



República Argentina - Poder Ejecutivo Nacional
1983/2023 - 40 AÑOS DE DEMOCRACIA

Resolución

Número:

Referencia: EX-2020-42633944- -APN-DGD#MPYT s/ Aceptación explicaciones FRESENIUS MEDICAL CARE ARGENTINA S.A.

VISTO el Expediente N° EX-2020-42633944- -APN-DGD#MPYT, la Ley N° 27. 442 y en los Decretos Nros. 480 de fecha 23 de mayo de 2018 y su modificatorio y 50 de fecha 19 de diciembre de 2019 y sus modificatorios, y la Resolución de la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo Productivo N° 741 de fecha 22 de julio de 2021, y

CONSIDERANDO:

Que, el expediente citado en el Visto, se inició como consecuencia de la denuncia presentada el día 3 de julio de 2020 ante la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, organismo desconcentrado en el ámbito de la ex SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR del ex MINISTERIO DE DESARROLLO PRODUCTIVO por la OBRA SOCIAL DEL PERSONAL DE EDIFICIOS DE RENTA Y HORIZONTAL, contra la firma FRESENIUS MEDICAL CARE ARGENTINA S.A., por la presunta comisión de conductas anticompetitivas violatorias de la Ley N° 27.442.

Que, según lo informado por la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, la OBRA SOCIAL DEL PERSONAL DE EDIFICIOS DE RENTA Y HORIZONTAL manifestó que las conductas desarrolladas por la firma FRESENIUS MEDICAL CARE ARGENTINA S.A. afectan la competencia dado que dicha firma goza del monopolio de las prestaciones médicas que brinda, abusando de su posición de dominio, en perjuicio de la firma denunciante y sus afiliados, al “suspender la provisión de un servicio monopólico dominante en el mercado a un prestatario de servicios públicos o de interés público”, conforme lo dispuesto por el inciso j) del artículo 3 de la Ley N° 27.442.

Que la denunciante precisó que la firma FRESENIUS MEDICAL CARE ARGENTINA S.A., es una empresa multinacional que tiene el monopolio de la producción de insumos para diálisis y prestación de tratamientos de hemoterapia en la República Argentina, siendo el principal productor a nivel mundial.

Que, según lo informado por la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, la

denunciante indicó que el día 1 de octubre de 2017 suscribió con la denunciada un contrato de locación de servicios profesionales médicos-asistenciales por el término de un año, con renovación automática a su vencimiento.

Que, asimismo, la denunciante expuso que, en la cláusula primera del mencionado contrato, la denunciada se obligó a brindar a favor de los afiliados de aquella, prestaciones de hemodiálisis, y asimismo, se estableció que la cantidad de pacientes comprendidos en la prestación ofrecida por la denunciada se establecería según la demanda.

Que la denunciante también expuso que en la cláusula tercera del contrato se preveía el pago de la contraprestación por parte de la denunciante, especificando que los montos fijados en concepto de prestación permanecerían sin modificación de ningún tipo hasta la finalización del contrato, pudiendo ser modificados al vencimiento de este y en caso eventual renovación, mediante acuerdo expreso de partes.

Que la denunciante manifestó, con respecto a la duración del contrato, que el mismo entró en vigencia a partir de la fecha de su firma y se mantuvo vigente por el plazo de un año, renovándose en forma automática y sucesiva por períodos iguales; y que ello continuaría así conforme el contrato, salvo rescisión expresa de cualquiera de las partes, la cual debería ser notificada a la otra de forma fehaciente y con una antelación de TREINTA (30) días contados en la que operaría el vencimiento.

Que, en este sentido, la denunciante expuso que el día 1 de octubre de 2019, el contrato se renovó automáticamente, toda vez que ninguna de las partes manifestó su voluntad de rescindir y/o modificar las cláusulas oportunamente establecidas.

Que, asimismo, la denunciante informó que el día 8 de octubre de 2019 recibió una carta documento de parte de la firma FRESENIUS MEDICAL CARE ARGENTINA S.A., en la que esta última alegaba encontrarse en una crítica situación económica, e indicaba que había habido un incremento de insumos importados y por ello, solicitaba la recomposición de todos los valores del contrato, estableciendo el monto de PESOS CINCO MIL CIENTO CINCUENTA Y DOS (\$5.152) para las sesiones de diálisis crónica.

Que la denunciante indicó que, con fecha 12 de diciembre de 2019, la firma FRESENIUS MEDICAL CARE ARGENTINA S.A. emitió una nueva carta documento haciéndole saber que en caso de no tener una solución equitativa en los próximos SIETE (7) días, dejarían de brindar las prestaciones de diálisis a nuevos afiliados, a menos que se abonen por modulo mensual adelantado de trece sesiones a razón de PESOS CINCO MIL CUATROCIENTOS DIEZ COMA OCHENTA (\$ 5.410,80), suspendiendo de tal modo el acceso a nuevos pacientes de la OBRA SOCIAL DEL PERSONAL DE EDIFICIOS DE RENTA Y HORIZONTAL.

Que la denunciante manifestó que con fecha 23 de diciembre de 2019, remitió respuesta a la carta documento enviada por la firma FRESENIUS MEDICAL CARE ARGENTINA S.A., desvirtuando los dichos por la denunciada, toda vez que en el mes de septiembre del mismo año se le había otorgado un aumento del VEINTE POR CIENTO (20 %) anual y haciendo saber, que la situación que atravesaba el sistema de salud, también estaba siendo padecida por la denunciante y por ende no correspondían los requerimientos de la denunciada.

Que la denunciante manifestó que el día 31 de enero de 2020, la firma FRESENIUS MEDICAL CARE ARGENTINA S.A. le remitió una nueva carta documento informando que procederían a facturar los precios fijados unilateralmente en la misivas anteriores, y que mantendrán la restricción de nuevos ingresos a menos que se abone lo anteriormente mencionado, a su vez informando que no continuaría dando las prestaciones a pacientes ambulatorios, cómo así tampoco las prestaciones brindadas en la Clínica Ciudad, de no mediar recomposición

arancelaria.

Que, en respuesta a la carta documento de fecha 31 de enero de 2020, la OBRA SOCIAL DEL PERSONAL DE EDIFICIOS DE RENTA Y HORIZONTAL solicitó a la denunciada que cumpla con las condiciones pactadas, apelando a la buena fe contractual.

Que, asimismo, la denunciante manifestó que con fecha 11 de febrero de 2020, recibió un e-mail de la denunciada informando que: ésta no se encontraba en condiciones de poder aceptar nuevos pacientes en pos de preservar la atención de los pacientes actuales a ese momento; que sólo podría aceptar nuevos pacientes si se abonaran las sesiones de diálisis a los precios que la denunciada había referido en sus misivas mencionadas anteriormente; la denunciada tenía voluntad de solucionar el conflicto para lo cual sugería una reunión con las autoridades de la denunciante.

Que con fecha 17 de febrero de 2020, la firma FRESENIUS MEDICAL CARE ARGENTINA S.A. remitió una nueva carta documento en la cual manifestó que continuaría con la atención de los pacientes miembros de la denunciante que estaban siendo tratados previo a diciembre de 2019.

Que la OBRA SOCIAL DEL PERSONAL DE EDIFICIOS DE RENTA Y HORIZONTAL intimó a la firma FRESENIUS MEDICAL CARE ARGENTINA S.A. para que dé cumplimiento al contrato en los términos del mismo.

Que la OBRA SOCIAL DEL PERSONAL DE EDIFICIOS DE RENTA Y HORIZONTAL contempló el reclamo de la firma denunciada y decidió aceptar un aumento de VEINTE POR CIENTO (20 %) a partir del mes de septiembre de 2019 y de un DIEZ POR CIENTO (10 %) a partir desde el mes de enero del año 2020; todo ello pese a que, según alegó la denunciante, a raíz del Decreto N° 297 de fecha 19 de marzo de 2020 dictado por el Gobierno Nacional, se encontraba asumiendo costos que no estaban previstos, como ser la atención a pacientes con COVID19, y a su vez, se encontraba afrontando una caída de la recaudación a causa de la pandemia establecido por dicho decreto que complicó la cadena de pagos.

Que, según manifestó la denunciante, la firma FRESENIUS MEDICAL CARE ARGENTINA S.A. habría abusado de su posición dominante en el mercado y la habría extorsionado, alegando que dejaría de atender a los pacientes de hemodiálisis agudos que se encontraban internados en la Clínica Ciudad.

Que, además, la firma denunciada le habría informado que de no mediar nuevo acuerdo de precios tendría que dejar de prestar servicios hospitalarios en Clínica Ciudad.

Que, la denunciante manifestó que TRES (3) pacientes debieron ser reubicados porque la denunciada les habría negado la atención.

Que atento a los hechos descriptos, la denunciante habría buscado nuevos prestadores de los servicios provistos por la denunciada, pero que las empresas del mercado no tenían capacidad para brindar los mismos de manera satisfactoria.

Que la OBRA SOCIAL DEL PERSONAL DE EDIFICIOS DE RENTA Y HORIZONTAL solicitó el dictado de una medida cautelar en los términos del artículo 44 de la Ley N° 27.442.

