

## **“Precios Excesivos y Defensa de la Competencia”**

por Pablo Trevisán

### **Resumen**

Existe un equívoco recurrente de ciertos actores políticos acerca del alcance de la legislación y política de competencia para que la misma sea empleada como un mecanismo de control de precios. El objetivo de la defensa de la competencia no es el control de precios, sin embargo, hay un creciente desarrollo en la práctica comparada europea sobre la posibilidad de revisar casos de abuso de posición dominante en un mercado en base al establecimiento de precios excesivos. Esto ha tenido su reflejo en casos resueltos por la agencia de competencia en Argentina y así se puede constituir un auspicioso sendero para la práctica de competencia en nuestro país.

### **Abstract**

There is a recurring misunderstanding by certain political actors about the scope of competition law and policy for it to be used as a price control mechanism. The objective of the defense of competition is not the control of prices, however, there is a growing development in European comparative practice on the possibility of reviewing cases of abuse of dominant position in a market based on the establishment of excessive prices. This has been reflected in cases resolved by the competition agency in Argentina and thus can constitute an auspicious path for the practice of competition in our country.

Una amplia gama de conductas que permitan a las empresas elevar los precios por encima de los niveles competitivos, están limitados por las leyes de competencia.

La fijación de precios excesivos es una de las principales preocupaciones de la política de competencia: si las empresas buscan aumentar su ganancias a través de un M&A, una fusión o concentración económica, deben obtener la aprobación de la autoridad de aplicación de las leyes de competencia; cuando varios fabricantes de productos u oferentes de servicios similares llegan a un acuerdo para subir los precios, tales contratos no solo son inaplicables y eventualmente nulos, sino que también están sujetos a graves sanciones –en muchos casos, hasta sanciones de prisión–.

Entonces, ¿por qué no abordar los precios excesivos directamente?

El presente trabajo se refiere a qué entendemos por precios excesivos como una eventual conducta anticompetitiva, haciendo especial referencia a cómo han actuado en la materia las autoridades de competencia en general, y en particular en nuestro país. Asimismo, se hace un análisis de la legislación y jurisprudencia principal en la materia en nuestro país, para concluir con unas breves reflexiones sobre el tema y su relación con las políticas de control de precios, precios máximos y ley de abastecimiento.

## 1. ¿Qué son los Precios Excesivos?

En términos generales, podría decirse que el derecho y política de competencia abarcan dos grandes áreas: el área del control de conductas y el área del control de concentraciones económicas.

Dentro del marco del control de conductas, a su vez, encontramos dos grupos: el de las conductas concertadas entre dos o más competidores, y el de los abusos de posición dominante<sup>1</sup>, que –en principio- son llevadas a cabo por empresas con poder de mercado.

Asimismo, dentro del grupo de los abusos de posición dominante, resulta posible distinguir dos categorías: los casos de “abuso explotativo” y los casos de “abuso exclusorio”, los cuales son considerados de manera distinta en algunas jurisdicciones.

Si bien en algunas jurisdicciones consideran que solo los abusos exclusorios podrían considerarse como prácticas anticompetitivas, las normas argentinas de defensa de la competencia, incluyen tanto los abusos exclusorios como los explotativos como posibles infracciones, siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos y, en particular, se presente un “perjuicio al interés económico general” (cfr. art. 1 de la ley 27.442, la “LDC”).

Los casos de precios excesivos o precios demasiado elevados –junto con aquellos que se refieren a restricción de cantidades o distorsión en los valores de otras variables- se encuadran como casos de abuso explotativo de posición dominante.

## 2. Aclaración Previa

---

<sup>1</sup> Son las conductas que en los EE.UU. se denominan “de monopolización”. Estas, en principio, son las llevadas a cabo por una única empresa, aunque en ciertos casos, tanto en Europa como en ciertos países de Latinoamérica –como Argentina- puede darse entre dos o más competidores, que es lo que se ha dado por llamar “dominancia colectiva”. A los fines de este informe, limitaremos nuestro análisis al abuso de posición de dominio –o monopolización- desde el punto de vista de una única empresa con poder de mercado.

Como primera aclaración, debe tenerse en cuenta que las herramientas de las que disponen el derecho y la política de competencia para resolver problemas generados por prácticas anticompetitivas, son herramientas de regulación indirecta de los mercados, que implican el eventual establecimiento de multas y la imposición de obligaciones de no hacer, pero que en ningún caso implican un control directo de precios, cantidades u otras variables cuantitativas.

En este sentido, el tema de precios excesivos, levanta cuestiones interesantes desde el punto de vista del derecho y la política de defensa de la competencia.

La teoría económica nos indica que un monopolista puede restringir la producción e imponer precios que exceden el nivel competitivo: es por esto mismo que la competencia se ve como algo positivo, ya que, en condiciones competitivas, sería el mercado quien establece el precio correcto de bienes y servicios mediante la “ley” de oferta y demanda<sup>2</sup>.

En este sentido, a priori, pareciera obvio que las autoridades de competencia deberían intervenir para controlar precios que exceden significativamente los niveles de competencia. Sin embargo, algunos sistemas de competencia comparados no prohíben precios excesivamente elevados, siendo el caso más relevante en este sentido el derecho antitrust de los EE.UU.<sup>3</sup>

Para prueba del caso de los EE.UU. basta como botón el voto del Juez Scalía, de la Suprema Corte de dicho país:

---

<sup>2</sup> Whish, Richard – Bailey, David, “Competition Law”, Novena Edición, Oxford University Press, 2018, pp. 735 y ss.

<sup>3</sup> Ver *Verizon Communications v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398 (2004), 7: “[t]he mere possession of monopoly power, and the concomitant charging of monopoly prices, is not only not unlawful; it is an important element of the free-market system”.

*“The opportunity to charge monopoly charges –at least for a short period- is what attracts “business acumen” in the first place; it induces risk taking that produces innovation and economic growth”.*<sup>4</sup>

La Sección 2 de la Ley Sherman de los EE.UU. de 1890 aplica a conductas de “monopolización e intento de monopolización”, pero no a las conductas explotativas. Por el contrario, según la legislación europea, los precios excesivos podrían considerarse un abuso de posición dominante.

Estos enfoques marcan una clara división entre la regulación de conductas exclusorias y conductas explotativas: mientras las conductas exclusorias serían ilícitas tanto en los EE.UU. como en Europa, las conductas explotativas solo serían ilícitas bajo la legislación de la Unión Europea.

Esta divergencia, refleja diferentes objetivos ideológicos y diferentes supuestos sobre cómo operan los mercados en uno y otro lado del Atlántico. Por su parte, los EE.UU. perciben una economía no regulada y como esencialmente competitiva, que pone un énfasis significativo en el funcionamiento del mercado, sin otorgarle importancia significativa a los monopolios creados por medios que no sean consecuencia de barreras artificiales. También refleja el papel limitado del Estado en la regulación directa de los mercados y los valores sociales, morales y políticos atribuidos al proceso de competencia.

Por el contrario, la legislación de la Unión Europea refleja una menor creencia en la capacidad de las fuerzas del mercado para erosionar los monopolios y una mayor creencia en la capacidad de un Estado regulador, para intervenir eficientemente en el establecimiento de los parámetros comerciales de

---

<sup>4</sup> Ver *Verizon Communications v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398 (2004), 124 S.Ct 872, para. 2 (Scalia J).

las empresas que operan en el mercado. También refleja un mayor énfasis en la justicia distributiva<sup>5</sup>.

De todas formas, históricamente la Comisión Europea (CE) no se ha involucrado mucho en casos de precios excesivos, bajo la visión de que –en muchas circunstancias- la interferencia en precios excesivamente altos y en la rentabilidad de las empresas, podría desincentivar la innovación y la inversión, considerando muchas veces como preferible atacar los problemas de precios injustos mediante la investigación de conductas exclusorias mediante las cuales las empresas con poder de mercado o dominantes podrían actuar para mantener o ampliar su dominancia.

