

UNIVERSIDAD  
AUSTRAL



UNIVERSIDAD AUSTRAL – FACULTAD DE DERECHO – MAESTRÍA DE DERECHO  
EMPRESARIO -TESIS FINAL

# Abuso de la Posición Dominante y su influencia en los Mercados

---

Tesis Final para optar por el título de  
Magíster en Derecho Empresario

BUENOS AIRES, 2019

Autor: Mayra Luciana Abraham  
DNI:34.132.961

Director: Mag. Lorena Fabris

# **ÍNDICE.-**

<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>3</b>
<b>CAPÍTULO I: PRÁCTICAS ABUSIVAS.....</b>	<b>5</b>
<b>I.1- Razones de su Regulación.....</b>	<b>5</b>
<b>I.2- Fuentes del Artículo.....</b>	<b>5</b>
<b>I.3- El Trato Digno.....</b>	<b>6</b>
<b>I.4- La Prohibición de Discriminar y la Libertad de Contratar.....</b>	<b>8</b>
<b>I.5- Actos Violatorios Per- Se. “RULE OF REASON”.....</b>	<b>10</b>
<b>I.5.1- La Regla de la Razón.....</b>	<b>10</b>
<b>I.5.2- El Criterio General adoptado en la República Argentina.....</b>	<b>12</b>
<b>CAPÍTULO II: ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE.....</b>	<b>14</b>
<b>II.1- El Abuso de la Posición Dominante.....</b>	<b>14</b>
<b>II.2- El Poder de Mercado.....</b>	<b>17</b>
<b>II.3- La Relación entre la Posición Dominante y la Participación en el Mercado.....</b>	<b>18</b>
<b>II.4- Pautas para Determinar la Existencia de la Posición Dominante.....</b>	<b>19</b>
<b>II.4.1- Delimitación del Mercado Relevante.....</b>	<b>19</b>
<b>II.4.2- Determinación de la Posición Dominante en el Mercado Relevante.....</b>	<b>20</b>
<b>II.5- El Interés Económico General y el Abuso de la Posición Dominante.....</b>	<b>23</b>

<b>II.5.1-</b> Afectación al Interés Económico General.....	<b>23</b>
<b>II.5.2-</b> Perjuicio Efectivo vs. Perjuicio Potencial.....	<b>25</b>
<b>CAPÍTULO III: ACTOS Y CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS.....</b>	<b>28</b>
<b>III.1-</b> Actos y Conductas Anticompetitivas en la Nueva Ley 27.442: Concentración Económica.....	<b>28</b>
<b>III.2-</b> Clasificación y ejemplos de Abuso de la Posición Dominante.....	<b>29</b>
<b>III.2.1-</b> Abuso de Posición Dominante Anticompetitivo o Excluyente.....	<b>29</b>
<b>III.2.2-</b> Abuso de Posición Dominante Explotativo.....	<b>33</b>
<b>III.2.3-</b> La Actual Legislación 27.442.....	<b>37</b>
<b>CONCLUSIÓN.....</b>	<b>49</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>42</b>

## INTRODUCCIÓN

Los actos anticompetitivos distorsionan y alteran la libre competencia de los mercados. La normativa existente en nuestro país en materia de defensa de la competencia tiene por finalidad el control de las concentraciones económicas y el análisis de las conductas anticompetitivas. La sanción y promulgación de la ley 27.442 importó un avance significativo en el desarrollo del régimen de defensa de la competencia en la Argentina. Es un sano regreso al sendero correcto en el diseño institucional, incorporando e innovando en otras áreas, conforme lo exige la práctica más moderna en materia de defensa de la competencia en el mundo, y surgió para subsanar las carencias de las anteriores leyes 22.262 y 25.156.

Este trabajo busca puntualizar conceptos fundamentales, especificar las problemáticas y desarrollar las futuras soluciones; basándose en la nueva legislación, la Ley 27.442.

A lo largo de esta exposición, se plantea el problema base: “afectación del interés económico general”, se analizan las causas “los diferentes modos que aparece el abuso de la posición dominante en el mercado” y se plantean soluciones “todas las sanciones a los actos y conductas anticompetitivas”.

- UNA CONSIDERACIÓN INICIAL.

Para analizar el tema, cabe puntualizar el concepto de prácticas comerciales.

Han sido definidas como "procedimientos, mecanismos, métodos o técnicas utilizados por los proveedores para fomentar, mantener, desenvolver o garantizar la producción de bienes y servicios al destinatario final"<sup>1</sup>. Más sintéticamente, se dice que son "todos los mecanismos, técnicas y métodos que sirven, directa o indirectamente para facilitar la salida de la producción"<sup>2</sup>. El art. 19.2, 2º párrafo, del Decreto legislativo 1/2007 del

---

<sup>1</sup> LORENZETTI, Ricardo, Consumidores, 2º ed., Bs. As., ed. Rubinzal, 2009, pág. 158. El autor se apoya en el código de defensa del consumidor de Brasil. Conforme con la definición, JAPAZE, Belén, La publicidad comercial y las prácticas comerciales, en RUSCONI, Dante (coordinador), Manual de derecho del consumidor, Bs. As., ed. A. Perrot, 2009, pág. 296.

