

Universidad Torcuato Di Tella
Escuela de Derecho

Revista Argentina de Teoría Jurídica (RATJ)

Volumen 22, Número 1, diciembre 2021

Admisibilidad de denuncias por conductas anticompetitivas: consideraciones económicas

Esteban Greco, Eduardo Stordeur (h) y Fernanda Viecens

Formato de cita recomendado

Esteban Greco, Eduardo Stordeur (h) y Fernanda Viecens, *Admisibilidad de denuncias por conductas anticompetitivas: consideraciones económicas*, Revista Argentina de Teoría Jurídica, 22 1 (21)

Para más trabajos publicados en la Revista Argentina de Teoría Jurídica acceda a revistajuridica.utdt.edu

Este artículo está disponible gratis y de forma pública por la Revista Argentina de Teoría Jurídica de la Universidad Torcuato Di Tella. Para más información, por favor contactarse con ratj@utdt.edu

ISSN edición impresa 1851-6831
ISSN edición digital 1851-684X

Admisibilidad de denuncias por conductas anticompetitivas: consideraciones económicas

*Esteban Greco**, *Eduardo Stordeur (h)†* y *Fernanda Viecens‡*

I. Introducción

Este trabajo tiene por finalidad examinar la racionalidad económica del acto que ordena la admisibilidad de una denuncia por prácticas anticompetitivas por parte de una agencia de competencia, con especial referencia al caso de Argentina. En particular, sostendremos que, desde 2016, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (en adelante, “CNDC”) comenzó a aplicar un análisis de la teoría del daño y el test legal desde la primera etapa procesal, es decir, desde el traslado de la denuncia que ordena el procedimiento de la Ley de Defensa de la Competencia 27.442 (en adelante, “LDC”).¹ Esto es relevante porque, dada la tradición en Argentina, hasta hace no demasiados años se disponía el traslado de prácticamente toda denuncia que satisfacía solo determinados requisitos formales.²

Argumentaremos que la innovación de la CNDC en este aspecto está justificada desde el punto de vista de la racionalidad económica. Para ello, emplearemos un modelo de economía de los litigios aplicado al campo del derecho de la competencia que permite establecer algunos criterios básicos para determinar en qué ocasiones una denuncia debe ser archivada en sus inicios, destacándose el peso de los test legales en la materia y, finalmente, ofreceremos dos ejemplos de dictamen de archivo de la CNDC de 2016 y 2019 que muestran la correcta aplicación del test desde esta primera instancia. Finalmente, expondremos unas breves conclusiones.

* Economista de la Universidad de Buenos Aires y Magíster en Economía ITDT-BID. Profesor de la Universidad de Buenos Aires y la Universidad Torcuato Di Tella.

† Doctor en Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor de Derecho Ambiental en la Escuela de Derecho de la UTDT y profesor de la Universidad de Buenos Aires.

‡ Economista de la Universidad Nacional de Córdoba y Magister en Economía (Universidad Carlos III de Madrid).

¹ Si bien nos referimos a una posible interpretación del art. 38 de la LDC (art. 29 de la ley anterior 25.156, modificada en 2018) es claro que la racionalidad subyacente y otros elementos de este artículo pueden ser empleados para otras jurisdicciones, dada la finalidad o meta común de las investigaciones sobre conductas anticompetitivas, en la generalidad de las jurisdicciones.

² La misma ley requiere que antes del traslado la autoridad deba examinar la “pertinencia” (art. 38 de la LDC) de la denuncia y lo mismo requería la ley anterior 25.156, aun cuando con frecuencia se corrían traslados de denuncias que no satisfacían las mínimas condiciones de los test legales de las conductas denunciadas. De hecho, en el derecho comparado las autoridades pueden desechar denuncias y en los hechos lo hacen con mayor amplitud que en el caso de Argentina, en general.

II. Breve introducción al derecho de la competencia.

El derecho de defensa de la competencia es una parte del sistema jurídico que tiene como meta central proteger el proceso competitivo del empleo abusivo del poder de mercado de los agentes económicos, con la finalidad de proteger a los consumidores.³ En general, intenta evitar que actores con poder de mercado limiten la competencia o el vigor de la competencia, lo que resulta o podría resultar en perjuicios para los consumidores, tales como precios más altos, menor variedad o calidad de productos o menor inversión, innovación y desarrollo de productos.

Para lograr dicha meta, se establece (vía sanciones) un sistema de precios por violar el proceso competitivo del mercado, sea por medio de abusos de posición dominante unilateral o mediante acciones coordinadas para restringir o eliminar la competencia, de modo tal de disuadir a las empresas de llevar adelante actos o prácticas con capacidad de afectar el proceso competitivo.

Con independencia de ciertos tecnicismos económicos muy útiles, la idea central se puede traducir de manera muy simple: la competencia favorece a los consumidores por medio de mayor cantidad, variedad y mejores precios de los productos. La finalidad del derecho de la defensa de la competencia, usualmente y en la mayor parte de los países, no es lograr una meta determinada (como un precio o una cantidad de producción en un mercado) sino, como los árbitros en los deportes, asegurar el proceso más que el resultado.

Con esta finalidad una típica agencia de competencia o antimonopolios desarrolla las siguientes actividades, normalmente reguladas por la ley de competencia y la legislación complementaria: (i) investiga denuncias por conductas anticompetitivas en los mercados o bien inicia investigaciones de oficio cuando tiene indicios de alguna conducta anticompetitiva en algún mercado; (ii) analiza ciertas operaciones de concentración económica traídas a su análisis, cuando éstas cumplen ciertos requisitos preestablecidos en el marco legal aplicable, a los fines de aprobar, condicionar o rechazar dichas operaciones, según corresponda; (iii) hace promoción o abogacía de la competencia.⁴

³ Aun cuando actualmente hay debate en torno a los fines del derecho de la competencia, en general, esta es la finalidad o meta más empleada y aceptada por las autoridades de competencia.

⁴ Una agencia de competencia, como la CNDC, en el caso de Argentina, elabora estudios económicos a los fines de detectar problemas de competencia en los mercados, eventualmente efectúa recomendaciones a otros poderes del estado con la finalidad de adaptar la legislación a los fines de proteger el proceso competitivo y desarrolla otras actividades de promoción de la competencia.

