que rechazaba dar trámite a la excepción de inconstitucionalidad, indicando que el Directorio debía dar trámite a la excepción opuesta y abstenerse de resolver respecto de su viabilidad.

Ante esto, el Directorio, en fecha 6 de julio de 2021, resolvió mediante Resolución D/AL N° 41/2021<sup>55</sup> no hacer lugar al recurso de reposición interpuesto, y en fecha 8 de julio del 2021 dictó la Resolución D/AL N° 42/2021<sup>56</sup>, aclarando un error material involuntario referente a una fecha consignada en dicha resolución.

Y, como ya señaláramos *ut supra*, a pesar de que el trámite en la instancia administrativa siguió su curso hasta la resolución definitiva, en paralelo, Teledeportes promovió una acción de inconstitucionalidad ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en contra de las Resoluciones D/

---

53 PARAGUAY. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA CONSTITUCIONAL. Acuerdo y Sentencia N° 418 del 8 de junio del 2009, en el expediente: Excepción de inconstitucionalidad en el juicio: “Juan Francisco Santos Cañete c/ Resolución SET N° 1129 DEL 11/08/2006, dictada por la Sub Secretaría de Estado de Tributación”, N° 998/2007.

54 PARAGUAY. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA CONSTITUCIONAL. Auto Interlocutorio N° 2859 del 30 de noviembre del 2015, en el expediente caratulado: “Acción de Inconstitucionalidad en el Juicio: Sumario Administrativo instruido a los abogados Jorge Luis Bernis y Graciela Bernis de Benítez s/ Supuesta negligencia en el ejercicio de sus funciones” N° 470/2015.

55 PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. Resolución D/AL N° 41/2021 del 6 de junio de 2021, en el Sumario de Investigación N° 003/2020 “Teledeportes Paraguay S.A. s/ supuesta infracción de la Ley N° 4956/2013”.

56 PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. Resolución D/AL N° 42/2021 del 8 de julio de 2021, en el Sumario de Investigación N° 003/2020 “Teledeportes Paraguay S.A. s/ supuesta infracción de la Ley N° 4956/2013”.

AL N° 34/2021 (que rechazaba dar trámite a la excepción de inconstitucionalidad), D/AL N° 41/2021 (que rechazaba el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución D/AL N° 34/2021) y D/AL N° 42/2021 (que aclaraba de oficio un error material en la Resolución D/AL N° 42/2021), dictadas por el Directorio de la Comisión Nacional de la Competencia (CONACOM), manifestando que las mismas fueron violatorias de lo dispuesto en los artículos 16, 17 y 131 de la Constitución Nacional.

Finalmente, la Sala Constitucional de la CSJ, con el voto del Ministro César Manuel Diesel Junghanns, al que se adhirió el Ministro Antonio Fretes, y con el voto en disidencia del Ministro Luis María Benítez Riera, resolvió, en fecha 6 de octubre de 2021, mediante el A.I. N° 1484, rechazar *in limine* la acción de inconstitucionalidad presentada por Teledeportes, con base en los siguientes argumentos:

Cabe, ante la presentación formulada, verificar si la misma cumple con los requisitos necesarios para su admisibilidad [...]

[...] se nota que [las resoluciones atacadas de inconstitucionales] no son de carácter definitivo, es decir, no cierran la instancia administrativa en la que fueron dictadas. Luego, no concurre el cumplimiento de lo requerido en el Art. 12 de la ley 609/1995, específicamente en lo atinente a la necesidad de exposición de un agravio concreto de raigambre constitucional. Se observa, de lo expuesto en la demanda, que el agravio se daría eventualmente en el futuro. Y, dado que de las constancias de autos no consta que el sumario en cuyo marco se dictaron haya concluido, y en atención a que se hallan contempladas además vías legales previas señaladas por la ley, como son los recursos previstos en los Arts. 67 y 68 de la Ley 4956/2013, cualquier estudio y decisión sería finalmente “en abstracto”

Como puede apreciarse, la CSJ vino, mediante el referido auto interlocutorio, por una parte, a confirmar su propia jurisprudencia respecto de la improcedencia de la excepción de inconstitucionalidad en la instancia administrativa, tal como ya lo había señalado el Directorio de la CONACOM en la Resolución D/AL N° 34/2021; y, por otra parte, a reafirmar el criterio respecto de la inadmisibilidad de la acción de inconstitucionalidad planteada contra resoluciones que no tienen la calidad de definitivas, es decir, que no cierran la instancia administrativa.

#### 4. CONCLUSIONES

De lo expuesto *ut supra* podemos extraer algunas conclusiones. La primera, cuantitativa: hasta la fecha, el cien por ciento de las resoluciones judiciales dictadas en asuntos misionales, tanto por los Tribunales de Cuentas, como por la Corte Suprema de Justicia, han confirmado las actuaciones y, por tanto, los criterios y fundamentos del Directorio de la CONACOM en la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia, lo que debe tomarse como un buen indicador de su gestión procesal y material.

La segunda, cualitativa: cuyas conclusiones podemos agrupar por el tipo de resolución impugnada. De un lado, respecto de las resoluciones intermedias dictadas por el Directorio de la CONACOM, tanto los Tribunales de Cuentas como la CSJ han dejado sentado con meridiana claridad que, tanto las acciones contencioso-administrativas, como las excepciones y/o acciones

de inconstitucionalidad, deben ser rechazadas *in limine litis*, declaradas inadmisibles; es decir, ni siquiera deben ser admitidas a trámite, lo que, en definitiva, esperamos pueda desincentivar la utilización de estas vías procesales como instrumentos meramente dilatorios de los procesos seguidos ante la CONACOM.

De otro lado, respecto de las resoluciones definitivas dictadas por el Directorio de la CONACOM, hasta el momento, solo contamos con el Acuerdo y Sentencia N° 46/2023, dictado, en fecha 10 de mayo del 2023, por el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, que vino a confirmar, con el voto unánime de sus miembros, la Resolución D/AL N° 56/2021, de fecha 18 de agosto del 2021, y con el Acuerdo y Sentencia N° 172/2023, dictado, en fecha 8 de agosto de 2023, por el Tribunal de Cuentas, Primera Sala, que vino a confirmar, con el voto unánime de sus miembros, la Resolución D/AL N° 28/2021, de 11 de mayo de 2021.

Como pudimos ver, ambas sentencias tienen un mismo origen: el incumplimiento de obligaciones de informar respecto del cumplimiento de condicionamientos impuestos mediante la Resolución D/AL N° 08/2017 de 27 de julio del 2017, en el marco de la operación de concentración consistente en la transferencia parcial de los establecimientos comerciales de las firmas TV Cable Paraná S.A., Cable Tres Fronteras S.A. y Get Line Internet S.A., a favor de Servicios y Productos Multimedia S.A. (SPM).

De los referidos Acuerdos y Sentencias, podemos extraer algunas conclusiones muy interesantes, que esperamos se vayan consolidando como jurisprudencia: en primer lugar, en relación con las cuestiones a las que deben circunscribirse el análisis de la resolución objeto de la acción contencioso-administrativa, el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, se expresó con claridad meridiana afirmando que este debe limitarse a la comprobación de la legalidad en el ejercicio de las facultades regladas y discrecionales del órgano emisor del acto Administrativo y la razonabilidad y proporcionalidad de las mismas<sup>57</sup>; lo que, sin lugar a duda, supone un avance fundamental en el reconocimiento de la labor técnica que compete a la Comisión Nacional de la Competencia en el ejercicio de su actividad como autoridad de aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia (artículo 15 de la LDC).

En segundo lugar, de los fundamentos expuestos por ambas salas del Tribunal de Cuentas podemos afirmar que de los mismos se desprende, con meridiana claridad, que las obligaciones impuestas a la empresa SPM de presentar informes no son obligaciones meramente formales, sino que constituyen condicionamientos sustanciales de tipo conductual a los que pueden subordinarse las autorizaciones de concentración; y que, por tanto, su incumplimiento puede traer aparejada sanciones contempladas por la LDC; lo que supuso un reconocimiento claro y expreso de que los criterios expuestos por el Directorio en la resolución cuya impugnación se buscaba fueron acertados; por lo que también respecto de este punto podríamos afirmar que la autoridad judicial, al revisar la resolución del Directorio, lo hizo validando los criterios

---

57 PARAGUAY. TRIBUNAL DE CUENTAS. SEGUNDA SALA. Acuerdo y Sentencia N° 46/2023, en el Expediente “Servicios y Productos Multimedia S.A. c/ Res. N° 56, Acta N° 32, dictada por la Comisión Nacional de la Competencia”. N° 364/21.



técnicos expuestos y sostenidos por la autoridad de aplicación de la LDC.

En tercer lugar, respecto de la existencia o no de vicios procesales que podrían haber tornado nulos los actos administrativos impugnados, ambas salas del Tribunal de Cuentas se expidieron también de manera contundente corroborando que en los procesos sumariales tramitados ante la CONACOM se han respetado todos los principios procesales que otorgan validez a los procesos, en la medida en que:

[...] la accionante ha sido condenada como resultado del correspondiente Sumario Administrativo previo, habiendo ejercido plenamente en el mismo, su derecho a la defensa, ofreciendo pruebas, descargos, y habiendo sido debidamente notificada de las actuaciones procesales<sup>58</sup>.

Así, el pronunciamiento resulta ajustado a derecho ya que se encuentra fundado, justificado y es producto de un proceso administrativo en el cual el administrado no se vio impedido de acceder a las constancias, impugnar, cuestionar, peticionar y recurrir, esto es, en pleno ejercicio los derechos que las reglas del debido proceso le garantizan. Todas estas circunstancias crean en esta Magistratura la convicción de una correcta actuación de la administración, avalada a su vez por la presunción de legitimidad de los actos de la Administración Pública, la cual no ha sido desvirtuada por la firma accionante<sup>59</sup>.

Ambas salas del Tribunal de Cuentas también concluyeron que en los procesos que condujeron a las resoluciones sancionatorias, todos los actos que lo conformaron fueron dictados en estricto cumplimiento del principio de legalidad, por lo que concluyeron que la CONACOM actuó en el marco de sus facultades regladas y discrecionales, conforme a derecho y ajustándose a las normativas vigentes; por lo que las resoluciones recurridas gozan de la presunción de legitimidad y ejecutoriedad, en la medida en que fueron dictadas por el órgano competente, en el marco de las facultades legales que le eran inherentes.

Como puede apreciarse, para ambas salas del Tribunal de Cuentas, las resoluciones cuya impugnación se buscaba mediante las acciones contencioso-administrativas, no solo gozan de regularidad material, sino también la plena regularidad procesal, en tanto y en cuanto se han respetado todos los principios procesales aplicables.

En cuarto y último lugar, merece una especial mención el profundo análisis jurídico-económico desarrollado por la Primera Sala del Tribunal de Cuentas respecto de los fundamentos constitucionales en los que se apoyan las actuaciones de la CONACOM como autoridad de aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia.

Si bien, todavía son pocas las sentencias judiciales que han revisado las resoluciones emanadas del Directorio de la CONACOM, resulta oportuno

58 PARAGUAY. TRIBUNAL DE CUENTAS, SEGUNDA SALA. Acuerdo y Sentencia N° 46/2023, en el Expediente "Servicios y Productos Multimedios S.A. c/ Res. N° 56, Acta N° 32, dictada por la Comisión Nacional de la Competencia". N° 364/21, p. 3.

59 PARAGUAY. TRIBUNAL DE CUENTAS, PRIMERA SALA. Acuerdo y Sentencia N° 172/2023, en el Expediente "Servicios y Productos Multimedios S.A. C/ Res. D/AL N° 28 ACTA N° 19 de 11 de Mayo de 2021, dictada por la Comisión Nacional de la Competencia". N° 241/21, p. 25

destacar y valorar que ellas reflejan una madures pocas veces vista en la jurisprudencia comparada, en la que, sobre todo en los comienzos de la aplicación de una nueva ley de defensa de la competencia, no es extraño que las agencias de competencia vean como sus resoluciones van siendo revocadas unas tras otras, fruto principalmente de la inexperiencia y el desconocimiento de la materia.

Cabe esperar que, con el fortalecimiento de las capacidades de la CONACOM, las resoluciones de su Directorio, como consecuencia, tanto del rigor técnico de sus análisis y fundamentos, como del estricto respeto de los principios y garantías procesales, sigan siendo acogidas favorablemente por los tribunales.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **PUBLICACIONES**

- BLANCO, Sindulfo. “Tutela Jurisdiccional Efectiva del Contribuyente”. *La Ley. Revista Jurídica Paraguaya*, N° 22, 1999.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. 10ª ed. Madrid: Thomson Civitas, 2006, Tomo II.
- LLORENTE HURTADO, Fernando. “Disposición Adicional séptima. Modificación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”. En: MASSAGUER, J.; SALA ARQUER, J.; FOLGUERA, J. y GUTIÉRREZ, A. (dir.). *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, 4ª. ed., Pamplona: Civitas – Thomson Reuters, 2015.
- MELGAREJO ALLEGRETTO, Joel. “Esfuerzos por comprender la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso”. Disponible en: <[https://dpej.rae.es/lema/derecho-a-la-tutela-judicial-efectiva](https://joelmelgarejo.com/esfuerzos-por-comprender-la-tutela-jurisdiccional-efectiva-y-el-debido-proceso/#:~:text=el%20derecho%20a%20la%20tutela,garant%C3%ADas%2C%20luego%20del%20cual%20se>_</a>></li><li>• REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. <i>Diccionario panhispánico del español jurídico (DPEJ)</i>. Disponible en: <<a href=)>\_
- TICONA POSTIGO, Víctor. “El debido proceso y las líneas cardinales para un modelo procesal en el Estado Constitucional de Derecho”. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 2007, vol. 2, n° 2.

### **LEYES**

- PARAGUAY. Ley N° 4956/2013 *Defensa de la Competencia*. *Gaceta Oficial*, 25 de junio de 2013, N° 117. Pp. 50-74.

### **TRATADOS**

- NACIONES UNIDAS. *Declaración Universal de Derechos Humanos*,



adoptada en París, el 10 de diciembre de 1948.

- NACIONES UNIDAS. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966.
- ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Convención Americana de Derechos Humanos, firmada en San José, el 22 de noviembre de 1969.

## JURISPRUDENCIA

- PARAGUAY. CORTESUPREMA DE JUSTICIA, SALA CONSTITUCIONAL. Acuerdo y Sentencia N° 398, del 23 de mayo de 2014, en Excepción de inconstitucionalidad presentada por el Fiscal Adjunto Marco Antonio Alcaraz en el juicio: “Recurso de casación interpuesto por el Defensor Público Yamil Coluchi Báez en el Juicio: Filemón Orué s/ coacción sexual y robo agravado”. Año: 2013 – N° 436.
- PARAGUAY. CORTESUPREMA DE JUSTICIA, SALA CONSTITUCIONAL. Acuerdo y Sentencia N° 418 del 8 de junio del 2009, en el expediente: Excepción de inconstitucionalidad en el juicio: “Juan Francisco Santos Cañete c/ Resolución SET N° 1129 DEL 11/08/2006, dictada por la Sub Secretaría de Estado de Tributación”, N° 998/2007.
- PARAGUAY. CORTESUPREMA DE JUSTICIA, SALA CONSTITUCIONAL. Acuerdo y Sentencia N° 462 de fecha 30 de mayo del 2013; Acuerdo y Sentencia N° 455 de fecha 30 de mayo del 2013, y Acuerdo y Sentencia N° 457 de fecha 30 de mayo del 2013.
- PARAGUAY. CORTESUPREMA DE JUSTICIA, SALA CONSTITUCIONAL. Acuerdo y Sentencia N° 1.859 de fecha 13 de noviembre del 2012, en el expediente caratulado: “Excepción de Inconstitucionalidad opuesta en el sumario administrativo al actuario Celso Alfonso Medina s/ Supuesta Desobediencia de sus mandatos, negligencia en el cumplimiento de sus funciones”, N° 1582/2010. El resaltado es propio.
- PARAGUAY. CORTESUPREMA DE JUSTICIA, SALA CONSTITUCIONAL. Acuerdo y Sentencia N° 2.072 de fecha 31 de diciembre del 2013, en el expediente caratulado: “Excepción de Inconstitucionalidad opuesta en el sumario administrativo al funcionario Juan Ángel Casco s/ Supuesto exceso en la solicitud y usufructo de permisos”, N° 1691/2010.
- PARAGUAY. CORTESUPREMA DE JUSTICIA, SALA CONSTITUCIONAL. Auto Interlocutorio N° 2859 del 30 de noviembre del 2015, en el expediente caratulado: “Acción de Inconstitucionalidad en el Juicio: Sumario Administrativo instruido a los abogados Jorge Luis Bernis y Graciela Bernis de Benítez s/ Supuesta negligencia en el ejercicio de sus funciones” N° 470/2015.
- PARAGUAY. TRIBUNAL DE CUENTAS, PRIMERA SALA. Acuerdo y Sentencia N° 172/2023, en el Expediente “Servicios y Productos Multimedia S.A. C/ Res. D/AL N° 28 ACTA N° 19 de 11 de mayo de 2021, dictada por la Comisión Nacional de la Competencia”. N° 241/21.
- PARAGUAY. TRIBUNAL DE CUENTAS. SEGUNDA SALA. Acuerdo y Sentencia N° 46/2023, en el Expediente “Servicios y Productos Multimedia S.A. c/ Res. N° 56, Acta N° 32, dictada por la Comisión Nacional de la

Competencia”. N° 364/21.

#### ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS

- PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. Memorándum CONACOM/DI N° 034/2020 del 14 de julio de 2020 de la Dirección de Investigación.
- PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. Resolución D/AL N° 06/2021 del 3 de febrero de 2021, en el Expte. N° 01/2020 “Insumos Médicos S.A., Eurotec S.A. y Medical Pharma s/ supuesta infracción del art. 8 de la Ley 4956/2013”.
- PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. Resolución D/AL N° 08/2017 del 27 de julio de 2017 en el Expediente “Servicios y Productos Multimedia S.A. y TV Cable Paraná, Get Line Internet S.A. y Cable 3 Fronteras s/ Concentración (Adquisición Parcial de Activos).
- PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. Resolución D/AL N° 08/2021 del 17 de febrero de 2021, en el Expte. N° 01/2020 “Insumos Médicos S.A., Eurotec S.A. y Medical Pharma s/ supuesta infracción del art. 8 de la Ley 4956/2013”.
- PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. Resolución D/AL N° 11/2021 del 23 de febrero de 2021, en el Expte. N° 01/2020 “Insumos Médicos S.A., Eurotec S.A. y Medical Pharma s/ supuesta infracción del art. 8 de la Ley 4956/2013”.
- PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. Resolución D/AL N° 12/2021 del 4 de marzo de 2021, en el Expte. N° 01/2020 “Insumos Médicos S.A., Eurotec S.A. y Medical Pharma s/ supuesta infracción del art. 8 de la Ley 4956/2013”.
- PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. Resolución D/AL N° 13/2021 del 4 de marzo de 2021, en el Expte. N° 01/2020 “Insumos Médicos S.A., Eurotec S.A. y Medical Pharma s/ supuesta infracción del art. 8 de la Ley 4956/2013”.
- PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. Resolución D/AL N° 13/2019 del 31 de octubre de 2019, en el Expediente “Servicios y Productos Multimedia S.A. s/ incumplimiento de condicionamientos”.
- PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. Resolución D/AL N° 14/2020 del 28 de julio de 2020, en el Expediente N° 3/2020 “Teledeportes Paraguay S.A. s/ supuesta infracción de la Ley 4956/2013”.
- PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. Resolución D/AL N° 18/2021 del 24 de marzo de 2021, en el Expte. N° 01/2020 “Insumos Médicos S.A., Eurotec S.A. y Medical Pharma s/ supuesta infracción del art. 8 de la Ley 4956/2013”.
- PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. Resolución

D/AL N° 34/2021 del 4 de junio de 2021, en el Expediente N° 3/2020 “Teledeportes Paraguay S.A. s/ supuesta infracción de la Ley N° 4956/2013”.

- PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. Resolución D/AL N° 41/2021 del 6 de junio de 2021, en el Sumario de Investigación N° 003/2020 “Teledeportes Paraguay S.A. s/ supuesta infracción de la Ley N° 4956/2013”.
- PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. Resolución D/AL N° 42/2021 del 8 de julio de 2021, en el Sumario de Investigación N° 003/2020 “Teledeportes Paraguay S.A. s/ supuesta infracción de la Ley N° 4956/2013”.
- PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. Resolución D/AL N° 56/2021 del 18 de agosto de 2021, en el Sumario de Investigación N° 003/2019 “Servicios y Productos Multimedia S.A. s/ incumplimiento de condicionamientos”.

## **RESEÑA BIOGRÁFICA**

ROLANDO DÍAZ DELGADO

Abogado por la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción”. Realizó estudios de postgrado en el Programa de Doctorado sobre Aspectos fundamentales de Derecho Internacional Privado en la Universidad de Alcalá de Henares (España); de Especialista en Derecho de la Competencia en la Universidad Carlos III de Madrid (España); y de Regulación y Competencia en la Universidad de Valladolid (España). Es docente de la cátedra de Derecho Internacional Privado en la Universidad Nacional de Asunción y de Aplicación del Derecho Internacional a la Resolución Judicial en la Escuela Judicial (Consejo de la Magistratura). Es autor de diversas publicaciones jurídicas, nacionales e internacionales, sobre Derecho Internacional Privado, Arbitraje y Derecho de la Competencia. Participó como expositor en congresos, conferencias, seminarios, etc., nacionales e internacionales, sobre Derecho Internacional Privado, Arbitraje y Derecho de la Competencia. Fue Director General/Gerente General de empresas multinacionales y nacionales; Presidente de la Cámara de Empresas Maquiladoras de Exportación (CEMAP); presentador de un bloque de entrevistas (económicas, empresariales, inversiones, etc.) en el Noticiero Central de Red Guaraní, Árbitro paraguayo de la lista de árbitros del Tribunal Arbitral Ad Hoc del Mercosur, Árbitro de la lista del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara Nacional de Comercio y Servicios del Paraguay; Presidente de la Asociación Familias Formando Familias Paraguay (Miembro de la International Federation for Family Development – IFFD); y Miembro del Consejo Directivo de Enfoque Niñez. Ejerció la Presidencia del Directorio de la Comisión Nacional de la Competencia (CONACOM) entre agosto de 2021 y julio de 2023. Actualmente es Director del Instituto CONACOM y Miembro Titular del Directorio de la CONACOM.



# **REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY**

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

### **Comisionados:**

Alejandra Giuffra Gaydo, Presidenta

Daniel Ferrés

Maria De Leon



# IMPORTACIONES EN URUGUAY: UN ANÁLISIS DEL MERCADO DE LA CREMA DENTAL

IMPORTAÇÃO NO URUGUAI: UMA ANÁLISE DO MERCADO DE CREME DENTÍFICO

*Alejandra Giuffra Gaydo*

*Martín Sequeira Terra*

## RESUMEN.

El artículo refiere al interés colocado por parte Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia (CPDC) sobre el nivel de precios de algunos productos importados de la canasta básica en el Uruguay. La diferencia de precios con la región puede obedecer a razones como posibles prácticas comerciales de las empresas y el sistema regulatorio. El presente artículo refiere a un análisis sobre las importaciones de Uruguay, y en particular vinculado el mercado de la crema dental, sus características y su proceso de formación de precios. Se concluye en el sentido de emitir recomendaciones en lo que hace a la regulación, como forma de facilitar procesos, que en definitiva terminen por beneficiar al consumidor.

**Palabras claves:** productos importados, crema dental, precios regionales, regulación, prácticas comerciales.

## RESUMEN.

O artigo se refere ao interesse da Comissão de Promoção e Defesa da Concorrência (CPDC) em relação ao nível de preços de alguns produtos importados da cesta básica no Uruguai. A diferença de preços em relação à região pode ser devida à possíveis práticas comerciais das empresas e o sistema regulatório. O presente artigo trata de uma análise sobre as importações no Uruguai, especialmente relacionadas ao mercado de creme dental, suas características e o processo de formação de preços. Conclui-se que seria recomendável fazer ajustes na regulamentação, a fim de facilitar os processos e, em última instância, beneficiar o consumidor.

**Palavras-chave:** produtos importados, creme dental, preços regionais, regulamentação, práticas comerciais.

## RESUMEN.

L'article fait référence à l'intérêt porté par la Commission Pour la Promotion et la Défense de la Concurrence (CPDC) au niveau des prix de certains produits importés du panier de base en Uruguay. La différence de prix avec la région peut être due à pratiques commerciales possibles des entreprises et le système de réglementation. Cet article se réfère à une analyse des importations en provenance d'Uruguay, et notamment liée au marché du dentifrice, à ses caractéristiques et à son processus de formation des prix. Il est conclu dans le sens d'émettre des recommandations concernant la réglementation, et les

possibles pratiques commerciales

**Mots clés:** produits importés, dentifrice, prix régionaux, réglementation, pratiques commerciales.

## **1. INTRODUCCIÓN.**

La Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia (CPDC, en adelante) es un órgano desconcentrado del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF). Su eje competencial se articula en, por un lado, la investigación, y sanción de las prácticas prohibidas y por otro, el control de concentraciones económicas y estudios de mercado. En tal sentido, resulta imperativo prestar atención a aquellos mercados de primera necesidad donde pueden estar sujetos a prácticas anticompetitivas o a regulaciones que afligen su correcto funcionar.

Desde hace décadas Uruguay presenta en algunos bienes importados de primera necesidad un nivel de precios muy elevados respecto a la región, en particular en productos dedicados a la higiene y al cuidado personal.<sup>1</sup> El presente artículo pretende desentrañar algunas cuestiones vinculadas a la mencionada brecha de precios que pueden obedecer a cuestiones vinculadas a la regulación y a prácticas comerciales que deben ser consideradas.

La regulación en materia de importación, comercialización, elaboración de medicamentos y demás productos afines de uso humano, en Uruguay tiene como antecedente la Ley N° 15.443, y diversos Decretos como el N° 521/984. Luego, ya en los años 2000 el Decreto N° 428/007, aprueba el Reglamento Técnico MERCOSUR sobre “Clasificación de Productos de Higiene Personal, Cosméticos y Perfumes”, actualizado por el Decreto N° 230/019. En tal sentido, las normas regulatorias pueden ser vistas como un factor determinante a la hora de analizar los altos precios de los productos importados, al impedir un marco competitivo intra-marca, como es el caso de la crema dental. A ello, se agregan las características particulares de los propios mercados, donde un alto dominio, diferentes marcas, altos grados de lealtad y prácticas tendientes a evitar la visibilidad de agentes minoritarios o agentes entrantes, tienen un efecto adverso hacia el nivel de competencia en los mercados.

En la primera sección del presente artículo se realizará una caracterización sobre el fenómeno de las importaciones, realizando una revisión de las principales teorías. En la segunda parte se realiza una mención a las importaciones en Uruguay, su historia, características y datos recientes. En la tercera sección se analiza el nivel de precios de las importaciones en Uruguay, a partir diferentes datos e informes. En la cuarta sección, se realiza un análisis sobre la crema dental, sus características y funcionamiento a nivel global. En la quinta sección se realiza un resumen sobre el análisis integral del mercado de la crema dental en Uruguay a partir de los informes técnicos de la CPDC. En el final, se realizan una síntesis del artículo, además de las conclusiones y recomendaciones de políticas a seguir.

---

1 AGUIAR, L., FLEITAS, S., MARCHESANO, A., ODDONE, G., UMPIÉRREZ, I. (2020). Estudio sobre formación de precios al consumo en Uruguay. CPA Ferrere.



## 2. DESARROLLO

### 2.1 Importaciones

Las importaciones se refieren a la adquisición de bienes o servicios de un país extranjero hacia el propio país, con el propósito de satisfacer la demanda interna, complementar la producción nacional o para otros fines comerciales. Diferentes teorías a lo largo de los últimos siglos han buscado explicar el funcionamiento del comercio internacional, fenómeno dentro del cual se insertan las importaciones de bienes y servicios. La teoría de las ventajas absolutas, formulada por Adam Smith, se basa en la idea de que los países se especializan en la producción de aquellos bienes en los que son absolutamente más eficientes que otros países, independientemente de cualquier ventaja comparativa. Al enfocarse en la producción de aquellos bienes en los que tienen una mayor productividad se maximizará su riqueza. En relación con las importaciones, la teoría señala que un país importará aquellos bienes en los que otros países tienen una ventaja absoluta en términos de eficiencia de producción.<sup>2</sup> En 1817, David Ricardo formula la teoría de las ventajas comparativas, indicando que los países se benefician al especializarse en la producción (y exportación) de bienes en los que tienen una ventaja comparativa (producción más eficiente en términos de costo de oportunidad) e importan bienes en los que tienen una desventaja comparativa.<sup>3</sup> La diferencia esencial entre ambas teorías radica en el enfoque utilizado, mientras la primera se centra en la eficiencia y la productividad de un país en la producción de bienes y la segunda lo hace en las diferencias relativas de los costos de producción entre dos países. Las ventajas absolutas refieren a la producción de más o mejores bienes y servicios que un posible competidor, mientras que la ventaja comparativa es la capacidad de producir bienes y servicios a un menor costo de oportunidad, lo cual no necesariamente debe cumplir con mayor volumen o calidad.

Posteriormente, distintas teorías ponen el foco en diversas cuestiones. Así, la teoría de los factores específicos, entendida como una extensión de la teoría de ventajas comparativas, fue propuesta por Jacob Viner. Se centra en los efectos de los factores de producción sobre comercio internacional (trabajo y capital) y su impacto en la distribución del ingreso. Dichos factores no son transferibles fácilmente entre industrias, teniendo efectos (positivos o negativos) en el comercio internacional según la abundancia o escasez de los factores en cada país.<sup>4</sup> Adicionalmente, la teoría del ciclo de vida del producto, propuesta por Raymond Vernon en 1966, señala que los productos pasan por diferentes etapas en su ciclo de vida, comenzando como productos innovadores fabricados en países desarrollados y luego pasando a ser producidos en países en desarrollo a medida que la demanda mundial crece, viéndose el comercio internacional afectado por estas etapas. En relación con las importaciones, un país puede importar bienes en las etapas iniciales de su ciclo de vida, cuando son producidos principalmente por países desarrollados y luego pasar a exportarlos a medida

2 SMITH, A. (1776). *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations: Volume One*. London: printed for W. Strahan; and T. Cadell, 1776.

3 RICARDO, D. (1817). 1951. *On the principles of political economy and taxation. The works and correspondence of David Ricardo*, 1.

4 VINER, J. (1937). *Studies in the Theories of International Trade*.

que la demanda global se expande y se establecen capacidades de producción en otros países.<sup>5</sup> Por último, corresponde referirse a la teoría desarrollada por Paul Krugman, denominada teoría de la competencia monopolística, la que sostiene que el comercio internacional no solo se basa en las ventajas comparativas de los países, sino también en las diferencias en la calidad y la marca de los productos. Según esta teoría, las empresas buscan establecer ventajas competitivas a través de la diferenciación de sus productos, siendo las diferencias en la calidad y la marca de los productos determinantes para el comercio internacional.<sup>6</sup> En relación con las importaciones, esto implica que un país importará bienes que ofrecen características y marcas específicas que no se encuentran o no se producen de manera competitiva a nivel nacional.

Más allá de los diferentes enfoques, resulta evidente del aporte de las importaciones de determinados bienes al desarrollo de cualquier país mediante la satisfacción de diferentes necesidades. Las importaciones contribuyen a mejorar el bienestar económico de un país al proporcionar una mayor variedad de bienes y servicios, mejores precios, acceso a tecnologías y conocimientos especializados, y la capacidad de aprovechar las ventajas comparativas de otros países. Sin embargo, su relevancia y contribución al desarrollo estará supeditado a las características particulares de cada lugar. Las importaciones involucran la adquisición de una amplia gama de bienes en diferentes fases productivas (recursos naturales, insumos, bienes finales) que dependen de múltiples favores: ingresos del país (demanda interna), país de origen, precio del producto y su disponibilidad, valor del tipo de cambio (cuanto menor su valor resulta más conveniente adquirir bienes del exterior), calidad de los productos, confianza de los proveedores, marco regulatorio y tributario (regulaciones, aranceles, entre otros), capacidad logística de la empresa demandante y nivel de desarrollo del sector en el país demandante.<sup>7</sup>

Generalmente, un país no tendrá la necesidad de adquirir aquellos bienes que son producidos de forma eficiente y abundante por ellos mismos. La razón de su alta productividad podría estar vinculada a diversos factores: abundancia de un recurso natural, abundancia de un factor productivo (empresas intensivas en mano de obra en un país muy poblado), avances tecnológicos, entre otros. Por el contrario, un país que presente bajos niveles de productividad en determinados sectores se vería favorecido si se decide por importar dichos bienes de aquellos países con de mayores niveles de productividad y, por ende, menores costos. Este elemento no quita que, a lo largo de la historia, gobiernos de diferentes países (en general, en vías de desarrollo) hayan apostado por una agenda de desarrollo vinculada a la industrialización vía sustitución de importaciones a través de diferentes mecanismos proteccionistas: prohibición de importaciones, altas tasas arancelarias, subsidios a determinadas empresas en detrimento de los productos importados, etc.

5 VERNON, R. (1966). International trade and international investment in the product cycle. *Quarterly journal of economics*, 80(2), 190-207.

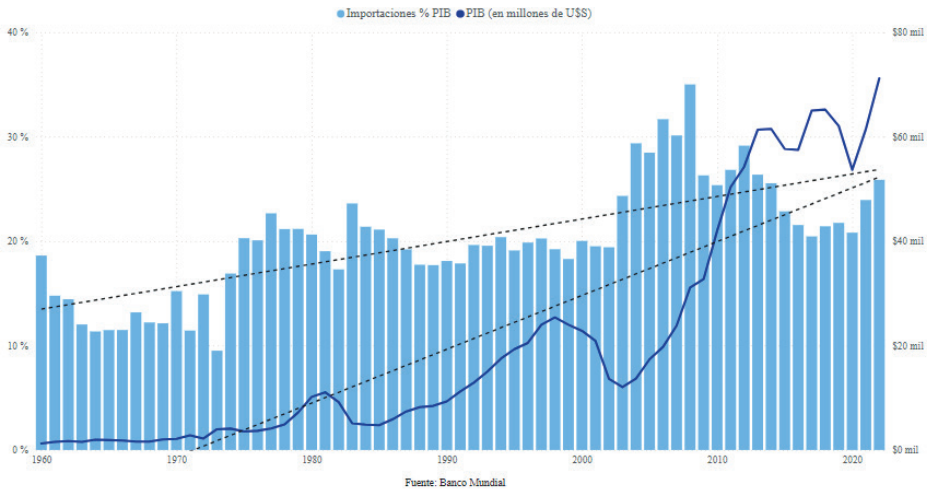
6 KRUGMAN, P. R. (1979). Increasing returns, monopolistic competition, and international trade. *Journal of international Economics*, 9(4), 469-479

7 TEJEDA-VILLANUEVA, A., BLANCO-JIMÉNEZ, M., & GUERRA-MOYA, S. (2019). Factores que impulsan las importaciones de las empresas de alimentos procesados, mejorando su competitividad. *Investigación administrativa*, 48(124), 0-0.

## 2.2 Importaciones en Uruguay

Uruguay es un país pequeño, de escasa población y de perfil agroexportador. Sin embargo, en las últimas décadas otros sectores de gran dinamismo como el sector forestal, el turismo y la industria del software se han desarrollado. La historia de las importaciones en Uruguay está estrechamente ligada con sus características, desarrollo y políticas comerciales llevadas a cabo a lo largo del tiempo.

