Dir. de Legislación del Área de Comercio Interior
FOLIO
3

Poder Judicial de la Nación

"CIRCULO ODONTOLOGICO DE JUJUY s/ Infracción Ley 25.156"
Expte. 251/12 - Cámara Federal de Apelaciones de Salta

//ta, 11 de mayo de 2012.

VISTO

El recurso de apelación deducido por el Círculo Odontológico de Jujuy (en adelante COJ) en los términos del art. 53 de la ley 25.152 -Ley de Defensa de la Competencia (en adelante LDC)- en contra de la Resolución N° 44 de la Secretaría de Comercio Interior de fecha 7 de junio de 2012; y.

CONSIDERANDO:

I) Que el COJ, a través de sus apoderados, interpuso recurso de apelación en contra de la Resolución N° 44 de la Secretaría de Comercio Interior y del Dictamen de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia N° 733/2011 emitido en el expediente N° 251/12; efectuando la relación de antecedentes (fs. 46/47), para luego puntualizar los agravios que aquella resolución le causa.

En sustancia indicó que lo decidido no constituye una derivación razonada del derecho vigente, ni de los hechos y constancias existentes en el expediente, careciendo de legitimidad y suficiencia; explicando que la descripción realizada por la CNDC respecto de lo que entiende por mercado relevante (fs. 47 vta. a fs. 51) y sus elementos de oferta, demanda y sujetos, resulta arbitraria. Sostuvo que se debió analizar el asunto de forma integral, ya que no se trata sólo de "prestaciones odontológicas" y de "prestadores" y "consumidores" como si se tratara de una compraventa, sino que hay una serie de relaciones entrelazadas tales como la del profesional (prestador) con el paciente; la de éste (afiliado) con la obra social; la de la obra social con el prestador (odontólogo); la de los prestadores entre sí y con las entidades que los nuclean (Círculos, Colegios); las de estas asociaciones o círculos con las obras sociales, es decir, muchas y variadas relaciones jurídicas relevantes que constituyen el mercado y que no fueron consideras por la CNDC para dictaminar como lo hizo.

ES COPIA
GABRIELA VANINA ROSIANO
ABOGADA
T° 86 F° 753 C.P.A.C.F.

USO OFICIAL

También dijo que se omitió considerar si la puja en la negociación entre OSDE y el COJ fue entre fuerzas económicas proporcionadas o, por el contrario, abusivas; si tendió a restablecer el equilibrio entre la oferta y la demanda; pero, además, que se omitió considerar que las obras sociales están sujetas a normas especiales y, a su vez, que todas las intermediarias tienen su propia fisonomía.

Siguió expresando que no se consideró la existencia de prestadores ajenos al COJ y su incidencia en el mercado en relación a la población de Jujuy. También dijo que no se analizó la competencia: es decir, quiénes compiten contra quiénes; o que el COJ es una asociación sin fines de lucro y que por ello no puede ser sancionado en virtud de la ley 25.156, puntualizando además la deficiencia en el análisis que se efectuara de la prueba en orden al análisis del mercado relevante y las conclusiones a las que la CNDC arribara a partir de sucesivas contradicciones en las apreciaciones efectuadas (a modo de ejemplo explicó que de las 6 prestadoras que la CNDC consideró relevantes y que representan un total aproximado de 220.000 potenciales pacientes, la denuncia de la Dra. Viviani, que refiere a la participación de OSDE en ese mercado, no representa más del 3,2 % o menos del 1,17% del total de población). Por último sostuvo que quien fija las reglas de mercado en el ámbito de la salud son las obras sociales y administradoras de salud, no los odontólogos, *ni un grupo de éstos.*

Seguidamente trató la arbitrariedad en la atribución al COJ de posición dominante (fs. 51 vta. a 53 vta.), en el entendimiento que se lo hizo sin considerar para ello cual es la posición en base a las pruebas aportadas. sino que, más bien en forma antojadiza, la CNDC decidió que el Círculo era la alternativa obligada para la mayoría de las obras sociales, mutuales y prepagas de la provincia. Agregó al respecto que la CNDC consideró que todas las obras sociales, prepagas, mutuales, etc. "encuentran en la entidad soluciones a las necesidades prestacionales de sus afiliados" (ver punto 137 del Dictamen) y de ello dedujo que el COJ era la alternativa obligada.

El recurrente cuestionó en su recurso la imprecisión acerca de dónde está el abuso que se le endilga, ya que no toda posición de dominio - para el caso que existiera- es abusiva en los términos de la ley, sino que para que así sea debe ser usada en forma excesiva, irregular, contraria a la buena fe

GABRIELA ANA ROGIANO
ABOGADO
T° 86 F° 753 C.P.A.C.F.

y a la lealtad que debe imperar en el mercado. Apuntó que la libertad económica y de asociación se encuentran garantizadas en la Constitución Nacional, con lógicas limitaciones.

Luego ingresó a tratar la arbitrariedad en la atribución por la CNDC de perjuicio actual o potencial al interés general (fs. 54/56), enunciando la posibilidad de afectación, sin precisar ni identificar las circunstancias de modo, tiempo y lugar que permitan conocer el daño (actual o potencial) que dijo haber padecido el interés económico general. Explicó que para arribar a esa conclusión la CNDC no efectuó los estudios necesarios para demostrar que se hubiere privado de bienestar económico a los consumidores, o que existieron aquellos que no pudieron acceder a una oferta de prestaciones, ni que hubieran aumentado los precios, o que hubieran habido incrementos o superávit del COJ a costa de aumentos a cargo de terceros y que cualesquiera de esas situaciones se vincule con la conducta del COJ. En definitiva, sostuvo que no se acreditó que el Círculo hubiera ejercido una presión de tal magnitud que sus prestadores hubieran obtenido ventajas económicas en relación a la conducta que se le imputa.

