

Título: Políticas de ofertas de los supermercados, defensa de la competencia y precios predatorios

Autor: Medina, Graciela

Publicado en: LA LEY 04/05/2011, 04/05/2011, 1 - LA LEY2011-C, 692

Cita: TR LALEY AR/DOC/1249/2011

Sumario: I. Introducción y objetivos.- II. Precios predatorios.- III. Ventas atadas.- IV. Jurisprudencia predatoria Argentina en Supermercados.- V. Derecho comparado.- VI. Conclusiones.

"La cuestión de nuestro estudio radica en precisar si estas políticas de venta bajo el valor de costo puede ser considerada anticompetitiva y sancionada con multa por la autoridad de Defensa de la Competencia, por considerarse que los precios menores al costo son predatorios y afectan la competencia, o en su caso, si resulta aconsejable prohibir las ventas por debajo del costo".

I. Introducción y objetivos

Este trabajo tiene como objetivo tratar de determinar si constituyen "precios predatorios" los descuentos que realizan los supermercados, que en algunos casos pueden llegar a ofrecer ventas al público por debajo de los precios que ellos pagaron por esos productos, establecer si esas políticas pueden ser consideradas anticompetitivas, y por último, evaluar si las ventas atadas (o bundling) son contrarias a la competencia.

En la actualidad es común observar que los supermercados continuamente realizan ofertas o promociones de descuento de precios. Estas básicamente consisten en:

* Descuentos por volumen. Por ejemplo, lleve 3 y pague 2, o su variante, "el tercer producto lo paga al 50 % de su valor".

* Combos. Por ejemplo, lleve los productos X e Y a un precio P, tal que P es menor a la suma de los precios por separado de los productos X e Y.

* Regalos. Por ejemplo, por la compra del producto X, lleve gratis el producto Y.

Estas promociones en general tienen una duración muy corta y los productos en promoción se venden a menos del costo de adquisición o de reposición.

Por otra parte, los grandes supermercados buscan atar a su clientela mediante ofertas aún mayores cuando se utiliza la tarjeta de crédito del propio negocio, como por ejemplo mediante el uso de la tarjeta "Más" o de la tarjeta "Falabella".

Las políticas de descuentos normalmente se realizan sobre productos de precio conocido (PVC) también identificado como "shopping goods". Estos bienes son vendidos por los establecimientos a menos de su valor relativo (loss leading), pero el vendedor recupera la pérdida sufrida en los productos de oferta con la compra que realizan los clientes de bienes que no se encuentran en promoción, y cuyo costo normalmente no es conocido. A estos bienes también se los llama "impulse goods".

La cuestión de nuestro estudio radica en precisar si estas políticas de venta bajo el valor de costo puede ser considerada anticompetitiva y sancionada con multa por la autoridad de Defensa de la Competencia, por considerarse que los precios menores al costo son predatorios y afectan la competencia, o en su caso, si resulta aconsejable prohibir las ventas por debajo del costo.

Desde otro ángulo, muchas veces se observa que los grandes establecimientos realizan ventas atadas, como por ejemplo ventas de determinados electrodomésticos condicionadas a que la instalación la realicen los técnicos contratados por el supermercado.

A fin de dar respuestas a estos interrogantes dividiremos nuestro estudio en tres partes a saber:

En primer lugar haremos una breve referencia a lo que se considera precios predatorios y ventas atadas (bundling): En segundo lugar describiremos algunos casos de precios predatorios en general y en especial abordaremos distintos antecedentes jurisprudenciales de precios predatorios en supermercados. En tercer lugar, revisaremos brevemente el derecho comparado, para luego sacar nuestras propias conclusiones.

II. Precios predatorios

En negocios y economía, cuando se habla de precios predatorios se hace referencia a la práctica de vender un producto o servicio a un precio muy bajo, con la intención de expulsar a los competidores fuera del mercado, o crear barreras de entrada para los potenciales nuevos competidores.

Si los competidores actuales o potenciales no pueden sostener la igualdad o precios más bajos sin perder dinero, van a la quiebra o deciden no entrar en el negocio. El comerciante depredador entonces tiene menos competidores o incluso tiene de facto un monopolio, e hipotéticamente podría elevar los precios por encima de

lo que el mercado debería soportar.

Robert Bork describe la conducta así: "(...) es la agresión deliberada de una empresa contra uno o más competidores a través del uso de prácticas de negocios que no serían consideradas como dirigidas a maximizar utilidades, a excepción de que (i) Los competidores sean sacados del mercado, dejando al predador con una participación de mercado suficiente como para obtener ganancias monopólicas, o (ii) Los competidores sean golpeados suficientemente como para abandonar un comportamiento competitivo que el predador encuentra inconveniente o amenazante". (1)

La predación se define como aquel comportamiento estratégico por el cual un operador que actúa en el mercado incurre deliberadamente en unas pérdidas a corto plazo con la intención de eliminar o debilitar uno o varios competidores para así, incrementar su poder de mercado y poder fijar, a largo plazo y de forma sostenida, unos precios más elevados que le concedan rentas monopolísticas. (2)

También es definida como el desarrollo de una política de precios excesivamente bajos (¿por debajo de costo?) por parte de una empresa dominante con el objeto de eliminar o disciplinar a un competidor. De esta forma se intenta hacer posible el establecimiento de precios altos en el futuro, una vez que la empresa dominante haya incrementado así su poder en el mercado. (3)

Esta definición coincide con la formulada por expertos, tanto del ámbito profesional como académico, de Europa y de América. En particular, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas han establecido que existen precios predatorios bajo las siguientes circunstancias:

* Fijación de precios por debajo de una determinada medida de coste con el propósito de eliminar competidores en el corto plazo y reducir la competencia en el largo plazo (Tribunal Supremo de EE.UU.).

