



**Comisión Nacional de
Defensa de la Competencia**

GUÍAS PARA EL ANÁLISIS DE CASOS DE ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE DE TIPO EXCLUSORIO

Buenos Aires, Mayo de 2019

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	3
II. EXISTENCIA DE POSICIÓN DOMINANTE	4
III. ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE	6
III.1. Factores a considerar para la existencia de abusos de posición dominante de carácter exclusorio	7
III.2. Eficiencias	8
IV. FORMAS ESPECÍFICAS DE ABUSO	8
IV.1. Negativa de venta de bienes o servicios y estrechamiento de márgenes	9
IV.2. Ventas atadas y empaquetamiento de productos	11
IV.3. Precios predatorios	13
IV.4. Restricciones verticales	14
IV.4.1. Fijación de precios de reventa	14
IV.4.2. Exclusividad	15
IV.4.2.1 Descuentos condicionales	17

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente documento consiste en brindar guías respecto de las conductas que se consideran infracciones de la Ley N° 27.442 de Defensa de la Competencia (LDC) y contribuir a que las decisiones resulten más previsibles, sin perjuicio de su aplicación caso por caso y de la utilización de criterios complementarios que puedan ir desarrollándose en el futuro. En este sentido, los lineamientos expuestos en el presente documento no constituyen una opinión respecto de casos específicos en curso de investigación.

Una clasificación típica de las conductas que infringen la LDC es la que diferencia aquellas que se realizan en forma unilateral de las coordinadas. El presente documento se refiere sólo a las primeras, en particular a posibles abusos de posición dominante por parte de una única empresa o persona jurídica.

A su vez, es posible clasificar a las conductas abusivas en dos grandes categorías¹:

- **Abusos exclusorios:** Son aquellas conductas que eliminan o debilitan sustancialmente la competencia por parte de los competidores existentes o que erigen o refuerzan barreras a la entrada de nuevos competidores, eliminando o debilitando la competencia potencial. Estos efectos de los abusos de posición dominante de carácter exclusorio dan lugar a lo que se denomina “cierre anticompetitivo del mercado”², situación en la que la eliminación o debilitamiento de la competencia actual o potencial hace probable que la empresa dominante esté en condiciones de incrementar de forma rentable los precios, o afectar otras variables competitivas relevantes como la calidad, la variedad, la disponibilidad de bienes y servicios o la innovación, en detrimento de los consumidores.
- **Abusos explotativos:** Son aquellas conductas que explotan a clientes o proveedores (por ejemplo precios excesivamente altos, pero también puede haber condiciones abusivas en otras variables o dimensiones que son valoradas por los consumidores).³

Si bien ambos tipos de abuso constituyen infracciones a la LDC, las presentes guías se refieren sólo a los abusos de tipo exclusorio, que son los

¹ Estas categorías no son excluyentes, una conducta puede dar lugar a un abuso de posición dominante exclusorio (generando la salida del mercado de competidores y el bloqueo de nuevos jugadores), que a su vez posibilita un abuso explotativo de la posición dominante mediante precios superiores a los que registrarían sin la conducta anticompetitiva.

² Véase la Comunicación de la Comisión Europea “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).

³ Véase “FEGHRA c/SADAIC”, Resolución 371/2018, Secretaría de Comercio.

más frecuentes en la jurisprudencia comparada.⁴

El artículo 1º de la LDC establece que los actos o conductas que constituyan abuso de posición dominante en un mercado están prohibidos y serán sancionados siempre y cuando puedan resultar en un perjuicio para el interés económico general. Esta regla implica que, para que una conducta pueda ser sancionada bajo la figura del abuso de posición dominante, debe cumplirse que:

- a)** La persona o empresa denunciada por la conducta en cuestión debe tener una posición dominante en un mercado;
- b)** La conducta objetada debe representar un abuso de dicha posición; y
- c)** La misma puede resultar en un perjuicio para el interés económico general.

En las presentes guías, a cada uno de estos elementos se le dedicará un capítulo separado y, en cada uno de tales capítulos, se reseñarán los principales criterios aplicables al análisis de los casos de abuso de posición dominante.

El artículo 3º de la Ley N° 27.442, por su parte, contiene una serie de ejemplos de conductas que, en la medida en que encuadren en las previsiones del artículo 1º de dicha ley, pueden representar casos de abuso de posición dominante. Algunos de esos ejemplos serán descriptos con mayor profundidad en el capítulo V del presente documento.

Cabe mencionar, además, que el artículo 1º de la Ley N° 27.442 no solo prevé la prohibición de ciertos abusos de posición dominante, sino también la de los actos o conductas que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general. Si bien el presente documento está enfocado en los casos de abuso de posición dominante y no en los otros tipos de conducta anticompetitiva, algunos de los criterios establecidos también podrán ser aplicados en esos casos.

⁴ Respecto de la figura de abuso explotativo, el análisis para determinar en qué casos una conducta califica como una infracción de este tipo debe tener en cuenta que la LDC no prevé la regulación ex-ante de los precios en mercados potencialmente competitivos, ya que la misma busca evitar un daño a los incentivos al ingreso de competidores o a la innovación y, en definitiva, a los consumidores y al interés económico general.

II. EXISTENCIA DE POSICIÓN DOMINANTE

El artículo 5° de la Ley N° 27.442 define que una empresa tiene posición dominante cuando es la única oferente o demandante en un mercado o cuando, sin ser la única, no está expuesta a una competencia sustancial. Por su parte, el artículo 6° de dicha ley establece varios criterios para establecer la existencia de una posición dominante, entre los que se pueden destacar la baja sustituibilidad de un producto por otros, la existencia de restricciones normativas que limitan el acceso de otros productos al mercado, y la escasa capacidad de las empresas competidoras para contrarrestar el poder de la empresa dominante.