<sup>2</sup> STIGLITZ, Rubén, Lealtad comercial, prácticas comerciales abusivas y publicidad en el código civil y comercial de la Nación, en LORENZETTI, Ricardo (director) Código civil y comercial de la Nación, Bs. As. Suplemento especial La Ley, 2014, pág. 103.

16/11/2007 de España, en seguimiento de la directiva europea 2005/29/CE dice que son: "todo acto, omisión, conducta o manifestación o comunicación comercial, incluidas la publicidad y la comercialización, procedente de un comerciante y directamente relacionado con la promoción, la venta o el suministro de un producto a los consumidores, con independencia de que sea realizada antes, durante o después de una operación comercial".

Tales prácticas, normalmente lícitas, no siempre son "sanas". Las que enferman el mercado, las abusivas, el derecho norteamericano las reputa "*unfair*". Más aún, algunos autores argentinos las califican de "la forma más perversa de actuación de las empresas"<sup>3</sup>. Se vinculan a cuestiones muy diversas: la información y publicidad, las marcas, el *overbooking* o sobreventa, el acoso a clientes potenciales<sup>4</sup>, etc.

En el comercio informático aparecen, entre otras, el *spamming* (envío de mails no solicitados), el *cybersquatting* (asociación de páginas), etc.<sup>5</sup>. Algunas de estas prácticas son posibles porque se realizan a través de grandes grupos económicos; otras son tan sutiles que en algunos países se discrepa si son o no conductas ilícitas (por ej., enviar tarjetas de créditos a los clientes de un banco sin su solicitud expresa), etc. El tema se incluye, como tantos otros, en uno más amplio, desde que son situaciones irregulares que pueden ser miradas bajo el prisma de la buena fe, el abuso del derecho, el orden público, las buenas costumbres, etc. Por lo demás, en cada sector (bancos, agencias de turismo, seguro, etc.) se verifican prácticas abusivas diferentes, todo lo cual da al tema una gran extensión<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup>GHERSI, Carlos y WEINGARTEN, Celia, Visión integral de la nueva ley del consumidor, en VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, Reforma a la ley de defensa del consumidor, Bs. As. ed. La Ley, 2008, pág. 59.

<sup>4</sup> El tema del acoso de los turistas en el tiempo compartido preocupó a la Comisión Europea desde los inicios de esta forma de comercialización. Ver respuesta de la Sra. Scrivener, en nombre de la comisión, 30/6/1993, en Anuario de Derecho civil, Madrid, t. XLVII, Enero-Marzo 1994, pág. 249.

<sup>5</sup> LORENZETTI, Ricardo, Consumidores, 2º ed., Bs. As., ed. Rubinzal, 2009, pág. 174/178.

<sup>6</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. "Prácticas abusivas en los contratos de consumo". Contratos 2015 (febrero), 25/02/2015, 237 Cita Online: AR/DOC/392/2015.

## CAPÍTULO I: PRÁCTICAS ABUSIVAS.

### I.1-RAZONES DE SU REGULACIÓN.

La ley actual contiene la siguiente norma: "Trato digno. Prácticas abusivas. Los proveedores deberán garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios. Deberán abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias. trato digno, trato equitativo, no discriminatorio, protección de la dignidad de la persona, tutela de la libertad de contratar, con lo cual se alcanza un espectro de situaciones amplio que la jurisprudencia, la doctrina o la legislación especial pueden desarrollar".

### I.2-FUENTES DEL ARTÍCULO.

Como se recuerda en esos Fundamentos, el derecho del consumidor a condiciones de trato equitativo y digno tiene base constitucional. En efecto, el art. 42 de la CN dispone: *"Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho en la relación de consumo, a la protección de su salud seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno"*.

En el actual Código Civil y Comercial, en su art. 11, hace referencia al abuso de la posición dominante en el mercado, cuando viole la buena fe y exista un abuso de derecho, sin perjuicio de las disposiciones específicas contempladas en leyes especiales. Este derecho, aunque no era ajeno a la originaria ley de protección de los consumidores (de ahora en adelante LPC) n° 24.240, se incorporó en forma expresa, en el art. 8 bis, en 2008. La doctrina nacional aplaudió el nuevo texto. Más aún, se lo ha considerado uno de los aportes de mayor trascendencia de la ley 26.361<sup>7</sup>. El artículo referido se inspiró

---

<sup>7</sup>FRUSTAGLI, Sandra y FRENEDASAIEG, Mónica, Las prácticas abusivas en la ley de defensa de consumidor. Implicancias en orden a la responsabilidad profesional del abogado, en Rev. Responsabilidad civil y seguros, año XI, Setiembre de 2009, pág. 16; QUAGLIA, Marcelo C., Trato digno y prácticas abusivas. Análisis del art. 8 bis de la ley 24.240, en Rev. Responsabilidad civil y seguros, año XIII, n° 3, marzo 2011 pág. 50.

en el Código de defensa de consumidor de Brasil (art. 39 y cons.) que establece un listado, no taxativo, de prácticas abusivas prohibidas a los proveedores.