* Aceptación de pérdidas en las que una empresa incurre deliberadamente con el fin de eliminar a un competidor específico, de forma que pueda conseguir beneficios supra-normales en el futuro, ya sea en el mismo mercado o en otros (TJCE).

Así pues, cuando un operador fija un precio por debajo de determinado coste, sea el coste marginal o una aproximación del mismo, nos encontramos ante una situación de venta a pérdida que, aunque a priori pueda resultar irracional, no lo es si persigue la exclusión o el debilitamiento de competidores actuales o potenciales.

Este tipo de predación únicamente tendrá éxito en mercados donde los consumidores sean suficientemente sensibles al precio y por tanto, estén dispuestos a cambiar de proveedor cuando el precio de mercado se modifica; de lo contrario, la estrategia de precios predatorios podría darse por fracasada.

Para que una estrategia de estas características genere o refuerce una posición de dominio y, consecuentemente, pueda considerarse exitosa, es necesario que las condiciones del mercado jueguen a favor del predador.

En particular, el mercado debe contar con una oferta relativamente concentrada, una demanda atomizada y elástica, así como elevadas barreras a la entrada con el fin de garantizar la fijación de un precio supracompetitivo de forma sostenida que permita no sólo la recuperación de las pérdidas sino también la obtención de rentas monopolísticas.

Si concurren estas circunstancias y el competidor no dispone de una política defensiva, con toda probabilidad, éste no podrá hacer frente a las pérdidas temporales que le supone la fuerte presión en precios a que lo somete el predador, por lo que resultará debilitado o directamente saldrá del mercado.

Es en este momento cuando el predador se encuentra en posición de fijar un precio supracompetitivo e incrementar su excedente en perjuicio del excedente del consumidor, generando una pérdida de eficiencia, característica de una situación monopolística.

Pero para que tal política tenga sentido, el predador tiene que actuar en un mercado con barreras que impidan que luego de subidos los precios otros competidores entren al mercado fácilmente.

Los efectos de los precios predatorios repercuten tanto sobre el supuesto predador como sobre competidores y consumidores, siendo dichos impactos de signo contrario según el momento temporal en el que nos fijemos: en el corto plazo, los precios predatorios pueden incluso presentar una apariencia competitiva ya que incrementan el excedente del consumidor y no es hasta el largo plazo cuando se evidencian los efectos anticompetitivos de los mismos.

2.1. Formas usualmente aceptadas para determinar si un precio es predatorio

Es importante poder determinar si este tipo de precio constituye una conducta contraria a la competencia que busca eliminar competidores, o si es una política empresarial que refleja una fuerte competencia en el mercado

con intención de perjudicar a los competidores.

El test de legalidad que se aplique para determinar si una política de precios bajos es o no legal tiene que compatibilizar dos objetivos enfrentados entre sí: por un lado, debe incentivar una competencia efectiva en el mercado que permita a los más eficientes progresar, aun a costa de los menos eficientes (esto conduce a una asignación de recursos más eficaz desde un punto de vista económico); por otro lado, debe desincentivar la actitud de aquellas empresas en posición dominante que pretendan eliminar o disciplinar a sus competidores estableciendo precios no remunerativos.

El equilibrio entre ambos objetivos es difícil de lograr, y ello explica la gran diversidad de teorías y soluciones que la doctrina (tanto económica como jurídica) ha elaborado en relación a este tema.

Podemos decir que el test de precios predatorios se configura en dos etapas:

2.1.1. Elemento objetivo: Precios inferiores al costo.

La primera etapa se caracteriza por el examen del denominado elemento objetivo, esto es, la prueba del establecimiento de unos precios inferiores a determinado coste de referencia bajo ciertas condiciones de plausibilidad. [\(4\)](#)

2.1.2. Elemento subjetivo: Intención de excluir.

La segunda etapa consiste en la acreditación del elemento subjetivo que responde a la intención de excluir o debilitar uno o varios competidores.

2.2. Condiciones de probabilidad

En el punto anterior hacíamos referencia a que para que los precios bajo costo puedan ser considerados predatorios tienen que darse ciertas condiciones de plausibilidad, probabilidad o posibilidad de que la fijación del bajo valor pueda excluir competidores del mercado o disciplinarlos.

El análisis de estas condiciones es de gran importancia para poder determinar si una estrategia de precios bajo costo puede ser calificada de una parte (i) como viable y verosímil, en el sentido de que constituya una amenaza real para los competidores y, de otra, (ii) como exitosa, es decir, que permita no sólo recuperar las pérdidas incurridas en el corto plazo sino también imponer, posteriormente y de forma sostenida, un precio supracompetitivo.

Estas condiciones de plausibilidad se relacionan con las características del predador, que tiene que tener una gran capacidad financiera, rapidez en la toma de decisiones y una posición determinada en el mercado. A saber:

2.2.1. Capacidad financiera del predador

El predador debe contar con recursos financieros suficientes como para poder afrontar sin problemas el período en el que está ejecutando la estrategia predatoria puesto que, mientras ésta se prolongue, incurre deliberadamente y de forma sostenida en pérdidas.

Si tomamos como ejemplo el caso Tabacalera de España, advertimos que la Empresa Tabacalera vendió [\(5\)](#) durante 3 años los cigarrillos Farias bajo el precio de costo, es decir que la empresa tenía el capital financiero suficiente como para soportar la pérdida en la venta del producto durante un período extenso.

En la literatura de antitrust, esta cualidad es conocida como "deep pocket", la que puede materializarse de diversas formas.