Que, según lo informado por la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, con fecha 6 de agosto de 2020, la firma OBRA SOCIAL DEL PERSONAL DE EDIFICIOS DE RENTA Y HORIZONTAL

ratificó la denuncia en los términos del artículo 35 de la Ley N° 27.442.

Que, en dicha ocasión, la OBRA SOCIAL DEL PERSONAL DE EDIFICIOS DE RENTA Y HORIZONTAL precisó que el ámbito geográfico en el cual se verifica la conducta denunciada es en Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el Gran Buenos Aires.

Que, asimismo, la denunciada agregó que efectivamente la denunciada suspendió parcialmente desde enero de 2020 los servicios brindados, dado que no acepta nuevos tratamientos a los afiliados de la denunciante, y que los nuevos tratamientos que ingresaron desde ese momento fueron derivados de forma progresiva a la firma IART SALUD.

Que en virtud del pedido efectuado por la OBRA SOCIAL DEL PERSONAL DE EDIFICIOS DE RENTA Y HORIZONTAL, la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA procedió a la formación de las actuaciones caratuladas "INCIDENTE DE SOLICITUD DE MEDIDA ART. 44 LEY N.º 27.442" en autos principales "C.1750 - FRESENIUS MEDICAL CARE S/INFRACCIÓN LEY N.º 27.442", Expediente EX-2021-26807825- -APN-DGD#MDP, el cual fue resuelto mediante la Resolución N° 741/21 de la entonces Secretaría de Comercio Interior del ex Ministerio de Desarrollo Productivo.

Que la resolución citada en el considerando precedente ordenó rechazar la medida cautelar solicitada por la OBRA SOCIAL DEL PERSONAL DE EDIFICIOS DE RENTA Y HORIZONTAL para que se ordene a la firma FRESENIUS MEDICAL CARE ARGENTINA S.A. el cese de su conducta lesiva de derechos y a reanudar la prestación de hemodiálisis a todos los afiliados de la denunciante, y de este modo no alterar la salud psicofísica de estos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley N° 27.442.

Que con fecha 24 de agosto de 2021 la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA confirió el traslado previsto en el artículo 38 de la Ley N° 27.442 a la firma FRESENIUS MEDICAL CARE ARGENTINA S.A.

Que el día 22 de octubre de 2021 la firma FRESENIUS MEDICAL CARE ARGENTINA S.A. brindó sus explicaciones en legal tiempo y forma, conforme lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 27.442.

Que la firma FRESENIUS MEDICAL CARE ARGENTINA S.A. manifestó que el contrato que regía su relación comercial con la OBRA SOCIAL DEL PERSONAL DE EDIFICIOS DE RENTA Y HORIZONTAL comprendía todos los tipos de diálisis.

Que en relación a la conducta denunciada la firma FRESENIUS MEDICAL CARE ARGENTINA S.A. señaló que no tiene posición monopólica o dominante en el mercado relevante, toda vez que, alegó, de la consulta a la base de datos de INCUCAI-SINTRA se desprende que, actualmente operan en Argentina CUATROCIENTOS OCHENTA Y TRES (483) centros de diálisis, de los cuales TREINTA Y CUATRO (34) se hallan situados en CABA, CIENTO CUARENTA Y SEIS (146) en la Provincia de Buenos Aires, y de todos ellos OCHENTA Y CINCO (85) pertenecen a la firma FRESENIUS MEDICAL CARE ARGENTINA S.A.

Que la denunciada alegó que no ha fijado ni podría en ningún caso fijar precios abusivos en el mercado relevante, toda vez que su política de precios se encuentra férreamente disciplinada por la existencia no sólo de competidores significativos, sino también por el accionar de los propios clientes, dentro de los cuales destaca el INSTITUTO NACIONAL DE SERVICIOS SOCIALES PARA JUBILADOS Y PENSIONADOS (PAMI).

Que la firma FRESENIUS MEDICAL CARE ARGENTINA S.A. expresó que la negativa de venta denunciada se

encontraba válidamente justificada tanto en la falta de acuerdo sobre el precio del servicio, como en un retraso significativo en los pagos por los servicios ya prestados.

Que, según lo informado por la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, con relación a los precios cobrados por el servicio de diálisis a la OBRA SOCIAL DEL PERSONAL DE EDIFICIOS DE RENTA Y HORIZONTAL, incluyó información cuantitativa respecto a los precios de la sesión de hemodiálisis crónica cobrados por el INSTITUTO NACIONAL DE SERVICIOS SOCIALES PARA JUBILADOS Y PENSIONADOS (PAMI), INSTITUTO OBRA MÉDICO ASISTENCIAL (IOMA) y la OBRA SOCIAL DEL PERSONAL DE EDIFICIOS DE RENTA Y HORIZONTAL desde mayo de 2018 hasta mayo de 2021, de donde se desprende que las tarifas en los tres casos presentados están alineadas, presentando apenas pequeñas variaciones.

Que la firma FRESENIUS MEDICAL CARE ARGENTINA S.A. explicó que no impuso precios abusivos a la denunciante en el mercado de diálisis de Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Gran Buenos Aires, porque la denunciante no es un cliente cautivo sino que contaba con opciones en el mercado para atender a sus pacientes y porque “los precios surgen de la oferta y demanda, en un mercado de negociaciones llevadas a cabo por profesionales, basadas en los precios acordados por PAMI e IOMA con sus prestadores” como referencia.

Que, asimismo, la denunciada manifestó que los primeros desacuerdos sobre el precio del contrato tuvieron lugar en el mes de abril de 2018, cuando la OBRA SOCIAL DEL PERSONAL DE EDIFICIOS DE RENTA Y HORIZONTAL pretendió renovarlo sin ninguna recomposición en los valores.

Que, adicionalmente, la denunciada concluyó que la conducta que se le endilgara, no infringe el artículo 1° de la Ley N° 27.442, por cuanto no ha producido ni ha tenido la capacidad de producir un daño a la competencia o al interés económico general.

Que, atento a la información recolectada por la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, existe en el mercado una gran cantidad de pequeñas y medianas empresas locales distintas a la denunciada, que suponen otras opciones viables y disponibles para que los afiliados de la OBRA SOCIAL DEL PERSONAL DE EDIFICIOS DE RENTA Y HORIZONTAL puedan continuar sus tratamientos de diálisis.

Que, como asimismo concluyó la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, la firma denunciada posee una participación del 14,71% y 17,81% en los mercados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de la Provincia de Buenos Aires, respectivamente, no suponiendo ello una posición dominante en dichos mercados.

Que, de esta manera, no se encuentran en autos los presupuestos necesarios para concluir que se haya verificado una negativa de venta anticompetitiva de parte de la empresa denunciada.

Que, en cuanto a la imposición de precios abusivos, en base a la información recolectada por la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, cabe concluir que el cese de la relación comercial entre las partes no ha dejado desamparada ni a la OBRA SOCIAL DEL PERSONAL DE EDIFICIOS DE RENTA Y HORIZONTAL ni a sus afiliados, en tanto existen otros centros médicos que están en condiciones de atender a los pacientes de la denunciante, y, además, en el marco del intercambio de misivas y correos electrónicos entre las partes hubo indicios de que la relación contractual podía llegar a su fin.

Que, con respecto al aumento de precios y teniendo en cuenta como referencia los aranceles que obras sociales de envergadura, como son INSTITUTO NACIONAL DE SERVICIOS SOCIALES PARA JUBILADOS Y

PENSIONADOS (PAMI) e INSTITUTO OBRA MÉDICO ASISTENCIAL (IOMA), negocian con los distintos y múltiples prestadores de diálisis y además, teniendo en cuenta otras variables como los aumentos en los costos o las paritarias relevantes, no es posible concluir que la firma FRESENIUS MEDICAL CARE ARGENTINA S.A. haya requerido o cobrado a la denunciante un precio abusivo.

Que la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA consideró que el caso analizado consistió en un conflicto comercial y deviene improcedente el tratamiento de hechos que sólo impliquen agravios a intereses o derechos particulares.

Que, asimismo, la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA no advirtió que la conducta denunciada haya afectado al régimen de competencia ni al interés económico general, conforme a los elementos reunidos en las presentes actuaciones.

Que, en consecuencia, la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, emitió el dictamen de fecha 16 de junio de 2022, correspondiente a la “C. 1750”, recomendando al entonces Secretario de Comercio Interior aceptar las explicaciones brindadas oportunamente y disponer el archivo de las presentes actuaciones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley N° 27.442.

Que tomó la intervención de su pertinencia el servicio jurídico correspondiente.

Que la presente se dicta en virtud de lo establecido en la Ley N° 27. 442 y en los Decretos Nros. 480 de fecha 23 de mayo de 2018 y su modificatorio y 50 de fecha 19 de diciembre de 2019 y sus modificatorios.

Por ello,

EL SECRETARIO DE COMERCIO

RESUELVE:

ARTÍCULO 1°. - Acéptanse las explicaciones brindadas por FRESENIUS MEDICAL CARE ARGENTINA S.A., en razón de los argumentos expuestos en los considerandos de la presente medida.

ARTÍCULO 2°.- Ordénase el archivo de las actuaciones de la referencia, conforme con lo dispuesto por el artículo 40 de la Ley N° 27.442.