Entre las conductas que se sancionan se encuentran los abusos de posición dominante (o intentos de “monopolización de los mercados” en la tradición americana) y los acuerdos anticompetitivos entre empresas, como los carteles de fijación de precio, reparto de mercados o manipulación de licitaciones. De ese modo, típicamente, una agencia de competencia acoge denuncias respecto de estas conductas o bien inicia investigaciones de oficio a los fines de determinar, y eventualmente sancionar, este tipo de conductas siempre que afecten negativamente al proceso competitivo y el bienestar de los consumidores.

La primera ley antimonopolio fue la conocida ley Sherman, sancionada en 1890, momento de auge de las grandes empresas en los Estados Unidos. Dicha ley sanciona, en su artículo primero, los acuerdos anticompetitivos llevados adelante por competidores para no competir perjudicando a los consumidores y; en su artículo segundo, sanciona los actos de “monopolización”, que tienen por miras excluir a competidores perjudicando a los consumidores. Probablemente el caso más conocido sea el de la Standard Oil Company of New Jersey, empresa cuya participación creció de manera vertiginosa durante las últimas décadas del siglo XIX en los Estados Unidos, posición a la que habría arribado por medio de actos de depredación y compras hostiles a competidores, y por lo cual fue ordenada su disolución por la Corte Suprema de Justicia, en unos de los fallos más memorables (y disputados) de la historia jurisprudencial de ese país.⁵

En cuanto a Argentina, fue uno de los primeros países en sancionar una entonces moderna ley antimonopolio en 1923, que fue reformada en 1946, pero que no tuvieron mayor aplicación práctica. Fue en 1980 cuando por primera vez se sancionó una ley de defensa de la competencia en sentido moderno (Ley 22.262), que creó la CNDC. Las últimas reformas sustanciales tuvieron lugar en 1999, mediante la Ley 25.156 reformada en 2018 por la Ley 27.442, que establece una nueva autoridad todavía no vigente. Esto implica que la instrucción de los casos está a cargo de la CNDC por delegación de la Secretaría de Comercio Interior de la Nación, quien es, en la actualidad, la autoridad de aplicación de la ley 27.442.⁶

⁵ *Standard Oil Co. de New Jersey v. Estados Unidos*, 221 US 1 (1911). Mc Gee desafió la racionalidad de esta práctica y la decisión en este celebre caso. Ver McGee J., “Predatory price cutting: The Standard Oil (N.J.) case”. *Journal of Law and Economics* 1, 1958, pp. 137–169. Para un examen sobre la influencia de sus argumentos, ver James A. Dalton and Louis Esposito, “Standard Oil and Predatory Pricing: Myth Paralleling Fact”, *Review of Industrial Organization*, Vol. 38, No. 3, 2011, pp. 245-266. El estado de la literatura actual respecto de la racionalidad de esta práctica es ciertamente más compleja, en particular respecto de las plataformas digitales. En un muy popular artículo, Lina Khan acusa de hecho a Amazon de llevar adelante prácticas predatorias, en el contexto de un argumento más general sobre las herramientas y fines del derecho antitrust. Ver. Khan, Lina, “Amazon’s Antitrust Paradox”, *Yale Law Journal* 126, no. 3, 2017, pp. 710–805.

⁶ Para más detalles sobre la historia de la legislación de competencia en Argentina, véase Greco, Stordeur & Viecens (2021), Origen e Historia de la Ley de Defensa de la Competencia Argentina: Hacia los 100 Años de Legislación, de próxima publicación en Anuario de Defensa de la Competencia, Número Especial de la Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur y la Ley.

En materia de conductas, la CNDC y la Secretaría de Comercio Interior, instruyen procedimientos destinados a examinar si se ha infringido la LDC, en cuyo caso se impone (entre otras) una pena de multa y una orden de cese de la actividad lesiva de la competencia, que es lo frecuente en todas las agencias del mundo.⁷ En el capítulo siguiente se explican los aspectos más generales del proceso de investigación y se emplea el modelo de economía de los procesos, con la finalidad de ilustrar algunas intuiciones respecto del umbral probatorio que estimamos correcto para este tipo de procesos.

III. El procedimiento de denuncia e investigación de conductas anticompetitivas en defensa de la competencia: aplicación de un modelo económico.

A fines de poder examinar los criterios para determinar la admisibilidad de una denuncia de defensa de la competencia, es necesario primero efectuar una descripción general del procedimiento y explicitar criterios, en nuestro caso un modelo, para guiar la adopción de decisiones procedimentales.

El procedimiento previsto en la LDC para las investigaciones por prácticas anticompetitivas se inicia con la denuncia. La primera instancia procesal es la evaluación de la agencia sobre la pertinencia de la denuncia y la decisión de correr traslado al presunto responsable para que brinde sus explicaciones (art. 38 de la LDC). Sobre esta instancia trata centralmente el presente artículo. Los siguientes pasos procesales, en la medida que una investigación avance, son los siguientes: una vez recibidas las explicaciones, la agencia debe decidir sobre la procedencia de la instrucción del sumario (art. 39 de la LDC); concluida la instrucción del sumario, de existir evidencia, procede la imputación, equivalente a una acusación formal o pliego de cargos (art. 41 de la LDC), en la cual se da la oportunidad al denunciado de ofrecer su descargo y ofrecer prueba; concluido el período de prueba, proceden los alegatos (art.43 de la LDC) y, finalmente y de corresponder, la resolución de sanción.