En la Exposición de Motivos de ese código se lee: "El código prevé una serie de comportamientos, contractuales o no, que abusan de la buena fe del consumidor, así como de su situación de inferioridad económica o técnica. Es comprensible, por lo tanto, que tales prácticas sean consideradas ilícitas por sí mismas, independientemente de que causen un daño o no. Para ellas rige la presunción absoluta de ilicitud. Son prácticas que aparecen tanto en el ámbito de la contratación como también fuera de éstas, sea a través de almacenamiento de información sobre el consumidor, sea mediante la utilización de procedimientos vejatorios de cobranza de sus deudas".

En definitiva, en ese ordenamiento latinoamericano, a título enunciativo, se prohíben ciertas prácticas del proveedor, como condicionar el suministro de producto o servicio a la provisión de otro producto o servicio, exigir al consumidor una ventaja notoriamente excesiva, transmitir información despreciativa referente a un acto practicado por el consumidor en el ejercicio de sus derechos, entre otras<sup>8</sup>.

### **I.3-EL TRATO DIGNO.**

El art. 1097 del CCyC, titulado trato digno, contiene tres frases:

- Los proveedores deben garantizar condiciones de atención y trato digno a los consumidores y usuarios.
- La dignidad de la persona debe ser respetada conforme a los criterios generales que surgen de los tratados de derechos humanos.
- Los proveedores deben abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias.

---

<sup>8</sup>WAJNTRAUB, Javier, Justicia del consumidor. Nuevo régimen de la ley 26.993, Bs As., ed. Rubinzal, 2014, pág. 153; MOSSET ITURRASPE, Jorge y WAJNTRAUB, Javier, Ley de defensa del consumidor, Bs. As., ed. Rubinzal, 2008, pág. 106; conf. LORENZETTI, Ricardo, Consumidores, 2° ed., Bs. As., ed. Rubinzal, 2009, pág. 166; TINTI, Guillermo P y CALDERON, Maximiliano, Derecho del consumidor, 3° ed., Córdoba, ed. Alveroni, 2011, pág. 63.

En la legislación argentina, el “TRATO DIGNO”, aparece expresamente protegido en el derecho de los consumidores y sobre todo en la Constitución Nacional, en su ART. 45; y en el derecho comparado aparece en numerosas leyes.

Dentro de lo referido a la obligación de garantizar "condiciones de atención". La expresión genérica condiciones de atención se traduce en deberes concretos y circunstanciados. Obviamente, estas condiciones de atención dependen, en cada caso, de las circunstancias del mercado, condiciones del lugar, etc.<sup>9</sup>. El cumplimiento de estas obligaciones específicas implica tener personal capacitado para atender al público de manera eficiente. Significa, además, tener que organizarse previamente para, entre otras cosas, evitar largas esperas; informar sobre de los plazos de espera y cómo conducirse con máquinas predispuestas para contratar o recibir pagos, responder adecuadamente a las necesidades de personas con discapacidad, etc.

Para analizar la prohibición de poner al consumidor en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias, debe hacerse las siguientes aclaraciones:

(a) La terminología. Vergonzante es todo aquello que puede resultar deshonroso, humillante, perturbador. Se trata de evitar situaciones que pongan al consumidor en vergüenza, ridículo, absurdo o incomodidad. Vejatorio alude a conductas del proveedor representativas de maltratos, persecuciones, perjuicios o padecimientos. Intimidatorio refiere a comportamientos que infunden temor.

(b) La variedad de comportamientos incluidos. La amplitud terminológica permite subsumir múltiples comportamientos que hoy se observan en el mercado y otros que puedan ser diseñados en el futuro<sup>10</sup>. Claro está, la calificación de abusiva depende de las circunstancias del caso y de cómo se llevan adelante ciertas prácticas comerciales. Así, por ej., en los supermercados es común ejercer control sobre los clientes para verificar robos; muchas veces, incluso, se sirven de alarmas electrónicas. La práctica, en sí misma, no es abusiva, pero puede serlo si va acompañada de otras circunstancias: i) la detención del consumidor durante 45

---

<sup>9</sup> MOLINA SANDOVAL, Carlos, Reformas sustanciales, en VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, Reforma a la ley de defensa del consumidor, Bs. As. ed. La Ley, 2008, pág. 93.

<sup>10</sup>FRUSTAGLI, Sandra y HERNÁNDEZ, Carlos, Primeras consideraciones 2008-II-1217; conf. RUSCONI, Dante, Prácticas comerciales ilícitas en Brasil, en LL 2013-E-311.

minutos para revisarlo, el resultado es negativo y la empresa se niega a pedir disculpas públicas; ii) el cliente es llevado reciamente, a empujones, hacia una habitación privada, etc. En suma, el indiscutible derecho de vigilancia de la empresa no puede ejercerse en detrimento del honor, la integridad física o psíquica de las personas.

(c) Algunas prácticas intimidatorias. La gestión de cobro. El art. 8 bis de la LPC dispone que "en los reclamos extrajudiciales de deudas, los proveedores deberán abstenerse de utilizar cualquier medio que le otorgue la apariencia de reclamo judicial". La prohibición pretende poner fin a ciertas prácticas relacionadas con métodos de cobranza de morosos mediante las cuales se persigue el cobro invistiendo al requerimiento con apariencia de reclamo judicial<sup>11</sup>. Normalmente, quienes incurren en este tipo de conductas son abogados. Los profesionales, en general, están excluidos del ámbito de la ley, pero ingresan por vía del art. 8 bis, que expresamente se refiere a quien actúa en nombre del proveedor<sup>12</sup>.