(i) disponer de recursos propios,

(ii) tener fácil acceso al mercado de capital y

(iii) contar con subvenciones cruzadas por el hecho de operar en mercados conexos de tal modo que los beneficios obtenidos en uno de ellos permitan afrontar las pérdidas generadas por la campaña predatoria.

2.2.2. Exceso de capacidad productiva

Otra de las condiciones de probabilidad es que el agente predador disponga de capacidad productiva ociosa para poder asumir el previsible incremento de demanda que con toda probabilidad surgirá tanto, en el corto plazo, cuando inicie la campaña predatoria y reduzca precios —demanda inducida— como, en el largo plazo, cuando la estrategia haya prosperado y se haya producido la eliminación o debilitación de la competencia.

En este sentido, el predador debe contar, desde el primer momento, con capacidad suficiente para satisfacer la nueva demanda o, en caso contrario, debe poder conseguirla de manera relativamente sencilla, tanto en términos de tiempo como de coste.

Ello sucederá, por ejemplo, si es capaz de adaptar con cierta facilidad su proceso productivo ofertando así

una cantidad adecuada para cubrir el incremento esperado de demanda.

Si la oferta del predador resulta insuficiente, ese exceso de demanda no atendida favorecerá la subida de precios provocando, por una parte, que el resto de operadores del mercado coloquen más fácilmente sus productos a precios más elevados y, por otra, que esa situación se convierta en un reclamo para la entrada de nuevos agentes.

Tanto en un caso como otro, deberemos concluir que la estrategia predatora ha fracasado.

2.2.3. Agilidad e independencia en la toma de decisiones

El prototipo de predador se caracteriza por ser un operador muy inmerso e influido por la dinámica del mercado, que trabaja bajo un enfoque estratégico agresivo que se ve plasmado en su comportamiento empresarial.

Del mismo modo es presumible que actúe con gran independencia de comportamiento y tome decisiones de manera ágil y flexible con el objetivo de conseguir, a casi cualquier precio, el fin de mejorar su posicionamiento en el mercado.

2.2.4. Presencia en el mercado

Resulta necesario que el predador disfrute de una importante presencia en el mercado, es decir que la acusación de prelación no puede ser evaluada con relación a los precios y los costos, sino que hay que tener en cuenta si existe una "expectativa razonable" de que la empresa predatora pueda, con posterioridad a la etapa de predación, recuperar sus pérdidas mediante precios más altos para lo cual hay que ver la posición en el mercado de la empresa predatora.

La Comisión Europea de Defensa de la Competencia considera que un precio es predatorio cuando la empresa tiene un 40% de posición en el mercado. Este porcentaje de participación notable en el mercado se exige para aceptar que la política de la empresa sea susceptible de afectar el mantenimiento o desarrollo de la competencia. [\(6\)](#)

En Canadá, se menciona que, en general, no habrá presunciones de ejercer poder de mercado en el caso de que una empresa posea una participación menor al 35%. Ello implica que es altamente improbable que a actores con participaciones de mercado menor a la señalada les sea rentable llevar a cabo una estrategia predatoria.

2.2.5. Estructura de mercado

La calidad del mercado es fundamental para poder practicar una política predatoria, ya que si éste no reúne determinadas características, difícilmente la maniobra predatoria se pueda realizar con éxito. Estas características son:

2.2.5.1. Existencia de fuertes barreras de entrada y salida.

Un mercado con fuertes barreras en la entrada y salida para competidores potenciales constituye el mejor marco en el cual se puede desarrollar una práctica predatoria, puesto que, en caso contrario, lo más probable es que cuando el agente predador incremente sus precios, otros operadores entren en el mercado para aprovecharse de las rentas monopolísticas.

Las barreras de entrada evitarán que entren rivales en el mercado cuando la empresa predatora eleve los precios en la segunda fase de su estrategia. La entrada de rivales le impediría obtener rentas monopolísticas y recuperar las pérdidas generadas en la fase anterior.

2.2.5.2. Mercado oligopolista.

La oferta concentrada en pocos operadores. De no ser así, la empresa predatora debería amenazar a demasiados competidores. Las estrategias predatorias tienen más lógica en un mercado oligopolista, relativamente concentrado, ya que de esta manera la práctica predatoria tendrá que amenazar a, relativamente, pocos competidores reales.

2.2.5.3. Mercado atomizado o con clientes de pequeñas dimensiones.

Cuando mayor sea la concentración de la demanda, menores serán las posibilidades reales de que el predador pueda imponer sus condiciones y a la inversa.

2.2.5.4. Alta elasticidad de la demanda.

Es necesario que los clientes tengan un alto grado de respuesta a las variaciones de precios. De esta forma, la empresa predatora se asegura que la disminución de precios generará un aumento de la demanda de su producto en detrimento de la de sus competidores.

2.3. Elemento subjetivo: intencionalidad

El segundo paso del test para determinar si un precio es anticompetitivo consiste en analizar cuál es el propósito que empuja al supuesto agente predador a llevar a cabo una campaña de precios no rentable en términos económicos. Es decir se debe demostrar la intencionalidad, como lo puso de relieve el Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica Europea en la sentencia Akso [\(7\)](#) y en la sentencia Tetra Pack.

Cabe señalar que la intención resulta difícil de demostrar. En tal sentido, es complicado demostrar que el operador impuso esos precios inferiores a determinado coste de referencia y no fundados en una mayor eficiencia empresarial, regido por la pretensión de excluir a los competidores de manera voluntaria y consciente.

Para lograrlo resulta conveniente:

* Estudiar la evolución de los precios —en relación a los costes— y ver cuál ha sido la temporalidad de la reducción de los mismos.

* Analizar los beneficios del potencial predador antes y después de la reducción de precios.

* Examinar la evolución de la cuota de mercado del presunto predador, antes y después de la reducción de precios.