La posición dominante puede entenderse también como una situación de poder económico en la que se encuentra una empresa en un mercado, y que le permite comportarse con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, proveedores o clientes. Este concepto de independencia está relacionado con el grado de presión competitiva ejercido sobre la empresa en cuestión. Tener una posición dominante implica que esta presión competitiva no es lo suficientemente eficaz y, por lo tanto, que la empresa en cuestión disfruta de un poder de mercado sustancial.

El concepto de posición dominante aquí analizado se refiere siempre a casos en los que la misma es poseída por una única empresa. El artículo 5° de la Ley N° 27.442, sin embargo, prevé también la posibilidad de que en ciertos casos haya “más de una persona” que ostente posición dominante en un mercado. En algunas jurisdicciones, por ejemplo, se utiliza el término “posición dominante conjunta” para referirse a situaciones en las cuales un grupo de empresas goza de una posición en el mercado que les permite llevar a cabo acciones coordinadas que implican un ejercicio significativo de su poder de mercado. Dicho caso no será analizado en las presentes guías, que se limitan a situaciones en los cuales los posibles abusos de posición dominante se llevan a cabo de manera unilateral y no concertada.

La posición dominante se define siempre en relación a un determinado mercado. Para ello resulta necesario definir el mercado en cuestión, tanto en su dimensión de producto como en su dimensión geográfica y temporal. Para ello resultan aplicables los criterios generales establecidos en los Lineamientos para el Control de las Concentraciones Económicas.⁵ No obstante, en algunos casos particulares el análisis de ciertas conductas podrá requerir el uso de algunos criterios específicos: por ejemplo, la extensión del mercado geográfico puede ser diferente según se analice una concentración, en cuyo caso el análisis es fundamentalmente prospectivo, o

⁵ Dichos lineamientos son actualmente los que han sido aprobados por la Resolución 208/2018 de la Secretaría de Comercio de la Nación.

un comportamiento pasado, como el que se examina en las investigaciones por presuntas conductas anticompetitivas.⁶

La existencia de una posición dominante puede ser evaluada de manera aproximada utilizando criterios cuantitativos basados en la concentración del mercado y, en particular, las participaciones de mercado de las empresas.⁷ Dichos criterios sirven, por ejemplo, para descartar la existencia de una posición dominante en situaciones en las cuales la empresa investigada tiene una cuota de mercado inferior a la de otros competidores que operan en el mismo mercado. En situaciones en las cuales la empresa investigada tiene una cuota menor al 40% del mercado relevante, resulta poco probable que la misma pueda tener posición dominante, aún cuando sea la empresa con mayor participación en el mismo.⁸

En cualquier caso, una elevada participación de mercado durante un período de tiempo prolongado es una condición necesaria, pero no suficiente, para identificar la existencia de una posición dominante. Del mismo modo, cuanto menor sea la diferencia entre la cuota de mercado de la empresa examinada y la de su competidor más cercano, menor será la probabilidad de que la primera de ellas sea capaz de ostentar una posición dominante en el mercado bajo análisis.

Las participaciones de mercado de la empresa supuestamente dominante y las de sus competidores pueden calcularse utilizando distintas variables (por ejemplo, volumen vendido, ingresos por ventas, capacidad instalada, etc.), las cuales son, en esencia, las mismos que se utilizan para el análisis de las cuotas de mercado en los casos de operaciones de concentración económica. En su determinación, por lo tanto, se utilizarán en general los principios establecidos en los Lineamientos para el Control de las Concentraciones Económicas.⁹

Además de las participaciones de mercado, existen otros elementos que influyen para que una empresa pueda tener posición dominante o carecer de ella. El artículo 6° de la Ley N° 27.442 menciona criterios adicionales, entre

⁶ Véase la Comunicación de la Comisión Europea relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/C 372/03), de fecha 9 de diciembre de 1997, párrafo 12.

⁷ Uno de esos criterios es el propuesto por los economistas Ariel Melnik, Oz Shy y Rune Stenbacka ("Assessing Market Dominance"; Journal of Economic Behavior and Organization, vol 68, pp 63-72, 2008), que establece un "umbral de dominancia" basado en el cómputo de las participaciones de las dos empresas con mayor cuota de mercado.

⁸ Sin embargo, puede haber excepciones. El mercado eléctrico es un ejemplo en el que una empresa con menos del 40% de cuota, medida en la energía anualmente despachada, puede tener posición dominante y ejercer su poder de mercado afectando a los consumidores. Véase, por ejemplo, el caso referido a la concentración económica entre AES y Gener, Resolución 73/2001, Secretaría de la Competencia y de la Defensa del Consumidor.

⁹ Aprobados mediante Resolución 208/2018 de la Secretaría de Comercio de la Nación.

los que pueden enumerarse¹⁰ la existencia de restricciones normativas que limitan el acceso de otros productos al mercado, y la escasa capacidad de las empresas competidoras para contrarrestar el poder de la empresa dominante.

Las restricciones normativas que limitan el acceso de otros productos al mercado son un caso particular del concepto más general de barreras a la entrada a un mercado. Los criterios para evaluar las barreras a la entrada a un mercado pueden consultarse en los Lineamientos para el Control de las Concentraciones Económicas¹¹.

III. ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE

Una posición dominante no es ilegal. La posición dominante puede ser adquirida a través de la competencia por los méritos y una empresa innovadora puede obtenerla porque crea nuevos productos o procesos y beneficia a los consumidores. Sin embargo, las empresas con posición dominante tienen una responsabilidad especial de no abusar de tal posición y en particular de evitar que su conducta afecte el proceso competitivo.