#### **I.4-LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINAR Y LA LIBERTAD DE CONTRATAR.**

El Código Civil y Comercial argentino, en su artículo 1098 impone al proveedor dar a los consumidores un trato equitativo y no discriminatorio, por lo que le prohíbe establecer diferencias basadas en pautas contrarias a la garantía constitucional de igualdad, en especial, la nacionalidad de los consumidores.

En diferentes fallos y normativas nacionales e internaciones, se puede observar que se busca siempre evitar todo tipo de discriminación de cualquier índole; ya sea, raza, ideología, discapacidad, condición social, la orientación sexual o la nacionalidad.

Por otra parte, el artículo 1099 cierra la sección prohibiendo las prácticas que "limitan la libertad de contratar del consumidor, en especial, las que subordinan la provisión de productos o servicios a la adquisición simultánea de otros, y otras

---

<sup>11</sup> VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto y AVALLE, Damián, Reformas a la ley de defensa de los consumidores y usuarios, LL 2008-D-1068.

<sup>12</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. "Prácticas abusivas en los contratos de consumo". Contratos 2015 (febrero), 25/02/2015, 237 Cita Online: AR/DOC/392/2015.

similares que persigan el mismo objetivo". Todo consumidor debería gozar de la efectiva libertad de elección mencionada en el art. 42 de la CN ya transcripto.

Se ha sostenido con razón que "la libre elección, basada en precios justos y variedad de productos y servicios, supone un adecuado funcionamiento de las reglas de libre competencia y abastecimiento y fundamentalmente, la eliminación de políticas económicas que excluyen a determinados sectores de la población al acceso al consumo"<sup>13</sup>.

Las maneras en qué el consumidor pierde o limita su libertad de elección son muy variadas. Así, por ej., la directiva 2005/29 CE, distingue entre prácticas engañosas y agresivas. Las agresivas están definidas en el art. 8: "Se considerará agresiva toda práctica comercial que, en su contexto fáctico, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias, merme o pueda mermar de forma importante, mediante el acoso, la coacción, incluido el uso de la fuerza, o la influencia indebida, la libertad de elección o conducta del consumidor medio con respecto al producto y, por consiguiente, le haga o pueda hacerle tomar una decisión sobre una transacción que de otra forma no hubiera tomado".

El art. 9 completa el panorama con el siguiente texto: "Para determinar si una práctica comercial hace uso del acoso, la coacción, con inclusión del uso de la fuerza, o la influencia indebida se tendrán en cuenta: a) el momento y el lugar en que se produce, su naturaleza o su persistencia; b) el empleo de un lenguaje o un comportamiento amenazador o insultante; c) la explotación por parte del comerciante de cualquier infortunio o circunstancia específicos lo suficientemente graves como para mermar la capacidad de discernimiento del consumidor, de los que el comerciante tenga conocimiento, para influir en la decisión del consumidor con respecto al producto; d) cualesquiera obstáculos no contractuales onerosos o desproporcionados impuestos por el comerciante cuando un consumidor desee ejercitar derechos previstos en el contrato, incluidos el derecho de poner fin al contrato o el de cambiar de producto o de comerciante; e) la amenaza de ejercer cualquier acción que, legalmente, no pueda ejercerse".

---

<sup>13</sup> STIGLITZ, Gabriel y STIGLITZ, Rubén, Derechos y defensa del consumidor, Bs. As., ed. La Rocca, 1994, pág. 42.

En la República Argentina, los términos amplios de la norma también comprenden otras prácticas vedadas, en el art. 2 de la actual ley 27.442, se hace una descripción de las prácticas que se consideran restrictivas de la competencia y que producen un perjuicio al interés económico general; como lo son:

- a) Concertar en forma directa o indirecta el precio de venta o compra de bienes o servicios al que se ofrecen o demanden en el mercado;
- b) Establecer obligaciones de (i) producir, procesar, distribuir, comprar o comercializar sólo una cantidad restringida o limitada de bienes, y/o (ii) prestar un número, volumen o frecuencia restringido o limitado de servicios;
- c) Repartir, dividir, distribuir, asignar o imponer en forma horizontal zonas, porciones o segmentos de mercados, clientes o fuentes de aprovisionamiento;
- d) Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en licitaciones, concursos o subastas<sup>14</sup>.

## **I.5-ACTOS VIOLATORIOS *PER-SE*. “*RULE OF REASON*”.**

### **• I.5.1- LA REGLA DE LA RAZÓN.**

La aplicación de la regla de la razón, o *rule of reason*, implica que para determinar si un acto es violatorio de la competencia debe, previamente, establecerse su impacto sobre la concurrencia, comparándose los efectos beneficiosos y pernicioso que podría generar. Dicha norma surge de un principio básico del derecho occidental, la presunción *iuris tantum* de legalidad, toda persona es inocente hasta que se demuestre lo contrario.<sup>15</sup>

Bajo la regla de la razón, una vez que los actos investigados son encuadrados dentro de los que se consideran presuntamente perjudiciales a la competencia, la determinación de su ilicitud queda sujeta a la discreción de las autoridades administrativas o judiciales

---

<sup>14</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. “Prácticas abusivas en los contratos de consumo”. Contratos 2015 (febrero), 25/02/2015, 237 Cita Online: AR/DOC/392/2015.