Recordó que se ha obviado tener en cuenta que las obras sociales -que la propia CNDC clasificó como más importantes (PAMI; OSECAC, DOCENTES, AZUCAR, etc.)- no trabajan con el COJ y tienen sistemas propios de contratación. Explicó también que hay obras sociales no vinculadas al COJ y cuyos prestadores odontólogos sí son asociados, tales como OSECAC, o la Obra Social del Personal del Azúcar del Ingenio Ledesma, que atienden a sus afiliados con odontólogos que son socios del Círculo.

Asignó arbitrariedad por exceso de jurisdicción ya que la CNDC valoró y decidió sobre cuestiones individuales ajenas al ámbito de su competencia (fs. 56 y vta.) y que resultan materia propia de la justicia ordinaria por ser quien debe atender en los conflictos individuales e intrasocietarios que significaran las distintas opiniones en torno a la conducta que debía asumir el COJ en función de su relación contractual con OSDE y las decisiones adoptadas por la asamblea como órgano de gobierno de la entidad en relación a sus propios socios, lo que está demostrado por la intervención

ES COPIA
GABRIELA VANINA ROGIANO
ABOGADA
T° 86 F° 752 C.P.A.C.F.

del Poder Judicial de la Provincia de Jujuy, no siendo posible que sobre el mismo caso conozcan y decidan dos órganos jurisdiccionales diferentes.

Se refirió asimismo a la inexistencia de ilícito (fs. 56 vta.) que amerite la sanción dispuesta y denunció arbitrariedad por falta del proceso de subsunción típica para aplicar la condena (fs. 56 vta./ 59) por habérsele imputado las conductas de limitar el acceso al mercado de los profesionales que prestan servicios odontológicos por fuera del COJ y de obstaculizar las prestaciones odontológicas de aquellas administradoras de fondos para la salud que no accedan a las exigencias arancelarias o de otra índole que el COJ imponga (confr. fs. 581/587), imputación que no condice con lo que se resuelve al ordenar al Círculo el cese de la conducta restrictiva impuesta a los profesionales asociados permitiendo que estos contraten directamente. La incoherencia, dijo, está dada al ordenar que se cese en una conducta en la que no incurrieron, tal como quedó demostrado. Añadió que es inconstitucional que la CNDC modifique en la condena la conducta endilgada en el acto acusatorio (clausura etapa sumaria de fs. 581/587), sancionando ahora la existencia de la cláusula estatutaria contenida en el art. 2 inc. n) del Estatuto cuando se trata de una cuestión que ha sido ajena a la etapa sumarial.

Además, destinó párrafos a la inconstitucionalidad del procedimiento por considerarlo violatorio de las garantías de imparcialidad del juez y del debido proceso (fs. 59/61); trató también lo referido al art. 2 inc. n) de sus Estatutos (fs. 61 y vta.) y a lo excesivo de la sanción impuesta (fs. 61 vta. 64 vta.)

II) Denuncia:

Que las actuaciones administrativas en las que se dictó la resolución recurrida tuvieron su origen en la denuncia realizada en diciembre de 2004 por la odontóloga Liliana Elena Viviani quien atribuyó al COJ la conducta de restricción a la competencia, con afectación al interés económico general, **a.1.)** al limitar el acceso al mercado de los profesionales que presten servicios fuera del COJ en Jujuy y **a.2.)** al obstaculizar las prestaciones odontológicas de aquellas administradoras de fondos para la salud que no accedan a las exigencias arancelarias o de otra índole impuestas por el organismo denunciado.

GABRIELA VANINA ROJAS
ABOGADA
T° 86 F° 753 C.P.A.C.F.

Dir. de Letrados del Area de Comercio Interior FOLIO 5

III) Intervención Comisión Nacional de Defensa de la Competencia:

A partir de tal denuncia tomó intervención la citada Comisión *(en adelante CNDC) quien imputó al Círculo Odontológico infracciones a los* arts. 1 y 2, inc. f), de la ley 25.156 conforme a los cuales "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" (art. 1°). Por el segundo, se deja establecido que "las siguientes conductas, entre otras, en la medida que configuren las hipótesis del artículo 1, constituyen prácticas restrictivas de la competencia: f) Impedir, dificultar u obstaculizar a terceras personas la entrada o permanencia en un mercado o excluirlas de éste" (art. 2do., inc "f")

Por todo ello, la CNDC aconsejó al Sr. Secretario de Comercio Interior se ordene al COJ el cese de la conducta restrictiva impuesta a sus asociados permitiendo que contraten directamente con las administradoras de fondos para la salud que no tengan convenio con la entidad, debiendo remover de los estatutos de la entidad el art. 2 inc n) en base al art. 46 inc.a) de la ley 25.156.

Asimismo, la CNDC aconsejó imponerle una multa de $ 800.000 conforme el art. 46 inc. b) de la citada norma. Para fijarla analizó estimativamente los ingresos por gestión de cobranzas por los meses comprendidos desde enero de 2005 a junio de 2011 a razón de $ 24.000 mensuales.

En relación al Artículo 2, inc. n) del Estatuto del COJ, la CNDC entendió que la entidad intentó en su descargo (ver fs. 591 vta.) una defensa del articulo contradictoria y no ajustada a su letra al decir que "se autoriza al COJ a celebrar contratos con las obras sociales pero con el único

ES COPIA
GABRIELA VANINA R. ABOGADA T° 86 F° 753 C.F.