ARTÍCULO 3°.- Considérase al dictamen de fecha 16 de junio de 2022 correspondiente a la “C. 1750” emitido por la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, organismo desconcentrado en la órbita de la ex SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR del ex MINISTERIO DE ECONOMÍA, que identificado como Anexo IF-2022-61443000 -APN-CNDC#MDP, forma parte integrante de la presente medida.

ARTÍCULO 4°.- Notifíquese a las partes interesadas de la presente resolución.

ARTÍCULO 5°.- Comuníquese y archívese.

Digitally signed by TOMBOLINI Matias Raul
Date: 2023.02.10 17:55:33 ART
Location: Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Digitally signed by Gestion Documental
Electronica
Date: 2023.02.10 17:55:47 -03:00



República Argentina - Poder Ejecutivo Nacional
Las Malvinas son argentinas

Dictamen firma conjunta

Número:

Referencia: COND. 1750 - Dictamen - Archivo Art. 40 Ley N.º 27.442

SEÑOR SECRETARIO DE COMERCIO INTERIOR

Elevamos para su consideración el presente dictamen referido a las actuaciones que tramitan bajo el expediente EX-2020-42633944- -APN-DGD#MPYT, del registro del MINISTERIO DE DESARROLLO PRODUCTIVO, caratulado: **“C.1750 - FRESENIUS MEDICAL CARE S/INFRACCIÓN LEY N° 27.442”**.

I. SUJETOS INTERVINIENTES

1. La denunciante es la OBRA SOCIAL DEL PERSONAL DE EDIFICIOS DE RENTA Y HORIZONTAL (en adelante, “OSPERYH” y/o la “DENUNCIANTE”), entidad encargada de la administración de prestaciones médicas asistenciales al personal de edificios de renta y propiedad horizontal, con presencia en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, “CABA”), y el Gran Buenos Aires (en adelante, “GBA”).
2. La denunciada es la firma FRESENIUS MEDICAL CARE ARGENTINA S.A. (en adelante “FRESENIUS”, y/o la “DENUNCIADA”), empresa proveedora a nivel mundial de productos y servicios para personas con insuficiencia renal.

II. LA DENUNCIA

3. El día 3 de julio de 2020, el Dr. Nicolás Enrique MARTELLO, en su carácter de apoderado de OSPERYH, mediante correo electrónico dirigido a esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (en adelante, “CNDC” o “Comisión Nacional”), interpuso una denuncia contra la firma FRESENIUS por presuntas prácticas anticompetitivas contrarias a la Ley N.º 27.442 de Defensa de la Competencia (en adelante, “LDC”).

4. En su escrito de denuncia, OSPERYH manifestó que las conductas desarrolladas por FRESENIUS afectan la competencia dado que dicha firma goza del monopolio de las prestaciones médicas que brinda, abusando de su posición de dominio, en perjuicio de la DENUNCIANTE y sus afiliados, al “Suspender la provisión de un servicio monopólico dominante en el mercado a un prestatario de servicios públicos o de interés público”, conforme lo dispuesto por el artículo 3, inciso j) de la LDC.

5. Precisó que FRESENIUS es una empresa multinacional que tiene el monopolio de la producción de insumos para diálisis y prestación de tratamientos de hemoterapia en la Argentina, siendo el principal productor mundial.

6. Indicó que el día 1° de octubre de 2017, OSPERYH y FRESENIUS celebraron un contrato de locación de servicios profesionales médico-asistenciales por el término de un año, con renovación automática a su vencimiento (en adelante, el “CONTRATO”).

7. Expuso que, en la cláusula primera del CONTRATO, la empresa FRESENIUS se obligó a brindar a favor de los afiliados de OSPERYH, prestaciones de hemodiálisis. Asimismo, señaló que en el CONTRATO se estableció que la cantidad de pacientes comprendidos en la prestación ofrecida por FRESENIUS se establecía según la demanda.

8. Continuó explicando que, en la cláusula tercera del CONTRATO, se preveía el pago de la contraprestación por parte de OSPERYH, especificando que ambas partes se pondrían de acuerdo en que los montos fijados en concepto de prestación, permanecerían sin modificación de ningún tipo hasta la finalización del CONTRATO, pudiendo ser modificados al vencimiento de este, y en caso de eventual renovación (sea expresa o tácita), mediante acuerdo expreso de partes.

9. Con relación a la duración del contrato expuso que, su cláusula sexta preveía lo siguiente: “... *el presente contrato, que entrará en vigencia a partir de la fecha de su firma, tendrá una duración de un año y será renovable en forma automática y sucesiva por períodos iguales salvo denuncia expresa de cualquiera de las partes, la cual debe ser notificada a la otra de forma fehaciente y con una antelación de treinta días contados de la fecha en la que operaría el vencimiento.[...]*”.

10. Especificó que, en la cláusula séptima del CONTRATO se estableció que “... *sin perjuicio de lo expuesto en la cláusula anterior y aun cuando no mediare causa que lo justifique, cualquiera de las partes podrá dar por rescindido el presente contrato en cualquier momento y sin que dicha rescisión genere en cabeza de la otra parte, derecho alguno a reclamar indemnización de ningún tipo. A tal fin dicha parte deberá notificar su decisión a la otra en forma fehaciente y con una antelación de treinta días corridos a contar de la fecha en que operaría la rescisión, ello a fin de que durante dicho plazo, OSPERYH pueda arbitrar los medios necesarios para gestionar*

la contratación de un nuevo prestador que garantice la continuidad e ininterrupción del servicio objeto del presente contrato”.

11. Expuso que, el día 1° de octubre de 2019, el CONTRATO se renovó automáticamente, toda vez que ninguna de las partes manifestó su voluntad de rescindir y/o modificar las cláusulas oportunamente establecidas.

12. Informó que, *“de forma unilateral e intempestiva”*, el día 8 de octubre de 2019 OSPERYH recibió la Carta Documento N.° 003028783, suscripta por el Dr. Matías ALMADA MASSEY, en su carácter de apoderado de FRESENIUS, quien alegaba la grave situación en la que se encontraba dicha empresa y solicitaba la urgente intervención de la DENUNCIANTE.

13. Señaló que, FRESENIUS, en su carta documento, le indicó que hubo un incremento de insumos importados de un 135% y que, junto a los costos afectados por el aumento del costo de vida, el arancel de diálisis fijado en el contrato generaba un desfase del 60%. Por ello, solicitaron la recomposición de todos los valores, estableciendo el monto de \$5.152,00 para las sesiones de diálisis crónica.

14. Continuó indicando que, con fecha 12 de diciembre de 2019 FRESENIUS emitió una nueva carta documento N.° 034542175 dirigida a OSPERYH, haciendo saber que *“... en caso de no tener una ‘solución equitativa’ en los próximos 7 días, dejarían de brindar las prestaciones de diálisis a nuevos afiliados de nuestra Obra Social, a menos que las mismas se abonen por modulo mensual adelantado de trece sesiones a razón de \$5.410,80 por valor de sesión”*, suspendiendo de tal modo el acceso a nuevos pacientes de OSPERYH.

15. Preciso que, con fecha 23 de diciembre de 2019, OSPERYH remitió respuesta a su carta documento, desvirtuando los dichos de la DENUNCIADA, toda vez que en el mes de septiembre del año 2019 se le había otorgado un aumento del 20% anual y haciendo saber, asimismo, que la situación que atravesaba el sistema de salud, también estaba siendo padecida por la DENUNCIANTE.

16. Expuso que, de forma arbitraria, con fecha 31 de enero de 2020, la firma FRESENIUS remitió a OSPERYH la carta documento N.° 05818778, informando que procederían a facturar los precios fijados por la DENUNCIANTE. A su vez, en dicha oportunidad, FRESENIUS le informó que: *“mantendrán la restricción de nuevos ingresos”* a menos que las prestaciones se abonen por adelantado por un módulo mensual de trece sesiones a razón de \$5.410,80 por sesión o valor que resulte a futuro, y *“que no podrán continuar dando las prestaciones a pacientes ambulatorios, cómo así tampoco las prestaciones brindadas en la Clínica Ciudad”*, de no mediar recomposición arancelaria.

17. Añadió que, el representante legal de FRESENIUS remitió un correo electrónico a la DENUNCIANTE con fecha 11 de febrero de 2020, mediante el cual manifestó que “... *no estamos en condiciones de poder aceptar nuevos pacientes en post de preservar la atención de los pacientes actuales considerando los precios actuales que estableció la Obra Social. Este tema podremos volver a evaluarlo cuando podamos reunirnos con las autoridades de la Obra Social. Asimismo, respecto al paciente que necesita diálisis existen numerosos Centros de Diálisis en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires y de la Provincia de Buenos Aires donde el paciente podría realizar tratamiento. Por otro lado y tal como hemos mencionado en la CD podríamos aceptar al paciente, siempre y cuando se abonen mensualmente y por adelantado las sesiones de diálisis de dicho paciente al precio informado en dicha CD, con la firma de un presupuesto por parte de la Obra Social. Como hemos planteado en numerosas oportunidades existe del lado de Fresenius una intención de resolución de esta problemática que venimos planteando hace meses, sin poder llegar a un acuerdo satisfactorio, por lo cual nos encontramos a su entera disposición para poder reunirnos con las autoridades de la Obra Social para solucionar estos temas*”.