La siguiente figura indica la relación entre el PIB de Uruguay y el valor de las importaciones (como % del PIB) desde el año 1960 a la fecha. Obviando la década de 1960, las importaciones en Uruguay presentan un comportamiento relativamente estable, representando en promedio el 20% del PIB. Resulta interesante observar la diferencias comportamentales entre la década de 1990 y las dos décadas posteriores: en el primer período se observa un crecimiento del PIB sin presentar una correlación con el comportamiento de las importaciones, las que se mantuvieron estables (en el entorno al 20%); en el segundo tramo se observa un crecimiento en el PIB, acompañado por un aumento en los valores relativos de las importaciones (alcanzan el 35% en el año 2008), las que descienden luego del 2015, cuando se produce una caída en el PIB. Es importante destacar que Argentina y Brasil presentan datos sustancialmente menores (debajo del 15% en la última década), similares a los de Estados Unidos. Paraguay por su parte, presenta valores mayores a los de Uruguay, ubicándose sus importaciones en valores superiores al 30% respecto de su PIB. En este rango de valores también se ubican países desarrollados de escasa población, como es el caso de Nueva Zelanda, Noruega o Dinamarca.<sup>8</sup>



8 BANCO MUNDIAL. Indicadores. Disponible en: <https://datos.bancomundial.org/indicador>

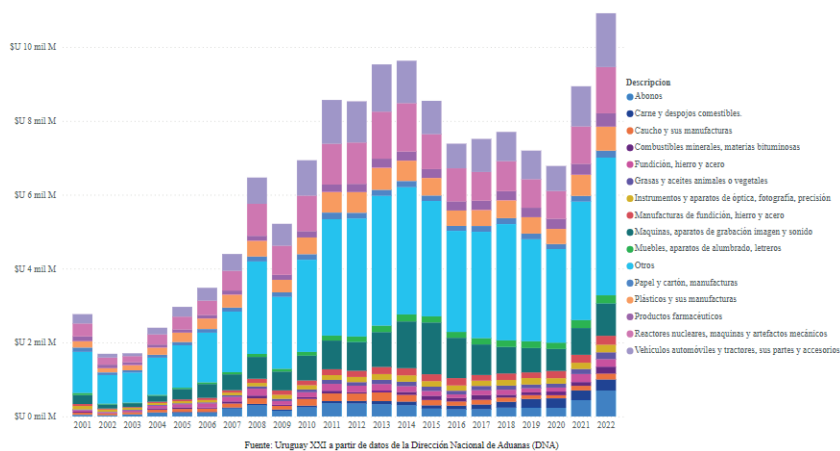
En la actualidad, Uruguay importan una amplia gama de bienes y servicios para satisfacer las necesidades de su economía y su población. Las importaciones de bienes en 2022 (sin considerar petróleo y derivados) alcanzan los US\$ 10.941 millones: un aumento del 22% en la comparación interanual. El principal rubro de bienes importados corresponde a los bienes intermedios, representando un 46% del total de bienes, con un incremento del 22% interanual. Representan bienes destinados a la elaboración de productos finales, donde destacan productos químicos para la actividad agrícola y autopartes. Por su parte, los bienes de consumo representan el 33% de las importaciones totales (20% de crecimiento interanual), destacándose la vestimenta, calzados y alimentos. Por último, se ubican los bienes de capital, que componen el 21% de las importaciones y tuvieron un incremento de 27% interanual. Esta categoría está compuesta por vehículos de diferente tipo, computadoras y máquinas y artefactos.<sup>9</sup>

La siguiente figura destaca los principales rubros de importación en dólares y agrupado por años (2001-2022) En relación a los datos del año 2022, la categoría de importación más importante fueron los vehículos: US\$ 1.079 millones, lo que representa un incremento interanual del 28%. Cerca de la mitad de esta cifra corresponde a automóviles (44%), seguido por el transporte para mercancías (31%) y los tractores (18%). En cuanto a su proveniencia, 60% de todo el rubro provino del Mercosur (Brasil con el 51% de las compras totales), seguido por China con el 14%. Otra categoría de relevancia refiere al rubro químico para el agro, el cual presentó un crecimiento exponencial desde el año 2021 a 2022 de más del 50% (alcanzando US\$ 991 millones en el año 2022). El rubro se encuentra compuesto por fertilizantes y abonos químicos (67%) y por insecticidas (33%), siendo los principales países proveedores China y Nigeria. La razón del aumento se debió al incremento en el precio de los fertilizantes a nivel global. Por su parte, las importaciones de alimentos se ubicaron en los US\$ 615 millones, registrando un aumento del 16% interanual. Se destacan los granos (15%), la galletería (11%) y la yerba mate (11%), y el Mercosur como el principal proveedor de estas importaciones con el 74% (Argentina 39%, Brasil 34% y Paraguay 1% del total), seguido por la Unión Europea (6%), Estados Unidos (5%) y México (3%), entre otros. Vestimenta y calzados llegó a US\$ 525 millones, con un aumento interanual del 26%: el 46% provino de China, seguido por Brasil y Bangladesh, con el 16% y el 8% respectivamente. Los bienes tecnológicos (celulares, computadoras y otros) se importaron por un total de US\$ 486 millones en 2022 (15% de incremento respecto al año anterior). Nuevamente se destaca a China como el principal país de origen (69%), seguido por Vietnam con 11% y Estados Unidos con 7%. Por último, se destaca el plástico y sus derivados, único rubro con caída en términos interanuales (0,25%), totalizando US\$ 447 millones de valor importado. Brasil, Argentina y China fueron los principales proveedores (29%, 17% y 15% respectivamente).<sup>10</sup>

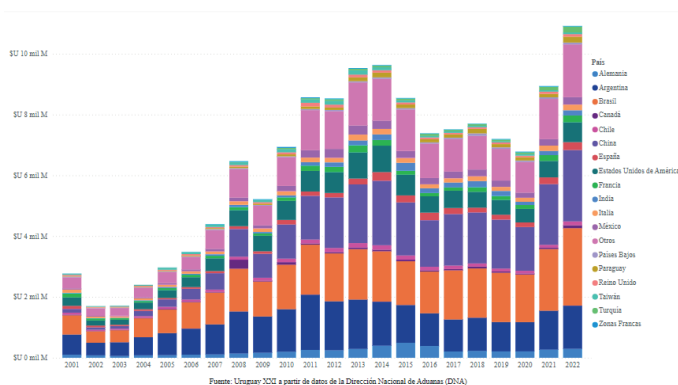
---

9 “Informe Anual. Comercio Exterior, 2022.” URUGUAY XXI. Disponible en: <https://www.uruguayxxi.gub.uy/es/centro-informacion/articulo/informe-anual-de-comercio-exterior-de-uruguay-2022/>

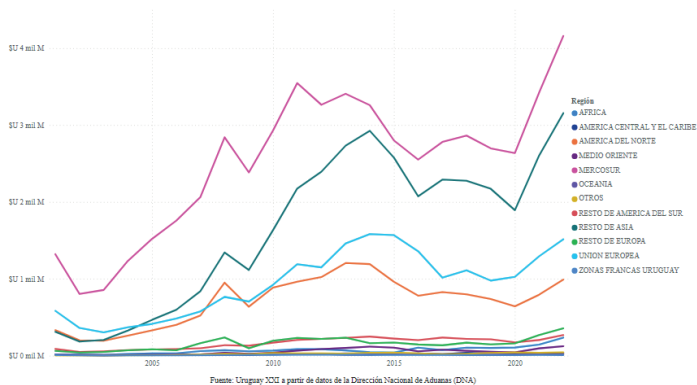
10 “Informe Anual. Comercio Exterior, 2022.” URUGUAY XXI.



Considerando el total de las importaciones, las siguientes figuras muestran los principales países de origen y regiones del mundo que funcionaron como proveedores de los productos que adquirió Uruguay. Brasil se mantiene como el principal origen de las importaciones uruguayas, representando el 23% de las importaciones total en el año 2022. Las mismas significan US\$ 2.560 millones (25% de crecimiento interanual), siendo sus principales rubros los vehículos y los alimentos. En segundo lugar, se ubica China con el 21% del total y un crecimiento del 18% respecto al anterior (US\$ 2.352 millones). Dentro de sus principales rubros se destacan los bienes tecnológicos, sustancias químicas para el agro y vestimenta y calzado. Argentina, que se ubica en el tercer lugar, representa el 13% del total con un valor US\$ 1.422 millones (crecimiento del 11% interanual), con los rubros de alimentos, alimentos para animales y vehículos liderando. El cuarto lugar lo ocupa los Estados Unidos, con un 6% del total de las importaciones uruguayas (US\$ 656 millones) a partir de la adquisición de plásticos, sustancias químicas para el agro y otras sustancias químicas.<sup>11</sup>



11 “Informe Anual. Comercio Exterior, 2022”. URUGUAY XXI.



Es relevante observar varias cuestiones en función de las figuras presentadas. En primer lugar, Uruguay ha presentado un fuerte impulso en los montos adquiridos a otros países en las últimas dos décadas. En segundo lugar, a pesar de que el principal bloque de origen sigue siendo el Mercosur (con Brasil como principal país), se destaca un importante crecimiento del bloque asiático, con China como principal referente (del 4,5% en el 2001 al 21,5% en el 2022). En tercer lugar, se debe destacar que Uruguay ha diversificado la adquisición de sus bienes a un número más amplio de países: 127 en el año 2001 y 185 en el año 2022.<sup>12</sup>

### 2.3 Precio de las importaciones en Uruguay

Tal como se viene de señalar, las importaciones representan un elemento fundamental en el funcionamiento de la economía uruguaya, la que responde a diferentes rubros en función de las necesidades del país. Los bienes de uso final, los bienes de capital y los bienes intermedios presentan una destacada relevancia individual, teniendo una influencia contundente en el nivel de precios de la canasta básica del país.

Si se consideran determinadas canastas de bienes destinados al consumo (como productos de tocador, de higiene personal, productos de limpieza, ropa, alimentos y bebidas), Uruguay presenta en promedio precios más elevados que los pares de su región, con una brecha aún mayor si se consideran únicamente los bienes importados. Estas conclusiones son obtenidas por un trabajo elaborado por la Consultora CPA Ferrere en el año 2020, el que realiza una comparación entre los precios de una canasta de productos de Uruguay, Brasil, Argentina y Chile. Dentro de sus conclusiones, el informe señala que Uruguay presenta diferencias de precios significativas con Brasil y Argentina (y en menor medida con Chile), en artículos de tocador, higiene personal y limpieza de ropa y en alimentos y bebidas importadas como la mayonesa, el café, las galletas, la cerveza, la sal, las lentejas y los enlatados (arvejas y choclo).

El precio final de un producto refleja sus costos (de insumos, elaboración,

<sup>12</sup> No se consideran las Zonas Francas.

distribución, etc.), impuestos y el margen de las diferentes empresas que intervienen en su elaboración y distribución. En tal sentido, para entender el fenómeno de los precios, y en particular de los precios importados, se deben observar cada uno de estos elementos a fin de evaluar el porqué de su nivel.<sup>13</sup> El informe mencionado resalta diferentes elementos que pueden incidir en la formación del precio de los productos importados. En primer lugar, se señala al origen de los productos y su proceso de distribución. Respecto al primer elemento, no pareciera existir una correlación clara entre la procedencia del producto y la diferencia de precios con los países de la región. Respecto al segundo elemento, se observa que en Uruguay se sucede el fenómeno de la importación exclusiva de ciertos productos de consumo masivo (más allá de no existir impedimentos legales para múltiples distribuidores). Este fenómeno se sucede a través de empresas situadas en el país que integran el grupo económico productos (y simplemente se encargan de su distribución) o de una empresa independiente que presenta su compra y distribución exclusiva. La ausencia de competencia intra-marca tiene importantes consecuencias en el precio final de sus productos al no encontrar incentivos competitivos que pujen el valor del precio hacia abajo.

En segundo lugar, se señalan a las tasas arancelarias como posibles factores que incidan en la conformación del precio final de los productos importados. De todas formas, y considerando que una gran parte de los productos importados provienen del MERCOSUR, si se acredita el origen del mismo a partir de una declaración jurada del productor la Tasa Global Arancelaria sería del 0%. En tercer lugar, se menciona el fenómeno de la doble marginación; esto significa el procedimiento por el cual diferentes actores interceden en el proceso productivo y distributivo del producto. En el caso de Uruguay, una empresa adquiere de forma exclusiva un bien de consumo masivo, el cual le otorga la exclusividad de la distribución a otra empresa, la cual le distribuye a la gran mayoría de los comercios. Sumado al margen del productor y del distribuidor final se suman las utilidades de todos los actores intermedios que inciden en el precio final. La exclusividad de la distribución, sumado al prestigio y poder de la marca, genera usualmente altos márgenes de ganancias para todas las partes.

Un informe de CPA Ferrere realiza un estudio comparativo entre los precios de una canasta de bienes de una cadena de supermercados y de ferias vecinales (donde muchos de sus productos son producto del contrabando). Se encontró una brecha de entre el 20% y el 30% para algunas marcas de crema dental, jabones y shampoo. Una de las alternativas señaladas por el informe antes citado sería la de evitar la intermediación y que grandes cadenas adquieran de forma directa los productos que tienen origen en los países de la región (importación directa). Sin embargo, es probable que el productor originario no tenga incentivos a realizar tal acción debido a las altas utilidades que le proporciona el panorama actual. Otra alternativa radica en realizar una importación directa, pero, a otro productor, de forma de propiciar una competencia inter-marca. Existen dos impedimentos a esta propuesta: en primer lugar, que se encuentre un producto que aún no sea comercializado en el país y pueda satisfacer las necesidades de

---

13 AGUIAR, L., FLEITAS, S., MARCHESANO, A., ODDONE, G., UMPIÉRREZ, I. (2020). Estudio sobre formación de precios al consumo en Uruguay. CPA Ferrere.



los consumidores en cuanto a precio y calidad; en segundo lugar, en muchos de los sectores analizados existen marcas líderes que, además de su prestigio y consolidación en el mercado, cuentan con un dominio que le permiten proteger su posicionamiento a través de diversas prácticas.

La última posibilidad que se maneja refiere a la posibilidad de realizar importaciones paralelas; esto significa que se adquirieran los productos de marcas líderes a otros distribuidores de los países de la región (y no a los productores). Este elemento no está impedido legalmente, pero encuentra obstáculos a partir de la regulación sanitaria vigente (elemento que será retomado más adelante). En consecuencia, el informe realiza una serie de recomendaciones de política pública destinadas a cambios regulatorios nacionales y supranacionales que incentiven mayores niveles de competencia, particularmente la denominada intra-marca, y permitan un descenso en sus precios. Sobre las mismas se realizará mención más adelante.

#### **1.4 Mercado de la Crema dental.**

El presente artículo pretende reflejar el análisis realizado por la CPDC acerca de la formación de precios en el sector de los productos de higiene y cuidado personal, particularmente en el mercado de la crema dental, así como los diferentes elementos que caracterizan la comercialización de estos productos.

El mercado de la crema dental, el que integra el segmento de los productos destinados al cuidado bucal, representa uno de los sectores de mayor crecimiento y dinamismo a causa de las constantes innovaciones que responde a nuevas exigencias y necesidades por parte de los consumidores. El tamaño del mercado global sobre cuidado bucal superó los 30 mil millones de dólares en el año 2020 y se espera que se expanda a una tasa de crecimiento anual compuesto del 5,9 % entre el 2021 y 2028. Por citar un ejemplo, la Organización Mundial de la Salud (OMS) estima que más de 530 millones de niños sufren de caries dental de los dientes primarios. Dicha prevalencia de caries dental tanto entre niños como adultos es uno de los elementos que impulsa el crecimiento de dicho mercado frente a la necesidad de responder a estas demandas. La zona de Asia Pacífico domina el consumo de este tipo de bienes, y a su vez se espera que sea la de mayor crecimiento, impulsado principalmente por India.<sup>14</sup>

La crema dental representa un bien de características particulares que lo diferencia de otros tipos de bienes (como las bebidas y alimentos). En primer lugar, resulta un bien de consumo principalmente homogéneo: no se observan grandes diferencias en la cantidad consumida entre diferentes segmentos poblacionales. Cerca del 97% de la población en los países desarrollados utiliza al menos una variedad de pasta de dientes.<sup>15</sup> Una investigación realizada por la Asociación Dental Estadounidense, muestra vínculos entre el género o el nivel socioeconómico y la frecuencia con la que uno informa cepillarse los dientes,

---

<sup>14</sup> "Oral Care Market Analysis, 2016 – 2028. Opportunities beyond COVID-19 crisis" GRAND VIEW RESEARCH, 2021.

<sup>15</sup> MALINOWSKA, P., & ZIELIŃSKA-CHMIELEWSKA, A. (2011). Applied pricing strategies of toothpastes' producers on polish cosmetics market. *Acta Scientiarum Polonorum. Oeconomia*, 10(3), 97-107.



sin percibirse una gran variación de la cantidad consumida entre los diferentes segmentos poblacionales. El informe concluía que la utilidad de consumir dichos bienes proviene del ahorro de los costos y tiempo y de la satisfacción de consumir la marca deseada<sup>16</sup>.

Un estudio de 1970 realizó estimaciones sobre las elasticidades respecto al consumo de crema dental. Los resultados muestran que el gasto en un hogar en crema dental resulta inelástico respecto a los ingresos (tanto a corto como a largo plazo): por cada mil dólares de fluctuación en ingresos a corto plazo, el gasto en crema dental solamente aumenta seis centavos; mientras que, por cada mil dólares de diferencia en el ingreso permanente, el hogar aumenta sus compras en crema dental en 14 centavos.<sup>17</sup>

La determinación del nivel de precios juega un papel muy importante en la estrategia de cada organización, el cual refiere a un proceso dinámico donde ningún elemento permanece constante: la economía, los gustos, las innovaciones, así como las acciones y reacciones de los competidores. El mercado de la crema dental, debido a sus características particulares, es objeto de diferentes estrategias de precios por parte de los productores: un precio más elevado cuando se incursiona con una nueva tecnología; la penetración en el mercado con un precio de menor valor de lo habitual; la fijación de precios por línea de productos, de modo de establecer un precio único para todos los productos de una misma línea de productos; discriminación de precios, según zona, tipo de clientes, etc.; entre otras prácticas.<sup>18</sup> Existe una importante diferencia de precios entre los productos del mercado analizado, con valores de cremas dentales con hasta un 50% más que otra marca del mismo bien. Dentro de los motivos por los cuales se puede encontrar dichas diferencias, se encuentra la región geográfica donde son elaborados, la compañía que los produce (su prestigio y las prácticas que realizan), y los ingredientes que son utilizados.<sup>19</sup> Otra estrategia comúnmente utilizada en los últimos años, refiere a la venta agrupada de cremas dentales, la cual ha presentado un alto nivel de crecimiento en los últimos años. La venta en forma de paquetes requiere descuentos por cantidad para incentivar a los consumidores, lo genera un incentivo adicional para aquellos consumidores con mentalidad de ahorro. Sin embargo, existe menor disposición por parte de los productores para este formato debido a la reducción de márgenes. Citando el caso de los Estados Unidos, las ventas totales de crema dental en 2018 (excluyendo las ventas en línea, Costco y Kroger), menos del 30% se comercializaron de forma agrupada.