<sup>15</sup> LAMBERT, Ariel D. “El abuso de Posición Dominante en la Defensa de la Competencia”. Revista Argentina de Derecho Empresario. N°1- 15/06/05. <https://ar.ijeditores.com/articulos.php?idarticulo=40361>.

intervinientes, quienes deberán analizar su razonabilidad, sus propósitos, sus efectos sobre la competencia y el desenvolvimiento de los mercados<sup>16</sup>, ya que solo se castigan las restricciones indebidas al comercio.

La *rule of reason* es una creación jurisprudencial que nació en los EEUU para mitigar la rigurosa prohibición que se desprende del art. 1 de la *Sherman Act*. A partir del caso “*Standard and Oil*”, la Corte Suprema de los EEUU adoptó el principio de razonabilidad, señalando que solamente eran punibles las restricciones indebidas al comercio. Ese criterio fue convalidado en “*Board of Trade of City of Chicago*”, en donde se sostuvo que si bien toda regulación al comercio lo restringe, debe evaluarse si dichas limitaciones tienen efectos nocivos sobre la competencia<sup>17</sup>.

En la UE no existen actos ilegales en sí mismos. El Tratado de Roma de 1957 castiga todos aquellos actos anticompetitivos que puedan afectar el comercio y contempla expresamente ciertas excepciones, relacionadas con aquellas conductas que sean aptas para mejorar la producción e intercambio de bienes y servicios. Ello hace que muchos actos susceptibles de ser tildados de anticompetitivos puedan no tener sanción alguna, simplemente por no restringir el comercio o por resultar beneficiosos para la comunidad<sup>18</sup>. Sin embargo, algunos autores entienden que las excepciones a las que hace referencia el art. 81 del Tratado de Roma de 1957 no deben entenderse como la consagración de la regla de la razón, ya que este criterio se utiliza para encuadrar (o no) determinados actos o conductas como restricciones a la competencia y, las exclusiones a las que se refiere la norma, resultan aplicables luego de que la restricción como tal ya se encuentra probada y es susceptible de ser sancionada<sup>19</sup>.

En oportunidad de comentar diversos proyectos legislativos<sup>20</sup> tendientes a modificar la derogada Ley N° 22.262, se sostuvo la inconveniencia de establecer actos violatorios de

---

<sup>16</sup>Cfr. CABANELLAS DE LAS CUEVAS (h), Guillermo, “Derecho...” cit., pág. 80.

<sup>17</sup>Cfr. CABANELLAS DE LAS CUEVAS (h), Guillermo, “Derecho...” cit., págs. 80 y 81; CARBAJALES, Mariano O. y MARCHESINI, Dardo, ob. cit., pág. 51; OTAMENDI, Jorge, “Presupuestos...” cit., pág. 913. <https://ar.ijeditores.com/articulos.php?idarticulo=40361>.

<sup>18</sup>Cfr. OTAMENDI, Jorge, “El interés...” cit., pág. 1089.

<sup>19</sup>Cfr. VILA COSTA, Blanca, “El abuso de posición dominante en la CEE”, Instituto Nacional de la Administración Pública, 1979, Madrid, pág. 59. <https://ar.ijeditores.com/articulos.php?idarticulo=40361>.

<sup>20</sup> LAMBERT, Ariel D. “El abuso de Posición Dominante en la Defensa de la Competencia”. Revista Argentina de Derecho Empresario. N°1- 15/06/05. <https://ar.ijeditores.com/articulos.php?idarticulo=40361>.

la competencia *per se*<sup>21</sup>, ya que la indagación en las bondades o perjuicios de tales actos era considerada más apropiado<sup>22</sup>.

Apoyando la regla de la razón como parámetro para determinar la ilicitud de actos presuntamente anticompetitivos, se ha dicho que la enumeración de actos sancionables por sí mismos no resultaría congruente con los principios constitucionales imperantes en la República Argentina, que básicamente promueven la libertad de comercio<sup>23</sup>.

- I.5.2- El criterio general adoptado en la República Argentina.

El art. 1 de la Ley N°27.442 prevé que para que un acto o conducta pueda ser castigado debe, necesariamente, ser capaz de afectar el interés económico general. Este requisito implica que bajo dicha norma ninguna conducta es *per se* ilegal, sino que en cada caso debe ser analizado su impacto económico a efectos de determinar si perjudica o no a al interés económico general. *“Están prohibidos los acuerdos entre competidores, las concentraciones económicas, 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”*.

La doctrina económica considera adecuada la sujeción a la regla de la razón por parte de la legislación local porque no existe una visión estática de los distintos conceptos utilizados por las normas para condicionar su aplicación (interés económico general, competencia sustancial o mercado relevante) y, además, porque con la fijación de conductas ilegales por sí mismas, serían difíciles contemplar las distintas excepciones necesarias para plasmar los cambios que acontecen en la economía. Inclusive, algunos autores señalan que en el derecho argentino la distinción entre actos sujetos a la regla *per se* y a la de la razón resulta irrelevante, ya que en todos los casos debe evaluarse el efecto de los actos que se analicen sobre la competencia y, sobre todo, su afectación al interés económico general.