Un criterio general subyacente para tomar decisiones procedimentales, particularmente en las etapas iniciales, puede ser descripto desde un punto de vista económico. El modelo empleado asume la necesidad de garantizar que cada aumento en los costos del procedimiento esté justificado por una disminución en el costo (tamaño) y riesgo (probabilidad) asociados al error de la adjudicación o resolución. Nótese que el error en materia de casos de conductas

⁷ En otros países, típicamente, en los Estados Unidos en forma efectiva, algunas conductas especialmente graves como determinados acuerdos entre competidores, constituyen delitos que en ocasiones llevan a sentencias de prisión. Además, en ese país, buena parte de la ejecución de la ley de competencia es privada, por medio de acciones legales ante jueces solicitando compensaciones por daños. Esto está previsto en la legislación argentina, pero es de escasa aplicación hasta el momento.

anticompetitivas, en particular, puede ser de dos tipos: el error conocido como tipo I de castigar a quien no cometió una infracción (o bien de sancionar conductas que no afectan negativamente al proceso competitivo y a los consumidores, y por lo tanto no deberían ser consideradas infracciones a la LDC), y el error de no castigar a quien sí cometió una infracción (o sancionar conductas que sí afecten negativamente al proceso competitivo y a los consumidores), conocido como error tipo II.⁸ Esto lleva a definir el Valor Esperado del Error (en adelante, “VEE”) de la siguiente manera:

$$\text{VEE} = \text{Probabilidad (riesgo) del error en la adjudicación} * \text{Costo (tamaño) del error}$$

Este tipo de análisis es intuitivo y usual en economía del derecho: un procedimiento penal requiere una investigación minuciosa para reducir el riesgo, ya que el costo de cometer un error (tipo I) es demasiado grande. Por otro lado, una multa de tránsito, por ejemplo, o cualquier otra contravención menor, requiere menor instrucción simplemente porque la probabilidad de un error y el tamaño del error son bajos, tal que sea conveniente incurrir en demasiados costos procesales para evitarlos.⁹

Esto, creemos, es simplemente un modo de formalizar una idea que en los hechos está presente en el modo en cual se llevan adelante los procesos y procedimientos judiciales o de tipo judicial, tal que se asigna mayor cantidad de recursos allí donde el VEE es más grande, sea porque la probabilidad del error en la adjudicación es mayor o bien porque es más grande el tamaño del error (o ambas) y, por lo tanto, dicha asignación de recursos se justifica para poder reducir el VEE.

De esto se sigue que tiene sentido económico adoptar un acto procesal siempre que la disminución del VEE que tal acto genera sea mayor o igual a los costos que conlleva la instrucción. Así, los recursos se podrán emplear de manera alternativa maximizando los logros de la agencia en términos de su meta de proteger el bienestar de los consumidores. Conceptualmente, el óptimo ocurre cuando el costo marginal, incremental o adicional de una unidad de instrucción es igual a la disminución del VEE en la adjudicación. Esto, sencillamente, lleva a la autoridad de competencia, o al fiscal que investiga un caso, a tomar aquella cantidad de pasos procesales y de instrucción cuando el costo de esas unidades es menor o igual a la

⁸ Los errores tipo I y tipo II son también denominados falso positivo y falso negativo, respectivamente.

⁹ Ver Robert Cooter y Thomas Ulen, *Derecho y Economía*, 2da edición en español, México DF, 2008, pp. 568-70, donde los autores asumen que el objetivo económico del derecho procesal consiste en minimizar la suma de los costos administrativos y los costos de los errores. Estamos empleando una versión de ese modelo, donde el costo de instrucción (CI) constituye el equivalente a los costos administrativos a que hacen mención estos autores y el costo del error (en el modelo de estos autores) consiste en la probabilidad del error (que puede ser de tipo I o II) multiplicado por el tamaño del error, en nuestra versión.

reducción en el VEE que generan. La regla conceptual de decisión es que la instrucción debe proceder o proseguir siempre que:

$$\Delta CI \leq \Delta VEE,$$

donde ΔCI representa el costo incremental de la instrucción del procedimiento y ΔVEE es la reducción esperada del VEE como resultado de dicha prosecución del procedimiento.¹⁰ Con esta formulación, puede interpretarse el caso en el que no existe teoría del daño y por lo tanto la probabilidad de error tipo II es nula y la probabilidad de error tipo I es igual a 1 (certeza), y $\Delta VEE=0$. En consecuencia, admitir la denuncia y dar traslado sólo implicaría generar costos de instrucción sin ningún beneficio: $\Delta VEE = 0 < \Delta CI$.¹¹ Nótese que, dados los recursos limitados con los que cuenta una agencia de competencia, el costo incremental de la instrucción no debe medirse exclusivamente por los recursos destinados al efecto, sino que constituye un verdadero costo de oportunidad y representa el incremento en el VEE de los casos que dejan de instruirse debido a la asignación de recursos al caso en cuestión.

Este enfoque, aunque conceptual y teórico, permite una orientación intuitiva al problema y captura aspectos importantes de la decisión de instruir, como una elaboración precisa del costo de oportunidad (que en una agencia puede ser especialmente alto) de instruir un expediente, o la probabilidad de que sucesiva evidencia permita obtener una mirada más precisa del valor del caso y/o correcciones sobre el valor de una eventual sanción. Este tipo de análisis permite tomar decisiones racionales y consistentes cuando cambian estas variables, como, por ejemplo, la posibilidad de obtener evidencia importante en un caso, o la especial consideración que merece por parte de la autoridad un caso complejo, todo lo demás constante. Este es el criterio que se puede emplear para evaluar la procedencia de determinadas decisiones de instrucción, pero también, de manera muy clara, respecto de instancias procesales, como, por ejemplo, la recepción y traslado de una denuncia por parte de una autoridad de la competencia, que al final se traduce en decisiones plenas de sentido común.

¹⁰ Subyace a esta inecuación la meta de minimizar una función de costo total (en el sentido de Cooter y Ulen) que tiene por componentes $CI + VEE$, donde el óptimo se logra cuando el cambio en los valores marginales se iguala, en un argumento muy conocido en análisis económico.

¹¹ Como se ha observado en el proceso de arbitraje, es probable que, en un contexto más general, un modelo de este tipo sea más plausible en instancias procesales de tipo voluntarias, de las cuales no depende la continuidad del procedimiento. El modelo, en tanto, puede llevar a un resultado contraintuitivo en el caso en que tenemos certeza de que la conducta denunciada es, efectivamente, una infracción a la ley. En ese caso, el modelo prescribe que, frente a la certeza, no hay que seguir instruyendo, y no debería darse traslado de la denuncia a pesar de que estamos seguros de que existió una infracción a la ley, dado que el traslado siempre conlleva un costo y no habría beneficio de la instrucción (puesto que no cambiaría el VEE). Siguiendo este razonamiento, y habiendo certeza de que la conducta es anticompetitiva, habría entonces que sancionar directamente. Sucede que el traslado y el descargo de la denunciada son parte del debido proceso, por lo que no es una opción de la agencia sancionar sin todos los pasos procesales de la instrucción. Bajo esta situación hipotética, aun sabiendo que instruir es un costo que no afecta la probabilidad de error, la agencia debe hacerlo para garantizar el derecho de defensa de la denunciada.

