



República Argentina - Poder Ejecutivo Nacional
2018 - Año del Centenario de la Reforma Universitaria

Resolución

Número:

Referencia: EXP-S01:0052820/2017 - ARCHIVO DE ACTUACIONES (C. 1635)

VISTO el Expediente N° S01:0052820/2017 del Registro del MINISTERIO DE PRODUCCIÓN, y

CONSIDERANDO:

Que el expediente citado en el Visto la ex COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, organismo desconcentrado en el ámbito de la SECRETARÍA DE COMERCIO del MINISTERIO DE PRODUCCIÓN, emitió el Dictamen de fecha 6 de julio de 2018 correspondiente a la “C. 1635”, recomendando disponer el archivo de las actuaciones, de la referencia iniciadas en virtud de la denuncia interpuesta el día 9 de febrero de 2017 por la firma SWISS MEDICAL S.A., contra la firma ORGANIZACIÓN DE SERVICIOS DIRECTOS EMPRESARIOS, por presuntas prácticas restrictivas de la competencia, de conformidad a lo previsto en el Artículo 29, contrario sensu, de la Ley N° 25.156, actualmente, 38, contrario sensu, de la Ley N° 27.442.

Que la firma SWISS MEDICAL S.A. denunció un abuso de posición dominante de carácter exclusorio en el mercado de empresas de medicinas prepagas, el cual tendría lugar desde el año 1990 hasta la actualidad en todo el Territorio Nacional, específicamente, invocó los Artículos 1°, 2° inciso f), 3°, 4°, 5° y 28 de la Ley N° 25.156.

Que la denuncia que dio origen al presente expediente tiene por objeto poner en conocimiento de la Autoridad de Aplicación de la Ley N° 27.442, una probable e hipotética violación a los Artículos 1°, 3° inciso d) y 6° de dicha ley.

Que en fecha 15 de marzo de 2017 de conformidad con Artículo 28 de la Ley N° 25.156 y Artículo 18 del reglamento de Procedimientos Administrativos Decreto N° 1.759/72 T.O. 2017, reglamentario de la Ley N° 19.549, la parte desistió de la denuncia mediante presentación efectuada en fecha 10 de marzo de 2017.

Que toda denuncia debe ser debidamente fundamentada y, para ello, deben necesariamente describirse exhaustivamente los hechos precisos y concretos que puedan ser subsumidos en las previsiones de la Ley N° 25.156 actualmente Ley N° 27.442.

Que no es posible concluir, en el caso, que pueda tratarse de un abuso de posición dominante, pues, aunque estuviese acreditada la indebida e ilegal retención de los aportes y contribuciones mencionados

precedentemente.

Que, habiéndose cumplido con el principio del debido proceso respecto al denunciante, en virtud que la genérica explicación de los hechos no constituye un sustento argumental mínimo que posibiliten considerar la existencia en la realidad económica de una, supuesta e hipotética, afectación a la competencia en el mercado.

Que es posible afirmar sin hesitación que no se ha producido una trabazón en el funcionamiento del mercado, tal como expresaba en la exposición de motivos de la Ley N° 22.262, trabazón o distorsión que, conforme al Artículo 1° de la Ley N° 27.442 es requisito insoslayable de proponibilidad o fundabilidad de toda denuncia.

Que el suscripto comparte los términos del mencionado dictamen, al cual cabe remitirse en honor a la brevedad, incluyéndose como Anexo de la presente.

Que, durante la tramitación de las presentes actuaciones, el día 24 de mayo de 2018, entró en vigencia la nueva Ley De Defensa de la Competencia N° 27.442 y su Decreto Reglamentario N° 480 de fecha 23 de mayo de 2018 derogando la Ley N° 25.156 que hasta entonces había regulado el ámbito de aplicación en la materia.

Que el infrascripto resulta competente para el dictado del presente acto en virtud de lo establecido en los Artículos 38 y 80 de la Ley N° 27.442, los Decretos Nros. 357 de fecha 21 de febrero de 2002 y sus modificaciones, 350 de fecha 20 de abril de 2018 y 480/18.

Por ello,

EL SECRETARIO DE COMERCIO

RESUELVE:

ARTÍCULO 1°.- Ordénase el archivo de las presentes actuaciones, por no existir mérito suficiente para la prosecución del procedimiento, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 38, contrario sensu, de la Ley N° 27442.