* Aplicar el test de la razonabilidad económica de la conducta, es decir, determinar qué motivos pueden empujar al agente a autoimponerse una política de precios no rentable económicamente. En este sentido, se trataría de buscar qué alternativas razonables (mala gestión empresarial, eliminación de stocks, etc.) pueden existir para que justifiquen la venta por debajo de determinado coste, y que no impliquen una estrategia encaminada a eliminar o perjudicar a los competidores.

Del análisis del comportamiento del resto de operadores en el mercado, tanto actuales como potenciales, también puede deducirse la evidencia de esa intención predadora:

Por un lado, se trata de determinar cuál es la situación de los competidores actuales, si han desaparecido y/o se han visto perjudicados o, por lo contrario, se han mantenido o, incluso, evolucionado positivamente. Una buena medida de ello resultaría de comprobar la evolución de sus precios, beneficios y cuota de mercado. A fin que las conclusiones de este tipo de análisis sean realmente fidedignas, debemos prestar especial atención a lo sucedido a los operadores que actúan de forma eficiente, puesto que de la expulsión o perjuicio a los ineficientes no podemos extraer conclusiones precisas.

Por otro lado, debe comprobarse qué ha ocurrido con los competidores potenciales, es decir, analizar si, en el mercado de referencia, se ha producido la entrada de nuevos agentes.

Tras este breve resumen acerca de los precios predatorios, vamos a analizar alguna jurisprudencia, comenzando por los leading case de la materia para luego ver los casos argentinos.

III. Ventas atadas

Las ventas atadas existen cuando se condiciona la venta de un producto a otro (el cual no está disponible para su venta por sí solo).

Las ventas atadas pueden ser peligrosas porque pueden resultar en la exclusión o restricción de un competidor en el mercado, siempre que el proveedor sea dominante en el producto "que ata" y el demandante/consumidor no pueda buscar alternativas para el producto "atado". Pero también las ventas atadas pueden resultar eficientes para una empresa, por ejemplo si se da origen a una economía de escala, o si responden a eventos en la industria o a razones tecnológicas.

Al respecto, los requisitos generales para que se configure una conducta de venta atada contraria a la libre competencia fueron claramente establecidos por la sentencia europea de Microsoft:

1. Que el producto "que ata" y el producto "atado" sean diferentes
2. Que la empresa sea dominante en el producto "que ata"
3. Que no exista la opción de adquirir el producto "atado" sin el "que ata"
4. Que la venta atada perjudique la libre competencia

Vamos a analizar por separado estos requisitos.

- 3.1. Que el producto "que ata" y el producto o servicio "atado" sean diferentes

Para determinar si el producto vinculante y el vinculado son diferentes, se debería demostrar que existe demanda para cada producto separadamente.

En el ejemplo de los aires acondicionados vendidos por los supermercados con una garantía extendida, que sólo funciona si quien lo instala es un proveedor de la empresa dominante, hay que demostrar que existe

demanda para el producto instalación de aire acondicionado.

3.2. Que la empresa sea dominante en el producto "que ata"

Para determinar si existen ventas atadas, resulta imprescindible determinar si la empresa detenta una posición dominante en el mercado relevante del producto "que ata".

El fundamento detrás de este requisito es lo que la doctrina ha denominado "leverage", es decir la posibilidad de traspasar el poder de mercado de este producto que ata hacia el producto atado.

Esto presupone que la empresa no tiene poder de mercado (o, al menos, tiene un poder de mercado disminuido) respecto del producto atado.

En el caso de los aires acondicionados las empresas denunciadas (Garbarino, Coto, Carrefour, Easy, Rodo, Fravega y Falabella) tienen un poder de mercado concentrado y dominante sobre la venta de aire acondicionado, pero no sobre su instalación.

La venta atada posiblemente les permitiría traspasar su poder de mercado al servicio de instalación.

Este no es un tema meramente semántico, sino que reviste una importancia esencial.

La conducta de ventas atadas no se explica sin este "leverage", por lo cual, de no mediar razones económicas y tecnológicas, no queda claro cuál sería el incentivo para imponer el instalador.

3.3. Que no exista la opción de adquirir el producto o servicio "atado" sin el "que ata"

En el caso de los aires acondicionados si se adquiría el servicio atado (instalación del aire acondicionado) por separado, se perdía la garantía. Y en el caso de garantía extendida se perdía la opción de adquirir el servicio atado por 3 años.

3.4. Que la venta atada perjudique la libre competencia, teniendo un efecto exclusorio en el mercado

Para este efecto se debe considerar si existe racionalidad económica para desplegar la venta atada. Esto significa que las conductas exclusorias pueden considerarse como tales desde la perspectiva económica si no existe una justificación económica razonable para una estrategia, salvo la de excluir competidores.

Para determinarlo se deben hacer dos preguntas:

(i) La conducta desplegada por el actor dominante, ¿tiene potencial para eliminar o reducir la competencia en el mercado? Si la respuesta es sí, se sigue adelante con la siguiente pregunta. Si la respuesta es no, no hay responsabilidad frente a la libre competencia.

En el caso de los aires acondicionados, debido al gran poder de mercado que tienen las empresas que los venden, pueden sacar del mercado a los que brindan servicios de instalación.

(ii) La conducta desplegada por el actor dominante, ¿le genera beneficios sólo por su tendencia a eliminar o reducir la competencia? Si la respuesta es no, no hay responsabilidad frente a la libre competencia. Si la respuesta es afirmativa, se gatilla el ilícito anticompetitivo.

En esta segunda pregunta, la respuesta es dudosa porque los vendedores podrían alegar que la conducta desplegada les genera beneficios por la seguridad que les da que el equipo esté bien instalado.