USO OFICIAL

propósito de organizar, en beneficio de la comunidad, un servicio odontológico eficiente y del más alto nivel ético, facilitando la concurrencia de los pacientes al consultorio y que, a la par, garantice a los profesionales una importante fuente de trabajo y una digna retribución, pero siempre encuadrados en las leyes y reglamentos que rigen la actividad"; cuando la letra del artículo cuestionado dice "firmar convenios como única entidad válida para sus asociados bajo normas dictadas por este Circulo Odontológico de Jujuy con obras sociales, mutuales y toda otra entidad que ofrezca atención odontológica a sus afiliados y que sean de interés para la profesión" (confr. fs. 989). Concluyó que, en los hechos, fue ese artículo el que sirvió de base para la expulsión de profesionales asociados el COJ, entre ellos la denunciante en autos (ver fs. 89/112).

IV) Resolución N° 44 de la Secretaría de Comercio Exterior (fs. 36/37)

Mediante la resolución en recurso el Señor Secretario de Comercio Interior ordenó al COJ **1)** el cese de la conducta restrictiva impuesta a sus profesionales asociados permitiendo que los mismos contraten directamente con las administradoras de fondos para la salud que no tengan convenio con la entidad, debiendo remover de su Estatuto el art. 2°, inciso n). conforme a lo establecido en el Artículo 46, inciso a) de la ley 25.156; **2)** el pago de una multa de $ 800.000 (pesos ochocientos mil), conforme lo establecido en el Articulo 46, inc. b) de la ley 25.156; **3)** de a conocer en forma fehaciente lo resuelto a todos y cada uno de los profesionales odontólogos integrantes de su padrón de prestadores, debiendo acreditarlo y **4)** publique las medidas precedentemente ordenadas en el Boletín Oficial y en el diario de mayor circulación de la Provincia de Jujuy, conforme lo dispuesto en el Artículo 44 de la ley 25.156. Además, estableció el plazo de diez (10) días hábiles para hacer efectiva la sanción bajo apercibimiento de aplicar por cada día de demora los intereses a tasa activa del Banco de la Nación Argentina hasta su efectiva cancelación; considerando parte integrante de la resolución el Dictamen N° 733 del 30/11/2011 emitido por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (en adelante CNDC).

V) Del recurso traído a resolver:

GABRIELA VANINA ROGIANO
ABOGADA
T° 86 F° 753 C.P.A.C.F.

FOLIO 6

V. 1) Argumentos de la CNDC y de la Secretaría de Comercio Interior

a) Del mercado relevante analizado

La CNDC definió al mercado relevante como la prestación de servicios odontológicos en la jurisdicción de la Provincia de Jujuy, constituyendo el ámbito de la referida provincia el mercado geográfico a investigar en estas actuaciones, expresando que la oferta de dichos servicios en ese mercado se encuentra constituido por la totalidad de odontólogos matriculados (610 en actividad) y que, de ese total, 364 profesionales se encontraban asociados al COJ (59,57% del total); explicando que la demanda, por su parte, está constituida por los afiliados a obras sociales o administradoras de fondos para la salud. Puntualizó que el COJ se vincula con 41 administradoras en la citada Provincia (ver fs. 980/981).

Tuvo presente la CNDC que en los términos de la ley 25.156 (artículos 4 al 5) "se entiende que una o más personas goza de posición dominante cuando para un determinado tipo de producto o servicio es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional o en una o varias partes del mundo o, cuando sin ser la única, no está expuesta a una competencia sustancial o, cuando por el grado de integración vertical u horizontal está en condiciones de determinar la viabilidad económica de un competidor o participante en el mercado, en perjuicio de éstos.

Recordó también que el art. 5° agrega: "A fin de establecer la existencia de posición dominante en un mercado, deberán considerarse las siguientes circunstancias: a) El grado en que el bien o servicio de que se trate, es sustituible por otros, ya sea de origen nacional como extranjero; las condiciones de tal sustitución y el tiempo requerido para la misma; b) El grado en que las restricciones normativas limiten el acceso de productos u oferentes o demandantes al mercado de que se trate; c) El grado en que el presunto responsable pueda influir unilateralmente en la formación de precios o restringir al abastecimiento o demanda en el mercado y el grado en que sus competidores puedan contrarrestar dicho poder".

En definitiva la CNDC entendió que al nuclear una significativa porción de la oferta de odontólogos y formar parte de [illegible] (que aglutina a la mayoría de odontólogos del país con convenios con

ES COPIA
GABRIELA VANINA ROGIANO
ABOGADA
T° 86 F° 753 C.P.A.C.F.

USO OFICIAL

administradoras a nivel nacional) el COJ se constituyó en la alternativa obligada para la mayoría de las obras sociales, mutuales y prepagas de la Provincia de Jujuy, y que la finalización del contrato con OSDE -cuando lo mantuvo con el Instituto de Seguros de Jujuy (ISJ) aun cuando los aranceles eran significativamente menores y dicha entidad provincial también impuso la garantía de pieza dentaria-, significó una conducta discriminatoria (conforme surge de fs. 184); y que la restricción impuesta a los asociados al no permitirles contratar con OSDE directamente y obligar a los profesionales a cobrar a los pacientes de dicha prepaga (sistema de reintegro) un monto fijado por el COJ, mas la exclusión a los que no se adecuaran a dicha imposición, configuraba un incuestionable abuso de posición de mercado.

b) Del perjuicio al interés económico general:

La CNDC entendió que la conducta del COJ al impedir la contratación directa, imponer prácticas por reintegro, fijar valores, aplicar sanciones sobre la base del art. 2 inc. n) del Estatuto, además de configurar abuso de posición dominante de mercado, afectó al interés económico general encuadrando en el art. 1 de la Ley 25.156 (ver fs. 993 Expte.Adm.).