Philip Lowe, ex Director General del DG Comp de la CE ha dicho sobre los casos de precios excesivos:

*“High prices certainly harm consumers in the short run. But is that a sufficient case for intervention by a competition authority? What if high prices would in the medium term attract entry and spur competition? If there are no high or insurmountable barriers to entry, it might well be that high prices are actually likely to be, on balance and with a longer term perspective, good for consumers. There is much more for consumers to gain through increased competition than a mere decrease in prices: competition brings more choice, scope for differentiation in quality, innovation, etc.”.*<sup>6</sup>

Esta línea de pensamiento fue ratificada recientemente en varios párrafos de la opinión del Abogado General Wahl en el caso AKKA/LAA -al que nos referimos más adelante-, que sostiene que sin barreras a la entrada, los

---

<sup>5</sup> Gal, Michal, “Monopoly Pricing as an Antitrust Offense in the US and the EC: Two Systems of Belief about Monopoly”, 2004, disponible en la página de SSRN, en: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=700863](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=700863)

<sup>6</sup> Lowe, Philip, “Consumer Welfare and Efficiency – New Guiding Principles of Competition Policy?”, 13th International Conference on Competition and 14th European Competition Day, 27 de marzo de 2007.

precios excesivamente altos deberían atraer nuevos entrantes en el mercado. Es decir, bajo esta ortodoxia se supone que el mercado se auto-corregiría.<sup>7</sup> Sin embargo, también reconoce que dicha ortodoxia no siempre se sostiene en todos los mercados, particularmente en aquellos en los cuales las barreras de entrada al mismos son insuperables haciendo en la práctica imposible el ingreso a dicho mercado (ej., mercados con presencia de monopolios legales).<sup>8</sup> En dichas circunstancias, y ante la inexistencia de un regulador específico del sector que pueda intervenir, la intervención de la autoridad de competencia puede ser necesaria.

### 3. Legislación Argentina

Los artículos 1, 3, 5<sup>9</sup> y 6<sup>10</sup> de la LDC establecen las normas aplicables a las conductas que podrían constituir abusos de posición dominante.

El artículo 1 de la LDC constituye la norma más importante de dicha ley, y en su primera oración dispone que están “prohibidos los acuerdos entre competidores, las concentraciones económicas, los actos o conductas, de

<sup>7</sup> Caso-177/16, AKKA/LAA EU:C:2017:286, Wahl AG, párr. 3.

<sup>8</sup> Jones, Sufrin & Dunne, “EU Competition Law: Text, Cases, and Materials”, Oxford University Press, 2019, p. 560.

<sup>9</sup> Art. 5, LDC: “A los efectos de esta ley se entiende que una o más personas goza de posición dominante cuando para un determinado tipo de producto o servicio es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional o en una o varias partes del mundo o, cuando sin ser única, no está expuesta a una competencia sustancial o, cuando por el grado de integración vertical u horizontal está en condiciones de determinar la viabilidad económica de un competidor participante en el mercado, en perjuicio de éstos.”

<sup>10</sup> Art. 6, LDC: “A fin de establecer la existencia de posición dominante en un mercado, deberán considerarse las siguientes circunstancias:

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

cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o **que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado**, de modo que pueda resultar perjuicio al interés económico general” (las negritas nos pertenecen).

Por su parte, el art. 3 de la LDC establece que las conductas enumeradas en el mismo, “en la medida que configuren la hipótesis del art. 1”, constituyen prácticas restrictivas de la competencia. La enumeración del art. 3, del mismo modo que sucedía bajo las leyes 22.262 y 25.156 que antecedieron a la LDC, es meramente enunciativa y no taxativa.

Entre las conductas enunciadas bajo el art. 3, encontramos varias que podrían encuadrar dentro de la categoría de abuso explotativo de posición dominante, como ser los incisos: “a) Fijar en forma directa o indirecta el precio de venta, o compra de bienes o servicios al que se ofrecen o demanden en el mercado (...); “b) Fijar, imponer o practicar, directa o indirectamente, de cualquier forma, condiciones para (i) producir, procesar, distribuir, comprar o comercializar sólo una cantidad restringida o limitada de bienes; y/o (ii) prestar un número, volumen o frecuencia restringido o limitado de servicios”; “f) 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; “h) Imponer condiciones discriminatorias para la adquisición o enajenación de bienes o servicios sin razones fundadas en los usos y costumbres comerciales”.

#### 4. Derecho Comparado

En las legislaciones en las cuales la figura del abuso explotativo de posición dominante aparece explícitamente identificada, la jurisprudencia ha



intentado definir ciertos estándares más o menos objetivos, contra los cuales confrontar las prácticas de precios excesivos, basándose en circunstancias diversas.

Para ello, resulta necesario entender al menos tres cuestiones. En primer lugar, cuáles serían los argumentos contra el control directo de precios. Luego, porqué, y sin perjuicio de la necesidad de restringir la intervención de la autoridad de competencia, a veces podría haber algún caso en el que la intervención contra precios excesivos por parte de la autoridad de competencia sea necesario. Tercero, cuando la intervención resulta apropiada, cómo se determina si un precio es tan excesivo como para que sea considerado abusivo.

Históricamente, han sido pocos los casos en los que las agencias de competencia intentan resolver sobre conductas que involucren “precios excesivos” o “aumentos abusivos de precios”. Ello se debe principalmente a dos factores: (i) la falta de un estándar objetivo contra el cual comparar los precios en cuestión, para determinar si efectivamente implican un abuso explotativo de posición de dominio<sup>11</sup>; y (ii) las agencias o autoridades de competencia, no son

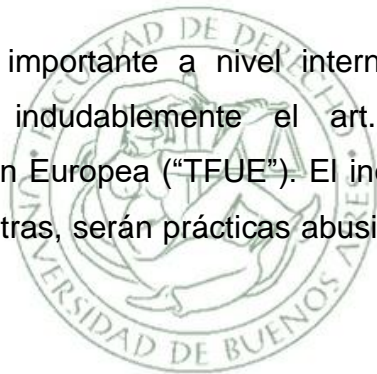
---

<sup>11</sup> Una alternativa explorada es intentar comparar los precios vigentes con alguna medida del costo, a los fines de reconstruir un “precio competitivo teórico”, de forma similar a lo que se realiza en los casos de precios predatorios (es decir, precios excesivamente bajos). Sin embargo, este sistema es objetable, ya que siempre será opinable qué porcentaje por encima de dicho precio competitivo teórico es o puede constituir un “exceso” que pueda considerarse como un abuso de posición dominante. Generalmente, este tipo de argumentación se utiliza más para desestimar denuncias por conductas de precios excesivos que para sancionarlas. De esta forma, las agencias de competencia comunmente analizan determinado incremento de precios y lo comparan con los aumentos sufridos por determinados insumos o por ciertos índices de inflación que se consideren relevantes para el caso en cuestión. Si el incremento denunciado está más o menos en línea con tales aumentos, entonces ello se considera como evidencia de que el mismo no es excesivo, y que, por lo tanto, no se está en presencia de un abuso de posición de dominio. Otro posible método de comparación son los precios que rigen en mercados competitivos similares. Este es un elemento que puede ser útil para evaluar una práctica de fijación de precios presuntamente excesivos, porque permitiría comparar el comportamiento de una empresa con posición dominante con el comportamiento de empresas similares que no tengan dicha posición de mercado. Sin embargo, su aplicación es aislada y escasa, ya que no es

en general capaces de encontrar una solución al problema, ya que carecen del poder y de los conocimientos técnicos para definir cuál es o debiera ser el precio correcto<sup>12</sup>.

Como anticipáramos, el derecho antitrust de los EE.UU. –y el de aquellos países que se inspiran en el derecho norteamericano- no incluye ninguna figura punible que pueda asociarse con el abuso explotativo de posición dominante, y se limita a sancionar casos de monopolización de carácter exclusorio. Esta interpretación se remonta, al menos, hasta las épocas del caso “EE.UU. c. US Steel” (251 US 417, 1920)<sup>13</sup>.

La norma más importante a nivel internacional sobre abuso de posición dominante, es indudablemente el art. 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (“TFUE”). El inc. a) de dicho artículo del TFUE dispone que, entre otras, serán prácticas abusivas aquellas consistentes



---

tarea simple comparar mercados que sean similares o comparables en todas sus dimensiones.