Lo que se advierte claro es que para el consumidor la práctica es perjudicial, por la reducción de la movilidad del cliente, poca transparencia de precios, y por imposibilidad de comparar prestadores de servicio.

IV. Jurisprudencia predatoria argentina en supermercados

4.1. Caso Makro

La Cámara Argentina de Papelerías, Librerías y Afines, es una asociación civil sin fines de lucro, que actúa en defensa de los intereses de los comerciantes minoristas dedicados a la venta de papelería y librería. En tal carácter denunció a Supermercados Mayoristas Makro S.A. de realizar una política de precios predatorios, por establecer ofertas con el objeto de eliminar como competidores a pequeños comerciantes, para asegurarse en el futuro un mayor poder monopólico, lo que le permitiría fijar precios superiores a los de su competencia y obtener beneficios extraordinarios.

Concretamente denunció que, entre otros productos, Makro vendía el Repuesto Rivadavia familiar de 480 hojas a un precio de \$5,90 IVA incluido, cuando según la denunciante el precio de lista del fabricante de esos productos es de \$8,88 más IVA menos bonificaciones, de lo que surgiría que Makro vende el pack aludido a \$3,23 por debajo del costo.

La empresa denunciada puso de relieve que tenía una participación en el mercado de los supermercados del 7%, lo que excluía su capacidad de sacar competidores del mercado.

Makro también manifestó que no existían barreras para la instalación de empresas similares, lo que imposibilitaba calificar sus precios como predatorios.

La denunciada también puso de relieve la escasa vigencia temporal de la oferta, lo que impedía considerarla como capaz de alterar la competencia o influenciar en el mercado ya que la promoción duraba sólo entre el 26 de febrero y el 11 de marzo de 1997.

La Comisión Nacional de Defensa de la Competencia hizo un análisis del mercado y puso de relevancia que a partir de la ley de convertibilidad y de la instalación de los grandes supermercados en el país se había logrado reducir en un 8% el precio que gastaban los consumidores de menores ingresos en la canasta familiar cuando compraban en supermercados que cuando lo hacían en comercios minoristas.

Esa misma conclusión está corroborada por otro estudio, realizado por FIEL. En el mismo se concluye que "la evidencia sobre la evolución de los precios indica que la modernización de la distribución de los alimentos favoreció al consumidor" ya que los métodos de comercialización más modernos no sólo benefician a los consumidores de ingresos medios y altos, sino que benefician también, y fundamentalmente, a los consumidores de menores ingresos, que son los que gastan proporcionalmente más en alimentos, aunque concurren menos a los supermercados que familias de ingresos más altos.

En el análisis de la conducta la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia utilizó un test diferente al que hemos enunciado con anterioridad para determinar si se encontraba afectada la competencia.

La CNDC utilizó la metodología diseñada por Joskow y Klevorick en un artículo publicado en 1979 para analizar los casos de precios predatorios y que es utilizada por la OCDE. La misma consiste en un análisis en dos etapas. En la primera se debe examinar la estructura del mercado para determinar si es probable que la predación de precios sea exitosa.

Respecto a este estadio, los autores citados por la Comisión señalan que si las barreras de entrada al mercado son bajas será poco probable que la predación de precios sea una estrategia viable, por lo que la autoridad del organismo de competencia correspondiente deberá dar por concluida la investigación.

Por el contrario, si hubiera barreras a la entrada, en la segunda etapa se deben analizar tests basados en costos y en precios. Si los precios están por debajo de los costos medios variables habrá un indicio de predación de precios. Habrá otro indicio si se observa una baja en el precio, por más que el mismo no sea fijado por debajo del costo medio variable, seguido por un aumento significativo en los precios dentro de los dos años sin que éstos sean provocados por aumentos en los costos o en la demanda.

Siguiendo este análisis la Comisión de Defensa de la Competencia consideró que no había en el caso precios predatorios, por la escasa vigencia temporal de la oferta, la baja participación en el mercado de los supermercados de Makro, la inexistencia de barreras de entrada en el mercado y el límite temporal de la oferta que impedía por sí solo sacar a un competidor del mercado.

4.2. Caso supermercado Sarmiento (8)

La Federación de Entidades de Almaceneros Minorista, Autoservicios Alimenticios y Afines de la Provincia de Buenos Aires denunció ante la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia que el Supermercado Sarmiento vendía productos lácteos de la marca Verónica a precios predatorios.

Señaló que el Supermercado Sarmiento los había adquirido en una partida de licitación pública a efectos de ser aplicados a Planes de Asistencia Social y que utilizó esta maniobra para introducir los productos en el mercado por debajo del costo.

La denunciada Supermercado Sarmiento es una empresa que se dedica a la comercialización minorista de productos alimenticios en la Ciudad de San Pedro, Provincia de Buenos Aires.

La conducta de comprar leche en una licitación con precios menores del costo para ser destinado a Ayuda Social y en su lugar venderla al público fue denunciada al Juez Federal de San Nicolás y al Gobierno provincial. El primero no había dictado sentencia al tiempo que la Comisión se expidió, y el segundo no había emitido un acto administrativo firme.

La Comisión Nacional de Defensa de la Competencia consideró que para que la actitud del Supermercado Sarmiento encuadrara en el artículo 1° de la ley 25.156 era requisito previo que la infracción se encontrara declarada por acto administrativo o sentencia firme, y como la conducta denunciada no había sido motivo ni de sentencia firme ni de acto administrativo, no se daban los requisitos legales, motivo por el cual la denuncia se desestimó.