V. 2) Argumentos del Círculo Odontológico de Jujuy (COJ)

El COJ relató que a fines de 2002 se comenzaron a adecuar los aranceles profesionales de los odontólogos de Jujuy con los vigentes a nivel nacional, logrando acordar los precios de las prestaciones odontológicas con casi todas las prepagas y obras sociales vinculadas con el COJ. Empero -sostuvo el Círculo-, no ocurrió lo mismo con la empresa OSDE quedando la negociación trabada por dos motivos: 1) económico: porque dicha prepaga pretendía tarifas menores a las del resto del país; 2) contractual: porque pretendía un sistema de garantía sobre la pieza dentaria convirtiendo la prestación del profesional en una obligación de resultados (confr. fs. 46).

Que frente a esta posición irreductible de OSDE, el COJ -en el mes de junio de 2003- decidió rechazar la propuesta de acuerdo, frente a lo cual la Dra. Viviani, en diciembre de 2004 radicó la denuncia que -como se dijo- dio inicio a estas actuaciones. Destacó el COJ que a pesar de todo lo debatido en torno al tema, incluso en la justicia ordinaria de la provincia, los odontólogos asociados siempre siguieron atendiendo a sus pacientes de

GABRIELA VANINA ROCHA
ABOGADA
T° 86 F° 753 C.P.A.C.F.

Dir. de Registro del Area de Comercio Interior FOLIO 7

OSDE, inclusive la propia denunciante. Especificó que, en los hechos, nunca se excluyó a ningún profesional del COJ, ni se lo privó de utilizar los servicios de facturación que este Círculo presta a sus afiliados.

De igual forma, dijo la recurrente, OSDE (y todas las demás obras sociales vinculadas al COJ) han podido continuar brindando el servicio a sus clientes o afiliados, sin que se haya visto afectada la normal prestación ni el funcionamiento del sistema de prestaciones odontológicas.

Apuntó que en el año 2006 OSDE tenía 7.177 afiliados en Jujuy, y que el beneficio que pretendía a partir de obtener su pretensión de tarifas mas bajas favorecía el patrimonio de esa empresa, sin perjudicar en nada la situación de sus afiliados. Relató que el 7/1/2008 se cerró la instrucción mediante resolución de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia imputándose al COJ la presunta infracción a los arts. 1 y 2 inc. "f" de la ley 25.256.

Señaló la recurrente aspectos que estimó contradictorios en el análisis efectuado por la CNDC, tales como el haber prescindido de considerar las pruebas aportadas o meritarlas para realizar afirmaciones dogmáticas carentes de sustento racional y objetivo para atribuirle posición dominante al COJ (fs. 51/53 y vta.). Refirió a la arbitrariedad en la atribución de perjuicio actual o potencial al interés general. Señaló que la CNDC tomó como base de razonamiento el conflicto suscitado en la negociación de los aranceles y las normas contractuales de trabajo entre el COJ y OSDE, deduciendo de tal conflicto que la actuación en el caso de la norma prevista en el art. 2° inc. "n" del estatuto del COJ configura un abuso de posición de mercado con afectación al interés económico general, lo que sólo fue un enunciado, sin precisar ni identificar las circunstancias de modo, tiempo y lugar que permitan conocer el daño actual o potencial que sostiene haber padecido el interés económico general. En especial, dijo el recurrente, no se efectuaron estudios adecuados que permitan inferir que se hubiera privado de bienestar económico a los consumidores, o que algunos de ellos no hubieran podido acceder a la oferta de prestaciones, o que existieron incrementos de precios y que ello se vinculara con la conducta que se le imputaba.

Aclaró, además, que nunca se excluyó a un socio, ni siquiera a la Dra. Viviani, quien fuera la denunciante, y que, a pesar de ello, la CNDC

ES COPIA
GABRIELA VANINA ROGANO
ABOGADA
T° 86 F° 753 C.P.A.C.F.

dedujo que el conflicto (individual e intrasocietario) afectaba el interés económico general en tanto perjudicaba a los profesionales involucrados en la cuestión de la expulsión por ver restringido su acceso al mercado, expresando que a los profesionales se les "anuló toda posibilidad de competencia por fuera del COJ", obviando el hecho que fue la propia CNDC quien determinó que las obras sociales consideradas relevantes no trabajan con el Círculo, y que tenían sus propios sistemas de contratación -PAMI, OSECAC, Docentes, Azúcar, etc.- (fs. 54 vta./56).

Expuso que la resolución atacada agravia al COJ, por ser arbitraria "por exceso de jurisdicción" -al considerar, valorar y decidir sobre cuestiones individuales ajenas a la competencia de la CNDC- (fs. 56); por inexistencia de ilícito de su parte (fs. 56 vta.); por carencia del proceso de subsunción típica para aplicar la condena (fs. 56 vta./59); siendo inconstitucional el procedimiento -violación de la garantía de imparcialidad del juez y del debido proceso- (fs. 59/61) y por aplicar una sanción excesiva (fs. 61 vta./64 vta.).

También refirió la recurrente al art. 2 inc. "n" del Estatuto del Círculo Odontológico de Jujuy, cláusula de exclusividad que sólo es reprochable cuando se la usa de forma abusiva y dañosa (confr.fs. 61 y vta.) por el que se señala que "el objeto del Círculo Odontológico de Jujuy: ... ; n) firmar convenios como única entidad válida para sus asociados bajo normas dictadas por el Círculo Odontológico de Jujuy con las obras sociales que sean de interés para la profesión".

VI: Decisión del Tribunal:

VI. 1. Abuso de posición dominante:

Como se viene diciendo, la CNDC señaló que al nuclear una significativa porción de la oferta de la provincia de Jujuy y formar parte de la CORA (que aglutina a la mayoría de odontólogos del país) el COJ se constituyó en la alternativa obligada para la mayoría de las obras sociales de la provincia, quienes encuentran allí solución a las necesidades prestacionales odontológicas de sus afiliados. También sostuvo la CNDC que la negativa del COJ a contratar con OSDE fue una conducta discriminatoria, y que la restricción impuesta a sus asociados de no contratar directamente con OSDE, mas que por reintegro y con montos preestablecidos, sumada a la sanción

GABRIELA VANINA ROGIANO
ABOGADA
T° 86 F° 753 C.P.A.C.F.