En cuanto a la recepción y aceptabilidad de las denuncias, la práctica histórica de la CNDC era la del traslado de prácticamente toda denuncia. Esto implicaba que, en aquellas ocasiones en las cuales no era posible que la denuncia prosperase, el acto procesal por el cual se ordenaba el traslado generara costos no compensados por ningún beneficio. El costo del traslado implica alargar el procedimiento y detraer recursos para evaluar las explicaciones y evidencias de la parte denunciada (además de los costos que asume la denunciada en la defensa del caso y las distorsiones en términos de incentivos y de certidumbre legal cuando se procede a la instrucción de investigaciones por conductas que no son anticompetitivas). Pero de manera fundamental, en aquellos casos donde no hay teoría de daño que los sustente y donde no se satisface el test legal de la supuesta conducta ilegal, dichos costos no tienen beneficios asociados, porque el cambio en VEE es nulo, y proseguir su trámite habilita el empleo estratégico de las denuncias por parte de actores privados para ganar poder de negociación en litigios entre privados, lo que se ve acentuado por la gratuidad de las denuncias de defensa de la competencia.

Es por esa razón que tiene sentido establecer criterios mínimos, procediendo solamente en aquellos casos para los cuales la denuncia permite vislumbrar teorías del daño consistentes y los hechos denunciados puedan constituir una infracción al régimen de competencia. En la siguiente sección se discuten estos criterios.

IV. Test legales, Teorías de daño y el Valor Esperado del Error: algunos elementos que permiten decidir cuándo no sería correcto continuar instruyendo una denuncia.

IV. 1 ¿Cuándo una conducta constituye una infracción a la ley de la competencia?

Un análisis que juega un papel fundamental en la determinación de la admisibilidad de una denuncia y la procedencia de la instrucción es la correcta evaluación de la posibilidad de que la conducta denunciada pueda llegar a constituir una infracción a la ley de la competencia.

En este sentido, preliminarmente, es clave comprender la naturaleza de “tipo abierto” de una infracción al régimen de defensa de la competencia, lo que hace que el análisis económico y jurisprudencial, tenga más peso que en muchas otras áreas del sistema jurídico. Consiste, después de todo, en un área del derecho que comparte algunas notas con el derecho penal o el derecho administrativo sancionador y, al mismo tiempo, tiene evidente contenido económico. De hecho, para que haya una infracción en materia de derecho de la competencia, es necesario que la conducta se encuadre en el tipo genérico establecido en el art. 1 de la LDC (tanto en la actual Ley 24.772 como en la versión anterior de la Ley 25.156).

Dicho artículo establece el tipo general, prohibiendo “los acuerdos entre competidores, las concentraciones económicas, los actos o conductas” que tengan efectos anticompetitivos, esto es, en términos de la ley, aquellos de los que “pueda resultar perjuicio para el interés económico general”. Esta disposición es de fundamental importancia, porque cualquier conducta, acuerdo o convenio que tipifique está penado por la ley, con independencia de los demás actos o conductas unilaterales puramente enunciativos que establece la ley en el art. 3 o los acuerdos prohibidos del art. 2 de la LDC.

El art. 2 de la LDC establece una lista taxativa de conductas absolutamente restrictivas de la competencia y que se presume perjudican el interés económico general: los carteles de núcleo duro (acuerdos de precios, repartos de mercado y colusión en licitaciones). Estas conductas no requieren análisis de efectos para ser sancionadas.

El art. 3 de la LDC establece una lista no taxativa de conductas o categorías de conductas unilaterales que, siempre que tipifiquen en el art. 1 (en particular que causen perjuicio al interés económico general) constituyen prácticas restrictivas de la competencia y que por lo tanto son penadas por la ley. Para examinar si efectivamente esta conducta afecta el interés económico general, sin embargo, es necesario que se satisfaga una serie de condiciones que no están en la ley y que es de práctica examinar.

De hecho, el enunciado del art. 3 no expresa las condiciones para que una conducta tipificada sea efectivamente una infracción a la ley de competencia. Por ejemplo, el inc. k) refiere a “enajenar bienes o prestar 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 o de producir daños en la imagen o en el patrimonio o en el valor de las marcas de sus proveedores de bienes y servicios”, pero es claro que es necesario examinar este artículo a la luz del tipo del art. 1, siendo necesario evaluar si potencialmente una conducta particular de este tipo puede excluir competidores causando un eventual daño al régimen de defensa de la competencia.¹²

En suma, en defensa de la competencia, la ley no puede prever de manera precisa todas las conductas que potencialmente lesionan la competencia. Por lo tanto, emplear el principio de tipicidad con el rigor que se aplica en derecho penal consistiría en una regla demasiado exigente para la administración, que debe regular conductas que no pueden ser enteramente predecibles. La jurisprudencia, la técnica empleada y el hecho de que se deba tipificar genéricamente en el

¹² El art. 3 enuncia, además, entre otras conductas, “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”, “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”, “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”, siguiendo un patrón en leyes de competencia.

primer artículo, mostrando afectación al interés económico general, constituyen una garantía para las empresas y personas investigadas.

En este sentido, para determinar si una acción o conducta unilateral constituye o no una potencial infracción a la ley de la competencia deben examinarse dos cosas. En primer lugar, debe evaluarse si la conducta es subsumible en alguna de las hipótesis de perjuicio al interés económico general desarrolladas por las teorías del daño estándares en defensa de la competencia. Las teorías del daño describen, basándose en la teoría económica, el mecanismo causal por el cual determinados tipos de conducta afectan el proceso competitivo y, en definitiva, a los consumidores. Identifican, así, tipos de conducta que tienen el potencial de lesionar concretamente a la rivalidad en el proceso competitivo. Si una acción unilateral no es subsumible en ninguna de las hipótesis de perjuicio al interés económico desarrolladas por las teorías del daño estándares, entonces no puede constituir una infracción a la ley de la competencia.