4.3. Caso Minimercado Ahorra, Autoservicio Nico Xiao, Autoservicio Frank, y Autoservicio Natalia. (9)

La Cámara Unión de Comercio e Industria denunció a Minimercado Ahorra, Autoservicio Nico Xiao, Autoservicio Frank, y Autoservicio Natalia de vender artículos de primera necesidad a valores inferiores que los establecidos en el mercado mayorista.

Los denunciados presentaron sus explicaciones y señalaron que sus ofertas fueron realizadas por tiempo limitado y que no tenían por objeto limitar la competencia de los demás comerciantes.

En la causa se probó que en todos los casos las ventas bajo costo eran publicitadas por un tiempo determinado y se encontraban sujetas a los stocks que los comerciantes mantuvieran de esos productos.

La Comisión Nacional de la Competencia resolvió desestimar la denuncia y aceptar las explicaciones por dos motivos fundamentales, a saber:

* Que las ofertas por tiempo limitado, aun cuando se publiciten a precios por debajo del costo de reposición, no tienen entidad suficiente como para constituirse en una conducta excluyente de competidores del mercado, dado que es condición necesaria para que se verifique la hipótesis de precios predatorios que tal conducta sea mantenida durante un período lo suficientemente prolongado.

* Que no existían barreras a la entrada ya que los costos de instalar un nuevo autoservicio, no son de una magnitud que pueda considerarse una barrera a la entrada.

Por otra parte, sostuvo que en las condiciones descriptas, la fijación del precio por debajo del costo era una estrategia destinada a atraer clientes mediante la venta de ciertos productos a bajo precio y ya en el supermercado, seducir al comprador con otros bienes cuya venta genera mayores márgenes, lo cual en definitiva se traduce en un beneficio para los clientes que pagan menores precios al adquirir el producto.

La Comisión consideró que tampoco existía un acto de competencia desleal encuadrable en la ley 25.156, porque la infracción no había sido declarada ni por sentencia ni por acto administrativo, y finalmente desestimó la denuncia.

4.4. Caso Supermercados Toledo. (10)

La Cámara Empresaria de Olavarría denunció a Supermercados Toledo de vender al público distintos comestibles y artículos de limpieza, perfumería y bazar a precios inferiores al que los proveedores venden esos productos.

La Comisión Nacional de Defensa de la Competencia puso de relieve que Supermercados Toledo posee cerca del 35% del mercado en la ciudad de Olavarría, donde aproximadamente existen unos 50 autoservicios y mini mercados y más de 100 comercios tradicionales. De esta manera observó que el grado de competencia que enfrenta Toledo es alto y por lo tanto muy poco probable que pueda aumentar sus precios unilateralmente por encima de los competitivos.

Por otra parte, consideró que las promociones denunciadas fueron realizadas por un período de tiempo de trece días, desde el 1º de Febrero hasta el 13 de Febrero y que al tiempo de ratificación de la denuncia, la conducta había cesado.

Por estas consideraciones la Comisión desestimó la denuncia, juzgando que es condición necesaria para sancionar una práctica como predatoria que la conducta se perpetúe en el tiempo lo suficiente como para excluir a un competidor del mercado y que se debe tener poder de mercado o posición de dominio por parte de la empresa predatoria, circunstancias ambas, que no se cumplían en el caso de los Supermercados Toledo.

4.5. Caso comerciantes coreanos del Barrio de Constitución Guo Changqing, Huang Yuliang, Lin Yusheng, Gu Tianyu, Chen Li Ai, Zheng Guangun, Qui Minhua, He Erqing, Chen Lin, Zheng Chengjin y Shen Yuan Xiang. (11)

Un grupo de titulares de comercio del barrio de Constitución dedicados a la venta al público de productos alimenticios, de limpieza, carnicería y quioscos denunciaron a los comerciantes minoristas coreanos del barrio de Constitución por establecer precios debajo de los precios mayoristas, poniéndose de acuerdo entre ellos para no competir. Manifiestan que con su conducta habían obligado a cerrar sus puertas a una panadería, a una carnicería y a un mercadito.

Los denunciados negaron la práctica predatoria y destacaron que eran objeto de discriminación racial. Manifiestan que no vendieron por debajo del costo y que reducir el margen de ganancia, no constituye conductas anticompetitivas. Agregaron que la oferta de determinados productos por un breve período de tiempo opera como una estrategia publicitaria para atraer al cliente con precios bajos, y ya en el supermercado seducirlos con productos de mayores márgenes de ganancia.

La Comisión determinó que el mercado geográfico relevante era el barrio Constitución, estableció que allí,

además de los 11 autoservicios denunciados, existían otros 22 autoservicios de propietarios asiáticos, 6 negocios del formato hard discount, 1 autoservicio Best (Cadena de La Anónima), una importante cantidad de almacenes, autoservicios, quioscos y maxi-quioccos, verdulerías, carnicerías, etc.

Asimismo puso de relieve que dentro de esa zona operan 2 sucursales de la cadena de supermercados Coto y una de la cadena Norte.

La Comisión señaló que los denunciados no tenían poder dominante en el mercado relevante (12) y que los productos vendidos en oferta lo fueron por un tiempo determinado, por lo cual consideró que las promociones eran una alternativa a la inversión en una campaña publicitaria y teniendo en cuenta que la conducta no se prolongó en el tiempo, estimó que no se encontraba frente a una conducta predatoria sino frente a una pro-competitiva, entendiendo que los descuentos o promociones temporales respondían a estrategias de posicionamiento.

4.6. Caso Garbarino, Falabella, Coto, Easy, Carrefour, Rodo.

Un instalador independiente de aire acondicionado denunció a las empresas Garbarino, Falabella, Coto, Easy, Carrefour, Rodo y Fravega de realizar ventas atadas de aparatos de aire acondicionado, exigiendo a los compradores que utilicen los servicios de sus instaladores o de otras empresas tercerizadas para acceder a la garantía en los productos comprados.