ARTÍCULO 2°.- Considérase al Dictamen de fecha 6 de julio de 2018 correspondiente a la “C. 1635” , emitido por la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, organismo desconcentrado en la órbita de la SECRETARÍA DE COMERCIO del MINISTERIO DE PRODUCCIÓN que como Anexo, IF-2017-32231517-APN-CNDC#MP, forma parte integrante de la presente medida.

ARTÍCULO 3°.- Notifíquese a las firmas interesadas.

ARTÍCULO 4°.- Comuníquese y archívese.



República Argentina - Poder Ejecutivo Nacional
2018 - Año del Centenario de la Reforma Universitaria

Dictamen firma conjunta

Número:

Referencia: COND. 1635 - Dictamen ART. 38 contrario sensu.

SEÑOR SECRETARIO DE COMERCIO

Elevamos a su consideración el presente dictamen referido a las actuaciones que tramitan bajo el Expediente N° S01:0052820/2017 (C.1635), del Registro del MINISTERIO DE PRODUCCIÓN, caratulado: “ORGANIZACIÓN DE SERVICIOS DIRECTOS EMPRESARIOS S/ INFRACCIÓN LEY 25.156 (C.1635)”.

I. Sujetos intervinientes

1. La presente actuación se origina el día 9 de febrero de 2017 a partir de la denuncia efectuada ante esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (en adelante, “CNDC”) por el Sr. Andrés Gustavo AZNAR, en su carácter de apoderado de SWISS MEDICAL S.A. (en adelante, “SWISS MEDICAL” o “LA DENUNCIANTE”), contra ORGANIZACIÓN DE SERVICIOS DIRECTOS EMPRESARIOS (en adelante, “OSDE” o “LA DENUNCIADA”), por la presunta práctica de conductas anticompetitivas violatorias de la Ley N° 25156, actual 27442.
2. La firma SWISS MEDICAL es una empresa de medicina prepaga (en adelante “EMP”) perteneciente a Swiss Medical Group, nacida en 1989 con la construcción de la Clínica y Maternidad Suizo Argentina.
3. La firma OSDE es una EMP que comenzó a desarrollar sus actividades a principios de los años 70 a través del sistema de obras sociales, una cobertura médica para el personal jerárquico de compañías, profesionales independientes y autónomos. En 1991 se consolida como Grupo OSDE, como red de servicios médicos asistenciales de Argentina.

II. La denuncia

4. SWISS MEDICAL denunció un abuso de posición dominante de carácter exclusorio en el mercado de empresas de medicinas prepagas, el cual tendría lugar desde el año 1990 hasta la actualidad en todo el territorio nacional. Específicamente, invocó los artículos 1, 2, inciso f), 3, 4, 5 y 28 de la Ley N° 25156 vigente al momento en que se formuló la denuncia.
5. Denunció que OSDE habría asumido un doble carácter, actuando como obra social y como EMP, y habiendo presuntamente abusado del doble rol incumplió obligaciones de la seguridad social a la vez que utilizó beneficios tributarios propios de la actividad sin fines de lucro y solidaria. Manifestó que “[e]l accionar referido precedentemente ha generado como efecto inmediato la inexistencia de transparencia y del equilibrio que deben imperar en el mercado de la medicina privada, limitando, restringiendo y distorsionando la competencia entre empresas del sector, con un claro perjuicio al interés económico general” (fs. 10 vta.).
6. Manifestó que OSDE habría obtenido beneficios extras mediante dichos incumplimientos, lo que le habría posibilitado

alcanzar un posicionamiento estratégico desde la entrada en vigencia de la Resolución INOS N° 490/90, hasta la entrada en vigencia de la Ley N° 26.682 de 2011, a la vez que habría obtenido beneficios tributarios fundados en exenciones de naturaleza subjetiva, pertenecientes a la actividad sin fines de lucro y solidaria impulsado por el sistema de seguridad social, a través de las Leyes N° 23.660, N° 23.661 y N° 20.628, artículo 20 apartado f), pero utilizándolos para posicionarse ventajosamente en el sector de medicina privada.