<sup>12</sup> No es extraño escuchar a distintos funcionarios públicos, incluso a distintos Presidentes de la Nación, decir que “utilizarán la LDC, para controlar precios” o frases similares. Sucedió durante los más diversos gobiernos, y se repite actualmente. Ello supone un grave error conceptual, ya que, más que tratarse de un desconocimiento en la materia, entendemos que se trataría de una suerte de presión psicológica sobre los distintos operadores del mercado a los fines de intentar controlar la inflación y el nivel de precios. La ley y la política de competencia no controlan el nivel de precios sino sólo indirectamente; es decir, cuando se produjeran distorsiones en los mercados relevantes y esto pudiere lograr corregirse luego de la intervención de la autoridad de competencia para corregir y reinstaurar el correcto funcionamiento del mercado en el caso particular, luego de una investigación realizada por dicha autoridad. La LDC no es una herramienta que deba utilizarse para el control de los precios. La solución a un eventual aumento de precios en un mercado competitivo, por un período muy acotado y cuando se dieran las condiciones extraordinarias o excepciones que lo justifiquen, podría darse mediante la regulación de los mismos.

<sup>13</sup> En este caso, una empresa con poder de dominio en el mercado en cuestión (más del 80% en el mercado de acero al tiempo de la conducta), fue exculpada por no poder probarse que el ejercicio que había hecho de su poder de mercado tuviera efectos nocivos para los competidores.

en “imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas”.

Sin embargo, no se define en el TFUE el concepto de abuso de posición dominante, lo que tampoco sucede en otras legislaciones nacionales que también utilizan la misma figura (como ser, España o Brasil). Por el contrario, legislaciones como la de Alemania (art. 19, GWB), la de nuestro país (art. 5, LDC) y otras, sí incluyen una definición del término.

## 4.1. United Brands

El *leading case* en este tema en Europa fue el de *United Brands*<sup>14</sup>, de 1978, por el cual la CE sancionó a United Brands Company (UBC) por cobrar precios excesivos en Alemania, Dinamarca y Benelux. UBC obligó a sus maduradores-distribuidores a no revender bananas de UBC. Asimismo, aplicó precios desiguales por prestaciones equivalentes en las ventas de bananas marca Chiquita a sus compradores, y precios de venta "no equitativos" a excepción de un grupo en particular. Además, se negó a suministrar productos a una empresa en particular. La CE comparó los precios de UBC con los precios de bananas sin marca comercializadas por competidores de UBC, y con el precio de Chiquita en Irlanda, sosteniendo que los precios eran “excesivos en relación con el valor económico del producto proveído”, criterio básico que fue ratificado recientemente, en 2017, bajo el caso AKKA/LAA ya mencionado.

---

<sup>14</sup> *United Brands c. Comisión de la Comunidad Europea, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJUE), 14/02/1978: "que la posición dominante a la que se refiere el artículo 86 es la posición de poder económico de una empresa que le permite obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia, al darle la posibilidad de actuar en buena medida independientemente de sus competidores, de sus clientes y en definitiva de los consumidores".*

El Tribunal de Justicia (TJUE) anuló la decisión de la CE con respecto a los precios “no equitativos”, porque la CE no había presentado suficientes pruebas al efecto. Sin embargo, el TJUE aceptó que los precios “excesivos” podían constituir un abuso en ciertas circunstancias, y consideró cuándo los precios excesivos pueden ser abusivos bajo el artículo 86 del Tratado de Roma (actualmente, artículo 102, TFUE).

Este caso da una pauta clara sobre cómo un precio excesivo puede constituir un abuso de posición dominante. En resumen, el TJUE sostuvo en *United Brands* que un precio puede ser ilegalmente excesivo cuando "no tiene una relación razonable con el valor económico del producto suministrado", y esa cuestión se determina (entre otros posibles métodos) de acuerdo con el siguiente test:

- 1) si la diferencia entre los costos incurridos y el precio cobrado es excesiva (lo "excesivo"); y de ser así,
- 2) si el precio era injusto (a) en sí mismo o (b) en comparación con el precio de los productos competidores (lo "injusto").

## DECONOMI

### 4.2. AKKA/LAA

Más recientemente, en el caso *AKKA/LAA*, al tiempo que reafirma la validez del test del caso *United Brands*, el TJUE aclaró que dicho test no es exhaustivo: “existen otros métodos mediante los cuales puede determinarse si un precio es excesivo”.<sup>15</sup> Para nuevos métodos, el TJUE puso énfasis en la necesidad de contar con “criterios objetivos, apropiados y verificables” y que cualquier comparación que se haga, debe ser realizada bajo “bases consistentes”.

<sup>15</sup> Caso C-177/16, *AKKA/LAA* EU:C:2017:689, párr. 37.

La AKKA/LAA, sociedad de gestión colectiva de derechos de autor de obras musicales, es la única entidad autorizada en Letonia para expedir licencias a título oneroso para la ejecución pública de las obras musicales cuyos derechos de autor gestiona. Recauda los cánones a partir de los cuales se remunera a los titulares letones de derechos de autor y, mediante contratos celebrados con las sociedades de gestión extranjeras, los cánones a partir de los cuales se remunera a los titulares extranjeros de derechos de autor. Entre sus licenciarios figuran, en particular, comercios y centros de servicios, como usuarios de obras protegidas por los derechos de autor y los derechos afines.

El caso *AKKA/LAA* constituye un importante aporte a la jurisprudencia europea de precios excesivos en dos dimensiones adicionales, a saber: (i) aclarando la noción de “apreciabilidad” y (ii) reiterando la posibilidad de justificaciones “objetivas”. Como en muchos casos de precios excesivos, este caso involucró las políticas de precios de una sociedad colectiva de derechos de autor que detenta un monopolio legal, AKKA/LAA, en Letonia. La autoridad de competencia nacional multó a AKKA/LAA por abuso de posición de dominio y, en apelación, los tribunales nacionales refirieron al TJUE una buena cantidad de cuestiones referentes a la aplicación del artículo 102 del TFUE a precios excesivos.

# DECONOMI

El TJUE resolvió que, en el contexto de precios excesivos, la definición de abuso, requieren de una *apreciable* diferencia respecto de un precio competitivo legítimo. Además, y más particularmente, estableció que dicha diferencia debe ser tanto *significativa* como *persistente* en el tiempo; es decir, midiendo “apreciabilidad” tanto respecto de la magnitud como de la duración de dicha diferencia comparativa de precios.<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> Otros aspectos particulares a considerar de la decisión bajo el caso AKKA/LAA:

1) El comercio entre los Estados Miembros puede verse afectado por la cuantía de los cánones fijados por una sociedad de gestión de derechos de autor que tiene un monopolio y gestiona

## 4.3. Casos Recientes Relacionados al Mercado de los Medicamentos

Durante los últimos años, ha habido algunos casos de precios excesivos resueltos por autoridades de competencia nacionales de Estados Miembros de la Unión Europea (por ejemplo, la CMA del Reino Unido, en los casos “Pfizer-Flynn”, “Accord-UK”, “Advanz”; la ACI de Italia, en el caso “Aspen” –que también tuvo su caso a nivel de la Comisión Europea-; y la ACM de Países Bajos, en el caso “Lediant”).

---

también los derechos de titulares extranjeros, de tal modo que procede aplicar el artículo 102 TFUE.

2) A efectos de examinar si una sociedad de gestión de derechos de autor aplica precios no equitativos, en el sentido del artículo 102 TFUE, párrafo segundo, inc. a), resulta adecuado comparar sus tarifas con las aplicables en los Estados vecinos y con las aplicables en otros Estados Miembros, corregidas mediante el índice de paridad del poder adquisitivo, siempre que los Estados de referencia hayan sido seleccionados según criterios objetivos, apropiados y comprobables y que la base de las comparaciones efectuadas sea homogénea. Es posible comparar las tarifas aplicadas a uno o varios segmentos de usuarios específicos si existen indicios de que el carácter excesivo de los cánones afecta a estos segmentos.

3) La diferencia entre las tarifas comparadas debe considerarse notable si es significativa y persistente. Tal diferencia constituye un indicio de abuso de posición dominante e incumbe a la sociedad de gestión de derechos de autor en posición dominante demostrar que sus precios son equitativos, basándose en elementos objetivos que incidan en los costes de gestión o en la remuneración de los titulares de los derechos.