Señaló que la situación se empeoraba porque las denunciadas vendían el producto con una garantía extendida de 3 años, lo que impedía a los usuarios cambiar de técnico por ese período, conducta que termina expulsando del mercado a los instaladores independientes.

La Comisión de Defensa de la Competencia dictó una medida precautoria porque consideró que el derecho invocado estaba prima facie acreditado.

4.7. Caso Supermercados de Valdivia (Chile)

En Chile respecto al tema que nos ocupa existe un importante y muy bien fundado precedente dictado por el Tribunal de Defensa de la Competencia el 8 de Setiembre del 2010, en el caso Único contra Líder, donde el primero demandó a los supermercados D&S, y a Líder Valdivia, por realizar actos de competencia desleal mediante —entre otras conductas— prácticas predatorias por la venta de productos bajo el costo o a precios excesivamente bajos.

En su demanda, Único acusó a Líder de vender 50 productos del tipo "KVI" ("known value items", o "ítems de valor conocido") por debajo del costo relevante.

Por su parte, Líder manifestó que no concurría ninguno de los presupuestos de las conductas de competencia desleal ni de prácticas predatorias de las que se le acusaba. En particular, señaló que no tiene ni puede alcanzar una posición dominante en el mercado relevante que es muy competitivo. (13)

Mediante un informe pericial se demostró el margen obtenido por cada uno de los cincuenta productos durante las promociones. (14) En el 56% de las promociones analizadas, fue negativo al momento de ser aplicadas y sólo en el 3% de los productos incluidos en la muestra, Líder Valdivia alcanzaría márgenes negativos a lo largo del año. Ello así el Tribunal entendió que la actitud de vender bajo costo no se practicó en las condiciones necesarias para sacar a un competidor del mercado. Para así decidir tuvo en cuenta las características del mercado relevante, la falta de barreras a la entrada, la falta de posición dominante de Líder en el mercado y la limitación en el tiempo de la promoción.

El Tribunal de Defensa de la Competencia de Chile estimó que, en principio, las ventas bajo el costo que se efectúen a fin de promocionar un producto y siempre que duren un corto período, no son per se contrarias a la libre competencia, pero cuando estas ventas se hacen persistentes y se utilizan como un medio para excluir competidores, pueden constituir un arbitrio que limite la competencia.

Asimismo juzgó que la estrategia de precios utilizada por Líder Valdivia era del tipo loss leading, en la que un subconjunto de productos de alta recordación y sensibilidad al precio por parte de los consumidores se ofrece bajo el costo medio variable, para aumentar la demanda de otros productos en los cuales se obtiene margen suficiente para compensar las pérdidas generadas en los primeros.

En definitiva, el Tribunal consideró que estrategias de este tipo caían dentro de la categoría de precios promocionales y no eran contrarias a la libre competencia y por lo tanto, este Tribunal estimó que no estaba acreditada la conducta de precios predatorios denunciada.

V. Derecho comparado

En la legislación mundial existen diferentes corrientes: Hay legislaciones que consagran una presunción de

abuso de posición dominante por cobro de precios predatorios.

Existen otras, que si bien no consagran presunciones, exigen que la empresa tenga posición de dominio o poder de mercado para castigar una práctica de precios predatorios, y hay legislaciones que consagran a esta conducta como un acto de competencia desleal. Veamos:

Dentro de las legislaciones que consagran una presunción de abuso de la posición dominante por la aplicación de precios predatorios se encuentran las legislaciones de la Comunidad Económica Europea (Artículo 86 N° 1 del Tratado de Roma), de Canadá (Section 50 and 51 of the Competition Act), de Finlandia (Act on Restrictive Business Practices), de Alemania (Act Against Restraints of Competition ARC), de Francia (artículo 8 de la Ley 73 - 1993), y de Portugal (Ley 422 de 1983), entre otras.

Y dentro de las legislaciones que, aunque no consagren una presunción legal de abuso de posición dominante, exigen que la conducta sea ejercida por una empresa con poder de mercado o con posición dominante en el mercado encontramos a las siguientes:

Australia y Nueva Zelanda: La legislación en Australia no consagra expresamente la conducta, pero prohíbe a las empresas con poder sustancial de mercado aprovecharse de ese poder con el propósito de eliminar o dañar a un competidor, o prevenir la entrada al mercado (Section 46 of the Trade Practices Act), al igual que en Nueva Zelanda (Section 36 of the Commerce Act).

En Perú no hay prohibición expresa de la conducta, y se castiga por la norma general de protección a la competencia bajo el entendido que la firma tenga posición dominante en el mercado (Decreto Legislativo N° 701 de 1991). Esta misma situación se da en Venezuela (Ley para Promover el Ejercicio de la Libre Competencia de 1991).

Legislación argentina

La ley argentina no describe a los precios predatorios como una modalidad de abuso de la posición dominante.

La ley 25.156, en su artículo 2°, establece "Las siguientes conductas, entre otras, en la medida que configuren las hipótesis del artículo 1°, constituyen prácticas restrictivas de la competencia:

Inc. M) 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 o servicios".

Por su parte el artículo 1° establece "Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley, los actos o conductas, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general.

Queda comprendida en este artículo, en tanto se den los supuestos del párrafo anterior, la obtención de ventajas competitivas significativas mediante la infracción declarada por acto administrativo o sentencia firme, de otras normas".

VI. Conclusiones

Del análisis realizado podemos concluir que en la Argentina los precios bajo costo y las ventas condicionadas no implican per se actitudes anticompetitivas.