7. Explicó que el Fondo Solidario de Redistribución (en adelante “FSR”) fue creado por la Ley Nacional del Seguro de Salud (Ley N° 23.661) y tenía como principal objeto constituirse en un mecanismo de apoyo financiero a las Obras Sociales para la cobertura de prestaciones médicas especiales de baja incidencia y alto impacto económico. El FSR se encuentra integrado principalmente por los siguientes recursos: 1) El diez por ciento (10%) de la suma de las contribuciones y aportes que constituyen el fondo de las Obras Sociales. Para las obras sociales del personal de dirección y de las asociaciones profesionales de empresarios el porcentaje mencionado precedentemente será del quince por ciento (15%) de dicha suma de contribuciones y aportes; 2) El cincuenta por ciento (50%) de los recursos de distinta naturaleza a que se refiere la última parte del artículo 16 de la Ley de Obras Sociales. La Ley N° 23.661 omitió generar un mecanismo que le otorgara cobertura y garantía de cobro del aporte de los autónomos al FSR. El vacío legal fue cubierto por la Resolución INOS N° 490/90 que establece el aporte que se debían realizar por los adherentes voluntarios al sistema y determina la obligatoriedad del pago al FSR y el sistema recaudatorio aplicable, aportes que OSDE no habría realizado.

8. Posteriormente en el 2011, según lo establecido en el artículo 23 de la Ley N° 26.682, OSDE queda exceptuado de realizar los aportes al FSR. Dicho artículo establece: “Planes de Adhesión y Fondo Solidario de Redistribución. Por los planes de adhesión voluntaria o planes superadores o complementarios por mayores servicios que comercialicen los Agentes del Seguro de Salud no se realizarán aportes al Fondo Solidario de Redistribución ni se recibirán reintegros ni otro tipo de aportes por parte de la Administración de Programas Especiales”. SWISS MEDICAL manifiesta que, si bien OSDE no adeuda monto alguno desde el año 2011 por nuevos adherentes voluntarios, en tanto éstos no se encuentran obligados al aporte al FSR, no ha bajado el monto de las cuotas de los planes.

9. SWISS MEDICAL argumenta que todos esos aportes no realizados por OSDE, los habría utilizado para lograr posicionarse rápidamente y convertirse en líder en el mercado, distorsionando la competencia y perjudicando al interés general. Expone que esto se produce debido al doble carácter que ha asumido OSDE, como obra social y como EMP, abusando de los beneficios previstos para las obras sociales y compitiendo en el mercado de EMP.

10. Reconoce que la conducta que denuncia se encuentra preliminarmente entre lo que debe garantizar la Superintendencia de Servicios de Salud, según lo establecido por la normativa que la regula, sus modificatorias y complementarias.

11. Es así como SWISS MEDICAL explica que toda la situación expuesta habría otorgado a OSDE mayores recursos para volcarlos a su actividad y posicionarse, convirtiéndose en líder en el mercado, en desmedro de los competidores. La encuadra, además, como conducta de “mala fe” y como abuso del derecho, citando expresamente los artículos 10 y 14 del Código Civil y Comercial. Manifiesta además que la inequidad y desigualdad impuesta por lo descripto implica la concurrencia de condiciones abusivas por parte de OSDE, en detrimento de la competencia. Es así que los costos y beneficios se invierten, y la competencia desaparece, otorgando ventajas a las obras sociales, influyendo en el sector de Salud Privada y Prepaga.

12. Manifiesta expresamente que “[n]o debe perderse de vista que la VENTAJA COMPETITIVA lo fue en base a infracciones a normas de orden público declarada por actos administrativos (última parte del ART. 1)” (fs. 20 vta.). Además, agrega que la conducta denunciada no se aparta de lo descripto por el art. 2 inc. f) de Ley de Defensa de la Competencia, ya que OSDE obstaculiza y dificulta entrada o permanencia en el mercado de Obras Sociales y a las EMP.

13. Explica que “... las ventajas obtenidas y sostenidas en base a incumplimientos de normas de orden público le permitieron obstaculizar la permanencia de los competidores en el mercado, ya que las ejerció en base a una posición dominante, en tanto OSDE es quien se encuentra en condiciones de determinar la viabilidad económica de los distintos actores por lo que no es un mercado transparente y menos aún equilibrado” (fs. 20). Caracteriza al mercado como OSDE-DEPENDIENTE dada la imposibilidad de contrarrestar su accionar. Alega que, “[e]n efecto, el volumen prestacional requerido por la cantidad de afiliados de OSDE hace que el mercado todo dependa de la cantidad de derivaciones que ella unilateralmente resuelva. Un poder de fuego del cual son víctimas las EMP, la sociedad, el interés general y la SALUD misma” (fs. 20).