Para determinar qué conductas pueden constituir abusos de posición dominante, el artículo 3 de la LDC realiza una enumeración de conductas típicas. En la sección IV del presente documento se describen los principales tipos de conductas abusivas exclusorias, según los precedentes nacionales e internacionales y la literatura especializada.

Para que una conducta de abuso de posición dominante sea considerada ilegal debe tener la potencialidad de resultar en perjuicio del interés económico general (el artículo 1 de la LDC). En general, el efecto probable sobre los consumidores y sobre el proceso competitivo de una conducta desarrollada por un agente económico con posición dominante es más importante que la forma específica de la conducta en cuestión para determinar si constituye un abuso punible según la LDC. Una conducta puede ser un abuso de posición dominante si al distorsionar el proceso competitivo afecta a los consumidores en forma directa (por ejemplo generando precios altos o bienes o servicios de mala calidad) o en forma indirecta (por ejemplo reduciendo la intensidad de la competencia actual o potencial, atenuando la innovación). En cambio, por ejemplo, la negativa de suministro por parte de una empresa con posición dominante a un cliente que no posee las garantías crediticias necesarias no es una infracción a la LDC.

La LDC requiere distinguir entre situaciones en las cuales una conducta, un

¹⁰ En dicho artículo se menciona la baja sustituibilidad de un producto por otros, lo cual se tiene en cuenta para delimitar el mercado relevante de producto en el que se mide la concentración y la participación de las empresas.

¹¹ Citados precedentemente.

abuso de posición dominante, perjudica al interés económico general y situaciones en las cuales sólo se afectan intereses particulares de los agentes económicos involucrados. En ese último caso, los daños generados a dichos intereses particulares podrán ser objeto de litigios encuadrables dentro del derecho privado, pero no forman parte del bien jurídico protegido por la LDC.

Merece destacarse que una empresa puede tener posición dominante en un mercado y llevar a cabo un abuso de posición dominante que impacte en otro mercado. Una situación como esa podría darse en un caso que involucrara dos mercados verticalmente relacionados (por ejemplo, el mercado de un insumo y el mercado de un producto que se fabrica con dicho insumo)¹² o en mercados vinculados que comparten los mismos canales de comercialización¹³.

Es importante notar que la LDC protege el proceso competitivo y no a uno o varios competidores en forma específica. Por ejemplo, si una empresa con posición dominante lanza un nuevo producto al mercado, y esto hace que sus competidores se vean perjudicados porque los consumidores prefieren el nuevo producto a los que adquirirían con anterioridad, esto no será considerado como un abuso de posición dominante. Del mismo modo, un aumento de precios llevado a cabo por una empresa dominante, originado en un incremento exógeno de los costos de dicha empresa (por ejemplo, en un aumento del precio de un insumo, en un incremento de las tasas impositivas, etc.) tampoco será visto como una manifestación de abuso de posición dominante, por más que el mismo les genere un perjuicio a los clientes de la empresa en cuestión.

Otro elemento para considerar si una conducta representa un abuso de posición dominante es la posibilidad de que sea “replicable” por otras empresas al menos tan eficientes como la empresa dominante. Si la conducta no es replicable por un competidor igualmente eficiente, ello puede ser considerado como una evidencia de que la conducta bajo análisis representa un abuso de posición dominante.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que el requisito para que una conducta “pueda resultar en un perjuicio para el interés económico general” no exige la cuantificación del perjuicio en cuestión, sino solamente que la conducta analizada sea capaz de generar dicho perjuicio. Para que este hecho se configure, por lo tanto, basta que sea posible elaborar una teoría razonable de ocurrencia de perjuicio al interés económico general, y que, por el contrario, no exista una teoría razonable que explique la conducta en cuestión en un contexto de ausencia de perjuicio al interés económico general (por ejemplo, una explicación basada en costos de provisión de un producto, en ganancias de eficiencia, etc.).

¹² Tal es el caso de la conducta usualmente denominada “estrechamiento de márgenes”, que se analizará con mayor profundidad en sección V.6.

¹³ Tal es el caso de la conducta usualmente denominada “venta atada”, que se analizará con mayor profundidad en la sección IV.3.

III.1. FACTORES A CONSIDERAR PARA LA EXISTENCIA DE ABUSOS DE POSICIÓN DOMINANTE DE CARÁCTER EXCLUSORIO

Existen diversos factores que resulta relevante considerar para evaluar la probabilidad de ocurrencia de efectos exclusorios, de modo que se configure un cierre anticompetitivo del mercado, entre los que se encuentran los siguientes:

- a) La existencia de barreras de entrada a los mercados en los que operan dichos proveedores o clientes;
- b) La posición de los competidores de la empresa dominante y la factibilidad de que puedan replicar o contrarrestar las conductas investigadas;
- c) La posición de los clientes o proveedores, incluyendo la posible selectividad de la conducta investigada, respecto de clientes o proveedores específicos que sean de especial importancia para la entrada o expansión de los competidores;
- d) El alcance de la conducta investigada, tomando en cuenta la proporción de las ventas del mercado relevante afectadas y la duración de la conducta;
- e) Evidencia de efectos exclusorios, como por ejemplo la salida de mercado de competidores o la reducción de su participación de mercado, así como el incremento de la participación de mercado de la empresa dominante, o la desaceleración de su descenso.
- f) Evidencia de una estrategia exclusoria, como documentos que contengan pruebas directas de acciones o planes para excluir competidores del mercado, impedir la entrada de competidores o de otras medidas exclusorias.¹⁴

III.2. EFICIENCIAS

Un agente económico podría justificar una conducta lesiva de la competencia si la misma diera lugar a eficiencias suficientes para que resulte altamente probable que los consumidores no reciban un perjuicio en términos netos.