6.1. Venta por debajo del costo como inversión alternativa a la publicidad

Una empresa puede ofrecer un producto por debajo del costo por un determinado período de tiempo con la esperanza de que el mismo sea del agrado del consumidor y lo vuelvan a comprar más adelante a un precio superior.

En el caso particular de los supermercados, que se caracterizan por vender en el mismo mercado geográfico numerosos productos diferentes, la aplicación de precios bajo costo se puede financiar con los márgenes de otros bienes que también comercialice. De este modo, la estrategia del precio bajo costo opera como una simple estrategia publicitaria que apunta a atraer al cliente con precios bajos y, ya en el supermercado, seducirlo con productos de mayores márgenes. No habrá que esperar entonces que en el futuro el supermercado eleve el precio del producto con el cual hoy preda.

6.2. Venta de productos pasado de moda

Las reglas de la "moda" justifican las liquidaciones de temporada como una estrategia de venta de las cadenas de tiendas que venden bienes heterogéneos y que al finalizar una temporada tienen que desprenderse de

un stock, que en la próxima temporada los consumidores no adquirirán.

En este contexto un producto de moda adquirido a un costo de 100 si no se vendió durante la temporada deberá ser liquidado a menos de precio de compra para no sufrir una pérdida mayor, esta actitud no puede considerarse una venta anticompetitiva.

6.3. Venta de productos perecederos

Si un producto es perecedero la venta a menos del costo se justifica cuando se cuenta con un gran stock que de no venderse en un momento determinado no serviría más.

En definitiva, consideramos que el peligro de clasificar una reducción competitiva de precios como predatoria es que la autoridad de defensa de la competencia podría estar limitando precisamente lo que es su mandato proteger: la competencia.

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723).

- (1) BORK, Robert, *The antitrust paradox. A policy at war with itself*. New York: The Free Press, 1993, p. 145.
- (2) El hecho de que los precios predatorios puedan ser utilizados como arma para monopolizar un mercado ha sido puesto en duda por la Escuela de Chicago de Derecho de la Competencia. Ver, por ejemplo, EASTERBROOK, F. H., "Predatory Strategies and Counterstrategies", *U. Chi. Law Rev.*, vol. 48, p. 263 (1981), p. 265: "The theoretical case for a rule against predation is too weak, the damages measures too inaccurate, and the administrative costs too high to justify intervention designed to control the prices charged by rivals". Ver también POSNER, R. A., "The Chicago School of Antitrust Analysis", *U. Pa. Law Rev.*, vol. 127 (1979), p. 925; BORK, R. H., *The Antitrust Paradox: A policy at War with Itself* (1978), pp. 144-160.
- (3) HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis Miguel, "Los precios predatorios y el derecho de la competencia europeo" (Comentario de la sentencia del TJCE de 3 de julio de 1991, as. 62/86 Akzo Chemie B. V. c. Comisión) http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/5/RIE_020_001_227.pdf consultado el 6 de abril del 2011.
- (4) En cuanto a los precios cabe señalar siguiendo lo sostenido por el INDECOPI en Perú que no todo precio establecido por debajo de los costos es un precio predatorio. Por el contrario, siempre será un precio predatorio aquel que esté por debajo del costo variable medio,... Finalmente, los precios inferiores al precio total, pero superiores al costo variable medio, sólo serán predatorios si son parte de una estrategia dirigida a expulsar del mercado a uno o varios competidores. Perú, INDECOPI. Resolución N° 070/96. María del Carmen Molta Wendell vs. Proquinsa.
- (5) Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia Español (Expte. 375/96, Tabacos de Canarias) 16 de febrero de 1999.
- (6) El TJCE Comisión señala que una firma podría considerarse como dominante si posee una participación de mercado mayor a un 50% y donde el resto de los competidores posea participaciones mucho menores. Más adelante se menciona que no es probable que empresas con un 25 % o menos de tamaño de mercado posean dominancia simple.
- (7) HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis Miguel "Los precios predatorios y el derecho de la competencia europeo" (Comentario de la sentencia del TJCE de 3 de julio de 1991, as. 62/86 Akzo Chemie B. V. c. Comisión) http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/5/RIE_020_001_227.pdf consultado el 6 de abril del 2011.
- (8) Expediente N S01.0166194/2995 Secretaría de Coordinación Técnica del Ministerio de Economía y Producción, Resolución N 519, Carpeta N 1035, Fecha 22 de setiembre del 2005.
- (9) Secretaría de Coordinación Técnica del Ministerio de Economía y Producción, Resolución N 472, Carpeta Número 905, fecha 6 de Diciembre del 2004.
- (10) Secretaría de Coordinación Técnica del Ministerio de Economía y Producción, Resolución N 392, Carpeta N 627, Fecha 5 de Setiembre del 2002.
- (11) Secretaría de Coordinación Técnica del Ministerio de Economía y Producción, Resolución N 379 Carpeta N 656, Fecha 5 de agosto del 2002.
- (12) El mercado relevante es en el caso "el ámbito en el que se desarrollan las relaciones entre distribuidores minoristas y consumidores finales, en virtud de las cuales los primeros venden a los segundos productos alimenticios y artículos de hogar no alimenticios de consumo corriente a través de tiendas especialmente diseñadas al efecto, conocidas en general como supermercados e hipermercados, entendiéndose por tales a las salas de venta masiva de dichos productos al público, bajo el sistema de autoservicio, incluidos los formatos tradicional, económico, de conveniencia e hipermercado y con exclusión del formato minimarket".
- (13) Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 1 República de Chile, Sentencia N° 103/2010, 8 de septiembre de 2010.
- (14) Se entiende por margen obtenido la diferencia porcentual entre el precio de promoción y el costo medio

unitario. El costo medio unitario es calculado como el costo unitario de venta mayorista menos los descuentos aplicados por proveedores.