4) En el caso de que se demuestre la existencia de la infracción recogida en el artículo 102 TFUE, párrafo segundo, inc. a), las remuneraciones destinadas a los titulares de los derechos deben incluirse en el volumen de negocios de la sociedad de gestión de derechos de autor de que se trate para determinar el importe de la multa, siempre que tales remuneraciones formen parte del valor de las prestaciones efectuadas por esa sociedad y que dicha inclusión sea necesaria para garantizar el carácter efectivo, proporcionado y disuasorio de la sanción impuesta. Incumbe al tribunal remitente comprobar, a la luz de todas las circunstancias del caso de autos, si se cumplen estos requisitos.

## 4.3.1. Caso Pfizer-Flynn<sup>17</sup> (Reino Unido)

Este caso, resuelto por la Competition and Markets Authority (CMA), del Reino Unido, el 7 de diciembre de 2016, tuvo como demandadas a Pfizer y Flynn Pharma.

En los hechos, la CMA constató que Pfizer vendió a Flynn la autorización de comercialización del medicamento *Epatunim*. Flynn luego obtuvo la autorización para vender la droga como genérico, y comenzó a comercializarla bajo otra denominación. Ello permitió eludir la regulación de precios que recaía sobre *Epatunim*, ya que los precios de los genéricos son libres.

En su decisión la CMA determinó que ambas empresas, Pfizer y Flynn habían abusado de sus posiciones dominantes en los mercados estrechamente definidos para la fabricación y distribución, respectivamente, de cápsulas de fenitoína sódica fabricadas por Pfizer (un tratamiento para la epilepsia).

La CMA descubrió que Pfizer y Flynn lo hicieron aumentando los precios de las cápsulas a un nivel excesivo, una decisión poco común y pura de "precios excesivos", no relacionada con ninguna otra práctica abusiva.

# DECONOMI

La decisión de la CMA se basó esencialmente en una comparación entre el costo y el precio para determinar si los precios eran excesivos. La decisión se basó en un análisis abstracto, que comparó el precio con un punto de referencia teórico de "costo más 6%" ("cost plus" test). Utilizando este enfoque, la CMA concluyó que el nuevo precio era primero excesivo y luego injusto "en sí mismo" porque excedía el valor de referencia de "costo más 6%" (sobre la base de que el valor económico del producto no era mayor que el costo más 6%).

---

<sup>17</sup> La información pública del caso puede encontrarse en el siguiente enlace de la CMA (disponible al 3 de septiembre de 2021): <https://www.gov.uk/cma-cases/investigation-into-the-supply-of-pharmaceutical-products>

Sin embargo, el Competition Appeal Tribunal (CAT), en junio de 2018, al revisar lo resuelto por la CMA, sostuvo que ésta no había evaluado adecuadamente el valor económico de las cápsulas de fenitoína sódica y basarse, erróneamente, en una sola parte de la prueba de United Brands ("precio injusto en sí mismo"), sin evaluar adecuadamente los precios de comparadores significativos.

Los comparadores más obvios en este caso fueron las tabletas de fenitoína sódica (Pfizer y Flynn vendieron cápsulas), que se vendieron al NHS a precios considerablemente más altos (25% más altos que las cápsulas), un precio establecido por el Departamento de Salud del Reino Unido.

Por lo tanto, la clave de esta evaluación fue la aplicación adecuada del test adoptado por el TJUE en el caso United Brands, comentado precedentemente, y, en particular, la medida en que una autoridad de competencia debería tener en cuenta los precios de productos comparables después de haber decidido que el precio del producto en cuestión es injusto "en sí mismo".

## DECONOMI

El CAT sostuvo que la CMA no había considerado suficientemente las pruebas producidas por Pfizer y Flynn con respecto a los precios de los medicamentos de comparación y anuló la decisión de abuso de posición de dominio resuelta por la CMA, pero remitió el caso de nuevo a CMA para su consideración adicional a la luz de la sentencia.

La CMA apeló la sentencia del CAT ante el Tribunal de Apelación por una serie de motivos, siendo el más significativo el que sugería que el CAT se había equivocado al sugerir que una autoridad de competencia no podía determinar precios desleales por referencia al producto en cuestión únicamente, es decir, sin tener en cuenta evidencia de los precios de los productos de



comparación. El Tribunal de Apelación, en marzo de 2020, confirmó lo resuelto por el CAT en este tema, en decisión unánime.

La sentencia también aborda cuestiones importantes sobre el deber de buena administración de las autoridades de competencia, la presunción de inocencia de los investigados y el nivel de libertad que deben tener las autoridades al investigar y tomar decisiones basadas en pruebas sobre presuntas conductas abusivas.

A raíz de estas revisiones judiciales, la CMA decidió volver a investigar los asuntos remitidos por el CAT y reabrió su investigación en junio de 2020. Recientemente, a principios de agosto de 2021, la CMA emitió un “Pliego de Cargos” (también referido en algunas legislaciones como el “Informe de Objeciones”), estableciendo ~~provisionalmente~~ que las empresas investigadas habrían explotado una laguna jurídica al cambiar la marca del medicamento, conocido como *Epanutin* antes de septiembre de 2012, con el efecto de que el medicamento no quede sujeto a la regulación de precios en la forma en que lo están los medicamentos de marca. Como Pfizer y Flynn eran los proveedores dominantes del medicamento en el Reino Unido, según la CMA, el NHS no habría tenido más remedio que pagar los precios altos por este medicamento vital.

La CMA sostuvo que, tras los aumentos de precios de las empresas, el gasto del NHS en cápsulas de fenitoína sódica aumentó de alrededor de £2 millones al año en 2012, a alrededor de £50 millones en 2013. Durante más de 4 años, los precios de Pfizer fueron entre un 780% y un 1.600% más altos de lo que había cobrado previamente. Luego, Pfizer suministró el medicamento a Flynn, que lo vendió a mayoristas y farmacias a precios entre un 2.300% y un 2.600% más altos que los que habían pagado anteriormente.

## 4.3.2. Caso Aspen (Italia<sup>18</sup> & Comisión Europea<sup>19</sup>)

En septiembre de 2016, la Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato de Italia (AGCM) dictaminó que el grupo farmacéutico genérico sudafricano Aspen había abusado de su posición dominante conforme el artículo 102 (a) TFUE, al imponer a la Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA) incrementos de precio de hasta el 1500% para una serie de medicamentos contra el cáncer conocidos como *Cosmos*, e impuso una multa de más de 5 millones de euros a la empresa.

El trasfondo fáctico del caso gira en torno a los medicamentos mencionados, especialmente para determinadas categorías de pacientes (ancianos y niños) para los que carecen de sustitutos terapéuticos. Su desarrollo se remonta a las décadas de 1950 y 1960, y la protección de patente relacionada había expirado hace mucho tiempo cuando Aspen adquirió la marca registrada y derechos de comercialización de su creador, GlaxoSmithKline, en 2009. Estas peculiares circunstancias hicieron posible la amortización total de las inversiones en I&D, marketing y promoción, en el momento de la adquisición de Aspen.

Los medicamentos *Cosmos* fueron reembolsados por el NHS, debido a su relevancia clínica y falta de sustitutos, y su precio fue objeto de negociaciones con AIFA. A partir de 2013, Aspen siguió una estrategia agresiva hacia la agencia reguladora en el contexto de los procedimientos de negociación de precios con el fin de obtener una "exclusión" de los medicamentos *Cosmos*; es decir, no reembolsable pero sostenido directamente por los pacientes a un precio fijado por la propia empresa farmacéutica. El objetivo final era, de hecho, aumentar los precios y alinearlos con los cobrados en otros Estados Miembros de la Unión Europea. Esta postura no fue aceptada por AIFA a la luz del carácter no sustituible de los medicamentos en cuestión. Sin embargo, el regulador tuvo que aceptar una revisión sustancial del alza de los precios como resultado de la

---

<sup>18</sup> La información pública del caso puede encontrarse en el siguiente enlace de la CMA (disponible al 3 de septiembre de 2021): [https://en.agcm.it/dotcmsDOC/pressrelease/A480\\_eng.pdf](https://en.agcm.it/dotcmsDOC/pressrelease/A480_eng.pdf)

<sup>19</sup> La información pública del caso puede encontrarse en el siguiente enlace de la CMA (disponible al 3 de septiembre de 2021): [https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case\\_details.cfm?proc\\_code=1\\_40394](https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_40394)

amenaza de Aspen de retirar los medicamentos del mercado italiano y ponerlos a disposición solo a través del comercio paralelo de otros mercados europeos.