FOLIO 8

exclusoria para quienes no lo respetasen, configuraba un abuso de la incuestionable posición de mercado que exhibe el COJ, en los términos que prohibe la ley de defensa de la competencia (ver fs. 26).

Ahora bien, llegados a este punto del análisis, la determinación del "mercado relevante" habrá de hacerse a partir de delinear las dos dimensiones que lo integran: la material (de producto) y la espacial (ámbito geográfico). En el caso, servicios odontológicos a prestarse en la provincia de Jujuy.

En cuando a los abusos de posición dominante se advierte como punto de partida del análisis que debe entenderse por "posición dominante" a la detentada por toda empresa cuyo poder económico le permite obstruir el libre juego de la competencia en un mercado concreto y gracias a la cual dicha empresa puede influir notablemente en las condiciones de dicha competencia sin tener que someterse a ellas (Carlos Safadi Marquez "Defensa de la Competencia, dominio de mercado y proceso de integración" Infojus – Doctrina – Publicación: www.saij.jus.gov.ar, 2002).

Resulta habitual clasificar los abusos en dos tipos: abusos explotativos, que son aquellos en los que no existe un daño a competidores sino que la empresa saca provecho directo de su posición, por ejemplo con la imposición de precios más altos que los competitivos dada una posición dominante desde la oferta, o con el pago de precios inferiores a los de una situación competitiva dada una posición dominante en la demanda; y abusos exclusorios, que son aquellos en los que la empresa en posición dominante interfiere con el proceso competitivo, tratando de acrecentar o proteger su posición a través de la eliminación de rivales actuales o de la disuasión a la entrada de rivales potenciales.

No puede escapar al análisis de la cuestión traída a resolver que el art. 1137 del Código Civil permite que las personas se pongan de acuerdo sobre una declaración de voluntad común que tenga por objeto reglar sus derechos y a su turno, el art. 1197 del mismo código prevé que las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma. El acuerdo de voluntades constituye, como principio, la expresión del ejercicio del derecho de comerciar libremente, garantizado por el art. 14 de la Constitución Nacional.

ES COPIA
GABRIELA VANINA ROGIANO
ABOGADA
T° 86 F° 253 C.P.A.C.F.

Ello sentado, de las constancias reunidas en autos se infiere que los profesionales que integran el Círculo Odontológico de Jujuy se han organizado para prestar sus servicios estando dentro de los objetivos de dicha asociación civil el de obtener condiciones de trabajo más ventajosas en los contratos celebrados con las obras sociales, por lo que la restricción de contratar individualmente tiene por contrapartida los beneficios derivados del poder de negociación colectiva dado por el vínculo asociativo; beneficios que estatutariamente deberían ser distribuidos igualitariamente entre todos los afiliados.

Sobre las bases fácticas y jurídicas que se han analizado y desarrollado a lo largo de esta resolución, se advierte que de los elementos reunidos en estas actuaciones no surge que al momento en que ocurrieron los hechos investigados se configuraran las situaciones denunciadas por la autoridad de aplicación, ya que la competencia está dada por empresas que rivalizan en un mercado ofreciendo o demandando un mismo producto o servicio y lo que se busca proteger es el interés económico general a partir de impedir -cuando así fuere- la distorsión de la competencia en el mercado; o, lo que es lo mismo, la CNDC debe impulsar las medidas consecuentes con la protección del mercado, en concordancia con el interés jurídico protegido por la LDC, que es el interés económico general y no el interés particular de los agentes del mercado (confr. Padilla, Roberto "Las medidas preventivas en el Derecho de la Competencia" La Ley, 2003-F, 934).

En ese sentido, la ley 25.156 en sus arts. 1 y 2 distingue dos figuras, la limitación, restricción o distorsión de la competencia, por una parte, y el abuso de posición dominante, por la otra, que sean, en ambos casos, contrarios al bienestar económico general en un mercado; no resultando razonable prohibir la integración vertical (ejemplo del círculo odontológico con una empresa de cobertura odontológica ni la celebración de contratos con las obras sociales y otras entidades) ya que puede estar basada en consideraciones de eficiencia productiva y transaccional, que además les generen a los pacientes la ventaja de poder elegir entre todos los odontólogos afiliados al Círculo; pero ello no debe convertirse en una barrera, es decir, no debería impedir que, cuando la alternativa sea mejor, se tenga la libertad de contratar (ver Germán Coloma -Universidad del CEMA: "La Ley Argentina

GABRIELA VANINI
ABOGADA
T° 86 F° 753 C.P.A.C.F.

FOLIO 9

de Defensa de la Competencia: cinco predicciones acerca de su aplicación": La Ley (Suplemento UCEMA), pp 1-2, 6/7/2007-).

Es que, las prácticas verticales que no afectan de manera directa a los usuarios finales de los productos no son violatorias de la ley de defensa de la competencia, máxime si tienen lugar en mercados en los que existe competencia y son realizadas de manera individual por una empresa que no tiene posición dominante en el mercado en cuestión; es decir que las restricciones verticales entre productores y distribuidores son en principio legales y no anticompetitivas (Ver Germán Coloma- Universidad del CEMA: "La Ley Argentina de Defensa de la Competencia: cinco predicciones acerca de su aplicación"; La Ley (Suplemento UCEMA), pp 1-2, 6/7/2007).