Otro de los elementos ya mencionados refiere a la lealtad hacia las marcas. Una investigación 26 categorías de productos durante períodos de 6 a 12 años en Estados Unidos y Reino Unido, utilizando medidas de lealtad conductual,

16 WIEHE, S. (2019). Pricing and Pack Size: Brand, Quantity, and Cost Considerations in Purchasing Multipacks of Toothpaste.

17 PALDA, K. S., & BLAIR, L. M. (1970). A moving cross-section analysis of demand for toothpaste. *Journal of Marketing Research*, 7(4), 439-449.

18 MALINOWSKA, P., & ZIELIŃSKA-CHMIELEWSKA, A. (2011). Op. cit., p. 439-449.

19 "Three Factors That Go Into Determining the Price of Toothpaste" Ezine Articles. 18 de mayo del 2010. Disponible en: <https://ezinearticles.com/?Three-Factors-That-Go-Into-Determining-the-Price-of-Toothpaste&id=4314564>

hallaron en promedio, caídas casi insignificantes respecto a la misma.<sup>20</sup> En otro estudio de similares características, se evaluó la lealtad en el consumo de los hogares holandeses para un conjunto de 21 marcas a lo largo del tiempo, sin mostrar una disminución en la lealtad a la marca.<sup>21</sup> Un estudio realizado para ciertas ciudades del mercado chino (Shangai y Xi'an) encontró también altos índices de lealtad, pero con ciertas características diferencian al mercado chino: la lealtad exclusiva a una determinada marca parece estar disminuyendo a favor de la lealtad multimarca, y existen diferencias entre ciudades en la magnitud de esta disminución. Los resultados muestran que las marcas con menor cuota de mercado cuentan con una menor cantidad de consumidores, que a su vez consumen con menor frecuencia.<sup>22</sup> Este conjunto de características, desde una lealtad a ciertas marcas, ventas agrupadas y cierta sensibilidad al precio y al ahorro del tiempo, llevan a las diferentes compañías a generar diferentes tipos de estrategias para coaptar la mayor cantidad de consumidores posibles. Este tipo de estrategias incluyen ventas en formato agrupado, o junto a otros productos; estrategias derivadas de los precios, o procesos de diferenciación de productos, en busca de segmentar los clientes.<sup>23</sup>

## 2.5 Mercado Global de la Crema Dental

En mercado de la crema dental en Estados Unidos el 95% está dominado por cuatro compañías, Colgate Palmolive, GlaxoSmithKline y Procter & Gamble. Las grandes cuotas de mercado se alinean con preferencias que son horizontalmente heterogéneas con fuertes lealtades a la marca. Un trabajo del 2019 refiere al vínculo entre los hispanos de EE. UU. hacia los productos de marca Colgate. En Houston (un mercado con una gran población hispana), Colgate cuenta con una participación de ventas del 62% de compradores hispanos, y del 44% de participación de ventas de compradores no hispanos.<sup>24</sup> El mercado de la crema dental en el Reino Unido registró una tasa de crecimiento anual compuesto (CAGR) positiva del 0,46 % durante el período 2015 a 2020 con un valor de ventas de más de 500 millones de libras en 2020 (una disminución del 0,50 % con respecto a 2019).<sup>25</sup> A partir de datos del 2020, las cremas dentales de mayor consumo fueron las de marca Colgate, con más de 32 millones de personas

---

20 DAWES, J., MEYER-WAARDEN, L., & DRIESENER, C. (2015). Has brand loyalty declined? A longitudinal analysis of repeat purchase behavior in the UK and the USA. *Journal of Business Research*, 68(2), 425-432.

21 DEKIMPE, M. G., STEENKAMP, J. B. E., MELLENS, M., & ABEELE, P. V. (1997). Decline and variability in brand loyalty. *international Journal of Research in Marketing*, 14(5), 405-420.

22 UNCLES, M. D., WANG, C., & KWOK, S. (2010). A temporal analysis of behavioural brand loyalty among urban Chinese consumers. *Journal of Marketing Management*, 26(9-10), 921- 942.

23 Dentro de la amplia gama de variedad, se destacan las siguientes categorías: refrescante, blanqueadores, a base de hierbas, contra la sensibilidad, anti-caries, multicultidado, protección de las encías y destinado a los niños.

24 WIEHE, S. (2019). Op. cit.

25 "Toothpaste (Oral Hygiene) Market in the United Kingdom (UK) - Outlook to 2025; Market Size, Growth and Forecast Analytics" Report Linker. Mayo 2021. Disponible en: <https://www.reportlinker.com/p06076644/Toothpaste-Oral-Hygiene-Market-in-the-United-Kingdom-UK-Outlook-to-Market-Size-Growth-and-Forecast-Analytics.html>

consumiéndolas, seguido por Sensodyne y Aquafresh.<sup>26</sup> Otro caso para citar, refiere al mercado de Polonia, dentro de la cual se comercializa anualmente más 11 millones de litros de crema dental que representan más de 160 millones de dólares. Sus tres principales compañías abarcan más del 60% del mercado.<sup>27</sup>

El impulso en el consumo de crema dental en la región de Asia Pacífico viene impulsada principalmente por India y China. En estudio del 2010 evaluó el comportamiento de los consumidores de las ciudades de Shanghai y Xi'an. En Shanghai, una marca nacional, Colgate, y otra marca regional dominan el mercado con una participación conjunta de aproximadamente el 60% del mercado. Se observa una concentración muy similar en Xi'an, donde los líderes del mercado, Zhonghua (marca nacional), Colgate y LMZ, tenían una participación conjunta de más del 50% del mercado. El informe percibe una estructura de mercado estable, con escasos cambios entre las seis principales marcas a lo largo del tiempo.<sup>28</sup> Vinculado al mercado de la India, lo interesante recae en que en la actualidad una parte importante de su población no tiene consciencia respecto a la salud bucal, además de utilizar productos no habituales para su cuidado bucal (sal, ceniza, tabaco u otros ingredientes a base de hierbas, entre otros). Menos del 15% de los usuarios de la crema dental en la India se cepillan dos veces al día. Respecto a su estructura, Colgate y Unilever en conjunto representan más del 85% del mercado.<sup>29</sup> Según datos del 2017, el líder es Colgate con más del 43%, seguido por Pepsodent (Unilever) con el 20%. El mismo informe encontró una lealtad media hacia las marcas, con un 45% de los consumidores que usaron la misma marca durante 5 años, y un 55% de los encuestados que indicaron haberla cambiado. Las razones del cambio estuvieron vinculadas con la indisponibilidad de la marca anterior, muestras gratis de nuevas marcas, descuentos o nuevos productos a menor precio.<sup>30</sup>

Por su parte, la comercialización de crema dental (y de todos los productos vinculados al cuidado bucal) en América Latina presentan como su principal proveedor a la empresa Colgate Palmolive. Según datos del 2011, la compañía contaba con el 44% del mercado mundial de las cremas dentales y el 32% de la venta de cepillos de dientes; mientras que en América Latina la venta de crema dental asciende al 75% del total de las ventas (Brasil con el 70,6%). Dichos valores superan a los registrados en Europa (20%) y Norteamérica (19%).<sup>31</sup> De todas formas, se ha registrado una caída en sus ventas (de todos sus productos) en la última década en la región mencionada del 25%: pasando de 4895 millones en 2011 a 3.663 en el año 2021.<sup>32</sup>

26 STATISTA. Estadísticas. Disponible en: <https://www.statista.com/statistics/>

27 MALINOWSKA, P., & ZIELIŃSKA-CHMIELEWSKA, A. (2011). Op. cit., p. 439-449.

28 UNCLES, M. D., WANG, C., & KWOK, S. (2010). Op. cit., p. 921- 942.

29 VANI, G., & PANCHANATHAM, N. (2010). Toothpaste Brands "A Study of consumer behavior in Bangalore city. *Journal of Economics and Behavioral studies*, 1(1), 27-39.

30 SETHI, M. H. K. (2017). Marketing Research: Toothpaste Industry. *International Journal of Engineering Research & Technology (IJERT)*.

31 "General Colgate" América Economía. Publicado en Mayo, 2011. Disponible en: <https://www.americaeconomia.com/revista/general-colgate#:~:text=En%20consecuencia%2C%20hoy%20tiene%20la,%2C6%25%20en%20Brasil>.

32 STATISTA. Estadísticas. Disponible en: <https://es.statista.com/estadisticas/>

## 1.6 Mercado de la Crema Dental en Uruguay

Según datos recabados por la Encuesta Nacional de Gastos e Ingresos del Hogar (ENGIH 2016-2017) del Instituto Nacional de Estadística (INE), los hogares uruguayos gastan el 11,9% de sus ingresos en bienes y/o servicios vinculados con la salud (incluyendo el pago de FONASA). Si el mismo dato se desagrega por área geográfica, en Montevideo se gasta el 11,4% de los ingresos, mientras que en el interior del país la cifra asciende a 12,4%. Además, según una encuesta realizada por Equipos Consultores, en diciembre del 2020 a usuarios de supermercados de Montevideo, Atlántida y Mercedes, el 13% del gasto realizado en los mismos corresponde a productos de tocador, salud, belleza y productos para bebé. Si se desagrega según tamaño del local, dicho segmento corresponde al 2% del gasto en comercios pequeños, 9% de los comercios de tamaño medio y del 16% de los locales de gran porte. Sin embargo, es importante aclarar que en dicha encuesta no se incluyeron farmacias, las que representan un agente importante respecto a las ventas de productos vinculados a la salud y, por lo tanto, a los productos destinados al cuidado bucal.

Con el objetivo de analizar del mercado de la crema dental, la CPDC dispuso en el año 2021 del inicio de una medida preparatoria. El motivo principal del estudio de mercado radicaba en comprender el funcionamiento del sector y aproximarse a posibles motivos que expliquen tal brecha de precios a la luz de los datos ya existentes. Por tal razón, se realizó una solicitud de datos del período 2018-2020 a los principales productores/importadores de crema dental, y a las principales cadenas de supermercados y farmacias del país que fue resumido en un informe técnico.<sup>33</sup> Las principales empresas involucradas en el sector de la crema se dedican a la importación y distribución de este tipo de productos, siendo algunas de ellas filiales de empresas multinacionales dedicadas a la producción, mientras que otras son empresas independientes que cuentan con la distribución exclusiva. Consultadas la gran mayoría de compañías involucradas<sup>34</sup>, se constató que en el año 2020 el sector obtuvo ingresos (sin IVA) de casi 420 millones de pesos uruguayos (más de 10 millones de dólares), lo que implicó un crecimiento de casi el 25% respecto al año anterior (337 millones de pesos uruguayos).

Considerando los ingresos provenientes únicamente de ventas de cremas dentales de las empresas consultadas, se obtuvo que la principal compañía acaparaba más del 80% en el año 2020, mientras que la siguiente contaba con menos del 10%. Si se consideran las ventas de las principales cadenas de supermercados y farmacias del país, la posición de la principal compañía asciende a más del 85% (cerca del 90% supermercados y más del 75% en las cadenas de farmacias). Resulta relevante considerar que los grupos de distribución minorista (tanto cadenas de supermercados como de farmacias) de mayor nivel de ingresos adquieren sus productos de forma directa, mientras que los comercios de menor tamaño se ven en la obligación de utilizar intermediarios

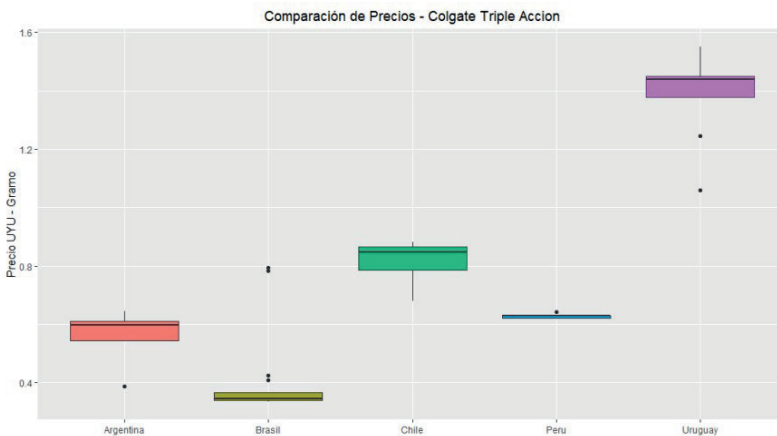
33 SEQUEIRA, Martín. Informe N° 93/2022. Expediente N° 10/2021: MERCADO DE LA CREMA DENTAL - Medida Preparatoria. Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia. Ministerio de Economía y Finanzas, Uruguay.

34 Colgate-Palmolive, Sebamar, GlaxoSmithKline (GSK), Unilever y Mable. No se obtuvo información de Atlantis S.A. y Leopoldo Gross.

para la comercialización de los productos, provocando un gasto adicional entorno al 20% del costo.<sup>35</sup> Este elemento, sumado a otros factores (poder de negociación, distribución geográfica, publicidad), tendrán una clara incidencia en las condiciones de comercialización de cada grupo.

El informe mencionado consideró una canasta de 22 productos (de las 5 compañías) con el objetivo de realizar una evaluación de las variables económicas que intervienen en el proceso de comercialización. Uno de los factores que caracteriza las estrategias comerciales de los actores involucrados refiere a la disposición de diferentes marcas que, generalmente, presentan diferentes objetivos comerciales. Colgate-Palmolive presenta a su marca Colgate y Periodont (de mayor nivel de precios) y Kolynos y Pico-Jenner (de menor nivel de precios); por su parte, la empresa Sebamar cuenta con la marca Oral-B (de mayor nivel de precios) y Crest (de menor nivel). Por tal motivo, se realizó una división entre dos grupos según su nivel de precios de la canasta seleccionada. El primer elemento resaltable guarda relación con las unidades comercializadas, donde la marca más comercializada refiere a Colgate. De todas formas, si se consideran únicamente los productos de 90 gramos (que representan más del 50% de las cremas dentales comercializadas), la marca más comercializada es Kolynos. De todas formas, vale aclarar que la canasta de Kolynos está integrada por solamente 5 productos, mientras que Colgate cuenta con más de 90 productos.

En segundo lugar, se debe atender al fenómeno de los precios. Como ya fue mencionado, Uruguay presenta niveles de precios muy elevados respecto a la región. La siguiente figura revela datos sobre los precios del producto Colgate Triple Acción (preferentemente 90 gramos), en cuatro momentos del mes junio 2021. Considerando las diferencias cambiarias y de volúmenes de productos, se procesaron los datos obtenidos de las páginas web de al menos dos cadenas de supermercados de Uruguay, Argentina<sup>36</sup>, Brasil, Chile y Perú.



35 SEQUEIRA, Martín. Informe N° 93/2022. Expediente N° 10/2021: MERCADO DE LA CREMA DENTAL - Medida Preparatoria. Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia. Ministerio de Economía y Finanzas, Uruguay.

36 Se utilizó un promedio entre el TC oficial y el TC "Blue"

Respecto a los precios a nivel nacional, se debe mencionar que no se perciben grandes diferencias en el nivel de precios de los principales productos comercializados entre las principales cinco grandes cadenas. Las cadenas menores y los comercios independientes presentan en promedio valores superiores. A su vez, se observan mayor nivel de precios en los departamentos alejados de las zonas fronterizas (Montevideo y Maldonado se registran los mayores precios). Tal como fue mencionado, el mercado de la crema dental se caracteriza por una amplia gama de productos que responde a diferentes necesidades de los consumidores. Esta variabilidad en las demandas se traduce en amplias diferencias de precios entre los productos, donde algunos usuarios adquieren productos de elevado nivel de precios a cambio de mayor calidad o satisfacción de una necesidad particular. Por tal motivo, es muy notorio la diferencia entre segmentos de productos, donde existen aquellos que compiten por precios y aquellos que compiten por calidad de producto (denominados “Premium”). En el primer segmento de productos, donde se consolida el mayor nivel de competencia, se han observados fenómenos particulares en el mercado uruguayo en los últimos años. Se observó una caída en el nivel de precios de una de las marcas de Kolynos de casi el 40% a fines del año 2017, el cual se vio respondido con un aumento de su demanda. A su vez, la marca Close UP ha mostrado una marcada caída en sus precios a mediados del 2018 pero sin visualizarse un aumento de la demanda que contrarreste dicha política.

Al igual que en los precios, se observan valores muy dispersos en los márgenes de los importadores, según sea el producto que se analice. Considerando las principales marcas, las grandes cadenas de supermercados obtiene en promedio entre el 40% y 60% de utilidades en función del costo del producto. Respecto a los productos, se obtiene valores superiores que se ubican en general entre el 100% y el 300%.<sup>37</sup> De todas formas, se observan casos atípicos, principalmente en el caso de la compañía líder. Algunos de sus productos de menor precio presentan márgenes muy bajos, siendo alguno de ellos negativos. A su vez, en algunos de sus productos de mayor valor, se observan valores por encima del umbral del 400% que descienden a finales del año 2018 para ubicarse por sobre la barrera del 200%. Más allá de los valores obtenidos, es importante notar dos elementos: los márgenes obtenidos de los productos mayores a lo de los distribuidores (lógico en cualquier funcionamiento de un mercado en función de las actividades, riesgos e inversiones de cada uno) y la variabilidad de los valores inter-compañía e intra-compañía.