Al resolver sobre esta conducta en 2016, la AGCM estableció que Aspen tenía una posición dominante en el mercado relevante (definido a nivel ATC5) como el único titular de la autorización de comercialización para los medicamentos *Cosmos* y dada la falta de sustituibilidad de los medicamentos por medicamentos específicos.

Asimismo, evaluó la estrategia puesta en marcha por la empresa productora de genéricos de acuerdo con el test legal del TJUE en *United Brands*. Más precisamente, la AGCM comparó los costes de producción de los medicamentos en cuestión y el precio efectivamente cobrado por Aspen, para determinar el precio excesivo. Esto se midió por el porcentaje de margen bruto y por otra metodología basada en la tasa de rendimiento porcentual promedio de las ventas (ROS) obtenida por las dos principales empresas genéricas activas a nivel mundial. (13%). Ambos mostraron una desproporción sustancial en el precio en función del valor económico, con un exceso de "costo adicional" que oscilaba entre el 150 y el 400%.

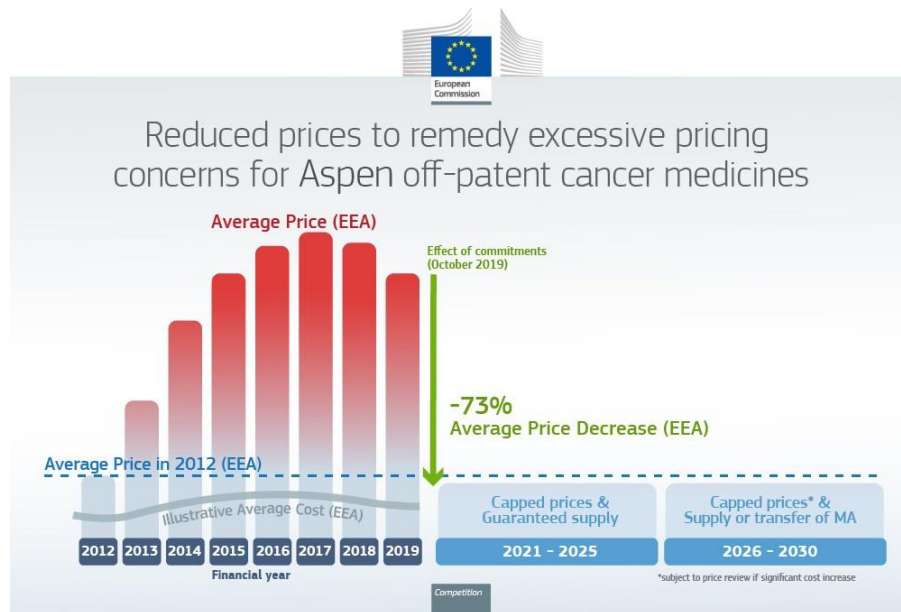
Otro punto de referencia utilizado fue el costo de capital promedio ponderado (WACC) para el sector farmacéutico en su conjunto (8%): en este sentido, el WACC de los medicamentos de *Cosmos* fue entre dos y cuatro veces mayor, lo que confirmó, a criterio de la AGCM, el carácter injusto de las ganancias de Aspen. En cuanto a este segundo aspecto del test (es decir, lo injusto), la AGCM comprobó que no había otras justificaciones razonables (en particular, posibles factores no relacionados con los costos) para los aumentos de precios impuestos al regulador del sector.

Esta decisión fue confirmada por el tribunal administrativo italiano de primera instancia (T.A.R. Lazio), confirmando así lo dictaminado por la AGCM.

La aplicación de la ley de competencia contra las prácticas de precios excesivos del grupo Aspen, tuvo también más desarrollos a nivel de la UE. De hecho, el 15 de mayo de 2017, la Comisión Europea anunció una investigación formal acerca de las prácticas de aumentos progresivos de precios de Aspen en relación con seis medicamentos, en todos los países de Europa donde los vendía.

Según el análisis de los datos contables de Aspen efectuado por la Comisión, tras los aumentos de precios, Aspen había obtenido unos beneficios muy elevados por la venta de estos medicamentos en Europa, tanto en términos absolutos como en comparación con los niveles de beneficios de empresas similares del sector. En promedio, los precios de Aspen superaron en casi 300% los costes pertinentes, incluso después de descontar un beneficio razonable, si bien existían diferencias entre productos y países.

Finalmente, la Comisión aceptó los compromisos asumidos por Aspen para reducir en una media del 73% el precio de los seis medicamentos en todos los Estados Miembros en los que los comercializa, mantener un techo máximo de precios (price-ceiling) y garantizar suministro a largo plazo.



Fuente: DG Comp, Comisión Europea

### 4.3.3. Caso Accord-UK<sup>20</sup> (Reino Unido)

El 15 de julio de 2021, la CMA impuso multas de hasta £266,4 millones, a varios fabricantes de medicamentos, por dos infracciones: (i) cobrar precios excesivos e injustos, en violación de la prohibición del Capítulo II de la Ley de Competencia de 1998 del Reino Unido, sobre abuso de una posición dominante, y (ii) celebrar acuerdos de reparto de mercado de “pago por demora” (pay for delay), en violación de la prohibición del Capítulo I de la Ley de Competencia de 1998 del Reino Unido, sobre acuerdos anticompetitivos.

En lo que importa a los efectos de este trabajo, en materia de precios excesivos, la CMA descubrió que Auden Mckenzie y su sucesor económico, Actavis UK (ahora conocido como Accord-UK), cobraron de más al Servicio Nacional de Salud (NHS, por sus siglas en inglés) por las tabletas de hidrocortisona (utilizadas por decenas de miles de pacientes del Reino Unido

<sup>20</sup> La información pública del caso puede encontrarse en el siguiente enlace de la CMA (disponible al 3 de septiembre de 2021): <https://www.gov.uk/cma-cases/hydrocortisone-tablets-alleged-excessive-and-unfair-pricing-anti-competitive-agreements-and-abusive-conduct-50277>

para tratar la insuficiencia suprarrenal) entre 2008 y 2018, aprovechando el hecho de que los medicamentos sin marca no están sujetos a la regulación de precios del NHS.

Durante ese tiempo, el precio de las tabletas aumentó en más del 10.000%, de menos de £1 por paquete de 10 mg para la versión de marca original a más de £80. Mientras tanto, el gasto del NHS en tabletas de hidrocortisona aumentó de alrededor de £500.000 al año en 2008 a más de £80 millones al año en 2016. Aunque los precios cayeron gradualmente después de que los competidores ingresaron al mercado, Accord-UK continuó cobrando precios más altos que sus rivales.

La CMA también descubrió que Auden Mckenzie y Accord-UK pudieron aumentar los precios de manera significativa, porque fueron los únicos proveedores de las tabletas durante gran parte de ese período. Auden Mckenzie diseñó inicialmente esto mediante la celebración de acuerdos de "pay for delay" con dos fabricantes de genéricos potencialmente competidores: AMCo (ahora, Advanz Pharma) y Waymade. Los genéricos acordaron permanecer fuera del mercado entre 2011 y 2015, a cambio de pagos por un total de £21 millones y £1,8 millones (respectivamente). Después de que Accord-UK se hiciera cargo de las ventas de tabletas de hidrocortisona de Auden Mckenzie en 2015, continuó realizando pagos a Advanz Pharma.