14. Solicita además en su denuncia la realización de una investigación de mercado y de recomendaciones pro competitivas y acompaña como prueba de sus dichos, copia del Reclamo Administrativo Previo presentado ante la Superintendencia de Servicios de Salud (Expte. SSS308/2017) como Anexo II y sus ampliaciones junto con la documental acompañada en dicha oportunidad y copia del reclamo impropio presentado ante el PEN (Expte. 198575-15-2) como Anexo III.

15. En fecha 22 de febrero de 2017, realizó una presentación solicitando la suspensión de la audiencia de ratificación. Habiéndose fijado nueva audiencia de ratificación para fecha 15 de marzo de 2017 de conformidad con artículo 28 de la Ley N° 25156 y artículo 18 del Decreto N° 1.759/72, reglamentario de la Ley N° 19.549¹, la parte desistió de la denuncia mediante presentación efectuada en fecha 10 de marzo de 2017.

16. En oportunidad del desistimiento solicitó se deje sin efecto la convocatoria realizada para la audiencia de ratificación, atento a que no daría continuidad a la denuncia efectuada basado en avances obtenidos por la Superintendencia de Servicios de Salud de la Nación, debido a que dicho organismo adoptó una serie de medidas tendientes a analizar y resolver el reclamo y la conducta de la empresa denunciada. Por lo tanto, LA DENUNCIANTE consideró conveniente suspender su actividad en esta instancia.

17. Que en fecha 26 de febrero de 2018 mediante nota NO-2018-08537845-APN-CNDC-MP se requirió a la Superintendencia de Servicios de Salud que informe si OSDE fue sujeto de sanción en el marco del expediente “Superintendencia de Servicios de Salud c/ OSDE s/Cobro de Aportes. Expte. N°. 36.667/98” y si la decisión se encontraba firme. En fecha 24 de abril de 2018 la Superintendencia de Servicios de Salud respondió por nota NO-2018-18418388-APN-SAC#SSS que “[n]o se sustancian contra la entidad sumarios administrativos relacionados con la especie consultada.” (fs. 286).

III. Análisis jurídico económico de la conducta

18. Se hace constar que la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA no está obligada a pronunciarse sobre todas las alegaciones que se formulen, sino sólo a tomar en consideración las que son conducentes para esclarecer los hechos y resolver correctamente la cuestión debatida (concordante con Fallos 310:1835; 319:119 y otros).

19. Aclarado ello, cabe reiterar que la denuncia que dio origen a este expediente tiene por objeto poner en conocimiento de la Autoridad de Aplicación de la Ley N° 27442, una probable e hipotética violación a los artículos 1, 3 inciso d) y 6 de la ley antes citada.

20. Asimismo, ha de consignarse que previo a la realización de la audiencia de ratificación, fijada para fecha 15 de marzo de 2017 en segunda citación, SWISS MEDICAL presenta el desistimiento de la denuncia, argumentando que la Superintendencia de Servicios de Salud, como órgano competente, se encuentra dándole curso al reclamo presentado.

21. Sin perjuicio del desistimiento formulado por la denunciante, en virtud de la jerarquía constitucional y de orden público del bien jurídico tutelado por la Ley N° 27442, es deber de esta CNDC efectuar el análisis correspondiente de los hechos que fundamentan la denuncia, los cuales, conforme al artículo 36 de la ley de materia, han de ser explicados claramente. Así, pese a la profusa argumentación de la denuncia incoada, no aparece con claridad, al entendimiento de este organismo, la fundabilidad o mérito de los hechos referidos en el caso sub examine, que posibilite su encuadre en el artículo 1° de la Ley de Defensa de la Competencia, según las consideraciones que se explicitan a continuación.

22. Sabido es que un adecuado análisis del presente exige, ante todo, consignar y considerar, conforme lo ha sostenido esta CNDC en reiterados dictámenes, que el Art. 1° de la Ley de Defensa de la Competencia establece aquellos caracteres concurrentes y fundamentales que han de asistir en cualesquier conducta para que sea susceptible de ser encuadrada en el marco de la Ley N° 27442, así : a) que se trate de actos o conductas relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios; b) que dichos actos o conductas tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan un abuso de una posición dominante; y c) que de tales circunstancias pueda resultar un perjuicio al interés económico general.