Sumado a la evaluación de diferentes variables económicas, el informe adicionó al análisis información referida a los contratos entre las empresas y las menciones de cada uno de los actores involucrados respecto al funcionamiento del sector. Sobre el primer caso, algunos contratos refieren a descuentos otorgados por el productor al distribuidor en caso de cumplirse ciertas condiciones en plazos establecidos: formas de pago, espacio en góndola, participación en cabeceras, mantenimiento o crecimiento del volumen de compras, devolución de mercadería, entrega de cierta información determinada, entre otros. El

---

<sup>37</sup> Se obtuvo a partir de la diferencia entre el valor de las importaciones (más todos los gastos correspondientes) y el precio de venta a sus clientes (sin IVA). El cálculo se realizó en función de los costos:  $(Ventas - Costo) / Costo$



cumplimiento de todos o la mayoría los condicionamientos podían llegar a alcanzar descuentos máximos de entre el 12% y el 15%. Dos de ellos representan, según quienes suscriben, elementos a considerar al momento de hipotetizar respecto al correcto funcionamiento del mercado: pagos por participación de góndola y en cabeceras. Una participación elevada en las góndolas representaría una especie de exclusión para el resto de las marcas que se deben conformar con competir en un espacio menor y peor ubicado.

En síntesis, el mercado de la crema dental en Uruguay presenta un alto grado de concentración, altos niveles de precios respecto a la región y una amplia gama de productos que se traduce en una alta dispersión en los precios y en los márgenes que obtiene cada actor involucrado. Con el objetivo de ahondar en el análisis de los precios y la formación de los mismos, la CPDC inició otra medida preparatoria en el año 2022, que concluyó con un nuevo informe técnico, elaborado a partir del pedido de informe a diferentes agentes.<sup>38</sup> En el mismo se realiza una descripción somera sobre el proceso de importación de productos a los principales importadores y al principal despachante de aduana de estos productos. Este último señaló que con el objetivo de liberar la mercadería el despachante realiza una declaración aduanera de mercaderías. La declaración citada debe contener todos los datos e informaciones necesarios para la inclusión de la mercadería en el régimen de importación definitiva solicitado: datos referidos a su identificación (clasificación arancelaria), valoración origen, unidades comerciales, etc. Al momento de la importación, ocurren controles aduaneros y tributarios, y también otros controles ordenados por organismos no aduaneros. En referencia a los pagos tributarios, las importaciones de crema dental quedan sometidos al NCM 3306.10.00.00 con la siguiente tributación: Recargo (10% sobre Valor en Aduanas (VA)); IMADUNI (8% sobre VA); IVA (22% sobre VA + Arancel); Anticipo de IVA (10% sobre VA+ Arancel); Anticipo IRAE (4% sobre VA + Arancel); Tasa Consular (5% sobre VA); TSA (0,2% - tope máximo por DUA: USD 50 sobre VA); Extraordinario<sup>39</sup>. A su vez, se agregan gastos como Guía de Tránsito (\$UY 380 por cada DUA), timbre electrónico (\$UY 220 por cada DUA) y los gastos del despachante (que se fijan entorno al 0,4% sobre el valor CIF + IVA, con un honorario mínimo y gastos fijos por cada operación). Si la importación es por vía marítima en carga contenerizada se agrega un pago del 0,25% sobre el valor CIF y hasta un máximo de USD 141,70 por tonelada.<sup>40</sup> A su vez, se debe considerar que en caso que los productos tengan origen desde el Mercosur la Tasa Consular baja al 3% (y si es de México 0%), mientras que para el Recargo e IMADUNI (conforman la Tasa Global Arancelaria), en caso de tener origen MERCOSUR, México o cualquier otro Estado o Territorio con el que Uruguay tenga un Acuerdo Comercial Preferencial acreditado con un certificado de origen

38 SEQUEIRA, Martín. Informe N° 117/2023. Expediente N° 2022-5-1-0100536: ANÁLISIS DE PRECIOS DE LA CREMA DENTAL - Medida Preparatoria. Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia. Ministerio de Economía y Finanzas, Uruguay.

39 Se calcula sobre el VA de la mercadería declarada en el DUA según la siguiente escala: de U\$S 500 hasta U\$S 1.000.00 → U\$S 12; de U\$S 1.001 hasta U\$S 2.000.00 → U\$S 24; de U\$S 2.001 hasta U\$S 8.000.00 → U\$S 40; de U\$S 8.000 hasta U\$S 30.000 → U\$S 108; de U\$S 30.001 hasta U\$S 100.000 → U\$S 240; de U\$S 100.001 en adelante → U\$S 600

40 ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE PUERTOS. Tarifas a la mercadería. Disponible en: <https://www.anp.com.uy/inicio/puertos/comerciales/montevideo/tarifas/la-mercaderia>

válido estos tributos bajan a 0%. De todas formas, se ha detectado que la gran mayoría de las importaciones de crema dental provienen de Argentina, pero presentan origen chino, por lo que la reducción de dichas tasas no es aplicable.

A esta referencia es importante sumarle que frente a la consulta realizada a las grandes cadenas de supermercados frente a la posibilidad de importar, las mismas contestaron en términos generales aludiendo al alto costo que implicaría introducir una nueva marca al mercado (alta inversión vinculada a la logística, publicidad, sumado al gasto regulatorio) en el marco de un sector con una empresa líder indiscutible; además, se refirieron a impedimentos regulatorios frente a la posibilidad de importar marcas de la empresa líder. En este sentido, el citado informe también profundizó en las regulaciones sanitarias establecidas en el país.

Así, en Uruguay, en el caso de productos de tocador e higiene personal, la habilitación de una empresa importadora ante el MSP requiere cumplir determinados requisitos como ser la necesidad de contar con un depósito habilitado por el MSP y con un responsable técnico. El Departamento de Alimentos, Cosméticos y Domisanitarios de la División Evaluación Sanitaria del Ministerio de Salud Pública (MSP), emite certificados de registro y autorización de comercialización de los productos calificados como productos de higiene personal, cosméticos y perfumes. La Resolución Ministerial que autoriza al funcionamiento de la empresa tiene una vigencia de hasta 5 años a partir de la fecha de emisión de la misma, momento en el cual se debe abonar el pago de un arancel. Para el caso de las cremas dentales son clasificadas como productos cosméticos Grado 1 (si no contienen Flúor) o Grado 2 (si contienen Flúor).<sup>41</sup> Los ingredientes deben cumplir con el Decreto N° 326/2014 en el que se establecen los ingredientes autorizados y sus límites; así como también los demás ingredientes (colorantes, conservadores, etc.). A su vez, la autoridad sanitaria señalaba lo siguiente en el expediente citado, al ser consultado acerca de la normativa regulatoria:

La única forma de constatar este cumplimiento es a través de documentación que el fabricante de origen, habilitado por la Autoridad Sanitaria de origen, le proporciona a la empresa importadora. En el mismo Decreto se establecen, además, las condiciones de uso y advertencias del rotulado (advertencia para la no aplicación en niños, advertir por la presencia de monofluorofosfato de sodio, etc.). El producto debe cumplir además con los Decretos 425/2007 (Rotulado General de productos cosméticos) y el Decreto 370/00 (Rotulado Específico), en el cual están consignados los dentífricos. Es importante mencionar que en la Normas de rotulado es obligatorio colocar en el rótulo los datos del origen, fabricante e importador, número de lote y vencimiento junto con los datos de registro de producto.<sup>42</sup>

---

41 De acuerdo al Decreto N° 428/007, existen diferentes tipos de dentífricos: anticaries, antiplaca, antisarro, blanqueador, para dientes sensibles, infantiles

42 Expediente N° 2022-5-1-0100536: ANÁLISIS DE PRECIOS DE LA CREMA DENTAL - Medida Preparatoria. Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia. Ministerio de Economía y Finanzas. Folios 84 y 85.



En otras palabras, para obtener dicho registro sanitario se debe obtener la información técnica o *dossier* del producto, que es aportada exclusivamente por su fabricante. En consecuencia, el citado requisito termina oficiando como una barrera de entrada para que otros importadores puedan adquirir dicho producto, ya que el productor de origen no tendrá incentivos a entregar dicha información a otro distribuidor, evitando así la competencia intra-marca.

A criterio de quienes suscriben, se debe avanzar en cambios regulatorios que fomenten la competencia entre productos idénticos que se encuentran consolidados en el mercado. Dichos cambios podrían pasar por un registro único a nivel de Mercosur o una flexibilización de la normativa actual que otorgue incentivos al primer registro sanitario (con los datos del productor), pero que permita a otros importadores registrar el producto una vez que la Autoridad Sanitaria ya cuente con dichos datos. De todas formas, los informes elaborados por la CPDC han revelado que los usuarios no se rigen únicamente por la lealtad hacia ciertos productos determinados. En primer lugar, los productos de mayor consumo son aquellos de menor nivel de precios. A su vez, se han percibido aumentos en los niveles de demanda frente a caída en los precios de los mismos. A esto se suma que no todos los usuarios son conocedores del funcionamiento de cada compañía (por ejemplo, que Kolynos y Colgate integran la misma compañía). Por tal motivo, la sensibilidad frente a los precios representa un elemento sustancial a considerar. El hecho de que existan productos con precios bajos sin altos niveles de comercialización podría inducir a pensar que ciertos mecanismos de mercado no están permitiendo una distribución y visualización acorde de los mismos. La revisión de ciertas prácticas comerciales, como los altos espacios en góndola comercializados, la participación en cabeceras y descuentos varios, deberán ser analizados para propiciar mayores niveles de competencia en los mercados y generar así beneficios en los usuarios.

### **3 CONCLUSIONES**

Debido a sus características, Uruguay es un país que presenta un alto grado de dependencia con las importaciones que realiza. Al año 2022 el valor total de las importaciones de bienes ascendió a casi 11 mil millones de dólares, lo que representó un incremento del 22% interanual, que se distribuyó de la siguiente forma: bienes de consumo final (33%), bienes intermedios (46%) y bienes de capital (21%). Por tal motivo, la incidencia de los bienes importados en el precio de la canasta básico de consumo del país tendrá una clara influencia.

Comprender la diferencia de precios con los países regionales de algunos productos que importa Uruguay, en particular aquellos destinados a la higiene y al cuidado personal, son la razón del presente artículo. En una primera lectura el fenómeno no parece estar influenciado por cuestiones impositivas ya que, obviando los gastos de la importación (que no son representativos), la Tasa Global Arancelaria no presenta incidencia si la producción tiene origen regional y no existen diferencias sustanciales entre los países regionales en las tasas impositivas vinculadas al consumo y a la actividad económica, el marco regulatorio existente vinculado al control sanitario presenta características que pueden incidir en el funcionamiento de los mercados, al dar lugar a la existencia de importadores exclusivos. Por otro lado, las particularidades propias de cada

uno de los mercados, caracterizados generalmente por el dominio casi total de una o dos compañías, a lo que se agregan prácticas comerciales acordadas entre los distribuidores y proveedores pueden tener un carácter exclusorio hacia agentes entrantes o minoritarios.

Sumado a la evaluación genérica sobre las importaciones, el presente artículo realiza un análisis del mercado de la crema dental en Uruguay en función de dos informes técnicos elaborados por la CPDC. Algunos de los resultados de los estudios revelan un mercado altamente concentrado y dominado (casi) en absoluto por producción importada. La empresa líder se caracteriza por presentar diversas marcas y una amplia gama de productos que responde a las diferentes necesidades de los usuarios. Dicha variedad se refleja también en los precios, donde se encuentran una amplia brecha en los precios que responde a las diferentes características de los segmentos de productos. A su vez, se observa una alta dispersión en los márgenes, al presentar ganancias extra-normales en algunos productos y márgenes negativos o cercanos a cero en algunos productos de menor tamaño.

Para la importación de crema dental (y de otros bienes de similares características), se debe presentar frente a MSP, la documentación emitida por el fabricante de origen (habilitado por la Autoridad Sanitaria de origen), donde se detalla información sensible vinculada al proceso productivo del producto. Este elemento consolida una barrera de entrada al impedir que otros interesados pueden adquirir los mismos productos al no contar con la ficha técnica solicitada. La falta de incentivos del productor de origen (explicada por los altos márgenes obtenidos) no haría posible esta posibilidad. A la cuestión regulatoria, se le suman diferentes prácticas comerciales establecidas entre los productores y los distribuidores, al negociarse elevados espacios en góndola, espacio en cabeceras y otros elementos, a cambio de descuentos. Dichas prácticas, sumada a un aumento en la demanda constatada por parte de los consumidores uruguayos frente a la caída en los precios de uno de los productos más comercializados, llevan a pensar que el mercado de la crema dental no solo se rige por la lealtad hacia las marcas más reconocidas.

La suma de todos estos elementos configura un escenario de precios relativos elevados cuando uno lo compara con los países de la región. Se constata, además, niveles de precios menores en los departamentos de Uruguay que presentan frontera terrestre con los países vecinos, y son víctimas de altos niveles de contrabando. Esto conlleva a plantear diversas políticas que deben ser aplicadas para contrarrestar en parte este fenómeno. Por un lado, se debe aplicar una flexibilización de la normativa sanitaria que fomente la competencia intra-marca (por ejemplo, un registro único del Mercosur, o posibilidad de mayores importadores sin la necesidad de presentar el registro único, pero con incentivos al primero que lo presenta). Por otro lado, se debe avanzar en el análisis referido al vínculo entre proveedores y distribuidores con el fin de evitar prácticas que fomenten la exclusión o poca visibilidad de los agentes minoritarios de los mercados.

## **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

- AGUIAR, L., FLEITAS, S., MARCHESANO, A., ODDONE, G., UMPIÉRREZ, I. (2020). Estudio sobre formación de precios al consumo en Uruguay. CPA Ferrere.
- DAWES, J., MEYER-WAARDEN, L., & DRIESENER, C. (2015). Has brand loyalty declined? A longitudinal analysis of repeat purchase behavior in the UK and the USA. *Journal of Business Research*, 68(2), 425-432.
- DEKIMPE, M. G., STEENKAMP, J. B. E., MELLENS, M., & ABEELE, P. V. (1997). Decline and variability in brand loyalty. *international Journal of Research in Marketing*, 14(5), 405-420.
- HABERLER, G., STONIER, A. W., & BENHAM, F. (1936). *Theory of international trade with its applications to commercial policy*.
- “Informe Anual. Comercio Exterior, 2022.” URUGUAY XXI. Disponible en: <https://www.uruguayxxi.gub.uy/es/centro-informacion/articulo/informe-anual-de-comercio-exterior-de-uruguay-2022/>
- KRUGMAN, P. R. (1979). Increasing returns, monopolistic competition, and international trade. *Journal of international Economics*, 9(4), 469-479
- LORENZO, F., PEREYRA, M. (2021). Aportes para la determinación del mercado relevante de los supermercados en Uruguay (2021). Centro de Investigaciones Económicas (CINVE)
- MALINOWSKA, P., & ZIELIŃSKA-CHMIELEWSKA, A. (2011). Applied pricing strategies of toothpastes’ producers on polish cosmetics market. *Acta Scientiarum Polonorum. Oeconomia*, 10(3), 97-107.
- MEDIN, M. J., ABREU, G. “Índice de precios Fronterizos. Mayo, 2023” Observatorio Económico, Universidad Católica Campus Salto.
- “Oral Care Market Analysis, 2016–2028. Opportunities beyond COVID-19 crisis” GRAND VIEW RESEARCH, 2021.
- PALDA, K. S., & BLAIR, L. M. (1970). A moving cross-section analysis of demand for toothpaste. *Journal of Marketing Research*, 7(4), 439-449.
- “Principales Resultados Encuesta Nacional de Gastos e Ingresos de los Hogares (2016-2017).” Instituto Nacional de Estadística, 2017. Disponible en: <https://www.gub.uy/instituto-nacional-estadistica/comunicacion/publicaciones/principales-resultados-encuesta-nacional-gastos-ingresos-hogares-2016>
- RICARDO, D. (1817). 1951. On the principles of political economy and taxation. *The works and correspondence of David Ricardo*, 1.
- SEQUEIRA, Martín. Informe N° 93/2022. Expediente N° 10/2021: MERCADO DE LA CREMA DENTAL - Medida Preparatoria. Comisión

de Promoción y Defensa de la Competencia. Ministerio de Economía y Finanzas, Uruguay.

- SEQUEIRA, Martín. Informe N° 117/2023. Expediente N° 2022-5-1-0100536: ANÁLISIS DE PRECIOS DE LA CREMA DENTAL - Medida Preparatoria. Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia. Ministerio de Economía y Finanzas, Uruguay.
- SETHI, M. H. K. (2017). Marketing Research: Toothpaste Industry. International Journal of Engineering Research & Technology (IJERT).
- SMITH, A. (1776). An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations: Volume One. London: printed for W. Strahan; and T. Cadell, 1776.
- TEJEDA-VILLANUEVA, A., BLANCO-JIMÉNEZ, M., & GUERRA-MOYA, S. (2019). Factores que impulsan las importaciones de las empresas de alimentos procesados, mejorando su competitividad. Investigación administrativa, 48(124), 0-0.
- UNCLES, M. D., WANG, C., & KWOK, S. (2010). A temporal analysis of behavioural brand loyalty among urban Chinese consumers. Journal of Marketing Management, 26(9-10), 921- 942.
- VANI, G., & PANCHANATHAM, N. (2010). Toothpaste Brands “A Study of consumer behavior in Bangalore city. Journal of Economics and Behavioral studies, 1(1), 27-39.
- VERNON, R. (1966). International trade and international investment in the product cycle. Quarterly journal of economics, 80(2), 190-207.
- VINER, J. (1937). Studies in the Theories of International Trade.
- WIEHE, S. (2019). Pricing and Pack Size: Brand, Quantity, and Cost Considerations in Purchasing Multipacks of Toothpaste.

## **RESEÑA BIOGRÁFICA ALEJANDRA GIUFFRA GAYDO**

Presidenta de la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia.

Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (1995) egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad de la República, Uruguay. Fiscalía General de la Nación (1999-20009). Asesora Letrada de la Comisión Promoción y Defensa de la Competencia (2010-2019), Comisionada de la Autoridad de Competencia (2019 a la fecha). Presidenta de la CPDC desde marzo de 2023.

## **MARTÍN SEQUEIRA TERRA**

Asesor Economista.