En definitiva, ha de tenerse en cuenta que las libertades de asociarse, de contratar comerciar y ejercer toda industria lícita están sujetas a las restricciones establecidas en las leyes que reglamentan su ejercicio, siempre que no desnaturalicen la sustancia de aquéllas (Fallos: 199:202; 292:517, considerando 5°). Entre ellas cabe contar las limitaciones contenidas en la ley 25.156, que condenan el aprovechamiento de una situación fáctica predeterminada (tal como lo es la preeminencia o dominio en un mercado) para ejercer un derecho propio de forma tal que menoscabe la igualdad de oportunidades de terceros para ejercer de manera concurrente el mismo derecho (Fallos: 328:1063); y que el derecho de libre asociación no se vulnera con el derecho de admisión en tanto y en cuanto los requisitos sean razonables y, en su caso, la no admisión -o exclusión- esté debidamente fundamentada de manera que permita analizar su razonabilidad.

Y en relación al abuso de la posición dominante se resalta la doctrina emanada de la CSJN (dictada durante la vigencia de la ley anterior, pero que mantiene actualidad por la similitud de la letra de la ley sobre el punto) en cuanto ha establecido que "el abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general" comprende tanto aquellas prácticas llevadas a cabo por quien ocupe una posición de dominio en el mercado que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia -v.gr. las que instauren barreras al ingreso de competidores- cuanto aquellas otras que, del mismo modo que las anteriores, menoscaben la eficiencia económica del mercado por medio de acciones reñidas con el interés

ES COPIA
GABRIELA VANINA ROGIANO
C.P.A.C.F.

de la comunidad -como ocurre cuando se reduce injustificadamente la oferta de bienes con el deliberado propósito de mantener un determinado nivel de precios-. En estos casos, la estrategia comercial, antes que prevalerse de una simple posición de dominio para obtener ganancias en el mercado, abusa de ellas al manipular artificialmente la oferta haciendo que el mercado sea menos eficiente en términos de cantidades y precios, con directa incidencia en el bienestar de los consumidores.

Tampoco escapan a la cuestión las pautas para evaluar el mercado de la salud elaboradas por la CNDC que permiten la fijación de precios cuando éstos surgen de negociaciones con los administradores de fondos para la salud o con sus representantes. Esta negociación colectiva sustituye a la competencia, ya que surge de negociación de partes con fuerzas equiparables (confr. La Ley 2004-C-, 1049 – ver también Círculo Odontológico de Catamarca y Coloma, Germán: "La Ley Argentina de Defensa de la Competencia: cinco predicciones acerca de su aplicación"; La Ley (Suplemento UCEMA), pp 1-2, 6/7/2007; autos Círculo Odontológico de Venado Tuerto resuelto por la CSJN en Fallos 328:1063).

En autos "ISSN c/ Colegio Médico de Neuquén" (1988) la CNDC absolvió al ente colectivo por considerar que se establecía una relación de equivalencia de fuerzas entre dos Entes que representaban a partes considerables de la oferta y la demanda, la cual podía ser asimilada a una situación de competencia y en las pautas para evaluar el mercado de la salud elaboradas por la CNDC se permite la fijación de precios cuando estos surgen de negociaciones con los administradores de fondos para la salud o con sus representantes. Esta negociación colectiva sustituye a la competencia ya que surge de negociación de partes con fuerzas equiparables (confr. Gabriel Martínez Medrano - "Boicot Empresarial y Defensa de la Competencia", La Ley 2004 – C, pág. 1049/1053).

En el precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación "Círculo Odontológico de Venado Tuerto" (Fallos: 328:1063) se ha dicho que impedir la reafiliación a profesionales que hubieran abandonado el Círculo Odontológico de Venado Tuerto para atender pacientes a través de otros sistemas de cobertura es una práctica anticompetitiva de carácter excluyente, pero no lo es respecto de la ilegalidad de que el Círculo pueda

GABRIELA VANINA ROGIANO
ABOGADA
T° 89 F° 753 C.P.A.C.F.

FOLIO 1C

exigirle a sus afiliados exclusividad; considerándose que el pedido de exclusividad no es violatorio de la ley de defensa de la competencia.

Cabe agregar además, que en el caso puntual bajo estudio los profesionales excluidos fueron incorporados a partir de la cautelar ordenada en sede administrativa el 3 de enero de 2005 (confr. fs. 229/233; fs. 276) y que el COJ incorporó al expediente constancias del inicio del trámite interno -llamado a asamblea general extraordinaria para el 23/7/2012-; copia del Acta de Asamblea N° 113 y presentación ante Fiscalía de Estado del Expte. N° 300-343-2012 para concretar la modificación del estatuto en el aludido art. 2° inc. "n" cuya revocación fue ordenada en la resolución en recurso (fs. 78/88), de forma tal que, por su propia conducta, estos aspectos de la resolución recurrida no le causan ningún agravio. Más aún cuando a lo largo de todo el procedimiento se dejó sentado que en la práctica ningún profesional quedó excluido efectivamente, lo que no fue rebatido en modo alguno y cuando el objeto del recurso bajo tratamiento está dirigido a que se deje sin efecto la multa aplicada al COJ, tal como surge de fs. 45 vta.

VI. 2. Perjuicio al interés económico general – Sanción de multa:

En relación a este aspecto, se advierte que la CNDC puntualizó que la conducta del COJ al impedirle a OSDE y a los profesionales contratar en forma directa las prestaciones odontológicas, al imponer que las prácticas se llevaran a cabo por reintegro fijando los valores decididos por la entidad y al intentar aplicar sanciones en base a una cláusula a todas luces restrictivas, configura abuso de la posición de mercado de la entidad con afección al interés económico general; concluyendo en que la conducta del COJ perjudicó a: 1) los profesionales que osaron contravenir lo ordenado por las autoridades del círculo; 2) a los socios que vieron restringido su acceso al mercado por fuera del COJ; 3) a los afiliados de OSDE quienes formaron parte de una entidad discriminada por el COJ y se vieron impedidos de acceder al resto de los profesionales que acataron la prohibición impuesta por el Círculo; 4) a los afiliados al resto de las obras sociales, como el caso de PAMI, ya que se les impidió contratar con los profesionales que no se avinieron a las exigencias del COJ; 5) al interés económico general en su conjunto que es el que se ve vulnerado cuando se llevan a cabo conductas que afectan la competencia.