18. En respuesta a la carta documento descripta ut supra, OSPERYH contestó con fecha 13 de febrero de 2020 solicitando a la DENUNCIADA que “...*cumpla con las condiciones pactadas y acudan a la buena fe contractual, considerando las consecuencias que puedan derivarse de su accionar.*”

19. Con fecha 17 de febrero de 2020, FRESENIUS remitió la carta documento N.º 8853094-6 mediante la cual manifestó que “...*continuará con la atención de los pacientes que están siendo tratados en nuestros centros previo a la restricción de ingreso interpuesta en diciembre de 2019*”.

20. En respuesta, OSPERYH intimó a FRESENIUS para que dé cumplimiento al CONTRATO, “... *bajo apercibimiento de hacerlos responsables de cualquier daño y/o disminución en la salud física y/o psíquica y/o moral que puedan sufrir los afiliados a raíz de la interrupción del servicio, como así también de iniciar las acciones civiles y/o penales que pudieran derivar de su malicioso accionar, reservando asimismo, el derecho a impulsar las investigaciones que correspondan ante la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia*”.

21. Aclaró que, no obstante “*la impertinencia*” de lo reclamado por FRESENIUS, en miras a preservar la integridad física y psíquica de sus afiliados, las autoridades de OSPERYH contemplaron el reclamo de la DENUNCIADA y decidieron darle un aumento de 20% a partir del mes de septiembre de 2019 y de un 10 % a partir desde el mes de enero de 2020.

22. Señaló que, con fecha 19 de marzo de 2020, el Gobierno Nacional dictó el decreto N.º 297/2020, mediante el cual, en virtud de la declaración de pandemia por COVID-19, dispuso el

aislamiento social, preventivo y obligatorio.

23. Con relación a ello, sostuvo que, desde entonces, la situación que ya atravesaba la salud pública se agudizó, y empeoró, y OSPERYH se encontraba asumiendo costos que no estaban previstos, como ser la atención a pacientes con COVID-19. A su vez, indicó que emergió otra problemática que llegó como consecuencia de la pandemia, y que fue la caída de la recaudación que complicó la cadena de pagos.

24. Manifestó que, pese a la situación previamente mencionada, la empresa FRESENIUS siguió “aprovechándose” de su posición dominante en el mercado y “extorsionó” a la DENUNCIANTE, alegando que dejaría de atender a los pacientes de hemodiálisis agudos y que se encuentran internados en la CLÍNICA CIUDAD¹.

25. Indicó que, FRESENIUS le informó en tal sentido que no podían aceptar “... *otra alternativa que no sea el pago del 100% dado el retraso y la falta de pago de hace más de 3 meses. [...]. Por otro lado, enviamos varias CD sin ningún tipo de respuesta, reitero por esta vía que de no mediar nuevo acuerdo de precios el día 20 tendremos que dejar de prestar servicios hospitalarios en Clínica Ciudad*”.

26. Preciso que, “... *fueron tres los nuevos pacientes que debieron ser reubicados en la empresa IART Salud por habersele negado la atención en los centros de Fresenius...*”. En virtud de tal negativa, la coordinadora del Área de Operaciones Médicas de OSPERYH comenzó a buscar nuevos prestadores, “*Y en esa búsqueda, la Dra. Rodríguez se encontró con que las empresas del mercado no tenían capacidad para atenderlos, y que, por no existir competencia, jamás podrían traspasar todos los pacientes afiliados de la Obra Social que realizan sus sesiones de hemodiálisis con Fresenius (31 pacientes al día de la fecha)*”.

27. Señaló que, el servicio brindado por la empresa FRESENIUS no puede ser sustituido por OSPERYH. Añadió que, FRESENIUS “... *es la única empresa con capacidad de atender a los 33 pacientes que posee la obra social con tratamiento de hemodiálisis, de forma simultánea. Reiteramos, el mercado no está en condiciones de proveer de dichas prestaciones.*”

28. Finalmente, OSPERYH solicitó el dictado de una medida en los términos del artículo 44 de la LDC, ofreció prueba e hizo reserva del caso federal.

29. Con fecha 6 de agosto de 2020, se celebró virtualmente mediante la plataforma digital “Zoom”, la audiencia de ratificación de denuncia, mediante la cual el representante legal de OSPERYH ratificó la denuncia interpuesta, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 35 de la LDC.

30. En oportunidad de ratificar la denuncia que dio origen a las presentes actuaciones, el

representante legal de OSPERYH precisó que el ámbito geográfico en el cual se verifica la conducta denunciada es CABA y GBA.

31. Asimismo, en lo que respecta a la suspensión del servicio por parte de FRESENIUS, manifestó que: *“PREGUNTADO EL COMPARECIENTE PARA QUE DIGA si la firma FRESENIUS efectivamente suspendió el servicio a los afiliados de OSPERYH, en caso afirmativo, indique en qué momento y por cuánto tiempo, DIJO: sí, parcialmente. Desde enero de 2020, FRESENIUS no toma nuevos tratamientos de afiliados de OSPERYH y los nuevos tratamientos que ingresaron fueron derivados de forma progresiva a IART SALUD”*.

32. Con referencia a la continuidad de la relación comercial con FRESENIUS, indicó que: *“sí, hasta el día de la fecha seguimos en negociación.”*

33. En lo que respecta al servicio de hemodiálisis que presta la firma FRESENIUS a sus afiliados, OSPERYH informó que la DENUNCIADA brinda servicios de *“Hemodiálisis Crónica, DPCA Manual; Módulo DPCA y Hemodiálisis Aguda Convencional.”*

34. En relación con la cantidad de afiliados que tiene en CABA y GBA, y cuántos de ellos requieren los servicios de hemodiálisis, informó que cuenta con un total de 77.856 (setenta y siete mil ochocientos cincuenta y seis) afiliados, de los cuales 34 (treinta y cuatro) requieren servicios de hemodiálisis, precisando que ambos conceptos van variando día a día.

35. Respecto a la cantidad de afiliados de OSPERYH que se encuentran actualmente bajo tratamiento de hemodiálisis en centros de la firma FRESENIUS, afirmó que 31 (treinta y uno) son atendidos por la DENUNCIADA, 25 (veinticinco) son atendidos en los centros de esta que se encuentran en CABA y GBA, y los 6 (seis) restantes en la CLÍNICA CIUDAD. A su vez, señaló que 3 (tres) pacientes se encontraban recibiendo tratamiento en IART S.A.

36. Finalmente, cabe mencionar que la entidad denunciante solicitó el dictado de una medida cautelar en los términos del artículo 44 de la LDC.

III. MEDIDAS PRELIMINARES

37. Con fecha 19 de octubre de 2020, como medidas previas en los términos del artículo 35 de la LDC, se requirió información a las entidades y/o firmas que se detallan a continuación: IART S.A.; EL TRINEO S.A.; CLÍNICA CIUDAD; SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS DE SALUD DE LA NACIÓN; CONFEDERACIÓN DE ASOCIACIONES DE DIÁLISIS DE LA REPÚBLICA ARGENTINA (en adelante, “CONFEDERACIÓN”); y al MINISTERIO DE SALUD DE LA NACIÓN, cuyas contestaciones, con excepción de IART S.A.; CLÍNICA CIUDAD y la CONFEDERACIÓN se encuentran debidamente agregadas en autos, a las que se remite y se dan por reproducidas en la presente.

38. Con fecha 8 de febrero de 2021, también como medida previa, se requirió información a las entidades y/o firmas que se detallan a continuación: OSPERYH; DIALITYS S.A.; DAOMI S.A.; HOSPITAL BRITÁNICO DE BUENOS AIRES; HOSPITAL ITALIANO DE BUENOS AIRES; HOSPITAL MILITAR CENTRAL CIRUJANO MAYOR DR. COSME ARGERICH; UNIDAD NEFROLÓGICA ARGENTINA S.R.L.; INSTITUTO DE NEFROLOGÍA NEPHROLOGY S.A.; SANATORIO COLEGIALES S.A.; SERVICIOS DE TERAPIA RENAL ARGENTINA S.A.; e IART S.A. A su vez, se reiteró el pedido de información efectuado a la CLÍNICA CIUDAD, la cual no dio respuesta a los pedidos efectuados, y tal cual fuera señalado *ut supra*, se trata de una clínica que pertenece a OSPERYH.

IV. MEDIDA CAUTELAR SOLICITADA POR OSPERYH

39. En virtud del pedido efectuado por OSPERYH, esta CNDC procedió a la formación de las actuaciones caratuladas "INCIDENTE DE SOLICITUD DE MEDIDA ART.44 LEY N.º 27.442" en autos principales "C.1750 - FRESENIUS MEDICAL CARE S/INFRACCIÓN LEY N.º 27.442", Expediente N.º EX-2021-26807825- -APN-DGD#MDP, a fin de dar tratamiento a la petición efectuada por la DENUNCIANTE, el cual fue resuelto mediante la Resolución SCI N.º 741/2021 -RESOL-2021-741-APN-SCI#MDP- (en adelante, la "RESOLUCIÓN"), de fecha 22 de julio de 2021.