#### 4.3.4. Caso Lediant<sup>21</sup> (Holanda)

El 1ro. de julio de 2021, la autoridad de competencia de los Países Bajos (ACM) impuso una multa a la empresa farmacéutica Lediant. Según la ACM, Lediant impuso un precio excesivo para vender su medicamento recetado, CDCA-Lediant, en los Países Bajos. Esto ocurrió en el período de

---

<sup>21</sup> La información pública del caso puede encontrarse en el siguiente enlace de la ACM (disponible al 3 de septiembre de 2021): <https://www.acm.nl/en/publications/decision-fine-lediant-excessive-price-cdca-drug>

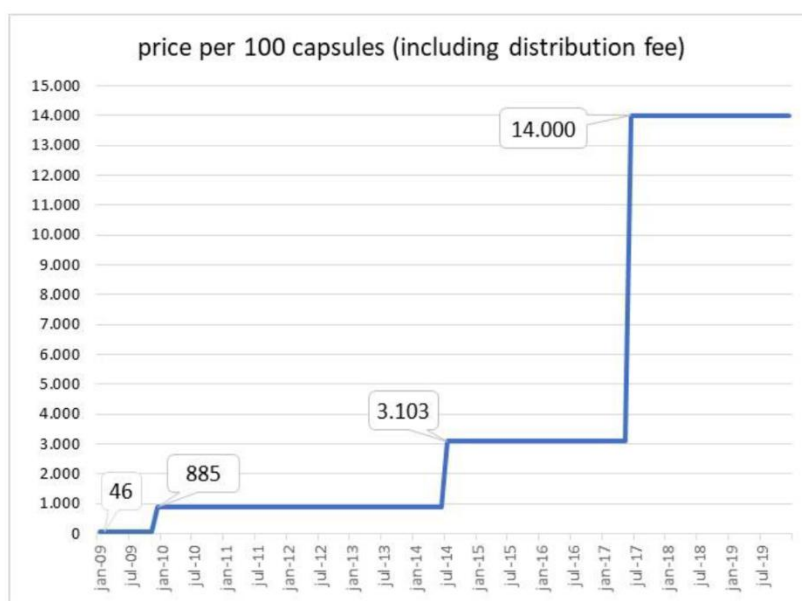
junio de 2017 a diciembre de 2019. Como tal, Leadiant abusó de su posición dominante. La multa fue por €19.569.500.

CDCA-Leadiant es un fármaco vital para los pacientes que padecen xantomatosis cerebrotendinosa (CTX), que es un trastorno metabólico genético poco común. Sin el tratamiento adecuado, la salud de los pacientes con CTX se deteriora gravemente y pudiendo morir prematuramente. Desde la década de 1970, CTX se trata en los Países Bajos con ácido quenodesoxicólico (CDCA), que se utilizó originalmente para el tratamiento de cálculos biliares. Si los pacientes con CTX son tratados con medicamentos basados en CDCA a tiempo, podrían vivir una vida normal. Por el resto de sus vidas, dependerán de tales drogas.

Desde 2008, Leadiant ofrece el medicamento basado en CDCA en el mercado holandés, Chenofalk. Este medicamento no fue desarrollado por Leadiant, sino que fue adquirido de otro fabricante. En los Países Bajos, el precio máximo de este medicamento en aquel momento era de €46 por 100 cápsulas. A finales de 2009, Leadiant cambió el nombre del fármaco a Xenbilox y subió el precio, por lo que el precio de venta subió a €885, que era casi 20 veces el precio original. En 2014, Leadiant decidió lanzar un proyecto para solicitar la designación de huérfano y la autorización de comercialización de su medicamento basado en CDCA para el tratamiento de CTX y volvió a subir el precio de Xenbilox a €3.103.

En consecuencia, la droga se volvió casi cuatro veces más cara. A finales de 2014, a Leadiant se le otorgó la designación de medicamento huérfano y, en abril de 2017, se le otorgó la autorización de comercialización. Esto le dio a Leadiant la exclusividad del mercado durante 10 años en la UE para medicamentos basados en CDCA para el tratamiento de CTX.

En junio de 2017, Leadiant lanzó CDCA al mercado holandés con el nombre comercial CDCA-Leadiant y dejó de vender CDCA con el antiguo nombre comercial Xenbilox. CDCA-Leadiant y Xenbilox son molecularmente idénticos: no hay diferencia entre eficacia y seguridad. Desde entonces, Leadiant cobró un precio de €14.000 por CDCA-Leadiant, más de cuatro veces el precio anterior. Esto asciende a €153.300 euros por paciente al año. Este nuevo precio es más de 15 veces superior al precio de Xenbilox antes de que Leadiant lanzara su proyecto en 2014 para obtener la designación de medicamento huérfano.



Fuente: ACM – Tendencia de Precios de CDCA-Lediant, 2009-19

Según la ACM, este aumento de precio no puede explicarse por los costos asociados con la designación del medicamento huérfano y la autorización de comercialización, ya que Leadiant ya había recuperado esos costos cuando lanzó CDCA-Leadiant al mercado, debido al aumento de precio de Xenbilox en 2014.

En síntesis, siguiendo los parámetros establecidos bajo el precedente United Brands, estos fueron los principales argumentos del ACM para determinar la existencia de los precios excesivos en el caso de Leadiant:



1. El precio se considera excesivo porque es desproporcionado con el bajo costo del medicamento en cuestión. La ACM tuvo en cuenta los costes incurridos para obtener el estatus de medicamento huérfano y la autorización de comercialización, el riesgo de que el proyecto no tenga éxito y un margen de beneficio razonable del 15%;
2. El precio sería injusto porque no habría habido ninguna innovación en relación con el medicamento desde cuando el precio era de €46. El precio también es significativamente más alto que el precio de la alternativa.

ACM también señala la responsabilidad especial que conlleva la posición dominante de Leadiant, como el único fabricante de un medicamento huérfano del que dependen completamente los pacientes con CTX. Esto significa que Leadiant debería haberse abstenido de cobrar precios excesivos y debería haber hecho más esfuerzos para acordar un precio razonable con el Ministerio y las aseguradoras de salud.

La ACM sostuvo que “un precio se considera excesivo y, como tal, un abuso de posición dominante, si ese precio es exorbitantemente alto e injusto. Este también es el caso si ese precio es cobrado por un medicamento huérfano en una situación de exclusividad de mercado, como en este caso. No es la exclusividad de mercado lo que se está discutiendo, sino más bien la forma en que Leadiant utiliza esta exclusividad. Se puede justificar un precio más alto si el fabricante debe recuperar altos costos o si el producto ofrece muchos beneficios o es innovador. La investigación de ACM revela que tampoco es el caso con CDCA-Leadiant.”<sup>22</sup>

---

<sup>22</sup> Texto original de la versión oficial de la ACM dice: “A price is considered to be excessive, and, as such, an abuse of a dominant position, if that price is exorbitantly high and unfair. This is also the case if that price is charged for an orphan drug in a situation of market exclusivity, such as in this case. It is not this market exclusivity that is under discussion, but rather the way in which Leadiant uses this exclusivity. A higher price can be justified if the manufacturer must recoup high costs or if the product offers many benefits or is innovative. ACM’s investigation reveals that neither is the case with CDCA-Leadiant.”

## 4.3.5. Caso Advanz<sup>23</sup> (Reino Unido)

La CMA estableció más de £ 100 millones en multas por precios excesivos aplicados a medicamentos de tiroides. La CMA sostuvo que desde 2009 y hasta 2017, la compañía farmacéutica Advanz había cobrado precios excesivos por el suministro de tabletas de liotironina, que se utilizan para tratar la deficiencia de la hormona tiroidea.

Según la CMA, lograron aplicar dichos precios porque las tabletas de liotironina se encontraban entre una serie de medicamentos que, aunque genéricos, se enfrentaban a una competencia limitada o nula y, por lo tanto, podían soportar repetidos aumentos de precios. Los aumentos de precios no habrían sido impulsados por ninguna innovación o inversión significativa, los volúmenes se mantuvieron en general estables y el costo de producción de las tabletas no habría aumentado significativamente tampoco.

Esta estrategia, que comenzó en 2007, implicó un aumento general del precio de las tabletas de liotironina de más del 6.000%. El gasto del NHS en tabletas en 2006, el año anterior a la implementación de la estrategia, fue de £600.000, pero en 2009 había aumentado a más de £2,3 millones y saltó a más de £30 millones en 2016. CMA multó a las empresas involucradas con un total de más de £100 millones por los períodos relevantes en los que violaron la ley: Advanz (£40,9 millones), junto con HgCapital (£8,6 millones) y Cinven (£51,9 millones), dos empresas que anteriormente eran propietarias de los negocios que ahora forman parte de Advanz.