En segundo lugar, debe evaluarse si están satisfechos los requisitos que la jurisprudencia internacional y la propia CNDC han elaborado a lo largo del tiempo, explicitando, para cada una de las hipótesis de perjuicio al interés económico general identificadas por las diversas teorías del daño, una serie de condiciones necesarias que deben satisfacerse para que pueda considerarse que, efectivamente, el tipo de conducta en cuestión causa una lesión a la competencia.

En este sentido, un requisito fundamental que cualquier acción o conducta unilateral debe satisfacer para constituir una infracción al régimen de competencia, es la existencia de posición dominante. El derecho de la competencia busca regular el uso del poder de mercado (y no la existencia de poder de mercado en sí misma) pero para esto es necesario definir previamente si hay poder de mercado del cual se pueda abusar en perjuicio de los consumidores. En términos jurídicos, si la denunciada tiene posición de dominio. Diferentes decisiones de las autoridades de defensa de la competencia europea, de donde proviene el concepto, definen de manera clásica la dominancia como la capacidad o el poder que tiene un operador de mercado de comportarse en un grado apreciable de manera independiente de sus competidores y sus consumidores, concepto que se refleja en el Capítulo II de la LDC, particularmente en el inc. c) del art. 6. Previo a definir el poder de mercado o un grado apreciable del mismo (o la posición de dominio, tal como lo traduce la LDC de Argentina), se procede a definir el mercado, puesto que esta operación precisa el contexto en el cual, además, los efectos de las conductas van a ser analizados. Normalmente, a los fines de identificar si hay posición de dominio en un mercado, se emplean varios factores que pueden ser indicios de dominancia, dado que no siempre es fácil identificar el precio de equilibrio competitivo o las condiciones óptimas de las operaciones, pero, en ocasiones es bastante evidente la inexistencia de ese poder de mercado, sin necesidad

de una investigación del asunto. Esto ocurre, por ejemplo, con mercados desconcentrados donde los operadores son “tomadores de precios” y muchas veces de manera tan evidente no hay posición de dominio, sin la cual no puede haber infracción.

Una vez establecida la existencia de poder de mercado sustancial o posición de dominio, es procedente examinar si hubo abuso, para lo cual las agencias de competencia examinan las conductas denunciadas y sus efectos, con la finalidad de verificar si existió una infracción al régimen de la competencia. Por lo tanto, una empresa que tiene posición dominante solo viola el régimen de competencia cuando abusa de esa posición de dominio. En ese sentido, además del requisito general de existencia de posición dominante, común a todas las acciones o conductas unilaterales, la jurisprudencia internacional y la CNDC han establecido requisitos específicos para diferentes conductas. Así, por ejemplo, las Guías para el Análisis de Casos de Abuso de Posición Dominante de Tipo Exclutorio de la CNDC establecen que, para que la hipótesis de precios predatorios constituya una efectiva lesión al proceso competitivo, es necesario que se cumplan tres requisitos: (i) que la firma que la realiza tenga posición dominante (requisito común para que cualquier conducta pueda constituir una infracción a la ley de defensa de la competencia); (ii) que incurra en un sacrificio de sus beneficios a corto plazo (es decir, que fije precios por debajo de sus costos); y (iii) que tenga la capacidad y sea probable la exclusión de competidores y el ejercicio de poder de mercado (lo que permitiría una recuperación de los beneficios “sacrificados”). Se conoce como “test legal” al examen de la satisfacción de los requisitos que, para cada acción o conducta específica, han desarrollado la CNDC y la jurisprudencia nacional e internacional, incluida la existencia de posición dominante.

IV. 2 Criterios generales (no exhaustivos) para evaluar la admisibilidad de la denuncia.

La correcta aplicación de las teorías del daño y del test legal contribuyen a medir el VEE y, de esta manera, asignar correctamente los recursos de la instrucción, lo que tiene tanto valor como la satisfacción de requisitos formales mínimos de la denuncia.

Tiene sentido, por lo tanto, que el umbral de evidencia no sea elevado al momento de resolver el traslado de la denuncia, mientras que debe ser necesariamente más alto al momento de resolver la apertura del sumario respectivo y, desde luego, debe ser muy alto al momento de la mencionada acusación del art. 41 (que se conoce como “imputación”) a la denunciada y que es el momento preliminar al dictamen/resolución, que puede ordenar sanciones.¹³

Una aplicación sistemática del análisis de teorías del daño consistentes y los respectivos test legales permitirá descartar casos en los que el VEE es nulo y que, sin dicho análisis, implicarían

¹³ A medida que se prosigue con el procedimiento incrementa el costo del mismo.

un traslado casi automático de la denuncia, con los costos de oportunidad que ello implica para la agencia y para la economía en términos de distorsiones a los incentivos y falta de certeza legal. Parte del costo social de las instrucciones de casos que no tienen teorías del daño consistentes en esta instancia incluye la posibilidad de un uso estratégico por parte de los particulares de los procedimientos de la agencia de competencia para lograr ventajas en asuntos estrictamente privados antes que públicos, lo que debería ser desalentado por la agencia.

Por otra parte, no aplicar un análisis sistemático desde el inicio de los casos implicaría un incremento en la cantidad de casos en trámite, lo cual conlleva, en conjunto, a que la agencia no se pueda dedicar plenamente a investigar los casos fundamentales que involucran conductas de alta probabilidad anticompetitiva.

Dada la generalidad necesaria del modelo o criterio, que por otra parte es consistente con el tipo de razonamiento explícito que se hace en competencia en muchas instancias, es conveniente, al menos, introducir algunos lineamientos para el archivo *in limine* de una denuncia, antes de ordenar el traslado de la misma conforme el art. 38 de la LDC. Estos lineamientos pretenden mostrar casos donde casi con certeza el costo de la instrucción es superior al beneficio de instruir ya que el VEE es muy bajo o nulo. Téngase en cuenta, además, que el archivo de un expediente en cualquier instancia es un acto apelable y, por lo tanto, sujeto a revisión judicial lo que reduce, en principio, dependiendo de la calidad de la revisión judicial, los errores de tipo II.