40. Cabe señalar que, la RESOLUCIÓN ordenó: "*ARTÍCULO 1º.- Recházase la medida cautelar solicitada por la OBRA SOCIAL DEL PERSONAL DE EDIFICIOS DE RENTA Y HORIZONTAL para que se ordene a la firma FRESENIUS MEDICAL CARE ARGENTINA S.A. el cese de su conducta lesiva de derechos y a reanudar la prestación de hemodiálisis a todos los afiliados de la denunciante, y de este modo no alterar la salud psicofísica de estos, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 44 de la Ley N° 27.442*", a cuyos fundamentos se remite y se dan por reproducidos en el presente.

V. EL TRASLADO ART. 38 DE LA LDC.

41. El día 24 de agosto de 2021, mediante la Disposición CNDC N.º 79/2021 -DISFC-2021-79-APN-CNDC#MDP- (en adelante, la "DISPOSICIÓN"), esta Comisión Nacional ordenó correr el traslado previsto en el artículo 38 de la LDC.

VI. LAS EXPLICACIONES

42. El día 22 de octubre de 2021, FRESENIUS brindó las explicaciones del caso, en tiempo y forma, conforme lo dispuesto en el artículo 38 de la LDC.

43. En primer término, manifestó que la firma FRESENIUS brinda en la Argentina todos los tipos de tratamientos de diálisis disponibles, a través de sus 87 centros propios distribuidos en

todo el país, donde se atiende a alrededor de 9.900 pacientes crónicos en terapias de diálisis, a la vez que se realizan más de 48 mil tratamientos anuales a pacientes con falla renal aguda. Asimismo, añadió que el CONTRATO que regía entre FRESENIUS y OSPERYH comprendía todos los tipos de diálisis.

44. En relación con la conducta denunciada señaló que, la firma FRESENIUS: (i) No tiene posición monopólica o dominante en el mercado relevante; y (ii) No ha fijado ni podría en ningún caso fijar “precios abusivos” en el mercado relevante, toda vez que su política de precios se encuentra férreamente disciplinada por la existencia no sólo de competidores vigorosos, sino también de clientes vigorosos, dentro de los cuales destaca el INSTITUTO NACIONAL DE SERVICIOS SOCIALES PARA JUBILADOS Y PENSIONADOS (PAMI).

45. Continuó expresando que *“la negativa de venta denunciada se encuentra válidamente justificada tanto en la falta de acuerdo sobre el precio del servicio, como en un retraso significativo en los pagos por los servicios ya prestados”*.

46. Asimismo, destacó que *“la conducta objetada: i) no ha resultado en perjuicio de ninguno de los competidores de FRESENIUS, ii) no ha alterado la estructura de la oferta o de la demanda de servicios de diálisis del mercado relevante, iii) no ha alterado la competencia o las condiciones de entrada al o salida del mercado relevante, iv) no ha afectado la salud física o psíquica de los pacientes afiliados a OSPERYH involucrados en el desacuerdo comercial, que han sido debidamente atendidos por otros prestadores (...) y v) no ha producido afectación alguna al interés económico general...”*.

47. Explicó que FRESENIUS no cuenta con posición dominante, toda vez que de la consulta a la base de datos de INCUCAI-SINTRA² se desprende que: *“... actualmente operan en Argentina 483 centros de diálisis, de los cuales 34 y 146 se hallan situados en CABA y provincia de Buenos Aires y 85 pertenecen a FRESENIUS, lo que arroja una participación del 17,60%.”*

48. Agregó que, con relación a la oferta en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, *“la participación de FRESENIUS es del 14,71% y se destaca la participación de los hospitales públicos (35,29%) y de los establecimientos privados independientes (35,29%).” En cuanto a la Provincia de Buenos Aires, señaló que “... se observa un mayor peso de los establecimientos privados independientes (47,26%) y de los establecimientos privados nucleados en la Confederación de Diálisis de la República Argentina (CADRA). La participación de FRESENIUS (17,81%) es apenas mayor.”*

49. Informó que, existen dos obras sociales (OBRA SOCIAL DE EMPLEADOS DE COMERCIO Y ACTIVIDADES CIVILES -OSECAC- y OBRA SOCIAL DE LA UNIÓN PERSONAL DEL PERSONAL CIVIL DE LA NACIÓN -UPCN-) que han instalado un centro

propio, por lo tanto, en su opinión, “... las barreras a la entrada son bajas y las instituciones pueden proveerse a sí mismas el servicio”.

50. Con relación a los precios cobrados por el servicio de diálisis a OSPERYH, incluyó información cuantitativa respecto a los precios de la sesión de hemodiálisis crónica cobrados por PAMI, IOMA y OSPERYH desde mayo de 2018 hasta mayo de 2021, de donde se desprende que las tarifas en los tres casos presentados están alineadas con pequeñas variaciones.

51. Explicó que FRESENIUS no impuso precios abusivos a OSPERYH en el mercado de diálisis de CABA y GBA, porque: “i) *OSPERYH no es un cliente cautivo: siempre contó con alternativas efectivas de contratación para su acotada demanda de 30-40 pacientes por año; y ii) los precios surgen de la oferta y la demanda, en un mercado donde los precios surgen de negociaciones llevadas a cabo por profesionales, basados en los precios acordados por PAMI y IOMA con sus prestadores - que funcionan como precios de referencia – y en variables económicas que se conocen tales como las variaciones de los precios de los insumos y de los salarios del Convenio Colectivo de sanidad Nro. 108/75.*”

52. Añadió que, con relación a la negativa de venta, los primeros desacuerdos sobre el precio del CONTRATO sucedieron en el mes de abril de 2018, cuando OSPERYH pretendió renovarlo sin ninguna recomposición en los valores.

53. En ese sentido, agregó información³ que da cuenta del intercambio de comunicaciones entre las partes y concluyó que: “...*queda acreditado que FRESENIUS no ha producido una negativa injustificada de venta, ni ha interrumpido la relación comercial de modo intempestivo. La terminación de la relación comercial ha estado fundada en la falta de pago en tiempo y forma de las prestaciones ya efectuadas, la no recomposición de los precios a un nivel compatible con los aumentos de costos experimentados por la firma, la desalineación de las recomposiciones aplicadas unilateralmente por OSPERYH con la variación de costos, la variación de ingresos de la obra social y la variación de precios del módulo PAMI*”.

54. Sobre dicho punto indicó que: “... *en ningún momento de los desacuerdos comerciales la prestación que FRESENIUS ha dado a los afiliados de OSPERYH se ha visto deteriorada, no habiéndose producido daño alguno a ningún paciente. La terminación de la relación comercial ha sido de común acuerdo (en agosto de 2020) y nunca afectó la continuidad y calidad del tratamiento de los afiliados.*”

55. Concluyó que, la conducta endilgada a FRESENIUS no infringe el artículo 1° de la LDC, por cuanto no ha producido ni ha tenido la capacidad de producir un daño a la competencia o al interés económico general.

56. Finalmente, hizo reserva del caso federal y solicitó el archivo de las actuaciones en los términos del artículo 40 de la LDC.

VII. ANÁLISIS JURÍDICO ECONÓMICO DE LA CONDUCTA

57. La conducta denunciada que dio origen a las presentes actuaciones consistiría en un abuso de posición dominante por parte de la firma FRESENIUS que se materializaría mediante: (i) la imposición de precios abusivos; y (ii) la negativa de venta o de suministro del servicio de hemodiálisis en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y GBA a los pacientes de OSPERYH. Dichas prácticas denunciadas se encuadran en las conductas tipificadas en los artículos 1° y 3° incisos a) e i) de la Ley N.° 27.442.

58. Esta CNDC ha sostenido en reiteradas ocasiones que para determinar si una práctica configura una conducta sancionable a la luz de la normativa de defensa de la competencia, resulta necesario analizar tres aspectos básicos: (i) que se trate de actos o conductas relacionados con el intercambio de bienes o servicios; (ii) que dichos actos o conductas impliquen una limitación, restricción, falseamiento o distorsión de la competencia, o un abuso de posición dominante; y (iii) que de tales circunstancias resulte un perjuicio al interés económico general.

59. Es preciso destacar que la finalidad que persigue la Ley de Defensa de la Competencia es el resguardo del interés económico general de los mercados, permitiendo el libre acceso a estos por parte de todos los participantes que interactúan en ellos.

60. En los considerandos subsiguientes se desarrollará el análisis del mercado involucrado y de las conductas denunciadas.

VII. 1. Mercado involucrado

61. El sector sobre el cual se circunscribe la denuncia y se estaría desplegando la eventual conducta denunciada corresponde a la producción y comercialización de servicios médicos asistenciales de hemoterapia.

62. La hemodiálisis es una modalidad de terapia de reemplazo renal (como de otros tipos de diálisis como la hemodiafiltración y la diálisis peritoneal) que cumple la función de los riñones cuando estos dejan de funcionar bien.

63. En sus explicaciones⁴, la firma FRESENIUS indicó que existen dos tipos muy diferentes de insuficiencia renal: la insuficiencia renal aguda (conocida como AKI por sus siglas en inglés) y la enfermedad renal crónica (ERC).

64. Aclaró que, la insuficiencia renal aguda normalmente requiere hospitalización y que por este motivo hospitales, clínicas y sanatorios usualmente proveen el servicio de hemodiálisis a los

pacientes internados. En cambio, si se trata de una insuficiencia o enfermedad renal crónica (ERC), “... los pacientes realizan el tratamiento en centros de diálisis, aunque cada vez es más accesible realizar el tratamiento tanto de hemodiálisis como de diálisis peritoneal de modo domiciliario.”