USO OFICIAL

ES COPIA
GABRIELA VANINA ROGIANI
ABOGADA
T° 86 F° 753 C.P.A.C.F.

En definitiva sobre estas afirmaciones la CNDC dictaminó que la conducta investigada consistente en las restricciones impuestas a los profesionales asociados al COJ (no permitiendo que contraten directamente con administradoras de fondos para la salud y exigiendo que los afiliados fueran atendidos por reintegro, con la consecuente aplicación de sanción expulsiva) configura una restricción a la competencia con afectación al interés económico general por parte del COJ, por lo que dicha entidad era pasible de una sanción de multa aconsejada en $ 800.000 que fue admitida por el Secretario de Comercio Interior (confr. fs. 29/30).

Frente a ello, para cuestionar la sanción de multa ($ 800.000) el COJ invocó como agravio la inexistencia de "posición dominante" y cuestionó la expresión "interés económico general".

Como se viene diciendo, bajo el prisma de la CNDC se establecieron como elementos que se conjugaron para determinar posición dominante del Círculo Odontológico de Jujuy: 1) las restricciones impuestas a los profesionales asociados al COJ, no permitiendo que contraten directamente con administradoras de fondos para la salud (OSDE) y exigiendo que, resuelto el contrato los afiliados fueran atendidos por reintegro; y 2) con la consecuente aplicación de sanción expulsiva prevista en el Estatuto; lo que configura una restricción a la competencia con afectación al interés económico general por parte del COJ porque sostuvo que con ello anuló toda posibilidad de competencia por fuera del Círculo, restringiendo el acceso al mercado a los profesionales.

Sin embargo, lo cierto es que la provincia de Jujuy tenía 670.766 habitantes (año 2007) y que la Organización Mundial de la Salud tiene establecido que cada 1.500 ciudadanos se requiere de 1 odontólogo, por lo que se necesitarían de 447,17 profesionales para atender la población en la proporción indicada mientras que en la provincia hay matriculados 610 profesionales. Este solo dato ya delinea la problemática de mercado que no aparece como emergente, al menos en forma categórica, de una supuesta actividad dominante del COJ en el mercado de Jujuy.

De ese total de 610 profesionales, hay 333 afiliados al COJ. Además, hay por lo menos 41 obras sociales (mutuales y administradoras en general) que se desempeñan en la provincia (ver fs. 25), y en total reúnen

GABRIELA MARIA ROGIANO
ABOGADA
T° 88 F° 753 C.P.A.C.F.

Dir. de Legales del Area de Comercio Interior FOLIO 11

235.330 afiliados. Conforme constancias del expediente administrativo acompañado, las administradoras mas relevantes en cantidad de afiliados, trabajan por fuera del COJ con sus propios sistemas de contratación pudiéndose nombrar al respecto, con excepción del Instituto de Seguros de Jujuy, el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados -INSSJP/ PAMI- que tiene en la provincia 46.058 afiliados (fs. 851); la Obra Social del Personal del Azúcar del Ingenio Ledesma que informó tener 13.946 afiliados atendiéndolos con profesionales ajenos al COJ (fs. 929/930); OSECAC con 12.193 afiliados (fs. 909); OSPLAD con 6.144 afiliados atendidos por prestadores varios (fs. 730); y OSDE que tiene una población de 7.771 afiliados en la provincia. Aproximadamente 4 obras sociales tienen más de 5.000 afiliados y el resto apenas alcanzan a 1.000.

Los 32 profesionales que fueron sancionados con la exclusión del COJ -que según la entidad nunca llegó a efectivizarse lo que no fue rebatido en el expediente- (representan un 10% sobre el total de asociados al COJ) atendían a pacientes afiliados a OSDE. La Dra. Viviani mencionó que el hecho de dejar de trabajar para OSDE le afectaba por encima del 80% de su facturación mensual, y que, con la actitud del COJ, se redujo la oferta de prestaciones odontológicas en un 10%; añadiéndose que en el caso bajo examen, fue la propia CNDC la que -al analizar la procedencia de la cautelar- dijo que "el planteo formulado por la denunciante se basa en que la presunta responsable habría decidido expulsar a los médicos odontólogos atentando contra la libre competencia, reduciendo la oferta de prestaciones odontológicas en un 10 % (confr. fs. 232 1° Cuerpo Expte. Adm.)

En ese contexto válido es recordar que la posición dominante la tiene quien es la única oferente o quien, sin serlo, no está expuesta a una competencia sustancial de manera que pueda influir notablemente en las condiciones de dicha competencia sin tener que someterse a ellas. Pero, lo que resulta clave, es que además, debe abusar de esa posición de dominio, sin que en el caso del COJ y con los elementos reunidos en las actuaciones se advierta -como se viene sosteniendo- que existiera tal situación.

Por otra parte, la CNDC estableció que la conducta del COJ perjudicó a los profesionales que no acataron su orden; a los otros asociados al COJ; a los afiliados de OSDE (que se vieron impedidos de acceder al resto

ES COPIA
...NIELA VANINA ROGIAN
ABOGADA
T° 86 F° 758 C.P.A.C.F.

de los profesionales que sí acataron la orden del COJ); a los demás afiliados a otras obras sociales, y al interés económico general.