En este sentido, creemos que deben utilizarse tres criterios básicos para examinar la procedencia del traslado de la denuncia.¹⁴

Requisitos formales mínimos. El primer criterio, en algunos momentos no muy empleado, es que la denuncia satisfaga ciertos requisitos formales mínimos que la hagan viable, en los términos que exige el art. 37 de la LDC. Es claro que la denuncia debe identificar al denunciante y contener una exposición de los hechos y el derecho que al menos satisfaga ciertos umbrales de plausibilidad mínima, aunque sea formal. Otras cuestiones legales, como la prescripción de la acción, que debe ser declarada de oficio por operar de pleno derecho en materia sancionatoria o que el agente denunciado, tanto como los hechos y condiciones en el mercado relevante,

¹⁴ Es posible ser aún más estrictos en el umbral inicial de evidencia y quizás esto tenga mucho sentido desde el punto de vista de administración y ejecución de una agencia muy eficiente. Probablemente, en esto tenga incidencia la tradición legal (puesto que de nada sirve archivar si los tribunales que revisan las resoluciones ordenan la reapertura del caso) y el costo de oportunidad de la agencia en cuestión. Por esa razón vamos a ser minimalistas en cuanto a los elementos que permiten un archivo seguro inicial en defensa de la competencia, en particular donde es tan seguro que no hay caso, que el acto procesal prácticamente implica costos sin los correspondientes beneficios, algo que usualmente se puede explicar de modo razonable a un juez, minimizando, además, la probabilidad de apelaciones, buscando resoluciones sólidas que en conjunto minimicen el costo total de error del sistema.

indiquen que hayan sido ya materia de una resolución previa, excepto desde luego en caso de información falsa o incumplimiento de condiciones previstas en la misma resolución. O cuando esté pendiente un procedimiento ante la CNDC referente a los mismos hechos y condiciones en el mercado relevante y se haya ordenado el respectivo traslado.

Existencia de teoría del daño. El segundo criterio consiste en determinar la plausibilidad del contenido de la denuncia, esto es, determinar si la denuncia tiene lugar en el contexto de alguna de las teorías del daño estándares en defensa de la competencia y, por consiguiente, “encuadran en la LDC”.

En este sentido, ocurre en muchísimos casos que de los hechos denunciados no surge una violación al régimen de competencia sino, por ejemplo, una cuestión relativa al derecho de la lealtad comercial o una cuestión privada del derecho de los contratos. En este sentido, un primer examen debería establecer si, aun en la hipótesis de la verdad de los hechos, hay o no una posible infracción al derecho de la competencia. Es decir, se requiere mirar si los hechos denunciados constituyen una potencial violación a la LDC, para los cuales existe una teoría del daño plausible en defensa de la competencia.¹⁵

Satisfacción del test legal correspondiente. El tercer criterio fundamental consiste en determinar aquello que deben satisfacer todas las prácticas unilaterales para constituir una infracción al régimen de competencia, esto es, la existencia de posición dominante y requisitos específicos para diferentes conductas.

Los archivos más notables, por su particularidad, operan cuando de manera notoria una conducta puede ser descartada mediante la aplicación del test legal correspondiente. Un análisis fino de esto requiere, para cada test legal en particular, mirar cuáles elementos son los que se pueden conocer de manera preliminar sin necesidad de conducir una investigación y cuáles son los que requieren efectivamente instrucción. Algunos de estos como, por ejemplo, las figuras que requieren integración vertical, constituyen procedimientos más seguros para minimizar errores de tipo II, mientras que otros, como el examen de la estructura de costos de una empresa o ganancias en eficiencia, requieren no solo el traslado sino, probablemente, la apertura misma del respectivo sumario.

En ocasiones, cuando se cuenta con la información pertinente, la estructura del mercado y las cuotas de mercado correspondientes, ofrecen una mirada que permite, aun sin necesidad de

¹⁵ Como ha ocurrido en muchos casos históricamente en Argentina, esto hubiese permitido eliminar costos que no llevan a beneficios en términos del modelo analítico expuesto y, por otra parte, hace de manera central al principio de legalidad en materia sancionatoria.

examinar la conducta y sus potenciales efectos concretos, descartar con nulo riesgo de error tipo II la existencia de un caso. Mientras una alta cuota de mercado no asegura que haya dominancia, puesto que hay que mirar otros elementos, un mercado muy poco concentrado permite descartar rápidamente un caso en defensa de la competencia, dado que las acciones de la eventual denunciada o investigada no pueden tener un impacto negativo en el proceso competitivo.

Aun cuando esto suele requerir de una definición previa del mercado, muchas veces la hipótesis más restrictiva (la menos conveniente para la empresa denunciada) muestra que no hay posición de dominio. En ocasiones, los mercados están ya definidos por la misma jurisprudencia de la CNDC o sus niveles de concentración indican la imposibilidad de una conducta de abuso de posición dominante, dada la estructura del mercado. En otros casos, además, no concurren elementos centrales que permiten “tipificar” la conducta como una infracción al régimen de defensa de la competencia como, por ejemplo, integración vertical para un caso de negativa de venta o la existencia de barreras de entradas al mercado en el caso de precios predatorios, dentro de una larga lista de condiciones que la jurisprudencia fue estableciendo a nivel internacional para la existencia de una infracción al derecho de la competencia, algunas de las cuales pueden examinarse desde el momento mismo de la denuncia, sin necesidad de posterior investigación.

IV. 3 *Aplicación a casos de la CNDC*

A los fines expositivos e ilustrativos, se analizan a continuación dos casos de la CNDC, de 2016 y 2019, que muestran ejemplos de archivo por deficiencias en el test legal.

El caso Coto

Se trata del archivo de una denuncia por precios predatorios en el mercado de venta de vinos finos contra Coto S.I.C.S.A (en adelante, “Coto”) en septiembre de 2016.¹⁶ La denuncia había sido presentada por el propietario de una vinoteca ubicada en el barrio de Palermo, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, una empresa minorista que tenía por actividad la venta de una variedad de bebidas alcohólicas, incluyendo el vino. La denunciada, Coto, es una cadena argentina de supermercados e hipermercados.