65. A su vez, explicó que existen dos tipos principales de diálisis: la hemodiálisis, que es la más usual y que involucra al 92% de los pacientes en la Argentina, y la diálisis peritoneal. La Tabla N.º 1 obtenida a partir de la base de datos de INCUCAI-SINTRA, arroja el porcentaje de pacientes que son atendidos con cada uno de los tratamientos de diálisis.

Tabla N.º 1 - Pacientes agrupados por modalidad de diálisis al mes de febrero de 2022

Modalidad	Porcentaje	Total
HEMODIALISIS BICARBONATO	81,2%	23.907
HEMODIAFILTRACION	10,1%	2.974
HEMODIALISIS ACETATO	0,3%	101
SUBTOTAL HEMODIÁLISIS	91,6%	26.982
DPCA	7,8%	2.288
DPA	0,6%	170
DPI	0,0%	10
SUBTOTAL DIÁLISIS PERITONEAL	8,4%	2.468
TOTAL	100,0%	29.450

Fuente: CNDC en base a datos de INCUCAI – SINTRA.

VII.2. Barreras a la entrada

66. A continuación, se analizarán las barreras a la entrada para ofrecer los tratamientos que nos ocupan en autos, a fin de determinar qué tan difícil sería para una empresa de salud añadir estos servicios.

67. Al respecto, de la información obrante en el expediente se desprende que al menos dos obras sociales han instalado sus propios centros de diálisis (OSECAC y UPCN), conforme fuera expuesto ut supra.

68. A su vez, FRESENIUS detalló en sus explicaciones que los montos para ingresar al mercado no son elevados, en tal sentido expuso que: “...se puede iniciar con una sala para atender 18 o 24 pacientes contando con 3 puestos de diálisis y una inversión tecnológica inicial que no superaría los u\$S 100.000, suma que podría ser menor en el caso que el modelo de negocio contemple alquiler del equipamiento. Respecto a la terapia de agudos para sanatorios y clínicas,

tampoco hay barreras de entradas y es fácil de instalar el servicio de agudos en una institución funcionando. La inversión económica rondaría los U\$S 20.000 aproximadamente.”⁵

69. Asimismo, FRESENIUS admitió que existe una fuerte regulación de las autoridades sanitarias para iniciar el negocio, la cual exige cumplir con los requisitos de la Ley Nacional de Diálisis y las habilitaciones municipales correspondientes.

70. Sin perjuicio del aspecto regulatorio se concluye que las barreras a la entrada para ofrecer estos tratamientos no serían elevadas, en tanto se observa que existe en el mercado una gran cantidad de pequeñas y medianas empresas locales, y que según lo aportado por la DENUNCIADA, algunas obras sociales ya habrían incorporado estos servicios.

VII. 3. Negativa de venta

71. Según la Guía para el análisis de casos de abuso de posición dominante de tipo exclusorio realizada por esta Comisión Nacional⁶, la negativa de venta se define como “*negarse injustificadamente a satisfacer pedidos concretos, para la compra o venta de bienes o servicios, efectuados en las condiciones vigentes en el mercado de que se trate*”. Este tipo de conducta se encuentra tipificada en el artículo 3° inciso i) de la Ley N.° 27.442.

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

73. A efectos de evaluar si una negativa de venta puede constituir un abuso de posición dominante es importante considerar si tiene la capacidad excluir al cliente afectado de alguno de los mercados en los que opera (o que reduzca sustancialmente su capacidad de competir en dichos mercados).

74. Por lo tanto, para verificar la existencia de la conducta anteriormente citada se requiere, entre otras circunstancias, que la DENUNCIADA posea una posición dominante en el mercado bajo análisis.

75. En tal sentido, de la información obrante en autos, y conforme surge de las Tablas Nros. 2 y 3 que a continuación se presentan, se observa que respecto a la cantidad de centros de diálisis

ubicados en CABA y en la Provincia de Buenos Aires, FRESENIUS posee una participación del 14,71% y 17.81% del total de centros, respectivamente. Asimismo, se destaca de dicha información, que existen diversos establecimientos que prestan servicios de diálisis de índole público y privado, y que es este último, el tipo de centro que predomina, tanto en CABA como en la Provincia de Buenos Aires.

Tabla N.º 2 - Cantidad de centros de diálisis ubicados en CABA según grupo o empresa titular al mes de octubre 2021

Grupo	Cantidad	%
PRIVADO - INDEPENDIENTE	12	35,3%
HOSPITAL PÚBLICO	12	35,3%
FRESENIUS MEDICAL CARE ARGENTINA S.A.	5	14,7%
DIAPERUM ARGENTINA	3	8,8%
CONFEDERACIÓN DE DIÁLISIS DE LA REP. ARG.	2	5,9%
Total	34	100,0%

Fuente: INCUCAI - SINTRA

Tabla N.º 3 - Cantidad de centros de diálisis ubicados en PBA según grupo o empresa titular al mes de octubre 2021

Grupo	Cantidad	%
PRIVADO - INDEPENDIENTE	69	47,3%
FRESENIUS MEDICAL CARE ARGENTINA S.A.	26	17,8%
CONFEDERACIÓN DE DIÁLISIS DE LA REP. ARG.	24	16,4%
HOSPITAL PÚBLICO	14	9,6%
DIAPERUM ARGENTINA	13	8,9%
Total	146	100,0%

Fuente: INCUCAI - SINTRA

76. De la información aportada por el MINISTERIO DE SALUD DE LA NACIÓN, se desprende que existen al menos 17 (DIECISIETE) empresas habilitadas por la DIRECCIÓN NACIONAL DE HABILITACIÓN, FISCALIZACIÓN Y SANIDAD DE FRONTERAS, dependiente de dicho ministerio, para prestar servicios de hemodiálisis en CABA⁷ y que se consignan en la Tabla N.º 4.

Tabla N.º 4 - Empresas proveedoras de servicios de hemodiálisis en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Código	Nombre	Provincia	Dirección
52020012317167	CENTRO DE DIÁLISIS FMC CABALLITO	CABA	José María Moreno 639
52020012317426	CENTRO DE DIÁLISIS DIALITYS S.A.	CABA	Plaza Este 3715 1º Piso
50020012318662	CENTRO DE DIÁLISIS FRESENIUS MEDICAL CARE - FUNDACIÓN FAVALORO	CABA	Av. Entre Ríos 436
52020012315590	CENTRO DE DIÁLISIS RENAL	CABA	Cramer 982
50020012315602	CENTRO DE NEFROLOGÍA DIÁLISIS Y TRASPLANTE	CABA	General Hornos 448
52020012315606	CENTRO INTEGRAL DE NEFROLOGÍA DAOMI	CABA	Lavalle 4092
10020012315197	CLÍNICA SAN CAMILO	CABA	Av. Angel Gallardo 899
52020012315604	FRESENIUS PARQUE PATRICIOS - CENEDI	CABA	Mansilla 3141

10020012315207	HOSPITAL BRITÁNICO DE BUENOS AIRES	CABA	Perdriel 74
10020012415208	HOSPITAL COMPLEJO MEDICO DE LA POLICÍA FEDERAL CHURRUCÁ - VISCA	CABA	Uspallata 3400
10020012315256	HOSPITAL ITALIANO DE BUENOS AIRES	CABA	Presidente Tte. Gral. J.D. Perón 4190
10020012415224	HOSPITAL MILITAR CENTRAL CIRUJANO MAYOR DR. COSME ARGERICH	CABA	Luis María Campos 726
14020012315315	INSTITUTO ARGENTINO DE RIÑÓN Y TRASPLANTE S.A.	CABA	Billinghurst 31
14020012315320	INSTITUTO DE NEFROLOGÍA NEPHROLOGY S.A.	CABA	Cabello 3889
10020012315236	SANATORIO COLEGIALES S.A.	CABA	Conde 851
52020012317339	SERVICIO DE TERAPIA RENAL ARGENTINA	CABA	Lautaro 333

52020012317169	UNIDAD NEFROLÓGICA ARGENTINA	CABA	Dean Funes 955
----------------	------------------------------------	------	-------------------

Fuente: Dirección Nacional de Habilitación, Fiscalización y Sanidad de Fronteras, Ministerio de Salud de la Nación

77. En el mismo sentido, la firma DIALITYS dio respuesta al requerimiento de información solicitado por esta Comisión Nacional y aseguró que, a la fecha en que fue consultada, podría atender hasta 60 (SESENTA) pacientes adicionales en CABA⁸.

78. Asimismo, la firma DAOMI S.A., por su parte, informó que contaba con la capacidad de atender hasta 90 (NOVENTA) pacientes al momento en que fue consultada y asegura tener la capacidad para dializar a nuevos pacientes de la DENUNCIANTE.

79. La propia OSPERYH en su presentación de fecha 26 de febrero de 2021, reconoció que a lo largo de 2020 y los primeros meses de 2021, se contactó con numerosos prestadores especializados en hemodiálisis, y logró que dos de ellos atiendan a sus afiliados: IART S.A. y DAOMI S.A.

80. Asimismo, manifestó que existían 10 (diez) pacientes que no podrían ser derivados a las empresas referidas a la fecha de la rescisión del contrato con FRESENIUS (4 de marzo de 2021), ya que dichas empresas no tienen capacidad para recibirlos. Sin embargo, la firma DAOMI S.A. en su presentación de fecha 24 de febrero de 2021, informó que sí posee capacidad para dializar nuevos pacientes de dicha obra social.