Para ello las eficiencias deberían cumplir todas las siguientes condiciones:

- a) Surgir directamente de la conducta y que no puedan ser alcanzadas mediante alternativas menos restrictivas de la competencia.
- b) Ser probables, y que su concreción no dependa de factores que estén totalmente fuera del control de la empresa investigada. No deberían ser vagas

¹⁴ Véase Comunicación de la Comisión Europea "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), apartado 20.

- o especulativas y deberían poder verificarse por medios razonables
- c) Demostrar que superarán cualquier probable efecto negativo sobre la competencia y sobre el bienestar de los consumidores.
- d) No eliminar la competencia efectiva suprimiendo todas o la mayor parte de las fuentes de competencia actual o potencial existentes.¹⁵

IV. FORMAS ESPECÍFICAS DE ABUSO

En el presente apartado se indican diversas conductas que, según la experiencia a nivel nacional e internacional, constituyen formas habituales en las que se manifiesta el abuso de posición dominante. La enumeración de las conductas no es taxativa sino que pretende dar guías y ejemplos sobre algunas de las principales prácticas que pueden constituir abusos de posición dominante según la LDC.

IV.1. NEGATIVA DE VENTA DE BIENES O SERVICIOS Y ESTRECHAMIENTO DE MÁRGENES

El artículo 3° inciso i) de la Ley N° 27.442 menciona como posible práctica anticompetitiva a la conducta consistente en “negarse injustificadamente a satisfacer pedidos concretos, para la compra o venta de bienes o servicios, efectuados en las condiciones vigentes en el mercado de que se trate”. Según los precedentes nacionales e internacionales y la literatura especializada en defensa de la competencia esta conducta se denomina “negativa de venta” o “denegación de suministro”.

En principio, las empresas tienen derecho a elegir libremente con quién y en qué condiciones comercializar sus productos, por lo cual negarse a venderle cierto bien o servicio (o denegar la concesión de una licencia) a determinado cliente no suele constituir una práctica que se considere una infracción a la Ley N° 27.442. Sin embargo, cuando dicha negativa de venta es llevada a cabo por una empresa que tiene posición dominante en un mercado, la misma puede implicar que el cliente que desea adquirir el bien o servicio en cuestión no tenga la opción de comprarle a otro proveedor, y ello implique su exclusión del mercado o una reducción significativa de su capacidad para competir, lo que podría generar un perjuicio al interés económico general.¹⁶

El concepto de “negativa de venta” abarca diversas conductas específicas, tales como la negativa de suministro de productos a clientes nuevos o

¹⁵ Comunicación de la Comisión Europea “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), sección III.D.

¹⁶ Este concepto aplica tanto a los casos de interrupción de suministro como a las negativas de proveer un bien o servicio que la empresa dominante no suministraba antes a otras empresas.

existentes, la negativa de licenciamiento de derechos de propiedad intelectual, o la negativa de acceso a una instalación o facilidad esencial (*essential facility*)¹⁷.

A efectos de evaluar si una negativa de venta puede constituir un abuso de posición dominante es importante considerar si tiene la capacidad excluir al cliente afectado de alguno de los mercados en los que opera (o que reduzca sustancialmente su capacidad de competir en dichos mercados). Si eso es así, el siguiente paso consiste en evaluar si la mencionada situación genera a su vez una reducción de la competencia (que pueda implicar la existencia de un perjuicio al interés económico general).

Para llevar a cabo la mencionada evaluación se deben considerar todos los siguientes factores:

- a) Si la empresa investigada opera tanto en el mercado “aguas arriba” como en el mercado “aguas abajo”, es decir, si se trata de una empresa que es al mismo tiempo proveedora y competidora del cliente al cual le está negando la venta del bien o servicio de que se trata.
- b) Si la negativa se refiere a un bien o servicio que es indispensable para poder competir en el mercado “aguas abajo”. Un bien o servicio se considera indispensable para poder competir en un mercado “aguas abajo” cuando no exista un sustituto real o potencial para el producto o insumo que necesitan los competidores en dicho mercado.
- c) Si es probable que la negativa conduzca a la eliminación de la competencia efectiva en el mercado “aguas abajo”. Para determinar esto, se debe evaluar si es factible que los competidores de la empresa investigada en el mercado “aguas abajo” puedan efectivamente proveerse del insumo en cuestión, considerando el esfuerzo propio que demandaría a dichos competidores la producción, la inversión y el desarrollo tecnológico.

Para evaluar la probabilidad de que la negativa de venta conduzca a la eliminación de la competencia efectiva en el mercado “aguas abajo”, corresponde considerar los siguientes factores:

- La participación en el mercado “aguas abajo” de la empresa investigada (dominante en el mercado “aguas arriba”);
- Las limitaciones de capacidad productiva de la empresa investigada, en relación con las que tienen sus competidores “aguas abajo”;
- La posibilidad, por parte de la empresa investigada, de capturar la

¹⁷ Comunicación de la Comisión Europea “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), sección IV.D

demanda de los competidores excluidos.

- En general, cuando el insumo relevante es provisto por un monopolio natural o legal, la negativa de venta conducirá a la eliminación de la competencia en el mercado “aguas abajo”.

d) Si es probable que esto último termine generando un perjuicio a los consumidores de los bienes o servicios comerciados en el mercado “aguas abajo”. El daño a los consumidores de una práctica de este tipo puede tener lugar, por ejemplo, cuando la negativa de venta en el mercado “aguas arriba” genera un incremento en los precios o una reducción de la calidad de los bienes o servicios que se venden en el mercado “aguas abajo”. También podrá haber perjuicio a los consumidores cuando los competidores excluidos por la empresa dominante se vean impedidos de lanzar al mercado bienes o servicios innovadores y/o cuando es probable que se frustre la innovación subsiguiente.