---

<sup>21</sup>Cfr. MARCHESINI, Dardo, ob. cit., pág. 41.

<sup>22</sup>Cfr. O'FARRELL, Jorge E. y VERA VILLALOBOS, Enrique, ob. cit., págs. 1100 y 1101.

<sup>23</sup>Cfr. CARBAJALES, Mariano O., ob. cit., pág. 6.

La doctrina se ha expedido en términos similares respecto al art. 2 de la Ley N°27.442, señalando que si bien se enumeran una serie de conductas que se presumen infractoras, únicamente constituyen prácticas violatorias de la competencia si configuran las hipótesis del art. 1, es decir, si tienen aptitud para lesionar el interés económico general.

El análisis de los actos susceptibles de configurar un abuso de posición dominante es un cabal ejemplo de la aplicación de la regla de la razón, ya que tal situación no es sancionada en sí mismas, sino que debe acreditarse un ejercicio abusivo del poder de mercado<sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup>Cfr. MARTÍNEZ MEDRANO, Gabriel A. y SOUCASSE, Gabriela, “El abuso de posición dominante en la ley de defensa de la competencia”, J.A. del 3.7.2002, pág. 34.

## CAPÍTULO II: ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE.

### II.1-EL ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE.

La derogada Ley 22.262, utilizaba la noción de "abuso de posición dominante" para encuadrar ciertos actos o conductas dentro del tipo de prácticas que considera anticompetitivas. Este es un concepto que la ley argentina toma del artículo 86 del Tratado de Roma de la Comunidad Europea (1957) y de otros antecedentes principalmente españoles y alemanes.

En ese sentido, se lo interpreta comúnmente como una noción más laxa que la que utiliza el artículo 2 de la ley estadounidense Sherman (1890), para el cual lo que se considera ilegal es la "monopolización" de un mercado, que en ciertos casos puede asimilarse con la simple existencia de una posición de dominio. Las legislaciones europeas y argentina, en cambio, admiten como lícito que un mercado quede monopolizado o dominado por una única empresa, pero buscan penar los abusos que dicho dominio puede originar<sup>25</sup>.

La actual ley 27.442, define en su capítulo II° el concepto de Posición Dominante, *“cuando una o más personas goza de posición dominante cuando para un determinado tipo de producto o servicio es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional o en una o varias partes del mundo o, cuando sin ser única, no está expuesta a una competencia sustancial o, cuando por el grado de integración vertical u horizontal está en condiciones de determinar la viabilidad económica de un competidor participante en el mercado, en perjuicio de éstos”*.

Cabe agregar, que la citada ley, en el art. 6, considera determinadas circunstancias fundamentales para considerar la existencia de posición dominante en el mercado;

---

<sup>25</sup> CABANELLAS, Op. cit., capítulo 5; y se condice con lo que expresa la exposición de motivos de la ley 22.262. Véase también Soldano, A. y Lanosa, W: "El abuso de posición dominante en la ley 22.262"; El Derecho, XXXI, n° 8379, págs. 1-2, 1993. <http://www.saij.gob.ar/22262-nacional-ley-defensa-competencia-lns0001273-1980-08-01/123456789-0abc-defg-g37-21000scanyel>.

- 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 el abastecimiento o demanda en el mercado y el grado en que sus competidores puedan contrarrestar dicho poder.

También se ha entendido como posición dominante a la facultad que posee una empresa de crear obstáculos para que en un determinado mercado exista competencia efectiva, o que se trata de un concepto objetivo que implica que, con su sola presencia, una empresa tiene una influencia tal en el mercado que con sus conductas puede modificar la estructura del mismo.

Otras definiciones entienden a la posición dominante como la posibilidad que tiene una empresa para imponer a otros agentes económicos ciertos actos dentro de su mercado, conduciendo sus negocios sin tener en cuenta las reacciones de sus clientes o competidores. En el mismo sentido, se ha dicho que una empresa que se encuentra en posición dominante tiende a adoptar comportamientos típicos de quien goza de una situación de monopolio, aumentando precios e imponiendo al resto de los agentes económicos prácticas que no podrían realizar en caso de que existiese concurrencia en el mercado.

La doctrina económica entiende que el concepto que más se aproxima a la posición dominante es el de poder de mercado, que es la capacidad que tiene un agente económico de influir sobre los precios por encima de su nivel competitivo, a lo que se le suma que dicho incremento debe generar rentabilidad para quien lo implementa, ser significativo y perdurable por encima del nivel que tendrían sin la participación de quien goza de posición dominante<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> LAMBERT, Ariel D. “El abuso de Posición Dominante en la Defensa de la Competencia”. Revista Argentina de Derecho Empresario. N°1- 15/06/05. <https://ar.ijeditores.com/articulos.php?idarticulo=40361>.

Este poder de mercado habitualmente se mide realizando un cálculo de la inversa de la elasticidad precio de su demanda. Aquellas empresas que participan en un mercado con amplia elasticidad de la demanda tienden a fijar precios razonables comparados con sus costos (porque se encuentran expuestas a una competencia potencial próxima), mientras que a las que forman parte de un mercado con una demanda rígida, les es rentable incrementar sus precios (ya que no influirán significativamente sobre los volúmenes físicos de sus ventas)<sup>27</sup>.