81. Al respecto, es de destacar que, conforme lo manifestado por DAOMI S.A., en la actualidad dicho centro atiende un total de 7 (siete) pacientes en diálisis peritoneal⁹ continua ambulatoria de OSPERYH desde el día 1 de febrero de 2021. Añadió que no atienden pacientes en hemodiálisis de OSPERYH.

82. Sin perjuicio de lo anterior, conforme surge de la presentación efectuada por OSPERYH el día 25 de marzo de 2021, IART S.A. es la empresa que continuará brindando el servicio de hemodiálisis a los pacientes de OSPERYH que eran atendidos en la CLÍNICA CIUDAD, de conformidad con el contrato acompañado por la DENUNCIANTE, que luce debidamente agregado en autos.

83. Por su parte, la firma DIALITYS S.A. en su presentación de fecha 24 de febrero de 2021, manifestó que atiende pacientes de distintas obras sociales, entre ellas OSPERYH. Adicionalmente informó que atiende pacientes de OSPERYH mediante vínculo por contrato

anual, que acompañó en dicha oportunidad, dejando en claro que no ha sido suscripto aún.

84. En particular, la firma DIALITYS S.A. informó que a partir de febrero de 2021, atiende a tres (3) afiliados de la obra social denunciante, siendo el precio vigente de la sesión de diálisis en ese momento de \$7.250¹⁰.

85. Asimismo, señaló que DIALITYS S.A. cuenta con capacidad de atender más pacientes.

86. En tal sentido, el HOSPITAL ITALIANO DE BUENOS AIRES, al brindar respuesta al pedido de información cursado por esta CNDC indicó que dicha institución posee capacidad para brindar el servicio de hemodiálisis en forma ambulatoria en la sala de hemodiálisis/hemodiafiltración aproximadamente a 60/90 pacientes por día, mientras que en pacientes internados, considerando el número de máquinas de hemodiálisis y el personal destinado para tratamientos agudos, la cantidad aproximada es de 30/40 pacientes. Sin embargo, señaló que debido a la pandemia, al momento de la respuesta no estaban en condiciones de atender a nuevos pacientes.

87. Cabe señalar que, considerando que las partes involucradas en esta denuncia han rescindido el CONTRATO, y que pese a dicha situación los afiliados de la DENUNCIANTE efectivamente pudieron ser atendidos en otros centros médicos, específicamente pasaron al IART S.A. y a DAOMI S.A., se verifica que existen además de la firma DENUNCIADA otras opciones disponibles para que los afiliados de OSPERYH puedan continuar sus tratamientos de diálisis. Además, IART S.A. pasó a ser proveedor de hemodiálisis de agudos en la CLÍNICA CIUDAD que pertenece a la DENUNCIANTE.

88. De esta manera, queda claro, conforme la información colectada en autos, que FRESENIUS no ostenta una posición dominante en el mercado en cuestión y que existen centros médicos disponibles a los cuales podría recurrir la DENUNCIANTE para brindar una correcta atención a sus asociados, como de hecho ocurrió según quedó acreditado en las presentes actuaciones.

89. Por lo expuesto hasta aquí, no se encuentran en autos los presupuestos necesarios para concluir que se haya verificado una negativa de venta anticompetitiva de parte de la empresa denunciada.

VII.4. Precios abusivos

90. En cuanto a la imposición de precios abusivos por parte de FRESENIUS, cabe analizar si la DENUNCIADA tiene la capacidad de influir unilateralmente en la formación de precios en el mercado de prestaciones médicas, específicamente en el servicio de hemoterapia o diálisis de modo tal que no pudiera ser contrarrestada por sus competidoras.

91. Las negociaciones respecto a la recomposición de los valores del servicio se iniciaron en abril de 2018. En particular, en el mes de octubre de 2019, FRESENIUS envió una carta documento instando a arribar a un acuerdo respecto del precio. Luego, en el mes de diciembre de 2019, la DENUNCIADA informó a OSPERYH que de no llegar a un nuevo acuerdo de precios, no se atendería a nuevos pacientes.

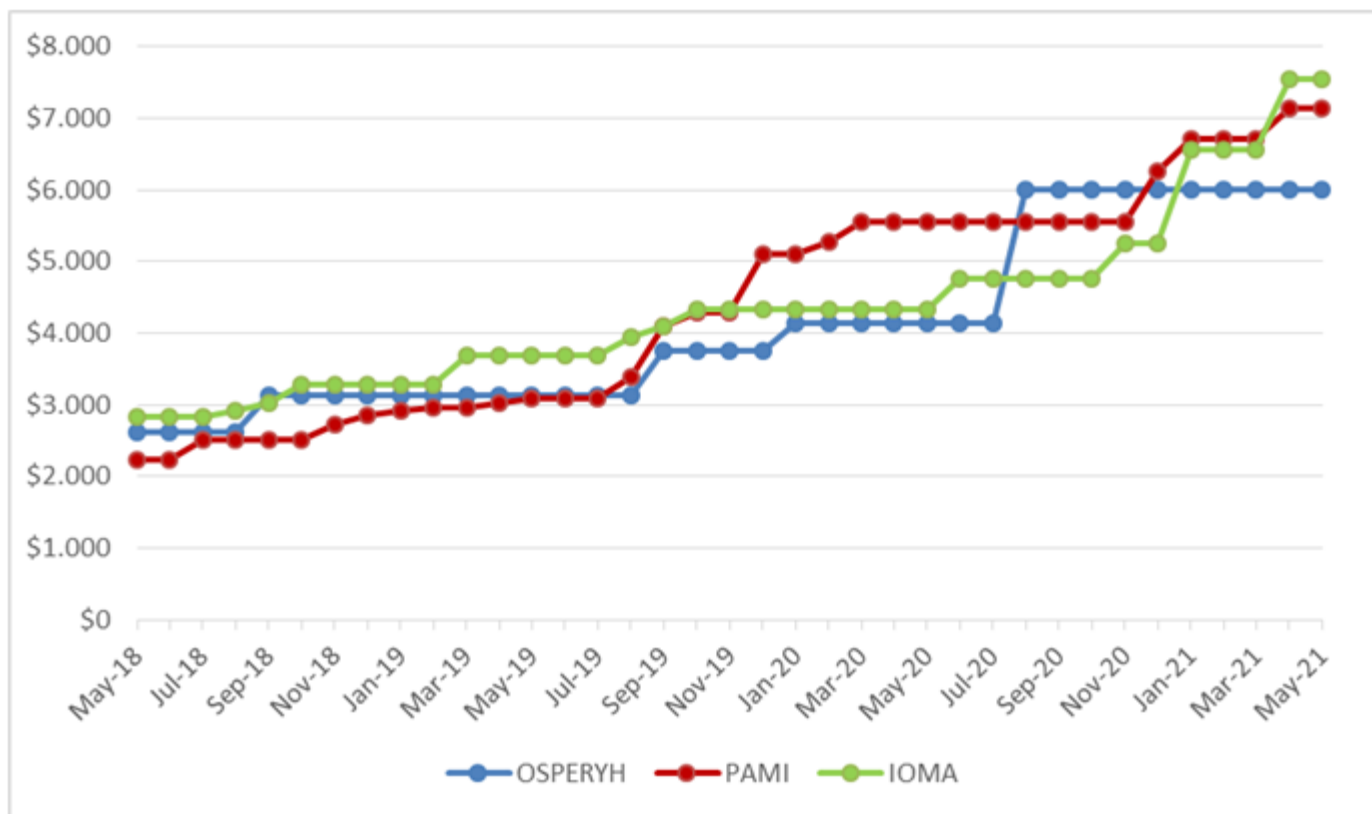
92. De los intercambios de correos electrónicos surge que, en el mes de agosto de 2020 se inició el proceso de rescisión del CONTRATO y que entre los meses de septiembre de 2020 y marzo de 2021 se empezó a derivar a los afiliados de OSPERYH a otros centros de diálisis. Finalmente, al mes de mayo de 2021 se dio formalmente por terminado el CONTRATO entre las partes.

93. De lo anterior se concluye que el cese de la relación comercial no ha dejado desamparada ni a OSPERYH ni a sus afiliados, en tanto existen otros centros médicos que están en condiciones de atender a los pacientes de OSPERYH, y hubo indicios suficientes a partir de las comunicaciones entre las partes dando a entender que la relación contractual podía llegar a su fin.

94. Con respecto al aumento de los precios y si estos pueden considerarse abusivos, según lo manifestado por FRESENIUS en sus explicaciones, los precios que negocian en los contratos siempre tienen como referencia los aranceles que obras sociales de envergadura, como son PAMI y IOMA, negocian con los distintos y múltiples prestadores de diálisis. Además, se tienen en cuenta otras variables como los aumentos en los costos o las paritarias relevantes.

95. En el Gráfico N.º 1 se puede visualizar un comparativo de los precios de la sesión de hemodiálisis crónica entre PAMI, IOMA y OSPERYH para el período que va desde el mes de mayo de 2018 al mes de mayo de 2021¹¹. Allí es posible apreciar que el precio acordado con OSPERYH es similar o más bajo que con los otros demandantes, con excepción del segundo semestre de 2020, en donde el precio se ubica hasta un 25% por encima del de IOMA.