Una conducta que puede generar efectos equivalentes a la negativa de venta es el “estrechamiento o compresión de márgenes” (*margin squeeze*). Esta práctica se observa cuando, verificándose todas las condiciones mencionadas precedentemente, la empresa verticalmente integrada, dominante en el mercado “aguas arriba”, fija un precio en dicho mercado (precio mayorista) y un precio en el mercado “aguas abajo” (precio minorista) que impiden a un competidor igualmente eficiente mantenerse de manera rentable en el mercado “aguas abajo”.¹⁸

Muchos casos de negativa de venta, sin embargo, tienen justificaciones estrictamente comerciales o jurídicas que no implican ningún tipo de práctica exclusoria, aunque sean llevadas a cabo por empresas dominantes. Entre dichas justificaciones pueden mencionarse situaciones en las cuales un cliente tiene una baja calificación crediticia, o ha incumplido con obligaciones de pago para con la empresa proveedora de un insumo, o también situaciones en las cuales la empresa proveedora enfrenta restricciones de capacidad o problemas con el inventario de dicho producto.

La empresa dominante podrá alegar razones de eficiencia para justificar la negativa de venta o suministro, considerando las pautas establecidas en la sección III.2 de estas Guías. En particular, podrá aportar evidencia que muestre que la conducta investigada aumenta la inversión, el nivel de innovación, o los niveles de calidad y/o seguridad de uso del bien o servicio en cuestión, en beneficio de los consumidores.

Debe notarse que la calidad de facilidad esencial no es una condición estática e inmutable. En mercados dinámicos y en los que la innovación juega un rol central, la emergencia de nuevas tecnologías y desarrollos

¹⁸ El mismo concepto es aplicable para el caso de una empresa con posición dominante que venda productos complementarios.

puede implicar que determinada infraestructura deje de cumplir con los requisitos para ser considerada facilidad esencial, mientras que también pueden surgir nuevas instalaciones que deban ser catalogadas como esenciales.

IV.2. VENTAS ATADAS Y EMPAQUETAMIENTO DE PRODUCTOS

En el artículo 3° de la Ley N° 27.442, inciso f), se prohíbe “subordinar la venta de un bien a la adquisición de otro o a la utilización de un servicio, o subordinar la prestación de un servicio a la utilización de otro o a la adquisición de un bien”. De acuerdo con los precedentes nacionales e internacionales y la literatura especializada en defensa de la competencia esta conducta se denomina “venta atada”.

Las ventas atadas representan un esquema de comercialización que consiste en subordinar la adquisición de un bien o servicio a la compra de otro. Un caso posible de venta atada se da cuando una empresa vende varios bienes “en bloque” (es decir, vende bienes distintos en paquetes únicos, que combinan dichos bienes en cantidades determinadas), y no les brinda a los compradores la opción de comprar dichos bienes en forma separada. Otra posibilidad consiste en una venta que no es necesariamente en bloque, pero que implica que la adquisición de un bien o servicio se subordina a la de algún otro, sea en cantidades fijas o variables. Si se da el caso de la venta de un bien o servicio que sólo puede adquirirse subordinado a la adquisición de otro, pero este otro sí puede adquirirse libremente, se dice que el primero es el “producto vinculante” (*tying good*) y el segundo es el “producto vinculado” (*tied good*). Si ninguno de los dos productos puede adquirirse por separado, en cambio, ambos son al mismo tiempo vinculantes y vinculados.

Las ventas atadas que implican ventas en bloque son también un caso particular de una situación que se conoce con el nombre de “empaquetamiento de productos” (*bundling*). El empaquetamiento, sin embargo, no necesariamente implica venta atada, ya que una empresa puede ofrecer varios productos en bloque (paquete) pero también puede ofrecerlos en forma separada, de modo que el precio del paquete sea menor que la suma de los precios de los productos por separado. Éste último caso suele denominarse empaquetamiento mixto (*mixed bundling*) o descuento multiproducto.

Para que la venta atada o el empaquetamiento de productos tengan la capacidad de operar como abusos de posición dominante, la empresa que las aplica debe tener posición dominante por lo menos en el mercado del producto vinculante, o en uno de los mercados de los productos empaquetados.

La venta atada o el empaquetamiento de productos podrían constituir

abusos de posición dominante si evitaran que una nueva empresa ingrese al mercado del producto vinculado, si indujeran a un competidor existente a abandonar dicho mercado, o si impidiesen que un competidor existente se expanda. A través de dichas prácticas, una entidad con posición dominante en un mercado podría crear o reforzar barreras a la entrada de competidores en dicho mercado.

Un ejemplo de venta atada que podría constituir un abuso de posición dominante es el de un monopolista de un servicio público regulado (electricidad, gas, agua potable, telefonía, etc.) que atara la venta del mismo a la de otro bien o servicio no regulado.

Para que una conducta de venta atada o empaquetamiento de productos califique como abuso de posición dominante, además de la existencia de posición dominante en el mercado del producto vinculante (o en uno de los mercados de los productos que se venden en paquete), será necesario importante analizar si cumple con las siguientes condiciones:

a) Los bienes o servicios vinculantes y vinculados son claramente distintos y separables.

b) Es probable que la conducta genere un cierre anticompetitivo del mercado.

Para determinar si dos bienes o servicios son claramente distintos y separables, resulta necesario evaluar si, en ausencia de venta atada o empaquetamiento, los mismos podrían ser adquiridos separadamente por un número importante de compradores. Es evidencia de esto el hecho de que, cuando se les da la posibilidad, los compradores elijan comprar tales productos de manera separada. También lo es el hecho de que haya empresas que opten por vender los productos de manera separada (o por vender sólo uno de ellos y no el otro).