La conducta denunciada era la fijación de precios predatorios que, según la denuncia, Coto habría llevado adelante por medio de una serie de agresivos descuentos en los precios de venta de los vinos finos que dicha cadena de supermercados comercializaba.¹⁷

¹⁶ El Dictamen y la Resolución están disponibles en:

<http://cndc.produccion.gob.ar/sites/default/files/cndcfiles/cond%201604.pdf>.

¹⁷ Esta conducta, es decir, los “precios predatorios”, ocurre cuando el incumbente en el mercado establece precios por debajo de alguna medida de costos con la finalidad de excluir o eliminar competencia potencial, para luego

Presentada la denuncia y ratificada se procedió a examinar la pertinencia de la misma, conforme una lectura económicamente racional del entonces art. 29 de la Ley 25.156 (actual art. 38 de la LCD). En este caso, la práctica denunciada de precios predatorios estaba prevista en el inc. m) del art. 2 de la Ley 25.156 (actual inc. k) del art. 3 de la LDC) y constituía un abuso de posición dominante que calificaba en los términos del art. 1 de la Ley 25.156 (actual art. 1 de la LDC), siempre que lesionara el interés económico general.

La depredación en un contexto competitivo, por ejemplo, es impracticable, completamente irracional por parte de agentes económicos que funcionan como empresas, ya que implicaría sacrificar beneficios sin tener la posibilidad de recuperarlos, y no podría afectar negativamente el interés económico que protege el art. 1 de la LDC.

En el caso, era evidente que Coto tenía competencia en la venta de vinos, incluyendo otras cadenas de supermercados, como Carrefour (Carrefour y Día), Cencosud SA (Jumbo, Disco y Vea), Walt-Mart Argentina SRL. Además, Coto está expuesto a una competencia sustancial por parte de otros oferentes en ese mercado como autoservicios, almacenes y vinotecas, como los de propiedad del denunciante. Conforme se destaca en el dictamen, operaban también en ese mercado cadenas de vinotecas que actuaban a cierta escala importante como, por ejemplo, Winery, Ligier, Tonel Privado, etc., todas ellas también en la ciudad Autónoma de Buenos Aires.

De modo que era claro que Coto no podía contar con posición de dominio en ese mercado tal que su conducta pudiera constituir una infracción. Una política de descuentos sólo puede excluir competidores (actuales o potenciales) cuando es llevada adelante por una empresa con posición de dominio en el mercado. No obstante, dado que el test legal de precios predatorios permite examinar otras condiciones a primera vista, se procedió a examinarlas, con la finalidad de descartar de plano la existencia de conducta anticompetitiva. Se encontró, por ejemplo, que la denunciada no vendía por debajo del costo, sino que, por el contrario, según la información que surgía de la denuncia, operaba con un margen del 11% de ganancia en ese rubro. En concreto, sus precios no estaban por debajo del costo de adquisición de los vinos.

Por otra parte, se dijo también en el dictamen que los descuentos constituyen una práctica comercial frecuente en los usos y costumbres de ese mercado, siendo que el mismo denunciante

colocar precios más altos una vez logrado mayor poder de mercado. Por lo tanto, supone dos momentos: la depredación, donde la firma dominante pierde dinero, y el momento posterior en el que tendría la potencialidad de la recuperar las pérdidas sufridas, dada la renta extraordinaria derivada del precio supra competitivo. Es, naturalmente, una conducta que, si bien inaugural en casos de “monopolización” (equivalente al abuso de posición dominante en los mercados en nuestra tradición legal de defensa de la competencia, que sigue a la europea), supone un test legal muy restrictivo.

los practicaba y era claro que los descuentos de Coto podían ser entendidos como parte del proceso competitivo de ese mercado. En el caso no estaban dadas las condiciones de mercado para que opere una conducta de este tipo. Para esto es necesario descartar que los precios más reducidos no se deban a ventajas de costos relacionadas con mayor eficiencia, puesto que de lo contrario se estaría penalizando a las empresas eficientes en desmedro del bienestar de los consumidores. Como se indicó, otro requisito del test legal es que quien lleva adelante esta acción sea capaz de ganar mercado y que luego pueda ejercer ese poder de mercado sustancial o posición de dominio en su favor y “recuperar su inversión predatoria”, para lo cual es fundamental la existencia de barreras al ingreso de competidores. De la evidencia, y de los mismos dichos del denunciante, surgía que la empresa denunciada tenía ventajas para comprar más barato que la competencia dados los volúmenes de compra, indicando la presencia de economías de escala, lo que beneficia a los consumidores puesto que declina el costo medio de provisión con la cantidad.

Como en un dictamen precedente de la CNDC, que empleó por primera vez un esquema de análisis en dos fases muy frecuente en el derecho comparado, se consideró además que la conducta de Coto se podría explicar como una estrategia destinada a captar clientes dentro de un mercado en el cual el supermercado está compitiendo con otros supermercados que pueden o podrían replicar la misma estrategia respecto de este u otros productos.¹⁸

El dictamen concluye que “careciendo Coto de posición dominante en ese mercado, y no pudiendo obtener poder de mercado como consecuencia de su política de descuentos ni teniendo posibilidad de impedir el ingreso de nuevos competidores al mercado, no se aprecia cómo podría resultar anticompetitiva una política de descuentos sobre un grupo de productos como el descripto en el presente caso” y, por lo tanto, se recomendó el archivo de las actuaciones.

Este es un buen ejemplo de los casos en los que es posible examinar con información pública la existencia de elementos centrales del test legal de determinadas conductas, lo que permite un archivo consistente, eliminando costos sociales innecesarios. Esta estrategia para dictaminar y proceder con archivos requiere algo de esfuerzo inicial, que será creciente conforme la dificultad en examinar la conducta “prima facie”. De cualquier manera, en todos aquellos casos que las conclusiones no pueden ser obtenidas de manera clara en esta primera instancia, queda justificado el traslado y eventual apertura de sumario para el caso de que las explicaciones no sean lo suficientemente convincentes.