Como nota distintiva entre ambos conceptos, se sostiene que mientras que la posición dominante es un atributo que se posee o no y que debe ser atribuido a un agente que participa en el mercado o a un grupo que actúa en forma concertada, el poder de mercado es susceptible de graduación por su capacidad de influir en los precios y puede ser obtenido por empresas independientes al mismo tiempo<sup>28</sup>.

En el ámbito de la UE, el concepto de posición dominante en términos operativos fue definido en el caso “Continental Can”, en donde se utilizó un concepto amplio, indicándose que una empresa está en posición dominante cuando tiene la facultad de conducirse independientemente son tomar en cuenta a sus competidores, proveedores o compradores, determinando los precios o controlando la producción o la distribución de una porción significativa de los productos que forman parte del mercado relevante. Esta definición fue luego atemperada en el caso “United Brands”, señalándose que existe posición dominante cuando una empresa, por su fortaleza económica, puede impedir la existencia de competencia efectiva dentro del mercado relevante al tener la facultad de conducirse de manera apreciable con independencia de sus competidores y clientes<sup>29</sup>.

La jurisprudencia de los tribunales argentinos, haciéndose eco de lo decidido oportunamente por el Tribunal de Justicia de la UE en el caso “United Brands”, precisó por primera vez el concepto de posición dominante en los autos “Industrias Welbers

---

<sup>27</sup> LAMBERT, Ariel D. “El abuso de Posición Dominante en la Defensa de la Competencia”. Revista Argentina de Derecho Empresario. N°1- 15/06/05. <https://ar.ijeditores.com/articulos.php?idarticulo=40361>.

<sup>28</sup>Alguna doctrina sostiene que la posición dominante constituye el grado extremo del poder de mercado [FRAGA DE DOLADO, María E., “Abuso de posición dominante”, trabajo elaborado para la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia de Venezuela (inédito), pág. 3].

<sup>29</sup>Cfr. BOGO, Jorge, “La defensa de la competencia y las Pymes”, en “Boletín Latinoamericano de Competencia” 16 (febrero de 2003), pág. 54, disponible en <http://europa.eu.int/comm/competition/international/others>.

Ltda.”, sosteniendo que se configura cuando una empresa tiene una fortaleza económica tal que le permite evitar que una competencia efectiva sea mantenida en el mercado relevante, confiriéndole la posibilidad de comportarse en forma independiente de sus competidores y sus clientes<sup>30</sup>.

En pronunciamientos más recientes, como “Giangrossi, Juan y Otros s/Denuncia” e “Y.P.F. S.A. s/Ley N° 22.262 - CNDC”, se reflejan varios de los conceptos utilizados por la doctrina económica para definir la posición dominante, señalándose que tal situación se relaciona con el concepto de poder de mercado, el cual puede definirse como la capacidad de un agente económico de influir sobre los precios del mercado.

## II.2-EL PODER DE MERCADO.

El concepto económico que más se relaciona con estas ideas de posición dominante es probablemente el de "poder de mercado". El poder de mercado puede definirse como la capacidad de un agente económico individual o de un grupo de agentes que actúan coordinadamente para influir sobre los precios del mercado, y en ese sentido representa la contracara del supuesto de la competencia perfecta por el cual los agentes son tomadores de precios<sup>31</sup>. A diferencia de la definición legal para la cual la posición dominante es un atributo que o bien se tiene o bien no se tiene, el poder de mercado es susceptible de presentar grados de acuerdo con la mayor o menor capacidad que tengan los oferentes o demandantes de controlar los precios. La idea de ejercicio del poder de mercado tiene que ver con decisiones que toman las empresas para incrementar sus beneficios a través de acciones que influyen sobre los precios del mercado.

La manera habitual de medir el poder de mercado de una empresa es a través del cálculo de la “inversa elasticidad-precio de su demanda” en el punto en el cual la empresa maximiza sus beneficios. Por ello, las demandas más elásticas (planas) no encuentran rentable cobrar precios que excedan en mucho sus costos marginales, y tienden por eso a comportarse en forma bastante similar a las empresas tomadoras de precios. Por el

---

<sup>30</sup>Cfr. MARTÍNEZ MEDRANO, Gabriel A. y SOUCASSE, Gabriela, ob. cit., pág. 31; SOLDANO, Arquímedes y LANOSA, Walter M., “El abuso...” cit., pág. 520.

<sup>31</sup> Buenos Aires, Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, agosto de 1997, “Breve análisis económico de la ley Argentina de defensa de la competencia”. Cita online: <https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/nota220116.pdf>

contrario, las demandas más empinadas (inelásticas) para maximizar beneficios les conviene incrementar sus precios bastante por encima de sus costos marginales, y aprovechar de ese modo el hecho de que la cantidad que se les demanda se reduce relativamente poco ante aumentos en sus precios.<sup>32</sup>

### II.3-LA RELACIÓN ENTRE LA POSICIÓN DOMINANTE Y LA PARTICIPACIÓN EN EL MERCADO.

La relación entre posición dominante y participación en el mercado resulta mucho más tenue aun cuando esta última se encuentra originada en una estrategia empresarial de precios bajos destinada a aumentar la producción para aprovechar economías de escala y bajar los costos medios. En estos casos, las empresas con alta participación en los mercados suelen ser las que menos posibilidades tienen de aumentar sus precios para incrementar sus beneficios, ya que su demanda puede inclusive erosionarse completamente<sup>33</sup>.