Para saber si la empresa bajo estudio tiene capacidad de extender su posición de dominio hacia el mercado del producto vinculado y si la venta atada o el empaquetamiento de productos tienen entidad como para producir un cierre anticompetitivo de dicho mercado, resultan aplicables los factores indicados en el apartado III.1, será necesario evaluar si los compradores del producto vinculado y vinculante son los mismos, así como la proporción de la demanda del producto vinculado afectada por la venta atada o el empaquetamiento y la capacidad de que represente un obstáculo significativo para la competencia en el mercado del producto vinculado por parte de otras empresas.

Del mismo modo, se deben tener en cuenta ciertos parámetros que harían que el riesgo de exclusión de competidores en el mercado del producto

vinculado aumente, tales como la duración de la conducta en cuestión y el grado de complementariedad entre el producto vinculado y el vinculante. Si el producto vinculado es un complemento importante para los consumidores del producto vinculante, una reducción en la oferta (debido a la exclusión de competidores en el mercado del producto vinculado provocada por la conducta) haría más difícil la entrada únicamente al mercado del producto vinculante.

En determinados casos la venta atada o el empaquetamiento de productos podrían generar incrementos de eficiencia que pueden ser planteados por la empresa investigada y considerados al evaluar el impacto sobre la competencia y el interés económico general, siempre que se cumplan las condiciones indicadas en el apartado III.2. Estas ganancias podrían originarse en la existencia de opciones menos costosas para los clientes o de mejoras en la calidad de los bienes o servicios suministrados. Esto es posible en casos en los cuales el producto vinculado es el mantenimiento, la garantía o los repuestos necesarios para operar otro bien o servicio, que en ese caso sería el producto vinculante. Otro tipo de ganancia de eficiencia podría aparecer si una venta atada generara ahorros en los costos de producción, distribución o comercialización de los productos (por ejemplo, si ambos productos son fuertemente complementarios en la producción o en la comercialización, como pueden serlo dos hidrocarburos derivados de la destilación del petróleo o dos canales de televisión paga).

IV.3. PRECIOS PREDATORIOS

El artículo 3° inciso k) de la Ley 27.442 menciona como posible práctica anticompetitiva a la venta de bienes o servicios “a precios inferiores a su costo, sin razones fundadas en los usos y costumbres comerciales con la finalidad de desplazar la competencia en el mercado”. Según los precedentes nacionales e internacionales y la literatura especializada en defensa de la competencia esta conducta se denomina “precios predatorios”.

Los precios predatorios constituyen una política de precios mediante la cual una empresa establecida en un mercado vende un bien o servicio a un precio inferior al esperable en un contexto competitivo, con el objetivo de lograr que uno o varios de sus competidores incurran en pérdidas y, a consecuencia de ello, se retiren del mercado.

Es importante considerar cuidadosamente las condiciones para que se configure un abuso de posición dominante de este tipo, a fin de no desalentar la competencia por precios. Muchas veces las denuncias por precios predatorios pueden ser quejas de competidores por políticas de precios bajas beneficiosas para los consumidores.

A fin de que una política de precios pueda considerarse predatoria, resulta

necesario que se den tres condiciones básicas:

a) Los precios bajos no se deben a ventajas de costos asociadas con mayor eficiencia por parte de la empresa depredadora;

b) Como consecuencia de tales precios, la empresa depredadora puede excluir competidores y, de ese modo, obtener una mayor participación y un mayor poder de mercado¹⁹; y

c) Una vez obtenido dicho poder de mercado, la empresa puede ejercerlo efectivamente (por ejemplo, incrementando sus precios de venta).

A fin de distinguir entre un precio predatorio y un precio bajo originado en una ventaja de costos asociada con mayor eficiencia, resulta relevante comparar dicho precio con el costo de provisión del bien o servicio en cuestión. Si puede demostrarse que el precio resulta menor que el costo incremental directo generado por la provisión del bien o servicio en cuestión, entonces podrá considerarse que dicho precio puede calificar como predatorio²⁰. Si el precio supera el costo medio, entonces no califica como predatorio.

El otro elemento fundamental para considerar que una política de precios tiene un propósito predatorio consiste en evaluar si dicha política tiene la potencialidad de excluir competidores o si, en cambio, se trata de una estrategia destinada a competir de manera más efectiva en el mercado. A fin de distinguir entre ambas situaciones, resulta relevante analizar el alcance y la duración de la política de precios bajos. En particular, si una política de precios bajos se circunscribe a un producto muy acotado (por ejemplo, un único ítem dentro de la cartera de una empresa multiproducto, un único tipo de cliente definido por la posesión de ciertas características, etc.) o tiene una duración temporal muy corta, entonces resultará poco probable que la política en cuestión pueda tener características predatorias.²¹

IV.4. RESTRICCIONES VERTICALES

Las restricciones verticales son relaciones o acuerdos comerciales entre un oferente y un demandante de un bien o servicio que constituye un eslabón intermedio dentro de una cadena de producción y comercialización. Tales restricciones implican además algún tipo de compromiso de alguna de las partes para limitar o restringir su accionar.

¹⁹ Para que se configure una práctica de precios predatorios no es necesario que las empresas afectadas hayan abandonado el mercado.

²⁰ Según el tipo de actividad de que se trate, el costo incremental directo generado por la provisión de un bien o servicio podrá estimarse utilizando el concepto de costo variable unitario.

²¹ Véase, por ejemplo, "Cámara Argentina de Papelerías y Librerías c/Supermercados Makro", Resolución 810/1997, Secretaría de Industria, Comercio y Minería.

En general las restricciones verticales son menos dañinas que las horizontales y dan lugar a mejoras significativas de eficiencia. Para que una restricción vertical pueda constituir un abuso unilateral en infracción a la LDC debe surgir de una decisión imputable a una empresa con posición dominante en uno o más de los mercados relacionados.