23. Además, los hechos denunciados referidos a un supuesto incumplimiento, por parte de OSDE, del pago de aportes y contribuciones por el porcentaje de cuotas correspondientes a los afiliados voluntarios con destino al Fondo Solidario de Redistribución, conforme a la Resolución 1641- E/ 2017 del Ministerio de Salud y el pertinente acuerdo Anexo —que

obran glosados a fs. 288/292 de las presentes actuaciones—, no es posible inferir que encuadren en el párrafo final del artículo 1° de la Ley N° 27442, pues no se trataría de infracciones declaradas por acto administrativo o sentencia firme de otras normas.

24. Continuando el hilo argumental analítico de los hechos denunciados, no es ocioso reiterar que toda denuncia debe ser debidamente fundamentada y, para ello, deben necesariamente describirse exhaustivamente los hechos precisos y concretos que puedan ser subsumidos en las previsiones de la Ley N° 27442. En el presente caso, la descripción argumental fáctica, si bien profusa, no posibilita apreciar, tan siquiera, la verosimilitud de una transgresión —inmediata ni mediata— de la Ley N° 27442. En efecto, carece, en principio, de la explicación de los hechos concretos que, supuesta e hipotéticamente, constituirían actos anticompetitivos. En adición, el escrito de denuncia está privado de los suficientes señalamientos de tiempo y modo referidos a la transgresión a la Ley N° 27442, que son elementos esenciales de la res iudicanda.

25. La denunciante alega, en su intento de justificar una eventual posición dominante, que en 2014 la denunciada contaba con el 24,2% del total de afiliados, sin advertir u omitiendo evaluar la posibilidad de incremento del total de afiliados y que, además, no aparece manifiesto que hubieren impedimentos de envergadura para una migración de los entonces afiliados de OSDE a otra EMP. Por ello puede afirmarse, en recta razón, que contar u obtener, aplicando el dinero de esas supuestas retenciones indebidas, una relativa superioridad, en un tiempo y lugar determinados, respecto a otros competidores en el mercado, no significa ni equivale a obtener una posición dominante, ni mucho menos a abusarse de la misma.

26. Tampoco es posible concluir, en el caso, que pueda tratarse de un abuso de posición dominante, pues, aunque estuviese acreditada la indebida e ilegal retención de los aportes y contribuciones mencionados precedentemente (los que indudablemente habrían proporcionado a la denunciada beneficios “extras”), el mero hecho de haber aplicado esos beneficios “extras” para el crecimiento empresarial, no suscitaría preocupaciones desde la perspectiva del derecho de la competencia, en la medida que su empleo en el contexto del caso bajo análisis, no sería la causa eficiente de un abuso de una posición dominante que afecte el interés económico general.

27. En orfandad de mayores precisiones por parte de la denunciante, pese a que esta CNDC debe adoptar criterios tendientes al mantenimiento de la acción pretensa y no a su extinción, sobre la base y motivación de las consideraciones antes expuestas y habiéndose cumplido con el principio del debido proceso respecto al denunciante, en virtud que la genérica explicación de los hechos no constituyen un sustento argumental mínimo que posibiliten considerar la existencia en la realidad económica de una, supuesta e hipotética, afectación a la competencia en el mercado. Por lo expresado, es posible afirmar sin hesitación que no se ha producido un trabazón en el funcionamiento del mercado, tal como expresaba en la exposición de motivos de la Ley N° 22.262, trabazón o distorsión que, conforme al artículo 1° de la Ley N° 27442 es requisito insoslayable de proponibilidad o fundabilidad de toda denuncia.

28. Que, siendo la afectación de la competencia una exigencia de toda conducta anticompetitiva y debiendo dotarse de certeza jurídica al presente en tiempo razonable, ha de evitarse un mayor dispendio de la actividad de la Autoridad de Competencia, pues, ante la falta de claridad expositiva de la denuncia sobre el carácter anticompetitivo de los hechos denunciados —ya por el objeto o por los efectos—, cualquier trámite de prosecución adicional generaría un dispendio procedimental que no llegaría a alterar el temperamento o criterio que en este acto se adopta.

IV. Conclusión

29. En virtud de lo expuesto, esta COMISION NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA aconseja al SEÑOR SECRETARIO DE COMERCIO del MINISTERIO DE PRODUCCIÓN, ordenar el archivo de las presentes actuaciones, de conformidad con el artículo 38, contrario sensu, de la Ley N° 27442.

30. Elévese el presente Dictamen al SEÑOR SECRETARIO DE COMERCIO para su conocimiento.

¹ De aplicación supletoria en virtud del Art. 56° de la Ley N° 25156 vigente al momento de celebrarse la audiencia.