Licenciado en Economía (2015) egresado de la Facultad de Ciencias Económicas y Administración de la Universidad de la República, Uruguay. Magíster en Economía (2020) egresado de la Facultad de Ciencias Económicas y

Administración de la Universidad de la República. . Desde enero del año 2020 se desempeña como asesor económico de la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia (Ministerio de Economía y Finanzas, Uruguay).



# INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN Y MERCADOS DIGITALES: RETOS AL DERECHO DE LA COMPETENCIA

TROCA DE INFORMAÇÕES E MERCADOS DIGITAIS: DESAFIOS PARA O DIREITO DA CONCORRÊNCIA

*Natalia Marcos Sperati*

*Gonzalo Ramos Delacoste*

**RESUMEN:** Partiendo de una consulta formulada a la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia, presentada por una cadena de supermercados de Uruguay, respecto a la posibilidad de brindar servicios a otros supermercados como los de administración, logística, compras indirectas y administración de un club de compras, se analiza los potenciales riesgos a la competencia que esta conducta presenta, centrando la atención en el intercambio de información sensible entre competidores. A partir de ahí, se incursiona en ciertos avances tecnológicos: Big Data, algoritmos e inteligencia artificial y su potencial riesgo como facilitadores de colusión.

**Palabras claves:** Intercambio de información, mercados digitales, Big Data, algoritmos, inteligencia artificial, barreras de entrada, colusión.

**RESUMO:** Com base em consulta à Comissão para a Promoção e Defesa da Concorrência, apresentada por uma rede de supermercados do Uruguai, sobre a possibilidade de prestar serviços a outros supermercados como administração, logística, compras indiretas e administração de um clube de compras, são analisados os potenciais riscos concorrenciais que esta conduta apresenta, focando a atenção na troca de informação sensível entre concorrentes. A partir desse ponto, se aventura em certos avanços tecnológicos: Big Data, algoritmos e inteligência artificial e seu risco potencial como facilitadores de conluio.

**Palavras-chave:** Troca de informações, mercados digitais, Big Data, algoritmos, inteligência artificial, barreiras de entrada, conluio.

## 1. INTRODUCCIÓN

Constituye un principio fundamental de la competencia que cada uno de los agentes económicos determinen de manera autónoma su desenvolvimiento económico en el mercado, siendo posible que éstos, sin establecer contactos entre ellos, se adapten de manera inteligente al comportamiento actual o previsto de sus competidores o a las condiciones habituales del mercado<sup>1</sup>. Es así como la incertidumbre constituye un elemento dinamizador de la competencia, dado que los competidores sólo tienen la capacidad de reacción cuando ésta es trasladada al mercado por su contendiente, generando tensión entre los competidores y premiando a quienes innovan y reaccionan pronta y acertadamente a los cambios.<sup>2</sup>

1 COMISIÓN EUROPEA - Proyecto de la Comisión – Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal – PROYECTO- 2022/C 164/01. El 1 de marzo de 2022, la Comisión aprobó el contenido de dicho proyecto, sujeto a consulta pública.

2 LÓPEZ VILLANUEVA, Rodrigo – “El intercambio de información entre

El intercambio de información ha sido conceptualizado en el Derecho de la Competencia, como la serie de interacciones realizadas entre competidores, con el propósito de transmitir información de carácter relevante a través de diversos canales. Aumentar la transparencia en el mercado, puede ser beneficioso para éste, generando efectos pro competitivos (llegando a solucionar asimetrías de información), a nivel interno de las empresas (la comparación con competidores estimula a diseñar y mejorar estrategias comerciales) e incluso, al propio consumidor, al reducir los costes de búsqueda.<sup>3</sup>

Pero también, puede inducir a la coordinación de comportamiento de los competidores y, en la medida que se incrementa la transparencia de un mercado concreto, puede facilitar la estabilidad de un acuerdo anticompetitivo mediante el monitoreo de su adherencia.<sup>4</sup>

Estas desventajas se han visto agravadas, con los avances tecnológicos de la era digital, marcada por la rapidez, agilidad y avalancha de información, en la que confluyen factores adicionales a la publicidad de productos y servicios en el mercado.<sup>5</sup> Asimismo, ha producido cambios en la forma como se estructuran los mercados, en la forma como interactúan los agentes económicos, emergiendo nuevos modelos de negocios que han sido fuertemente influenciados por las plataformas multilaterales y el Big Data.<sup>6</sup> En particular, este último ha introducido medios cada vez más innovadores para comunicar y compartir información digital, y en consecuencia, formas más sofisticadas para concertar, pudiéndose utilizar por ejemplo para calibrar algoritmos de fijación de precios dinámicos, que evidencia lo poderosa de dicha herramienta.<sup>7</sup>

Este artículo analiza, a partir de la consulta formulada por un grupo empresarial que se desempeña en el rubro de supermercados (respecto de la posibilidad de brindar determinados servicios a otros supermercados), los potenciales riesgos que puede aparejar el intercambio de información sensible entre competidores, los criterios para evaluarlo y el tratamiento dispensado a dicha práctica a nivel del Mercosur. Luego, se abordará la evolución del intercambio de información, haciendo foco en el concepto de los mercados digitales y la diferencia con los mercados tradicionales, la importancia del Big Data, los algoritmos y la inteligencia artificial. Finalmente, se presentan las

---

competidores y su tratamiento en Perú”. Lima. Perú. 2019. p. 151 a 167.

3 OCDE “Information Exchange Between Competitors under Competition Law, Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, 2010/37, 2010.9.

4 COMISIÓN EUROPEA – Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal –2011/C 11/01).

5 OLATZ RETORTILLO ATIENZA, María: “Intercambio de información entre competidores” – Acuerdos Horizontales, Mercados electrónicos y otras cuestiones actuales de competencia y distribución. – Directores: Luis Antonio Velasco San Pedro, Joseba Aitor Echebarría Saenz y Carmen Herrero Suárez. Instituto de Estudios Europeos. Lex Nova. Thomson Reuters, pág. 63.

6 LABBE FIGUEROA, María Francisca: “Big data: Nuevos desafíos en materia de libre competencia” – Revista Chilena de Derecho y Tecnología. Volumen 9 Núm. 1 (2020) págs. 33-62.

7 CANADÁ. CANADA COMPETITION BUREAU. “Big data and Innovation: Implications for Competition Policy in Canadá Draft Discussion Paper”. 2017



reflexiones finales que contemplan los retos y posibilidades de actuación de las agencias de competencia.

## 2. DESARROLLO

### 2.1. Descripción del caso

En Uruguay, la normativa que regula la materia específica del Derecho de la Competencia (Ley N° 18.159, de fecha 20 de julio de 2007 y el Decreto N° 404/007, de fecha 29 de octubre de 2007, sus modificativas y concordantes) prevé entre las facultades y cometidos otorgados a la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia (CPDC), el de responder consultas que le formule cualquier persona física o jurídica, pública o privada, respecto de la aplicación de las disposiciones de solicitud de autorización de concentraciones, como respecto “de prácticas concretas que realizan o pretenden realizar”, constituyendo una valiosa herramienta para brindar certeza a los administrados.

Este último, fue el caso de la consulta vinculante promovida por parte de una de las cuatro cadenas de supermercados más grande del país, solicitando pronunciamiento “sobre la regularidad jurídica de una serie de prácticas que las Comparecientes pretenden realizar”.

En concreto, a partir de la división que realiza la consultante respecto a las actividades que realizan los supermercados: i) *la esencia del negocio*, que comprende las decisiones comerciales (surtido a ofrecer, cantidades a comprar, precios de venta, etc.), la gestión operativa de locales comerciales (reposición de mercaderías, seguridad, limpieza), y las decisiones estratégicas e institucionales (apertura y cierre de locales, gestión de directorio y asambleas) y; ii) *los servicios no definitorios del negocio*, que comprende la administración (contabilidad, pagos a proveedores, administración de RRHH, gestión de sistemas informáticos, habilitaciones, importaciones), la logística (recepción, almacenamiento y distribución de mercadería), compras indirectas (compras de activos, gestión de inmuebles, servicios tercerizados) y, el club de compras (negociación de condiciones generales con los proveedores), consultó si era ajustado a la normativa de competencia que ésta preste los servicios no definitorios del negocio a otros supermercados.

La CPDC examinó el tema desde dos perspectivas. Primero, si las actividades que se proponía abarcar no podrían implicar *una transferencia de control*, en la medida que habría una delegación de un cúmulo relevante de actividades a un agente que se encuentra en la misma actividad del mercado de comercialización minorista (administración, logística, compras indirectas y club de compras). Ello fue descartado en primera instancia, en la medida que mantendrían el control de la esencia del negocio los sujetos destinatarios del servicio (decisiones comerciales del negocio, gestión operativa de locales comerciales y las decisiones estratégicas e institucionales). Segundo, el potencial riesgo de acceder a información comercial sensible, reduciendo la incertidumbre sobre las acciones futuras de los competidores, pudiendo llegar a influir en sus políticas de negocio, en perjuicio de los clientes.

Centrándose en este último riesgo se advirtió que, si bien el flujo de la

información inicial es vertical, ya que participan agentes de distintos niveles de la cadena de valor, el efecto final del intercambio sería horizontal, con potencial afectación a la competencia entre los distintos minoristas. Respecto de la tercerización de servicios, se demostró como la consultante a través del servicio que proponía brindar, tendría acceso a información que debería estar sólo en poder de las empresas. Por ejemplo, a través de la gestión de depósito, recepción y almacenamiento de mercadería, distribución de mercadería, control de inventario, gestión de pago a proveedores, se puede acceder al *surtido a ofrecer* y a las *cantidades a comprar*, a través de la gestión de sistemas informáticos, al *precio de venta*, etc.

Otros elementos objeto de análisis, fueron los siguientes: i) como con muy pocos indicadores y con la información interna que posee la cadena de supermercados, se puede deducir el resto de la información; ii) la colusión puede darse entre dos agentes que se encuentren en distintos niveles de la cadena - tipo *hub and spoke*-; iii) en el caso de la organización de un *club de compras*, el coordinador es un agente perteneciente al mismo grupo económico, no un tercero independiente, lo que puede propiciar la transmisión de información confidencial entre los mismos.

En suma, se resolvió por parte de la CPDC, que:

el desarrollo de las actividades comerciales planteadas puede suponer un límite a la acción independiente de las empresas y en la medida que los mecanismos de intercambio de información necesarios para desarrollar las actividades descritas sean utilizados como un procedimiento para facilitar la acción coordinada entre competidores, pueden, potencialmente, favorecer una práctica anticompetitiva, de acuerdo a la Ley N° 18.159<sup>8</sup>.

## 2.2. Marco teórico

En el Derecho de la Competencia el intercambio de información comercialmente sensible ha sido una temática objeto de frecuente análisis y debate, tanto desde el punto de vista jurídico como económico. A nivel de derecho comparado las Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal<sup>9</sup> (las Directrices), constituyen un hito en la materia, al sistematizar una serie de pautas orientadoras para evaluar su posible carácter anticompetitivo. Por otro lado, el tema ha sido también abordado desde una perspectiva económica haciendo foco en sus ventajas -pueden generar eficiencias en el mercado y resultar procompetitivo-, pero también, identificando una serie de factores que deben ser tomados en consideración para valorar la posibilidad de arribar a un acuerdo colusorio.

### 2.2.1. Perspectiva económica

En forma teórica, al considerar el pensamiento neoclásico, para lograr una situación de eficiencia en el sentido de Pareto (combinación de eficiencia en

8 Resolución de la CPDC N° 102/023, de fecha 15 de mayo de 2023.

9 COMISIÓN EUROPEA – Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101. Op. cit.

el intercambio y eficiencia productiva), se debe, en el modelo de competencia perfecta, dejar actuar al libre mercado. Cuando se permite que la mano invisible de Adam Smith, en la interpretación de economistas neoliberales como Paul Samuelson o Paul Krugman, actúe, el mercado alcanzará el óptimo bienestar social. Al proceso anterior se lo entiende como la autorregulación de los mercados<sup>10</sup>.

En este modelo, se parte de varios supuestos, uno de ellos es que hay información perfecta, esto significa que tanto compradores como vendedores conocen todos los precios del mercado y también conocen las capacidades de producción y recursos de los otros vendedores<sup>11</sup>.

Se desprende que para lograr una situación de intercambio óptima donde ningún agente puede mejorar su propia situación sin que otro agente la empeore, se necesita información perfecta. Esta condición de partida, cuestiona las decisiones tomadas por múltiples autoridades de competencia, entre ellas, la Comisión Europea que, como se verá, en las Directrices establece algunos requisitos para evaluar el intercambio de información entre competidores.

Más aún, si estamos en un modelo de competencia perfecta, en lugar de poner barreras o limitaciones al intercambio de información, se debería incentivar y facilitar el mismo, una vez que todos los agentes conozcan todos los elementos necesarios, tomarán decisiones individuales que permitirán arribar al óptimo de Pareto.

Si bien el desarrollo teórico anterior, parece contradictorio con las sanciones impuestas por las autoridades de competencia<sup>12</sup> al detectar el intercambio de información, o incluso la prohibición *per se* que existe en algunos países, como en Perú<sup>13</sup> al intercambio de información, no lo es.

El modelo de competencia perfecta, asume que tanto compradores como vendedores están atomizados, lo que provoca que cada agente de forma individual no puede afectar las variables relevantes, son tomadores de precio, y las decisiones de cada agente es tomada en forma independiente. Este último punto es fundamental para el presente artículo.

Cuando alguno de los supuestos del modelo no se cumple, es cuando aparece el Estado para asegurar las condiciones básicas necesarias para que se logre alcanzar la eficiencia en el sentido de Pareto. Así, el Estado debería definir los derechos de propiedad y asegurar el cumplimiento de los contratos firmados entre los agentes, también debe garantizar que se mantenga la competencia en los mercados, y se impida los abusos de posición dominante. Por otra parte, si los mercados son opacos, es decir, hay falta de información, se debe incentivar y facilitar que los agentes brinden la información necesaria para que otros agentes

---

10 JIMENEZ LIMA, Félix - Política económica, crecimiento y desarrollo - Crecimiento económico: enfoques y modelos - Capítulo 7. Departamento de Economía, 2010 (Documento de Trabajo 307).

11 Ídem.

12 ESPAÑA. CNMC. Expediente S/0404/12 "Servicios Comerciales AENA".

13 LÓPEZ VILLANUEVA, Rodrigo - El intercambio de información. Op. cit.

puedan tomar las mejores decisiones.

Si los supuestos de competencia perfecta no se cumplen y algún agente o grupo de agentes tienen poder de mercado, se pasa a un modelo de competencia imperfecta. En esta situación, que es más cercana a la vida real, puede, aunque no siempre es así, que se pierda eficiencia en la asignación de recursos, es decir, el precio será superior al costo marginal, y la cantidad producida será inferior a la óptima.

Particularmente, si el supuesto que no se cumple del modelo de competencia perfecta es el de información completa, cuando se intercambian bienes y servicios pueden aparecer problemas de información asimétrica y derivar en problemas de riesgo moral y selección adversa, lo cual es ineficiente.

De los párrafos anteriores, se infiere que el intercambio o disponibilidad de información en los mercados es necesario para que los agentes puedan tomar las mejores decisiones y así aumentar la eficiencia, pero se debe ser cauto para que dicho intercambio no le otorgue a un agente o grupo de agentes el poder suficiente para afectar las variables relevantes del mercado de forma ineficiente.

Al respecto del intercambio perjudicial de información, se encuentra que cuando existe un cártel, necesariamente<sup>14</sup> debe existir intercambio de información, pero incluso cuando no hay un acuerdo explícito, el intercambio de información puede ser un facilitador de la colusión, a través de dos mecanismos, por un lado, como medio para reducir la incertidumbre y por otro, como un medio para controlar los desvíos de los agentes.

### **2.2.2. Perspectiva jurídica**

En el derecho uruguayo, así como también, en varios países a nivel de derecho comparado, si tomamos como punto de partida los instrumentos con que cuentan las autoridades de competencia en el ordenamiento jurídico para controlar la competencia en el mercado (abuso de posición dominante y prácticas concertadas), nos encontramos que con mayor frecuencia resulta difícil encuadrar comportamientos que no tienen una previsión expresa. Un ejemplo de ello, lo constituye el intercambio de información sensible entre competidores.

En Uruguay se prevé como actividades prohibidas el abuso de posición dominante, así como todas las prácticas “que tengan por efecto u objeto, restringir, limitar, obstaculizar, distorsionar o impedir la competencia actual o futura en el mercado relevante” (artículo 2). A partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.833, de fecha 20 de setiembre de 2019, las prácticas prohibidas quedaron clasificadas en dos categorías: las previstas a título enunciativo en el artículo 4 - nómina abierta - “en tanto configuren alguna de las situaciones enunciadas en el artículo 2° de la presente ley”, estando sujeta a la regla de la razón y; las identificadas en forma taxativa en el artículo 4 bis, cuyo núcleo lo constituye la existencia de una concertación por parte de competidores sujetas

---

<sup>14</sup> WATSON, Nadine y ZOIDO, Elena. Intercambio de Información: Análisis Económico de Efectos. Desafíos de la Libre Competencia en Iberoamérica. Universidad Adolfo Ibáñez. 2019. Thomson Reuters. p. 413 a 426.

a la regla de análisis *per se*, introducida por la reforma. En ninguna de las citadas disposiciones se encuentra expresamente prohibido el intercambio de información sensible entre competidores.

No obstante lo cual, tanto la divulgación como el intercambio bilateral de información sensible, al constituir una de las herramientas utilizadas frecuentemente por competidores para incrementar artificialmente la transparencia del mercado, han sido consideradas prácticas anticompetitivas por parte de la CPDC en la Guía de Libre Competencia para Asociaciones Empresariales y Gremiales, cuando se verifica bajo determinadas circunstancias:

En la medida que la información intercambiada (aún sin contacto directo) entre competidores sea sensible desde el punto de vista comercial o refiera al establecimiento de estrategias de comportamiento en el mercado (como puede ser información relacionada a la facturación reciente, precios, estructura de costos, gastos en publicidad o inversiones, volúmenes de producción), y a través de ello se reduzca el nivel de competencia entre esos agentes, podría configurarse una práctica contraria a la competencia. El intercambio de este tipo de información posibilita que las decisiones en el mercado sean adoptadas en forma no individual en relación al comportamiento de los competidores.