Las principales restricciones verticales que pueden resultar en un abuso de posición dominante en un mercado son la fijación de precios de reventa de bienes y servicios, la imposición de exclusividad para con proveedores o clientes, la asignación exclusiva de clientes o territorios de venta, y las políticas de descuentos condicionales sobre los precios de venta de los bienes y servicios. Cada una de dichas restricciones será objeto de un apartado dentro de la presente sección.

IV.4.1. Fijación de precios de reventa

El artículo 3º inciso a) de la Ley N° 27.442 menciona como posible práctica anticompetitiva a la conducta que consiste en “fijar en forma directa o indirecta el precio de venta ... de bienes o servicios al que se ofrecen ... en el mercado”. Según los precedentes nacionales e internacionales y la literatura especializada en defensa de la competencia esta conducta se denomina “fijación de precios de reventa” (o RPM por la sigla en inglés correspondiente a Resale Price Maintenance).

La fijación de precios de reventa refiere a los acuerdos comerciales entre un proveedor y un revendedor en los que se establece el precio al cual el revendedor deberá comercializar su producto.

Con el fin de determinar si la fijación de precios de reventa constituye un abuso de posición dominante, es relevante analizar si el precio de reventa fijado opera como un precio máximo o mínimo. En principio, cuando un proveedor le fija un precio de reventa máximo a su revendedor, puede impedir que algunos revendedores exploten ciertas particularidades del mismo (localización geográfica, ingresos de la población, etc.) y les generen un perjuicio a los consumidores (y también al proveedor, que puede terminar vendiendo una cantidad menor de su producto).²² En el caso de una imposición de precios de reventa mínimos, en cambio, el efecto es en principio inverso, ya que el proveedor puede estar forzando un incremento de precios en el mercado “aguas abajo”, que perjudique a los consumidores.²³

Adicionalmente, la fijación de precios de reventa difícilmente pueda constituir un abuso unilateral de posición dominante si no viene

²² Véase, por ejemplo, “FECRA c/YPF”, Resolución 8/1995, Secretaría de Comercio e Inversiones.

²³ Véase, por ejemplo, “CNDC c/TRISA, TSC y otros”, Resolución 28/2002, Secretaría de la Competencia y la Defensa del Consumidor.

acompañada de una penalidad para el revendedor en caso de incumplimiento.²⁴

Por otra parte, merece destacarse que en algunas circunstancias, la fijación de precios de reventa puede ser utilizada para facilitar o implementar prácticas colusivas y, por lo tanto, restringir la competencia entre revendedores o entre proveedores. En estos casos, aunque los precios de reventa sean formalmente fijados por uno o más proveedores, los mismos podrían ser considerados como una conducta necesaria para que se materialice una acción concertada entre competidores en un mismo mercado.

Podría ocurrir que una fijación de precios de reventa no resultara una infracción a la Ley N° 27.442 por no existir perjuicio al interés económico general. Al respecto, la situación más común en la cual dicha hipótesis se verifica se da cuando la fijación de precios de reventa sirve para generar una mayor eficiencia en el funcionamiento del mercado. Esto ocurre esencialmente en las siguientes situaciones:

a) Cuando la fijación de precios de reventa sirve para incentivar al proveedor o a los revendedores a llevar a cabo actividades que propendan a una mayor calidad o un mejor servicio en relación a los productos que revenden; y

b) Cuando la fijación de precios de reventa sirve para incentivar la competencia entre revendedores de los productos de distintos proveedores, aunque limite la competencia entre revendedores del mismo proveedor (por ejemplo, si incrementa la competencia entre marcas aunque reduzca la competencia intra-marca).

IV.4.2. Exclusividad

El inciso g) del artículo 3° de la Ley N° 27.442 menciona como posible práctica anticompetitiva a la conducta que consiste en “sujetar la compra o venta a la condición de no usar, adquirir, vender o abastecer bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero”. Esta descripción se corresponde con lo que los precedentes nacionales e internacionales y la literatura especializada en defensa de la competencia denominan condiciones o acuerdos de exclusividad.

La exclusividad es una restricción vertical que puede aparecer en contratos celebrados entre proveedores y clientes de un bien o servicio, y tiene como característica principal la existencia de cláusulas por las cuales una de las partes (o ambas) se comprometen a no comerciar con empresas

²⁴ Este es en general el caso de las políticas de “precios sugeridos”, por las cuales los proveedores informan al público los precios a los cuales entienden que deben venderse sus productos, pero sin obligar a los revendedores a respetar dichos precios.

competidoras de la otra parte. Tal como puede observarse, la exclusividad puede producirse “aguas arriba” o “aguas abajo”, ya que es posible que un proveedor les requiera exclusividad a sus clientes y también es posible que un cliente les requiera exclusividad a sus proveedores.

Los posibles efectos anticompetitivos de los acuerdos de exclusividad con una empresa dominante pueden manifestarse, por ejemplo, a través de la exclusión lisa y llana de tales firmas competidoras (si es que la exclusividad les impide acceder al mercado), o a través del incremento de los costos de los rivales -las firmas que compiten con la empresa dominante-, que no pueden comprarle o venderle a los proveedores o a los clientes de dicha empresa (y que por ese hecho deben incurrir en mayores costos para abastecerse de sus insumos o para distribuir sus productos). También pueden generarse efectos similares mediante esquemas de descuentos condicionales, tal como se describe en el apartado siguiente.