Sin embargo, de las constancias analizadas no se advierten acreditados esos extremos, limitándose la resolución a efectuar la enumeración que se señala, sin explicar qué parte de la población de Jujuy vio restringido su acceso al mercado; o cómo, o en qué condiciones; o quiénes vieron negada la posibilidad de acceder a prestadores odontológicos; en qué influyó la conducta del COJ para cambiar de manera sustancial las normas o reglas del mercado prestacional en ese ámbito geográfico, o por cuanto tiempo se sostuvo la práctica y las consecuencias de su mantenimiento; en fin, siempre teniendo presente que en el área de la salud el mercado es bastante más complejo que para otros productos o servicios y está sujeto, de por sí, a normas que lo contienen y lo regulan; con particularidades distintivas en la formación de precios de los diferentes servicios (o prácticas); sumado a la fuerza que revisten las obras sociales, mutuales y administradoras en general en las negociaciones con los demás sujetos, no solo los profesionales sino también las clínicas, etc.; entre otras cuestiones que se estiman relevantes para poder determinar, a la luz de la ley de defensa de la competencia la configuración de conductas sancionadas y que, por ende, ameriten serlo.

En el caso se advierte que el COJ, que nuclea un porcentaje de la oferta de odontólogos de la provincia de Jujuy, puede sentarse a negociar con las obras sociales en defensa de los profesionales, ya que la relación entre un odontólogo y una obra social es desigual, con lo cual no puede, en principio, sancionarse la voluntad de estos de agruparse en defensa de sus derechos.

Por lo demás, la eventualidad de efectos dañosos fue rápidamente corregida a partir de la cautelar dispuesta, la que en la práctica mantuvo sus efectos hasta la actualidad, ya que ni la Dra. Viviani ni sus colegas excluidos sufrieron dicha sanción en forma efectiva, tal como surge de lo manifestado a fs. 46 vta./47 que no fuera objeto de discusión alguna.

En conclusión, siendo que el abuso sancionable es el acto ilegítimo que, basado en la posición de dominio que se ejerce, cause una limitación de la competencia que sea contrario al bienestar económico general en un mercado, resulta que en el caso y en función de los elementos reunidos

GABRIELA VANINA ROGIANO
ABOGADA
T° 86 F° 753 C.P.A.C.F.

FOLIO 12

en autos la estrategia comercial del COJ no consistió en abuso de posición dominante hábil para manipular artificialmente la oferta y demanda de servicios odontológicos de Jujuy haciendo que el mercado sea menos eficiente, con incidencia directa en el bienestar de los consumidores (pacientes).

Y en esta línea de pensamiento, para hablar de abuso de posición dominante primero hay que probar tal posición dominante, lo que no sucede en autos a partir de los datos aportados por las partes en el expediente.

Es que fue la misma CDNC la que dijo que para que la conducta pueda ser encuadrada en la LDC es necesario que tenga entidad para limitar, restringir o distorsionar la competencia; o bien que implique abuso de una posición de dominio que represente perjuicio para el interés económico general (confr. fs. 18), cuando, sin embargo, no se probó la posición dominante, al menos del modo tan categórico como el que se pretende: ni, por tanto, el abuso hecho de esa supuesta posición. Tampoco se advierten probadas la o las conductas desplegadas por el COJ que, de manera concreta, hayan distorsionado la competencia generando perjuicio para el interés económico general, puesto que para que una conducta unilateral de una empresa pueda afectar el régimen de competencia se requiere necesariamente que cuente con poder de mercado suficiente, ya que sin él, aquella no se restringe unilateralmente.

De todo lo expuesto se deduce que no puede recurrirse a la ley de defensa de la competencia para sancionar una conducta que no afecte o restringa precisamente el régimen de competencia. El derecho como sistema de reglas exige que quienes asumen el enjuiciamiento de casos particulares se limiten a aplicar la norma adecuada, interpretándola debidamente (ver Gabriel Bouzat - "El abuso de posición dominante – un comentario al fallo YPF S.A." La Ley t. 2003-B-pág. 232).

Que a mayor abundamiento se entiende importante puntualizar que las cuestiones ajenas a la ley de defensa de la competencia, así como las intrasocietarias y los eventuales daños y perjuicios generados a instituciones o personas individuales, escapan a la esfera de análisis de la CNDC y, por ende, no corresponde sean tratadas por este Tribunal, más aún cuando surge de autos que todo lo relacionado a las decisiones internas,

ES COPIA
GABRIELA VANINA ROCIANO
ABOGADA
T° 86 F° 53 C.P.A.C.F.

asambleas, representaciones e incluso eventuales daños a los profesionales que se sintieron perjudicados están siendo debatidos en la Justicia de la Provincia de Jujuy.

VII. Costas

Las costas se imponen por el orden causado atento la complejidad del asunto plasmado en los considerandos de la presente (art. 68, 2do. párrafo, CPCyCN).

Por lo que, se

RESUELVE:

I) HACER LUGAR al recurso de apelación deducido por el Círculo Odontológico de Jujuy en los términos que surgen de los considerandos y, en consecuencia, **REVOCAR** la Resolución N° 44 de la Secretaría de Comercio Interior de fecha 7 de junio de 2012 en relación a la imposición de la multa de $ 800.000.

II) ESTABLECER que el recurso contra el artículo 1 de la Resolución N° 44 de la Secretaría de Comercio Interior carece de actual agravio, tal como fluye de los considerandos.

III) DISTRIBUIR las costas por el orden causado.

IV) REGISTRESE, notifíquese, y oportunamente archívese.

El Dr. Renato Rabbi-Baldi Cabanillas no firma la presente por encontrarse en uso de licencia, dejándose constancia de que participó de las deliberaciones.

ac

169

GABRIELA VANINA ROCIANO
ABOGADA
T° 753 C.P.A.C.F.