Es preciso considerar que cuanto mayor sea el grado de detalle de la información, existirán mayores posibilidades de predecir el comportamiento de los competidores y ajustar el propio. También hay que tener en cuenta la antigüedad de la información; el intercambio de información histórica, que ya ha perdido su valor competitivo, en principio no podría afectar las conductas futuras de las empresas.

Un primer elemento a abordar, es el consensual y el modo en que éste puede instrumentarse. Como se ha resaltado por parte de las Directrices, se debe bregar por un criterio amplio y no formalista, es decir, sin necesidad que haya un acuerdo expreso:

Cuando una empresa recibe datos estratégicos de un competidor (ya sea en una reunión, por correo o electrónicamente), se presumirá que ha aceptado la información y ha adoptado en consecuencia su conducta de mercado a menos que responda con una declaración clara de que no desea recibir tales datos<sup>15</sup>.

Esta conducta puede configurarse de dos formas: i) como parte accesoria de otro acuerdo anterior y de mayor alcance que el propio intercambio de información, como por ejemplo, la fijación de precios u otras condiciones comerciales o de servicio, dividir, distribuir repartir zonas o segmentos del mercado, o cualquiera de las prácticas concertadas prohibidas valoradas a través de la regla *per se*; ii) como infracción autónoma que, independientemente de que su objeto sea o no anticompetitivo, tiene por efecto reducir la competencia en el mercado, al posibilitar que las empresas puedan deducir las estrategias comerciales de sus rivales a corto plazo, adaptándose a las mismas, incrementando el riesgo de colusión entre ellas, aun en ausencia de un acuerdo expreso.

Entonces, conforme el derecho positivo uruguayo, el primer caso encuadraría en el artículo 4 bis de la Ley quedando sujeta a la regla de valoración *per se*, mientras que el segundo caso, ingresa en el artículo 4 cuya nómima es a

15 COMISIÓN EUROPEA – Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101. Op. cit. Apartado 62.

título enunciativo, “en tanto configuren alguna de las situaciones enunciadas en el artículo 2° de la presente ley”, sujeta a la regla de valoración por la razón. En ese caso, la autoridad de la competencia deberá sopesar los efectos beneficiosos de determinados intercambios de información y los efectos nocivos.

Para su evaluación, la doctrina y la jurisprudencia en el derecho comparado contemplan principalmente las características del intercambio de información y la naturaleza del mercado en el que se produce dicho intercambio.

Otra posible clasificación de esta práctica es la forma en que puede instrumentarse, ya sea, directa, indirecta a través de un organismo común (por ejemplo, una asociación empresarial) o, a través de un tercero. Este tercero, puede llegar a ser un algoritmo compartido, como se analizará *infra*. A su vez, los intercambios a través de un tercero pueden darse con un carácter horizontal, o utilizando proveedores, clientes o minoristas, existiendo en ese caso, el matiz de la verticalidad en los intercambios.

En la consulta realizada a la CPDC, el intercambio de información planteado, era de tipo vertical, el mismo puede propiciar ciertas prácticas comerciales y podría actuar como vehículo de coordinación horizontal (colusión del tipo *hub and spoke*<sup>16</sup>), donde un agente que se encuentre relacionado verticalmente (en este caso, la cadena de supermercados), concentre la información y luego de evaluarla, establezca las conductas a seguir por los agentes que se encuentran en los siguientes eslabones de la cadena de valor<sup>17</sup>.

Los principales problemas en materia de defensa de la competencia que generan los intercambios de información consisten en el resultado colusorio y la exclusión contraria a la competencia, los cuales son desarrollados por las Directrices. En cuanto al primero, las empresas pueden llegar a sustituir parte de los riesgos del mercado, adoptando un entendimiento común sobre las condiciones de la coordinación, es decir, que el aumento de la transparencia informativa permite a los participantes conocer los parámetros competitivos de sus rivales. En cuanto al segundo, una vez logrado el efecto colusorio, el incremento de la transparencia del mercado constituye una herramienta para efectivizar el control y seguimiento de las posibles desviaciones del acuerdo anticompetitivo y, consecuentemente, posibilitar la adopción de represalias (*estabilidad interna*). Finalmente, las empresas implicadas pueden controlar cuándo y dónde pueden intentar introducirse en el mercado otras empresas, y

---

16 Por más información sobre este tema se puede consultar los documentos de la OECD respecto a “Hub-and-spoke arrangements in competition” en <https://www.oecd.org/competition/hub-and-spoke-arrangements.htm>

17 En la sentencia N° 167/2019 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile, que refiere a un caso en el que participan proveedores de pollo a supermercados, se define la conducta de la siguiente forma “Decimoséptimo: Que a pesar de que la FNE no utiliza una denominación doctrinaria específica para la conducta acusada, de su tenor se desprende que se trata de un acuerdo colusorio conocido como “hub & spoke”, es decir, una situación en que una firma (el “hub” o “centro”) mantiene varios acuerdos verticales separados con firmas que son aparentemente competidoras entre sí (los “spokes” o “rayos”), pero que en realidad mantienen un acuerdo implícito entre ellas. La doctrina suele acudir a la figura metafórica de una rueda de bicicleta para ilustrar esta situación.” disponible en [https://www.dlc.cl/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia\\_167\\_2019.pdf](https://www.dlc.cl/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_167_2019.pdf)

centrarse en ellas o generar barreras de entrada (*estabilidad externa*)<sup>18</sup>.

### **2.3. Criterios para evaluar los efectos del intercambio**

A los efectos de valorar los efectos reales o potenciales de un intercambio de información entre competidores sobre la competencia, debe partirse del análisis de los siguientes dos aspectos fundamentales: las características del mercado en el que se produce el intercambio de información y las características de la información intercambiada.

En primer término, las características del mercado constituyen un elemento clave para analizar la legalidad de la conducta, de ahí la importancia de contrastar las condiciones del mercado antes y después del intercambio de información para poder calibrar la posible alteración y su alcance<sup>19</sup>. Las Directrices identifican una serie de características que pueden reunir ciertos mercados que los hace más proclives a que los intercambios de información resulten particularmente riesgosos, al facilitar el éxito y sostenibilidad de una colusión. Éstas consisten en: la transparencia (elimina parte de la incertidumbre sobre las variables estratégicas de sus competidores), la concentración y cuota de mercado (a mayor grado de concentración, mayor probabilidad de que se produzca el resultado colusorio), la sencillez (un mercado complejo requiere mayor intercambio de información para alinear conductas), la estabilidad (si la oferta y la demanda no ofrecen cambios relevantes, o si el mercado no presenta una innovación importante facilita la valoración del comportamiento del mercado) y; la simetría (si las empresas son homogéneas en términos de costes, demanda, cuota de mercado, gama de productos, propicia que su relación en el mercado sea más previsible).

En suma, en la medida que el intercambio de información facilite la creación o fortalezca alguno de los factores reseñados, aumentará el riesgo de alcanzar un acuerdo colusorio.

En segundo término, una vez analizadas las particularidades del mercado y su tendencia a un entendimiento entre los competidores, será necesario tomar en consideración las características que reúne la información intercambiada, brindando las Directrices una serie de criterios orientadores para determinar si ésta es apta para lesionar la libre competencia, dado que sólo la revelación de información comercialmente sensible, tiene la posibilidad de eliminar o disminuir la incertidumbre entre los competidores. Surgen identificadas como características relevantes: si se trata de información estratégica, como los precios, estructura de costos, el nivel de ventas, políticas de descuento, información detallada de proveedores o clientes y; la cobertura del mercado que abarca las empresas implicadas en la práctica, dado que es más probable la restricción, cuando mayor sea la cuota conjunta.

Complementariamente, se establecen como características a contemplar de la información intercambiada, las siguientes: i) su antigüedad:

---

<sup>18</sup> OLATZ RETORTILLO ATIENZA, María: "Intercambio de información entre competidores...". Op. cit. p. 73.

<sup>19</sup> *Ibid.*



el valor estratégico se mantiene siempre que sea actual y vigente; ii) su carácter desagregado: cuanto más detallada sea la información, mayor será el riesgo de acceder a información estratégica por parte de las empresas rivales; iii) su carácter reservado: la aptitud que tiene la información intercambiada de reducir la incertidumbre entre los competidores- contrastando con la información a la que se puede acceder a través de fuentes públicas-; iv) la frecuencia del intercambio: a mayor frecuencia, mayor conocimiento de la estrategia y seguimiento del competidor en el mercado; v) que el intercambio se materialice en forma reservada, en contraposición al intercambio público de los datos -en términos de costes de acceso- para todos los competidores y compradores.

Recientemente, mediante el proyecto de Directrices, se profundizó aún más respecto a qué tipo de información se ha considerado especialmente sensible de las empresas, recogiendo los criterios establecidos por la jurisprudencia en la Unión Europea e identificando los siguientes: precios y las intenciones de fijación de precios, capacidades de producción actuales y futuras, estrategia comercial prevista, acuerdos relativos a la demanda actual y futura, ventas futuras, estado actual y su estrategia comercial, características futuras del producto que sean pertinentes para los consumidores, información sobre posiciones en el mercado y estrategias en las subastas de productos financieros.<sup>20</sup>

En concordancia con lo expresado, y como ya se indicó con anterioridad, la CPDC se expidió en relación a qué tipo o calidad de información no debería ser compartida con sus competidores en la Guía de Libre Competencia para Asociaciones Empresariales y Gremiales, reconociendo expresamente que la práctica puede darse aún sin contacto directo.

## **2.4. Tratamiento del intercambio de información a nivel MERCOSUR**

### **2.4.1. Argentina**

En este país, se encuentra que la Ley N° 27.442, de 9 de mayo de 2018, respecto al intercambio de información sensible, establece:

Artículo 3: Constituyen prácticas restrictivas de la competencia, las siguientes conductas, entre otras, en la medida que configuren las hipótesis del artículo 1° de la presente ley:

a) Fijar en forma directa o indirecta el precio de venta, o compra de bienes o servicios al que se ofrecen o demandan en el mercado, así como intercambiar información con el mismo objeto o efecto;

Por lo que el intercambio de información puede ser considerado como una conducta autónoma, en la medida que tenga como objeto o efecto fijar en forma directa o indirecta el precio de venta. A su vez, será evaluada a través de la regla de la razón, dado que el acápite del artículo exige que se configuren las hipótesis del artículo 1°, en este tipo de prácticas, no se presume que produce perjuicio al interés económico general.

---

20 COMISIÓN EUROPEA - Proyecto de la Comisión – Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101. Op. Cit. Apartado 424.



Por otro lado, de la Guía<sup>21</sup> emitida por la Autoridad de Competencia de Argentina, al tratar el intercambio de información entre los miembros de una gremial, se desprende que la información intercambiada debe ser sensible y tener la capacidad de coordinar el comportamiento competitivo<sup>22</sup>.

#### 2.4.2. Brasil

En este país, basados en el proceso administrativo N° 08700.001486/2017-74<sup>23</sup> que se refiere al mercado de repuestos automotores, la práctica de intercambio de información comercialmente sensible entre competidores, corresponde ser analizada a la luz del artículo 36, inciso I, § 3°, de la Ley N° 12.529/2011:

Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (...)

§ 3° As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com o concorrente, sob qualquer forma.

Por lo tanto, se la considera como una práctica autónoma, que no requiere la existencia de un cartel para ser sancionada y a su vez, debe ser valorada teniendo en cuenta la regla de la razón. De acuerdo al documento antes citado, se explicita claramente cuando se configura la infracción administrativa de compartir o intercambiar información competitivamente sensible<sup>24</sup>.

---

21 ARGENTINA. CNDC. *Guía sobre defensa de la competencia para asociaciones y cámaras empresariales y colegios y asociaciones profesionales*. 2018. p. 13.

22 “...en la medida en que la información que se intercambia a través de estas entidades, sea comercialmente “sensible”, surge la posibilidad de que las decisiones de mercado de los asociados no sean tomadas de forma individual, y esto puede resultar problemático desde el punto de vista de la defensa de la competencia. Poseer esta información (es decir, información que tenga un carácter estratégico y que, de ser conocida por un competidor, pueda influir en sus decisiones en un mercado) es sin duda una de las maneras a través de las cuales las empresas competidoras son capaces de coordinar su comportamiento competitivo y puede ser el mecanismo con el que dichas empresas monitoreen el cumplimiento de un acuerdo de colusión”.

23 COSTA RAVAGNANI, Sergio “Troca de informações concorrencialmente sensíveis. Fabricação de peças e acessórios para veículos automotores (autopeças)”. *Revista de Direito Administrativo*. 2021, 280(1), 281-306.

24 “A configuração do ilícito administrativo de compartilhamento ou troca de informações concorrencialmente sensíveis configura-se por meio do compartilhamento de informações como metas de preços e descontos, diferenciando-se da estruturação de um cartel pela ausência de elementos que comprovem que essas informações tenham sido compartilhadas para combinar preços, aumentos artificiais ou divisão de mercado. Para sua configuração, é necessário verificar ainda a ausência de explicações plausíveis que justifiquem outra finalidade para o compartilhamento”.

### 2.4.3. Paraguay

En el artículo N° 8 de la Ley N° 4.956, de fecha 21 de junio de 2013, se especifica expresamente que las prácticas serán analizadas considerando las ganancias de eficiencia, es decir, que se deben sopesar los perjuicios y las ganancias de eficiencia antes de tomar una decisión:

Para determinar si las prácticas a que se refiere este artículo deben ser sancionadas o no en los términos de esta Ley, la Autoridad de Aplicación analizará las ganancias en eficiencia derivadas de la conducta que acrediten los agentes económicos que incidan favorablemente en el proceso de competencia y la libre concurrencia.

En sintonía, de la Guía<sup>25</sup> emitida por la Autoridad<sup>26</sup> emerge que la práctica de intercambio de información, se analizaría solo si se trata de información sensible y a través de la regla de la razón, el intercambio debe tener por objeto expreso o implícito, la coordinación de actuaciones o un comportamiento conscientemente paralelo entre las empresas<sup>27</sup>.

Por consiguiente, se observa que en todos los países del Mercosur, el tratamiento del intercambio de información sensible entre competidores, aunque con matices, es muy similar.

### 2.5. Evolución del intercambio de información

Con los avances tecnológicos de la era digital y la irrupción de nuevos modelos de negocios fuertemente influenciados por las plataformas multilaterales y el Big Data, los datos se presentan como un elemento central, un activo competitivo, un posible obstáculo a la entrada e incluso una dimensión de calidad<sup>28</sup>, ocupando así un lugar cada vez más preponderante. Esa nueva realidad, se ve contemplada en el proyecto de Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal, incluyendo nuevas pautas sobre aspectos de relevancia como los intercambios anticompetitivos materializados mediante algoritmos y plataformas online; y proporcionando orientación adicional respecto de formas indirectas de intercambio de información como el *hub and spoke* y las conductas de señalización de precios mediante anuncios públicos. Además, establece que el intercambio de información comprende:

---

25 PARAGUAY. CONACOM. *Guía de buenas prácticas en libre competencia para gremios y asociaciones empresariales*. Asunción. 2020.

26 Comisión Nacional de la Competencia de Paraguay.

27 “Estas reuniones y las conversaciones más casuales sobre precios, cantidades y futuras estrategias de negocio pueden llevar a acuerdos o entendimientos que transgredan las disposiciones de libre competencia en caso que tengan por objeto, expreso o implícito, la coordinación de actuaciones...”

...de acuerdo a la naturaleza de la información intercambiada y a la oportunidad en que el intercambio tenga lugar, insistimos, esta práctica sí puede tener consecuencias negativas para la competencia.

En este sentido, podrían considerarse sensibles aquellas informaciones que por su condición incrementan la probabilidad de prácticas anticompetitivas, facilitando la colusión tácita y explícita entre los competidores miembros del gremio, o un comportamiento conscientemente paralelo entre los mismos”.

28 OCDE. *Manual de la OCDE sobre política de competencia en la era digital*. 2022.

i) contenidos digitales en brutos y no organizados que necesitaran tratamiento para que sean útiles (datos en brutos); ii) datos pretratados que ya hayan sido preparados y validados; iii) datos manipulados para producir información significativa, de cualquier forma, así como iv) cualquier otro tipo de información, también la información no digital. Comprende el intercambio físico de información y el intercambio de datos entre competidores reales o potenciales.<sup>29</sup>

## 2.6. Mercados digitales y diferencia con los tradicionales

Los mercados digitales son los que se desarrollan dentro de la economía digital, que es definida por la OCDE<sup>30</sup> como:

toda la actividad económica que depende o se ve potenciada de manera significativa por el uso de insumos digitales, como son las tecnologías digitales, la infraestructura digital o los servicios digitales y los datos. Se refiere a todos los productores y consumidores, incluida la administración pública, que utilizan estos insumos digitales en sus actividades económicas.

Como se vio anteriormente, estos mercados tienen algunas particularidades<sup>31</sup> que los diferencian de los tradicionales, entre ellas se destacan: mercados de múltiples lados, fuertes efectos de red, sustanciales economías de escala y alcance, dependencia de grandes cantidades de datos de los usuarios, costos de cambio, derechos de propiedad intelectual importantes, precios reducidos o costo cero<sup>32</sup> para el consumidor, innovaciones disruptivas, modelos de negocios de conglomerados y verticalmente integrados.

Las características anteriores, junto con la evolución de ciertas tecnologías como la utilización del Big Data para la toma de decisiones, el desarrollo de nuevos algoritmos y los avances en la inteligencia artificial, hacen que el intercambio de información sea un tema que está cobrando aún más importancia para las autoridades de competencia. A continuación, se analiza la relación de cada uno de estos avances tecnológicos con el intercambio de información.

### 2.6.1. Big data<sup>33</sup>e intercambio de información

De un tiempo a esta parte, se incrementó el volumen de información que se crea, pero también el que se recopila, sistematiza y analiza, permitiendo sacar conclusiones precisas y en períodos de tiempo muy breves. Gran parte de esa información refiere a las características y actividades que realizan los individuos, por lo que se suscitaron problemas de protección de datos personales, pero

29 COMISIÓN EUROPEA - Proyecto de la Comisión – Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101.. Op. Cit. Apartado 407.