Existen algunos factores a considerar, además de los indicados en el apartado III.1., para evaluar la probabilidad de que los acuerdos de exclusividad den lugar a cierres anticompetitivos del mercado que constituyan abusos de posición dominante, entre ellos:

a) El costo que tiene para los competidores de la empresa dominante conseguir otros proveedores o clientes que no estén sujetos a dichas condiciones de exclusividad;

b) La probabilidad de que los competidores de la empresa dominante sean excluidos del mercado, o de que se debilite sustancialmente la competencia por parte de los mismos, en virtud de no poder comerciar con los proveedores o clientes que operan en condiciones de exclusividad con la empresa dominante.

c) Es más probable que se generen efectos exclusorios cuando sin las cláusulas o acuerdos de exclusividad, los competidores o potenciales ejercerían una presión competitiva significativa. Ello es particularmente relevante Si los competidores no pueden competir por toda la demanda de un determinado cliente debido a que resulta inevitable para todos o la mayor parte de los clientes mantener relaciones comerciales con la empresa dominante, ya sea por características de las preferencias referidas a determinadas marcas establecidas o por restricciones de capacidad, aún una exclusividad de corta duración puede tener efectos exclusorios.²⁵

La exclusividad puede surgir de una imposición de la empresa dominante o también de un acuerdo entre partes sin imposición de una sobre otra, ya

²⁵ Comunicación de la Comisión Europea “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), sección IV.A.a).

que la empresa dominante puede ofrecer condiciones comerciales que compensen a su contraparte por su limitación a contratar con terceros (ello sucede en el caso de los descuentos condicionales que se analizan en el apartado siguiente). En ambos casos se considerarán los efectos de los acuerdos de exclusividad con la empresa dominante sobre la competencia y el interés económico general.

Siempre que se cumplan las condiciones indicadas en el apartado III.2, la empresa investigada podrá presentar beneficios pro-competitivos o mejoras de eficiencia que puedan contrarrestar los efectos anticompetitivos producidos por la exclusividad.²⁶ Entre ellos cabe mencionar los siguientes:

a) Evidencia de ahorro de costos de transacción por la mayor integración entre la empresa denunciada y sus proveedores o clientes (que permite reducir los costos relacionados con la búsqueda, la negociación y el incumplimiento contractual por parte de dichos proveedores o clientes);

b) Evidencia de que la exclusividad es necesaria para que la empresa denunciada lleve a cabo inversiones específicas que beneficien a su proveedor o cliente exclusivo;

c) Evidencia de que la exclusividad es necesaria para que el proveedor o cliente exclusivo lleve a cabo actividades que incrementen la calidad o mejoren el servicio en relación con los productos que provee o revende; y

IV.4.2.1 Descuentos condicionales

Los descuentos condicionales se otorgan para recompensar a los compradores por efectuar o abstenerse de efectuar una determinada conducta. Por ejemplo, un descuento que se otorga cuando las compras de un cliente superan determinado umbral de volumen en cierto período de tiempo es un descuento condicional. Si el descuento se aplica sobre todas las compras del cliente se denomina “retroactivo”, mientras que si sólo se aplica sobre las compras que superan el umbral se denomina “incremental”.

Las políticas de descuentos condicionales, además, pueden verse como una variación de las obligaciones de exclusividad analizadas previamente, ya que en general puede considerarse que son capaces de provocar efectos similares. Los descuentos condicionales pueden generar efectos equivalentes a los acuerdos exclusivos sin que necesariamente impliquen un sacrificio para la empresa dominante.²⁷

Un caso extremo de los descuentos condicionales son los “descuentos por

²⁶ Véase, por ejemplo, “SADIT c/Massalin Particulares”, Resolución 281/2000, Secretaría de la Competencia y la Defensa del Consumidor.

²⁷ A diferencia de la conducta de precios predatorios, que siempre supone un sacrificio para quien la ejecuta.

exclusividad”, que implican condicionar una reducción de precios a la adquisición exclusiva de un bien o servicio a la empresa dominante. Sin embargo, para que existan efectos exclusorios no es necesario que la firma dominante obtenga la exclusividad de compra por parte de sus clientes como contrapartida del descuento, sea la condición para otorgar el descuento para que tenga efectos exclusorios, ya que dichos efectos pueden producirse cuando la firma dominante otorga descuentos retroactivos o mediante otras variantes de los denominados “descuentos por lealtad” (*loyalty discounts*), como aquellas que implican condicionar la reducción de precios a un determinado nivel de participación de la empresa dominante en las compras totales de un cliente.

Al igual que en el caso de los acuerdos de exclusividad, para evaluar la probabilidad de que los descuentos condicionales den lugar a cierres anticompetitivos del mercado que constituyan abusos de posición dominante, además de los factores indicados en el apartado III.1, es relevante considerar si competidores con un nivel de eficiencia equivalente al de la firma dominante, pueden competir en igualdad de condiciones por toda la demanda de cada cliente. En caso de que ello no suceda, por ejemplo cuando una parte de la demanda del cliente es rígida (ya que, dadas las preferencias y las características de los productos y marcas, no es probable que el cliente deje de comprar esa parte de su demanda a la empresa dominante), un descuento retroactivo tiene una mayor probabilidad de generar efectos exclusorios, puesto que el cliente perdería el descuento sobre toda su demanda por comprar a un proveedor alternativo sólo una porción pequeña de la misma. Ello podría generar una oferta no replicable para un competidor igualmente eficiente de la firma dominante. El efecto exclusorio será mayor cuanto mayor el porcentaje de descuento y cuanto más elevado sea el umbral para obtenerlo.

Cuando se cumplan las condiciones indicadas en el apartado III.2, la empresa investigada podrá presentar beneficios pro-competitivos o mejoras de eficiencia que puedan contrarrestar los efectos anticompetitivos producidos por los descuentos condicionales, por ejemplo ventajas de costo trasladables a los consumidores o algunas de las mencionadas respecto de las obligaciones de exclusividad, como los incentivos para los revendedores. En este sentido, es más probable que los descuentos incrementales generen mayores incentivos que los retroactivos.²⁸

Buenos Aires, Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, mayo 2019

²⁸ Comunicación de la Comisión Europea “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), sección IV.A.b).