## 5. Jurisprudencia Argentina

---

<sup>23</sup> La información pública del caso puede encontrarse en el siguiente enlace de la CMA (disponible al 3 de septiembre de 2021): <https://www.gov.uk/cma-cases/pharmaceutical-sector-anti-competitive-conduct>

Hubo un primer período en la jurisprudencia argentina, luego de la sanción de la Ley 22.262 (1980), en el cual se resolvieron casos por abusos explotativos de posición dominante, pero ninguno sobre precios excesivos.

En una segunda etapa, en 1999, la CNDC dictaminó sobre un caso muy importante, en el cual recomendó imponer una multa a YPF. Bajo este caso, “CNDC c. YPF”<sup>24</sup>, la autoridad de competencia argentina analizó la política de precios de la principal empresa petrolera nacional –por entonces, de propiedad privada- con relación a sus ventas mayoristas de gas licuado de petróleo (GLP).

La conducta investigada en este caso consistió en la discriminación de precios entre las ventas a distribuidores del mercado interno de GLP y las ventas al exterior, sin justificación de costos ni en diferencias de volumen. Esta discriminación, en la práctica significaba que el mismo producto que se exportaba a precios internacionales, se vendía en el mercado local a un precio muy superior.

La CNDC sostuvo que la diferencia se explicaba en que la empresa tenía posición dominante en el mercado interno, pero no en el mercado internacional. En el mercado doméstico mayorista de GLP, YPF era la única empresa con real capacidad de fijar precios, y los otros productores se comportaban como seguidores de los precios que aquella determinaba. Por el contrario, en el mercado externo, YPF era tomador de los precios internacionales vigentes, y sus valores de exportación a países limítrofes (en particular, Brasil y Chile) estaban limitados por la posibilidad de dichos mercados de abastecerse de GLP de otros países. Esta situación llevó a YPF a cobrar un precio algo en el mercado interno, donde la demanda era inelástica, y un precio más bajo en el mercado externo, donde la demanda era elástica al precio internacional.

---

<sup>24</sup> Resolución 17/1999 de la entonces Secretaría de Industria, Comercio y Minería.

Una tercera etapa, más reciente, está marcada por dos casos de abusos explotativos de posición dominante. En uno de estos casos, “CNDC c. El Tehuelche y PCR”<sup>25</sup>, sin embargo, se consideró que había existido abuso pero no perjuicio al interés económico general<sup>26</sup>. El otro caso, de especial interés a los efectos de este trabajo, es el caso “FEGHRA c. SADAIC”<sup>27</sup> (el caso “SADAIC”).

## 5.1. Caso SADAIC

En este caso, la CNDC analizó la denuncia presentada por la Federación Empresaria Hotelera Gastronómica de la República Argentina (FEHGRA) contra la Sociedad Argentina de Autores y Compositores de Música (SADAIC), por presuntas conductas de ésta por abuso de posición dominante como oferente en el mercado de derechos de autor de obras musicales, mercado en el cual los hoteles asociados a FEHGRA fueron denunciados.

SADAIC cobraba aranceles a los hoteles por el consumo de música que los clientes de dichos hoteles realizaban durante su estadía en los mismos, de manera principalmente indirecta, a través de los televisores de las habitaciones de los hoteles. La denuncia también involucraba una conducta de tipo discriminatoria, ya que los aranceles fijados eran diferentes según los hoteles estuvieran o no incluidos en algún contrato que SADAIC firmaba con ciertas asociaciones hoteleras regionales.

---

<sup>25</sup> Expte. N° S01:0427368/2009 (C. 1302), caratulado: “FEDERACIÓN EMPRESARIA HOTELERA GASTRONÓMICA DE LA REPÚBLICA ARGENTINA S/ SOLICITUD DE INTERVENCIÓN DE LA CNDC (C. 1302)”, resuelto mediante la Resolución 387/2017 de la entonces Secretaría de Comercio.

<sup>26</sup> Básicamente, la CNDC consideró que existía una discriminación de precios entre distintos clientes del mismo producto, pero que dicha discriminación no era imputable a El Tehuelche, que era un empresa con locales comerciales para la venta de materiales de construcción y decoración. La diferencia de precios denunciada (zona Rio Gallegos –mayor precio- vs. zona Viedma –precio menor-), habría estado motivada por el precio de compra distinto que fijaba Petroquímica Comodoro Rivadavia (PCR), que era la empresa cementera que fabricaba el producto en cuestión.

<sup>27</sup> Res. 371/2018 de la entonces Secretaría de Comercio.

# DECONOMI

AÑO IV – NÚMERO 13

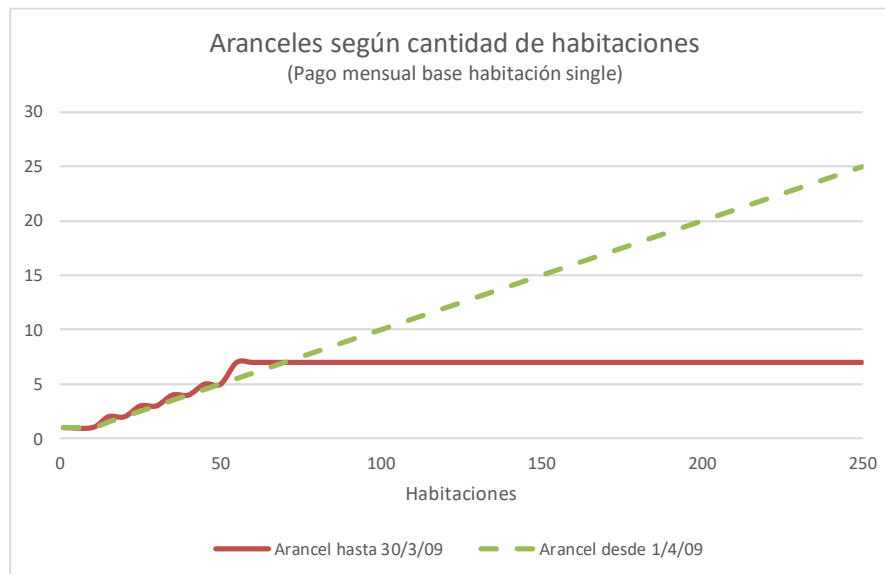
La Secretaría de Comercio, de conformidad con lo dictaminado previamente por la CNDC (en adelante, la Autoridad de Competencia), concluyó que SADAIC tenía una posición de dominio en el mercado de otorgamiento de autorizaciones para la reproducción de música en hoteles, producto de una ley nacional (ley 17.648), que le otorgaba el monopolio legal en ese mercado. Esto implicaba que los hoteles estaban obligados a pagar los aranceles que libremente fijaba SADAIC.

Asimismo, la Autoridad de Competencia concluyó que la política de precios de SADAIC para los hoteles, implicaba el cobro de aranceles que, en promedio, eran sustancialmente más altos a los cobrados en otros países por sociedades similares a SADAIC (por ejemplo, en Venezuela, Chile, México, Colombia y España) y también a los aranceles promedio cobrados por otras entidades argentinas de gestión colectiva de derechos de autor (como ser, AADI-CAPIF y Argentores).

País	Entidad	Características	Tarifa mensual / habit. En U\$S				
			1	2	3	4	5
Venezuela	SACVEN	Tarifa General	0,85	0,85	1,02	1,19	1,53
Chile	SCD	Tarifa General	0,60	0,60	0,76	0,95	1,52
Paraguay	APA	Tarifa General	0,00	0,42	1,39	3,48	6,96
México	SACM	<i>a) T.G. para toda la República:</i>					
		Zona A	0,17	0,25	0,33	1,00	2,49
		Zona B	0,16	0,23	0,31	0,94	2,35
		Zona C	0,14	0,21	0,29	0,86	2,14
		<i>b) Zonas turísticas, fronteras o metropolitanas:</i>					
		Zona A				1,39	3,05
		Zona B				1,30	2,87
Zona C				1,19	2,62		
		Promedio	0,16	0,23	0,31	1,11	2,59
Colombia	SAYCO	Zona 1 (Chapinero)		0,05	0,12	0,33	1,54
		Zona 5 (Cartagena)		0,29	0,33	0,62	1,91
		Promedio		0,17	0,23	0,48	1,72
España	SGAE	Tarifa General	0,10	0,15	0,27	0,53	1,07
		<b>Promedio Países de Ref.</b>	<b>0,34</b>	<b>0,40</b>	<b>0,66</b>	<b>1,29</b>	<b>2,56</b>
Argentina	SADAIC	Tarifa General	4,73	4,92	6,05	9,20	17,04

Fuente: Dictamen CNDC - Comparación Internacional

La Autoridad de Competencia, también concluyó que el cambio en el régimen tarifario impuesto por SADAIC en 2009, había implicado un incremento sustancial en el monto de dichos aranceles promedio (en particular, en lo referido a los hoteles de más de 50 habitaciones), y también verificó la existencia de una política de discriminación de precios que permitía que algunos hoteles se beneficiaran de descuentos por “estacionalidad” y por “factor de ocupación”, mientras que la gran mayoría de los hoteles no tenían acceso a esos descuentos.