30 OCDE. *Manual de la OCDE sobre política de competencia en la era digital*. Op. cit.

31 Ídem.

32 Lo que implica que la competencia deje de estar centrada en precios y tenga otras variables cualitativas como protagonistas.

33 “El término “macrodatos” o big data suele referirse al uso de un programa informático tecnológicamente avanzado y con una enorme capacidad computacional para recabar, tratar y analizar datos que se caracterizan por su gran volumen, velocidad, variedad y valor”. OCDE. *Manual de la OCDE sobre política de competencia en la era digital*. Op. cit.

también acaecieron problemas de competencia. Desde el punto de vista de la competencia, el Big Data debe ser analizado tanto al evaluar las concentraciones y fusiones como en el estudio de las posibles prácticas, ya que, como activo en sí mismo, puede tener un impacto significativo en el mercado.

Enfocándonos en el intercambio de información y en el caso planteado, un aspecto clave es la fusión de datos<sup>34</sup>, si del procesamiento de una base de datos se puede extraer mucha información, con la fusión de varias bases de datos complementarias se incrementa de forma exponencial el valor de la misma. Esto sucede porque la nueva base de datos, posee un potencial mayor para generar información de utilidad en la toma de decisiones.

En el caso de la consulta realizada a la Comisión, es esperable que una cadena de supermercados<sup>35</sup> tenga gran cantidad de información<sup>36</sup>, tanto de clientes como de proveedores y del funcionamiento de sus sucursales, en su base de datos. Si a esa base de datos antes mencionada, a través del intercambio de información, se le agrega bases de datos con información sensible de supermercados independientes (a los que le presta servicios), se puede reducir de forma sensible la incertidumbre en la toma de decisiones estratégicas de la cadena.

A su vez, el Big Data tiene grandes costos de implementación y bajos costos marginales para su utilización, lo que lleva a que no sea rentable para todos los establecimientos, ya que se requiere cierta escala para serlo<sup>37</sup>. Un supermercado independiente puede obtener beneficios de implementar el análisis de Big Data, sin embargo, los mismos serán mucho mayores en la medida que el agente sea mayor. Por ejemplo, un supermercado independiente, puede recolectar información de sus clientes, proveedores y desempeño de su local, sin embargo, estará restringido a su zona de influencia; por otro lado, una cadena de supermercados, además, logrará gracias a que tiene presencia en varios puntos del país, captar en su información, las diferentes realidades de las distintas zonas del país y así tener un panorama completo del funcionamiento.

## 2.6.2. Algoritmos<sup>38</sup> e intercambio de información

Relacionado<sup>39</sup> con el tema anterior aparecen los algoritmos, los mismos se utilizan para procesar datos y con ello resolver problemas o realizar tareas complejas, transformando la información de entrada para obtener un resultado

34 OCDE. “Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era.” Background note by the Secretariat - 29-30. 2016. p. 6.

35 Es un rubro que combina los mercados tradicionales con los digitales, como se manifiesta en el documento: ESPAÑA. MINISTERIO DE INDUSTRIA, COMERCIO Y TURISMO. *Diagnóstico: La digitalización del Retail en España*. 2018.

36 OCDE. “Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era” Op. cit. (Box 2. Walmart)

37 *Ibíd.*, p. 11

38 “Los algoritmos son secuencias de comandos que permiten obtener un resultado a partir de la introducción de unos datos determinados.” OCDE. *Manual de la OCDE sobre política de competencia en la era digital*. Op. cit.

39 Dado que en ciertas circunstancias los algoritmos se utilizan sobre información almacenada en grandes bases de datos, pero no es un requisito indispensable.

útil.

Existe una inmensa cantidad de algoritmos, los mismos, tienen a su vez, infinidad de usos y solucionan múltiples problemas, por lo que no existe problemas de competencia con el uso de “cualquier” algoritmo. Los posibles problemas de competencia residen en determinados algoritmos que logran coordinar las acciones de los agentes competidores. Una categoría de ellos, y en la que se centra el documento<sup>40</sup> elaborado por la autoridad de competencia de Francia y Alemania, son los algoritmos de fijación de precios<sup>41</sup>. Este tipo de algoritmos, puede utilizar información de los costos, capacidad del agente o situación de la demanda, pero también puede considerar información de los agentes competidores para adaptar sus precios.

Respecto a la vinculación entre los algoritmos y la competencia, el documento antes citado encuentra 3 modalidades diferentes en que los algoritmos pueden intervenir en problemas de competencia: la primera, es que se utilicen algoritmos dentro de una colusión tradicional y que su función sea la de facilitar el control de los desvíos; la segunda, es que los algoritmos utilizados por agentes competidores sean desarrollados por un tercer agente independiente y, tras utilizarlos, se arrije a un comportamiento estratégico coordinado entre los competidores; la tercera, es que sin ningún tipo de intervención humana, los algoritmos auto adaptativos encuentren, interactuando entre ellos que la solución óptima sea fijar precios por encima de los competitivos.

Retomando la consulta realizada a la Comisión, se podría presentar una situación similar a la planteada en el segundo posible problema, es decir, que 2 minoristas (por ejemplo un supermercado independiente y uno que pertenece a la cadena) utilicen soluciones informáticas, provistas por un tercer agente, incluyendo los algoritmos de fijación de precios, similares y por lo tanto se configure un escenario de *hub and spoke*<sup>42</sup> donde las estrategias de fijación de precios de los agentes independientes están coordinadas. En esta hipótesis, según el documento citado<sup>43</sup>, si el tercer agente que brinda las soluciones informáticas actúa bajo el control o las instrucciones de alguno de los competidores aguas abajo, puede ser responsabilizado de la conducta anticompetitiva.

Por su parte, el proyecto de las Directrices distingue la colusión por código de la algorítmica. La primera, refiere a “la aplicación deliberada por parte de los competidores de algoritmos comunes de coordinación del comportamiento” (constituye un cartel y una restricción de la competencia por objeto independientemente de las condiciones del mercado y de la información intercambiada). Respecto de la segunda, el proyecto de las Directrices incluye

---

40 ALEMANIA. BUNDESKARTELLAMT y FRANCIA. AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE: *Algorithms and Competition*. 2019.

41 Algunas otras categorías de algoritmos nombrados en el documento son: los de recolección y monitoreo, los de personalización basado en la información del consumidor, los de ordenación, los de emparejamiento de necesidades, los de subastas, los de seguimiento de precios.

42 ALEMANIA. BUNDESKARTELLAMT y FRANCIA. AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE. Op. cit. p. 31

43 *Ibid.*, p. 36

nuevas pautas, advirtiendo que puede aumentar el riesgo de un resultado colusorio en el mercado, además de permitir “aumentar la transparencia del mercado, detectar desviaciones de precios en tiempo real y dotar de mayor eficacia los mecanismos de sanción”. Complementariamente -para que ésta sea posible-, se prevé lo siguiente: el diseño específico de los algoritmos y algunas condiciones estructurales del mercado (alta frecuencia de interacciones, un poder de negociación limitado y la presencia de productos o servicios homogéneos).<sup>44</sup>

### 2.6.3. Inteligencia artificial<sup>45</sup> e intercambio de información

La inteligencia artificial, está basada en algoritmos, por lo que los problemas que éstos representan para la competencia también se ven reflejados en ella. Sin embargo, en este caso, la falta de información también puede producir perjuicios importantes a la competencia, la inteligencia artificial trata de detectar patrones de comportamiento y relaciones entre variables, para lograrlo, y que los resultados sean robustos, requiere un extenso entrenamiento que se logra con una cantidad ingente de datos. Este requerimiento especial de información, eleva tanto la importancia de las bases de datos que, en algunos casos, la negativa al acceso a la misma puede convertirse en una barrera a la entrada<sup>46</sup> infranqueable para nuevos potenciales competidores.

Se puede considerar, por lo tanto, que los avances tecnológicos no solo complejizan el análisis, sino que generan nuevos retos a los que aún no se han enfrentado las agencias de competencia, ello conlleva que no sólo se requiera comprender a cabalidad los problemas, sino que es necesaria capacitación continua, nuevos profesionales, desarrollar técnicas de análisis y realizar las adaptaciones normativas pertinentes para que se logre cumplir con los objetivos.

## 3. REFLEXIONES FINALES

La valoración de los intercambios de información sensible entre competidores como posible práctica anticompetitiva, exige para las agencias de competencia un examen caso a caso de un conjunto de factores como el modo en el que se lleva a cabo el intercambio, sus características y el contexto en que el mismo se produce (la estructura del mercado)<sup>47</sup>.

A lo anterior debe aunarse, los problemas emergentes con la irrupción

---

44 COMISIÓN EUROPEA - Proyecto de la Comisión – Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101. Op. cit. Apartado 418.

45 Inteligencia Artificial “Se refiere a la amplia rama de la ciencia informática que estudia y diseña agentes inteligentes, quienes deben ser capaces de realizar tareas de dificultad significativa de manera percibida como ‘inteligentes.’” Traducción propia de: OCDE. *Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age*. 2017. p. 9. Este concepto está muy relacionado con el de Machine Learning, el documento lo define como un subtema de la inteligencia artificial que hace referencia a la habilidad de las computadoras de aprender sin que hayan sido programadas específicamente para la tarea.

46 ESPAÑA. CNMC y AUTORITAT CATALANA DE LA COMPETENCIA. *Inteligencia artificial y competencia*. p. 5

47 FERNÁNDEZ, Cani. “Intercambios de información” Resultado de ponencia de trabajo de un equipo formado por Cani FERNÁNDEZ, Irene MORENO-TAPIA, Eider ECHEVERRÍA y Aida OVIEDO.

de los mercados digitales (caracterizados por tener información imperfecta y asimétrica en comparación con sus operadores), cuyos procedimientos corren riesgo de ser demasiado lentos para acompañar la complejidad y el dinamismo de los mercados digitales, los servicios a precio cero, los efectos de red, de cautividad y la multiconexión y, puede inducir a errores a la hora de definir el mercado relevante y determinar el poder de mercado. En tal sentido, una de las interrogantes que se plantea, es si estas plataformas digitales compiten con los comercios tradicionales y los operadores que no se basan en Internet o, si se crean mercados de referencia independientes<sup>48</sup>.

En el derecho comparado algunos organismos reguladores advierten las dificultades para acceder a datos exactos para llevar a cabo análisis completos y fiables, en función de las características de estos mercados multilaterales donde coexisten múltiples consumidores y vendedores. Otro extremo que va en detrimento de la investigación de potenciales prácticas anticompetitivas, es el de la extraterritorialidad, en la medida que las plataformas digitales pueden dificultar el aporte de información solicitada por las agencias ubicadas en otras jurisdicciones<sup>49</sup>.

Por otro lado, los mercados digitales procesan grandes cantidades de información sobre los consumidores, que permite realizar predicciones sobre su comportamiento y tomar decisiones económicas con mayor eficiencia<sup>50</sup>. Pero también, permite nuevas formas de coordinación que antes no eran posibles, siendo un gran desafío para las autoridades de competencia comprender la tecnología misma y hasta donde puede ser facilitadora de colusión.<sup>51</sup>

En ese marco, se plantea la interrogante de la necesidad de una regulación sectorial para los mercados digitales ex-ante, con los beneficios que ello apareja, pero también considerando los costes como la posible rigidez y dificultad para adaptarse a las realidades cambiantes de los mercados, desincentivando la entrada de nuevas empresas e innovación. En la Unión Europea, el tema fue zanjado con la reciente entrada en vigencia de la Ley de Mercados Digitales,<sup>52</sup> y que completa la aplicación del Derecho de la Competencia a escala de la Unión Europea.

Si bien esta temática todavía está lejos de abordarse en Uruguay, se

---

48 UNCTAD. "Las leyes, políticas y normativas de defensa de la competencia en la era digital"- Ginebra, 7 al 9 de julio de 2021.

49 UNCTAD. Op. cit.

50 COBAR BERNARD Benard, Luis Pablo: *Los mercados digitales y los retos para el Derecho de la Competencia*. Universidad de San Carlos - Guatemala. Miembro fundador del Instituto de Derecho de la Competencia.

51 LABBE FIGUEROA, María Francisca: "Big data: Nuevos desafíos en materia de libre competencia". Op, cit.

52 La Ley de los Mercados Digitales que entró vigor el 1 de noviembre de 2022 - su nuevo reglamento comenzó a aplicarse a partir del 2 de mayo de 2023-, adoptó un nuevo régimen regulatorio dirigido a las grandes plataformas digitales, siendo su objetivo crear un espacio digital más seguro, en el que se protejan los derechos fundamentales de los usuarios y se establezcan condiciones equitativas para las empresas. Se incluyen una serie de obligaciones y prohibiciones que deberán respetar las empresas que cumplen determinadas condiciones y que son calificadas como "gatekeepers" o "guardianes de acceso".



considera importante estar interiorizado y atento a estos procesos tan dinámicos y complejos, teniendo una visión crítica de si el marco regulatorio del Derecho de la Competencia resulta suficiente para detectar, investigar y sancionar este nuevo tipo de prácticas que puedan presentarse. Pero también, dicho proceso debe considerar la implementación de una regulación específica del sector y la formación e integración de personal especializado en sistemas y desarrollo en ambientes digitales, para resolver los casos que puedan presentarse.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARGENTINA. CNDC. Guía sobre defensa de la competencia para asociaciones y cámaras empresariales y colegios y asociaciones profesionales. 2018.
- ALEMANIA. BUNDESKARTELLAMT y FRANCIA. AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE: Algorithms and Competition. 2019.
- CANADÁ. CANADA COMPETITION BUREAU. “Big data and Innovation: Implications for Competition Policy in Canadá Draft Discussion Paper”. 2017.
- COBAR BERNARD, Luis Pablo. Los mercados digitales y los retos para el Derecho de la Competencia. Universidad de San Carlos - Guatemala. Miembro fundador del Instituto de Derecho de la Competencia.
- COMISIÓN EUROPEA. Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal –2011/C 11/01).
- COMISIÓN EUROPEA. Proyecto de la Comisión – Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal –PROYECTO-. 2022/C 164/01.
- COSTA RAVAGNANI, Sergio – Conselheiro - Troca de informações concorrenciaismente sensíveis. Fabricação de peças e acessórios para veículos automotores (autopeças). Revista de Direito Administrativo, 280(1), 281-306. 2021.
- ESPAÑA. CNMC y Autoritat Catalana de la Competencia. “Inteligencia artificial y competencia”.
- ESPAÑA. CNMC. Expediente S/0404/12 “Servicios Comerciales AENA”.
- ESPAÑA. MINISTERIO DE INDUSTRIA, COMERCIO Y TURISMO DE ESPAÑA. “Diagnóstico: La digitalización del Retail en España”. 2018.
- FERNÁNDEZ, Cani. “Intercambios de información” Resultado de ponencia de trabajo de un equipo formado por Cani



FERNÁNDEZ, Irene MORENO-TAPIA, Eider ECHEVERRÍA y Aida OVIEDO.

- JIMENEZ LIMA, Félix. Política económica, crecimiento y desarrollo - Crecimiento económico: enfoques y modelos - Capítulo 7. Departamento de Economía. (Documento de Trabajo 307). 2010.
- LABBE FIGUEROA, María Francisca. “Big data: Nuevos desafíos en materia de libre competencia” – Revista Chilena de Derecho y Tecnología. Volumen 9 Núm. 1. 2020.
- LÓPEZ VILLANUEVA, Rodrigo. “El intercambio de información entre competidores y su tratamiento en Perú”. Lima. Perú. 2019.
- OCDE. “Information Exchange Between Competitors under Competition Law, Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee”, 2010/37, 2010.9.
- OCDE. “Manual de la OCDE sobre política de competencia en la era digital.” 2022.
- OCDE. “Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age.” 2017.
- OCDE. “Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era.” Background note by the Secretariat - 29-30. 2016.
- OLATZ RETORTILLO ATIENZA, María. “Intercambio de información entre competidores” – Acuerdos Horizontales, Mercados electrónicos y otras cuestiones actuales de competencia y distribución. – Directores: Luis Antonio Velasco San Pedro, Joseba Aitor Echebarría Saenz y Carmen Herrero Suárez. Instituto de Estudios Europeos. Lex Nova. Thomson Reuters.
- PARAGUAY. CONACOM. Guía de buenas prácticas en libre competencia para gremios y asociaciones empresariales. Asunción. 2020.
- UNCTAD. “Las leyes, políticas y normativas de defensa de la competencia en la era digital” - Ginebra, 7 al 9 de julio de 2021.
- WATSON, Nadine y ZOIDO, Elena. “Intercambio de Información: Análisis Económico de Efectos”. Desafíos de la Libre Competencia en Iberoamérica. Universidad Adolfo Ibáñez. 2019. Thomson Reuters.

## **JURISPRUDENCIA**

• Sentencia N° 167/2019 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile. disponible en [https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia\\_167\\_2019.pdf](https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_167_2019.pdf).

## **RESEÑA BIOGRÁFICA**

### **NATALIA MARCOS SPERATI**

Asesora Letrada. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Magíster en Derecho de la Empresa por la Universidad de Montevideo. Autora de los artículos “Condiciones de la oferta en el ámbito del comercio electrónico según el derecho uruguayo” en Revista de Derecho, Año 3, n.5 (2004) Universidad de Montevideo y “Análisis de dos casos en Uruguay de abuso de posición dominante y oferta conjunta en contrataciones públicas.” en Anuario de la Competencia del Mercosur, Año 1, n.1 (2022). Se desempeña como asesora en la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia.

### **GONZALO RAMOS DELACOSTE**

Asesor Economista. Economista egresado de la Facultad de Ciencias Económicas y Administración de la Universidad de la República. Magíster en Administración de Empresas egresado de la Universidad Carlos III de Madrid. Ha trabajado tanto en el ámbito privado haciendo estudios de mercado para la introducción de nuevos productos y en el estatal. Co-autor del capítulo II “Mercado Relevante” del libro Derecho de la Competencia 2020, autor del artículo “Análisis de dos casos en Uruguay de abuso de posición dominante y oferta conjunta en contrataciones públicas.” en Anuario de la Competencia del Mercosur. Año 1, n.1 (2022). Actualmente se desempeña como asesor de la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia.