Gráfico N.º 1: Comparativo de Precios de la Sesión de Hemodiálisis Crónica entre PAMI, IOMA, OSPERYH (mayo de 2018 a mayo 2021)



Fuente: información presentada por Fresenius.

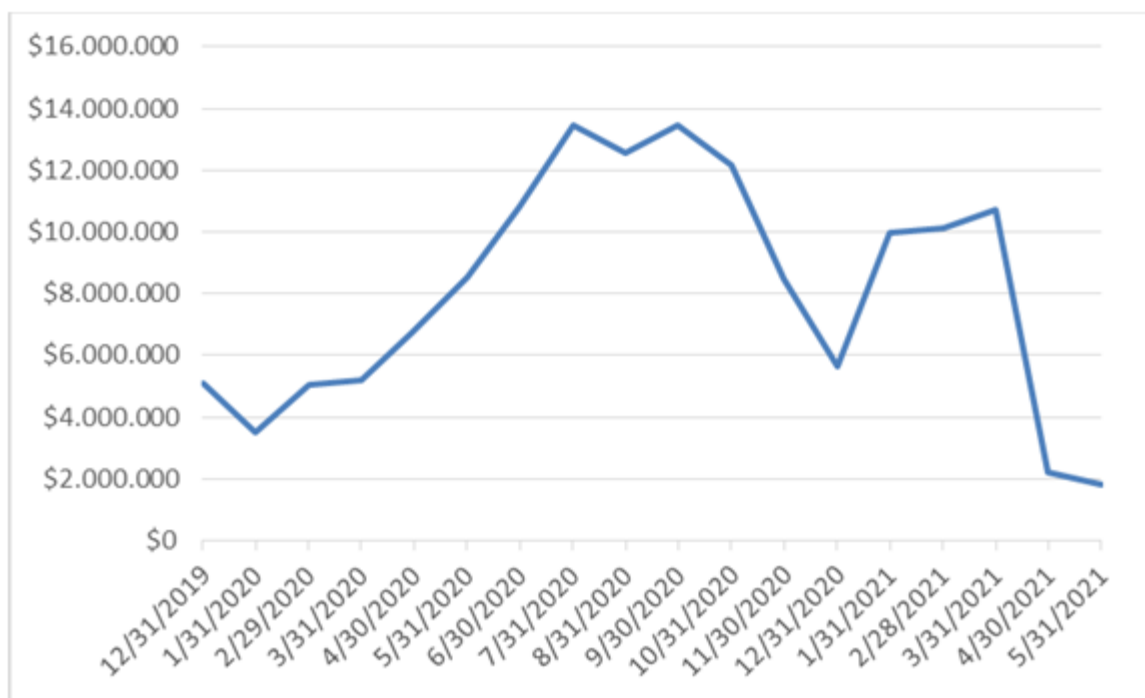
96. Por lo tanto, no es posible concluir que FRESENIUS cobró a la DENUNCIANTE un precio abusivo.

97. Por otro lado, además de no corroborarse que los precios cobrados por LA DENUNCIADA sean abusivos, no debe perderse de vista la morosidad en los pagos por parte de OSPERYH.

98. Sobre este punto, FRESENIUS manifestó que la rescisión del contrato se produjo por las abultadas deudas que OSPERYH mantenía con la primera. Cabe señalar que dicha situación fue reconocida por ambas partes.

99. En particular, la DENUNCIADA expresó en su presentación que “hasta diciembre de 2019 la deuda nominal se había situado por debajo de los 4 millones y luego más que se triplicó”¹². Esto se puede observar en el Gráfico N° 2, donde la deuda bruta de la DENUNCIANTE superó los 13 (TRECE) millones de pesos en el mes de agosto de 2020.

Gráfico N.º 2: OSPERYH - Deuda bruta (pesos corrientes), diciembre de 2019 a mayo de 2021



Fuente: información presentada por Fresenius.

100. Al respecto, OSPERYH aclaró en su presentación del día 22 de octubre del 2021 que ese atraso en los pagos fue consecuencia de la situación sanitaria. Sin embargo, pese a que la DENUNCIADA le otorgó a la DENUNCIANTE un plan de pago en cuotas, OSPERYH también incurrió en retrasos a dicho plan.

101. Sobre este aspecto, FRESENIUS expresó que *“Debe destacarse que este comportamiento de inusual alargamiento de los plazos de pago (llegando a 180 días), no se produjo en similar medida en otros clientes de similar tenor, como OSECAC, OSPECÓN y OSSEG, cuyos plazos de pago se incrementaron, pero se mantuvieron por debajo de los 80 días”*.

102. En consecuencia, la falta de acuerdo sobre el precio y los retrasos en los pagos pueden ser considerados motivos que justifican la rescisión del CONTRATO.

103. Para finalizar el presente análisis, debe considerarse cuál es el efecto actual y futuro de la conducta sobre el interés económico general. En efecto, conforme surge de la tabla elaborada por el INSTITUTO NACIONAL CENTRAL ÚNICO COORDINADOR DE ABLACIÓN E IMPLANTE -INCUCAI¹³, la cantidad de pacientes de diálisis es mayor a 8.000 (OCHO MIL) en CABA y GBA, mientras que los pacientes que requieren diálisis afiliados a OSPERYH son entre 30 y 40.

104. Estos pacientes transcurrido el tiempo desde la fecha de la denuncia pudieron ser trasladados a otras instituciones a fin de continuar con sus tratamientos por lo que no se registró un perjuicio.

VII.5 Observaciones finales

105. En consecuencia, esta CNDC considera que el caso analizado consistió en un conflicto comercial y deviene improcedente el tratamiento de hechos que sólo impliquen agravios a intereses o derechos particulares. Asimismo, no se advierte que la conducta denunciada haya afectado al régimen de competencia ni al interés económico general, conforme a los elementos reunidos en el presente expediente.

106. En razón de lo señalado en los considerandos precedentes, esta CNDC entiende que corresponde aceptar las explicaciones brindadas por FRESENIUS y proceder al archivo de las presentes actuaciones, de conformidad con lo establecido por el artículo 40 de la Ley N.º 27.442.

VIII. CONCLUSIÓN

107. En virtud de lo expuesto, esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA aconseja al Señor SECRETARIO DE COMERCIO INTERIOR del MINISTERIO DE DESARROLLO PRODUCTIVO aceptar las explicaciones brindadas oportunamente y disponer el archivo de las presentes actuaciones, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 40 de Ley N.º 27.442.

108. Elévese el presente dictamen al Señor SECRETARIO DE COMERCIO INTERIOR del MINISTERIO DE DESARROLLO PRODUCTIVO, para su conocimiento.

[1] De acuerdo a la información obrante en el sitio web <https://osperyh.org.ar/centros-de-atencion-de-avanzada/>, la CLÍNICA CIUDAD es propiedad de OSPERYH, conforme lo indicado en la solapa “CENTROS DE ATENCIÓN” de su página web, donde reza que “En la zona de Parque Centenario se levanta nuestra “Clínica Ciudad Suterh-Osperyh”, equipada con aparatología de última generación que brinda atención médica ambulatoria e internación, a cargo de profesionales altamente capacitados.”

[2] <https://sintra.incucai.gov.ar/>

[3] Surge de la información obrante en las explicaciones brindadas por FRESENIUS, en la tabla denominada “Tabla 18: Historial de comunicaciones entre FRESENIUS y OSPERYH, 2018-2021”.

[4] Número de orden 139 (con pase).

[5] Número de orden 139, página 41.

[6] CNDC (2019). Guía para el análisis de casos de abuso de posición dominante de tipo exclusorio. Disponible en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/guias_abuso_posicion_dominante.pdf.

[7] Número de orden 32.

[8] Número de orden 71.

[9] Es un procedimiento que permite depurar líquidos y electrolitos en pacientes que sufren insuficiencia renal. La diálisis peritoneal utiliza una membrana natural —el peritoneo— como filtro

[10] El tratamiento que brinda DIALITYS S.A a los afiliados a OSPERYH es el servicio de hemodiálisis

trisemanal a pacientes crónicos, seguimiento por médicos nefrólogos, clínicos, diabetólogo, cirujano vascular (para confección de accesos vasculares para tratamiento). Seguimiento por profesionales en nutrición y psicología. Incluye todos los materiales descartables, filtro de hemodiálisis, y medicación complementaria como: heparina, ácido fólico, complejo vitamínico B, carbonato de Ca, eritropoyetina y Hierro ev. También les proporciona traslado para tratamiento a pacientes PAMI, OSPRERA y Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

[11] Número de orden 139, página 45.

[12] Número de orden 139, página 49.

[13] Número de orden 139, página 33.

Digitally signed by Gestion Documental Electronica
Date: 2022.06.16 13:33:06 -03:00

Digitally signed by Gestion Documental Electronica
Date: 2022.06.16 15:58:40 -03:00

Digitally signed by Gestion Documental Electronica
Date: 2022.06.16 16:18:03 -03:00

Digitally signed by Gestion Documental Electronica
Date: 2022.06.16 17:47:22 -03:00

Digitally signed by Gestion Documental
Electronica
Date: 2022.06.16 17:47:23 -03:00