Fuente: Dictamen CNDC - Tabla Arancelaria de SADAIC pre y post 1-4-2009 (base single)

En consecuencia, la Autoridad de Competencia resolvió el cese de la conducta abusiva de SADAIC, la imposición de una multa de \$42.732.771, y realizó una recomendación regulatoria al Ministerio de Cultura y al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación -encargado de la supervisión del funcionamiento de SADAIC como gestor de cobro de los derechos de autor de composiciones musicales- para que éstos establezcan una normativa para los aranceles de SADAIC basada en principios de alcance acotado, no discriminación, razonabilidad y transparencia.

En revisión judicial, la Sala III de la Cámara Civil y Comercial Federal (CCCF), en agosto de 2019, revocó parcialmente lo resuelto por la Autoridad de Competencia en este caso<sup>28</sup> y se concedió el Recurso Extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), que a la fecha del presente no se ha expedido.

<sup>28</sup> Causa Nro. 7971/2018/CA1: “Federación Empresaria Hotelera Gastronómica de la República Argentina c/SADAIC y otro s/Apel. Res. Comisión Nacional de Defensa de la Competencia”.

En lo que respecta al fallo de la CCCF, ésta advierte que la herramienta pertinente y más eficaz para que los monopolios legales no abusen de sus facultades, es un ente regulador. También reconoce que en el mercado en cuestión –aquel en el que opera SADAIC- no existe ente regulador.

Al respecto, es importante recalcar una vez más que en un caso de abuso de posición dominante por precios excesivos, la Autoridad de Competencia, de acuerdo con el marco normativo vigente y en forma consistente con la jurisprudencia, el derecho comparado y las mejores prácticas internacionales, no debe regular los precios, sino que se limita a determinar cuál es la causa de que en ese mercado no operen la libre competencia y los precios competitivos y, en el marco de sus atribuciones, proponer mecanismos para remediar la situación.

En este caso, se ha dicho que el origen de los aranceles excesivos ha sido una falla regulatoria. En virtud de una ley, SADAIC es una entidad que no opera en competencia, y –al momento de la resolución de la Autoridad de Competencia- carecía de una regulación específica del arancel que cobra, en este caso, a los hoteles. Por ello, en la resolución objetada se ha dicho que existe una “falla regulatoria” por cuanto jurisprudencialmente se ha interpretado que en los términos de la Ley N° 17.648, SADAIC cuenta con exclusividad o monopolio legal en relación con la percepción de aranceles originados en la ejecución secundaria de obras musicales, pero no existe normativa de ninguna índole que especifique cómo deben fijarse dichos aranceles.

Por ello mismo, la Autoridad de Competencia en este caso se limitó a imponer una multa, que no se encuentra acompañada por una orden a SADAIC respecto a qué arancel debe cobrar, sino de una recomendación al Poder Ejecutivo Nacional, aconsejando regular el arancel que SADAIC aplica a los

hoteles, materia que no se encuentra específicamente regulada, a pesar de su condición de monopolio legal.

## 5.2. Relevancia del Caso SADAIC

La jurisprudencia local no cuenta con antecedentes de sanciones fundados únicamente en precios excesivos, de acuerdo a lo que sostiene la CCCF en su sentencia en este caso. El caso SADAIC representa una oportunidad valiosa para afianzar dicha jurisprudencia.

Consideramos que este caso verifica los estándares más razonables para que la conducta de precios excesivos pueda ser considerada un abuso explotativo de posición dominante.

Si analizáramos este caso desde la perspectiva del derecho de la competencia europeo, que es el que en mayor medida inspira los fundamentos del derecho y la política de competencia de nuestro país, llegaríamos a la necesaria conclusión de que la Autoridad de Competencia argentina, en el caso SADAIC, logró superar los tests de los dos casos más relevantes en la materia en el viejo continente, como ser los casos United Brands y AKKA/LAA, comentados brevemente ambos más arriba, en este mismo trabajo.

Por un lado, respecto al test del caso United Brands, la Autoridad de Competencia argentina logró acreditar acabadamente los dos extremos, es decir: (i) el carácter de excesivos de los aranceles cobrados por SADAIC, que se da por la diferencia entre los costos incurridos por SADAIC y el precio o arancel cobrado por este a los hoteles; y (ii) lo injusto de dichos aranceles tanto en sí mismos, como comparados a los cobrados por otras sociedades de gestión de colectiva de derechos de autor, similares a SADAIC, como ser ARGENTORES y AADI/CAPIF.



Asimismo, a los fines de reforzar aun más el punto (ii) del test de United Brands, en lo que respecta a la comparación con otros prestadores de servicios similares y comparables al ofrecido por SADAIC, es de gran relevancia el test que ofrece el caso AKKA/LAA. Teniendo en cuenta que SADAIC detenta un monopolio legal, la Autoridad de Competencia argentina recurrió a la comparación de los aranceles que cobraban similares entidades en otros países, como ser, Venezuela, Chile, Paraguay, México, Colombia y España. Dicha comparación arrojó como conclusión que SADAIC en Argentina, cobraba precios entre 7 y hasta 80 veces más altos que los de dichos países. Para realizar dicha comparación, la Autoridad de Competencia argentina utilizó el mismo mecanismo aceptado por el TJUE para el caso AKKA/LAA, basado en la metodología de comparación de paridad del poder adquisitivo (PPA)<sup>29</sup>.

Pocas veces se reúnen en un mismo caso extremos tan estrictos que permitan superar el test legal de este tipo de casos, con evidencias tan contundentes, comparaciones tan categóricas y hechos tan objetivos, como todo lo que fue acreditado por la Autoridad de Competencia argentina en este caso SADAIC.

Será importante conocer lo que resuelva la CSJN<sup>30</sup> sobre al suerte de este caso, siendo deseable que la misma confirme el criterio adoptado por la Autoridad de Competencia en el caso SADAIC en lo que respecta al fondo de la cuestión referido a las conductas anticompetitivas causadas por abuso explotativo de posición de dominio por precios excesivos, y así sentar bases mínimas y objetivas de cómo deberían analizarse estas conductas en la Argentina.

---

<sup>29</sup> Esta metodología ha sido avalada en la experiencia comparada; al respecto véase Conclusiones del Abogado General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sr. Nils Wahl presentadas el 6 de abril de 2017, Asunto C 177/16, Biedrība ‘Autortiesību un komunikāciju konsultāciju aģentūra — Latvijas Autoru apvienība’ contra Konkurences padome, disponible en <http://curia.europa.eu/juris/>.

<sup>30</sup> A la fecha del presente, la CSJN no ha resuelto el Recurso Extraordinario.

## 6. Conclusión

Por los motivos indicados a lo largo de este trabajo, los casos de precios excesivos han sido históricamente casos poco frecuentes.

Sin embargo, notamos que en los últimos años, tanto en Argentina como –particularmente- en diversas jurisdicciones de Europa, han habido algunos casos que permiten considerar que podríamos estar ante un eventual cambio de actitud desde las autoridades de competencia, con relación a estas prácticas de precios excesivos por abuso explotativo de posición dominante. Habrá que seguir de cerca la evolución de la jurisprudencia local y comparada.

De todas formas, e independientemente de este eventual giro que pudiere darse desde el lado de las autoridades, consideramos que se mantendrán las condiciones objetivas y razonables que serían necesarias a los efectos de que estas prácticas puedan ser eventualmente consideradas anticompetitivas por parte de las autoridades de competencia.