Caso Megatlon contra Smartfit y otros

¹⁸ Cámara Argentina de Librerías y Afines contra Supermercados Mayoristas Makro S.A. (1997), <http://cndc.produccion.gob.ar/sites/default/files/cndcfiles/260.pdf>

Un caso más reciente que también ejemplifica la aplicación del criterio analítico expuesto es la denuncia de Gimnasios Argentinos S.A. (en adelante, “Megatlon”), una cadena de gimnasios de amplia cobertura en Argentina, contra Smartfit S.A.S. (en adelante, “Smartfit”), quien presta servicios de acondicionamiento físico, Smartfit Escola de Ginastica e Danca S.A. Sociedad Extranjera, en Brasil, México, Chile, República Dominicana, Perú y Colombia, Brudden – Movement (Movement), empresa Brasileña que fabrica y vende aparatos fitness, y Cambrils Distribuciones S.A. y MIR Fitness, denominados respectivamente como “Distribuidor y Representante Oficial” de Movement.¹⁹

Megatlon manifestó que fue objeto de una negativa de venta de equipamiento de Movement para su nueva línea de gimnasios de bajo costo -Fiter-.²⁰ En su denuncia, Megatlon argumentó que la negativa era consecuencia de un requerimiento de Smartfit a Movement, por ser Megatlon un competidor de aquella. Entre sus argumentos, agregó que se trataba de equipos de la marca Movement que no tendrían un sustituto debido a su relación precio-calidad. Señaló también que los equipos Movement presentan menores aranceles por provenir del Mercosur y que otros equipos que pueden ser importados desde otro origen son de una calidad inferior.

La información disponible y ciertas medidas previas permitieron a la CNDC determinar que la denuncia no satisfacía el test legal y por lo tanto no se trataba de una conducta que constituyera una infracción a la LDC.²¹

En particular, la firma Movement, proveedora de los equipos objeto de la negativa de venta investigada, no era competidora de Megatlon, la denunciante. Es decir que no se cumplía con el requisito de integración vertical del test legal, lo cual implica la inexistencia de una teoría de daño a la competencia. Nótese que es la integración vertical la que genera incentivos a la práctica exclusoria de negativa de venta y, sin ella, no hay una motivación anticompetitiva; por lo tanto, la conducta no puede infringir la LDC.

La CNDC verificó también que los productos Movement eran importados (por la firma Cambrils), que había diversas marcas y proveedores alternativos y que, de hecho, Megatlon ya

¹⁹ <http://cndc.produccion.gob.ar/sites/default/files/cndcfiles/COND%201696%202019.pdf>.

²⁰ La teoría del daño de la negativa de venta consiste en que una firma verticalmente integrada y con posición dominante en uno de los mercados en los que participa (el mercado aguas arriba), tiene los incentivos y podría tener la capacidad para excluir a un competidor del mercado verticalmente vinculado (aguas abajo), negando el suministro de un insumo indispensable para competir en dicho mercado.

²¹ El test legal de una conducta de negativa de venta establece los siguientes requisitos para que pueda ser considerada infracción a la LDC: i) que la firma que niega la venta posea posición dominante; ii) que se encuentre verticalmente integrada, es decir que además de comercializar el producto del que niega la venta, sea competidor de la firma denunciante en otro mercado vinculado que utiliza dicho producto como insumo; iii) que dicho producto sea indispensable para competir en el mercado vinculado; iv) que sea probable que la conducta conduzca a la eliminación de competencia efectiva y; v) que sea probable que genere un perjuicio a los consumidores.

se encontraba operando una red de gimnasios de bajo costo (Fiter) sin necesidad de utilizar equipamiento Movement. Adicionalmente, se comprobó que la firma Smartfit no se encontraba activa en el mercado argentino de gimnasios, sino que era un potencial entrante.

Estos elementos permitían descartar otros requisitos del test legal como la posición dominante y la indispensabilidad, y corroborar que se trataba de la denuncia de una firma instalada, incumbente, contra un potencial entrante que estaba generando presión competitiva.

Por lo tanto, la resolución propuesta por la CNDC ordenó el archivo *in limine* del caso, sin proceder al traslado del art. 38 de la LDC.

Este caso permite mostrar que la aplicación sistemática del criterio analítico expuesto permitió evitar los costos de proseguir con la investigación de una denuncia referida a una conducta que no era anticompetitiva y que, en todo caso, hubiese sido su tramitación la que podría haber tenido efectos anticompetitivos en la medida en que desalentara el ingreso de un nuevo oferente.

V. Conclusiones finales

La LDC pide que la autoridad evalúe la pertinencia del primer traslado y este artículo intenta mostrar que este problema de decisión puede pensarse en términos de costos y beneficios, apelando a un sencillo modelo económico. Este incorpora el costo de instruir, tipos de errores (tanto de tipo I como II), como el tamaño esperado del error y la probabilidad de ocurrencia del error.²²

Se ilustra el modo en el cual el uso adecuado de requisitos formales, teorías del daño y test legales desde la primera instancia procesal, puede contribuir a minimizar el costo social de instruir expedientes en materia de defensa de la competencia, en su instancia inicial, minimizando el costo de instruir más el costo del error.

En particular ilustra la importancia de identificar ciertos elementos, algunos comunes a todas las prácticas anticompetitivas, y otros que dependen de los respectivos test legales, algunos de los cuales pueden ser identificados con claridad suficiente en una instancia muy preliminar por la agencia. Se muestra cómo es posible archivar de manera sencilla un caso de competencia aun cuando la conducta descrita en la denuncia encuadre entre las prácticas potencialmente

²² Como se ha explicado, consiste en una sencilla modificación a un modelo general de economía de los procedimientos que pensamos permite capturar mejor, por medio de una simple inecuación, la decisión de correr traslado de una denuncia.

infractoras de la LDC, apelando a nociones muy visibles y elementales de análisis en defensa de la competencia presentes en el test legal correspondiente.

Mantener abiertas investigaciones de casos que no constituyen riesgos para la competencia tiene un costo de oportunidad directo en términos de menores recursos para investigaciones de prácticas anticompetitivas. El análisis sistemático y preciso de las denuncias desde su inicio es una forma de mejorar la efectividad de la agencia en su rol sancionatorio y disuasorio.