Tal cosa sucede, por ejemplo, en dos casos clásicos:

1. Cuando el mercado es "desafiante", es decir, cuando existen empresas que se hallan fuera de él pero pueden ingresar fácilmente y adquirir con rapidez una posición competitiva;
2. Cuando el mercado está abierto a la competencia internacional, y resulta por ende relativamente fácil importar el producto a precios internacionales. Existen dos casos de posición dominante; el primero, llamado también "modelo de la empresa dominante", se expresa cuando hay un grupo de firmas que actúan como tomadoras de precios y otra empresa que es el líder del mercado. Esta última es la que fija los precios a fin de maximizar su propio beneficio, teniendo en cuenta tanto la demanda total del mercado como las funciones de oferta de sus competidoras.

---

<sup>32</sup>COLOMA, German; "La ley argentina de defensa de la competencia" (CNDC, UNLP y UDESA). Buenos Aires, julio de 1997. Cita online: <http://www.ucema.edu.ar/u/gcoloma/leydef.pdf>.

<sup>33</sup> Buenos Aires, Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, agosto de 1997, "Breve análisis económico de la ley Argentina de defensa de la competencia". Cita online: <https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/nota220116.pdf>

El liderazgo en cantidades u “oligopolio de Stackelberg”, por su parte, tiene lugar cuando lo que el líder fija es la cantidad que va a producir, en tanto que las empresas seguidoras reaccionan ante dichas cantidades aumentando o reduciendo su propia producción.

Ambas circunstancias pueden interpretarse como casos en los que el líder del mercado es una empresa que está usufructuando su posición dominante, en virtud de que, al decir de la ley, “no está expuesta a una competencia sustancial”. El otro caso de posición dominante tipificado por la ley de defensa de la competencia es el que recae sobre un grupo de personas entre las cuales “no existe competencia efectiva”. El concepto microeconómico que más se aproxima a esa idea es el de colusión, por el cual un conjunto de empresas se pone de acuerdo para fijar precios o cantidades con el objeto de incrementar los beneficios totales del grupo. Los efectos de la colusión son en principio idénticos a los que aparecen en los casos de monopolio, monopsonio, liderazgo en precios o liderazgo en cantidades, según sean el tipo y el alcance del acuerdo al que las empresas lleguen.

#### **II.4-PAUTAS PARA DETERMINAR LA EXISTENCIA DE LA POSICIÓN DOMINANTE.**

- II.4.1- Delimitación del mercado relevante.

El fenómeno de la dominación de un mercado no es algo que pueda evaluarse en abstracto, ya que el poder económico de una o varias empresas es un poder concreto, que debe ser determinado en cada caso en particular.

Por consiguiente, para evaluar si determinados actos o conductas constituyen un abuso de posición dominante resulta necesario determinar lo que se denomina mercado relevante, que es el marco de referencia en el que se mueven las empresas. Este análisis debe ser cuantitativo y apuntar a precisar la situación en la que se encuentra una empresa en el mercado con relación a sus competidores, el marco real en el que se produce la dominación.

La definición del mercado relevante constituye uno de los elementos esenciales en la aplicación de las normas de defensa de la competencia, ya que permite detectar los hechos reales en un mercado determinado para evaluar las conductas empresarias y distinguir aquellas situaciones derivadas del progreso técnico o económico de las que obedecen a actos o maniobras que buscan en forma deshonestamente influir sobre la economía<sup>34</sup>.

Además, trata de un elemento a considerar por las autoridades administrativas de aplicación de las normas de defensa de la competencia para determinar la gravedad de las conductas involucradas y, por consiguiente, la magnitud de las eventuales sanciones<sup>35</sup>.

El mercado relevante ha sido definido como el espacio comercial en el cual debe analizarse la potencia económica de una empresa respecto de sus competidores, o bien como el ámbito en el cual si se crea una situación de monopolio, quien la ostenta puede en forma rentable fijar un precio superior al de la competencia y mantenerlo por un lapso de tiempo prolongado. También se lo entiende como el más pequeño, pero lo suficientemente amplio, como para que otros productos de áreas adyacentes o de otros productores, no puedan competir en paridad sustancial con aquellos que se considera son los que conforman el mercado relevante<sup>36</sup>.

La doctrina coincide que para determinar el mercado relevante deben analizarse distintos ámbitos: el de producto o servicio, el geográfico y el temporal.

- II.4.2- Determinación de la posición dominante en el mercado relevante.

A pesar de que la existencia de posición dominante es una cuestión de hecho, resulta difícil de comprobar ya que, a pesar de los esfuerzos realizados por la doctrina y la jurisprudencia, no existen fórmulas precisas que permitan determinar con certeza

---

<sup>34</sup> LAMBERT, Ariel D. "El abuso de Posición Dominante en la Defensa de la Competencia". Revista Argentina de Derecho Empresario. N°1- 15/06/05. <https://ar.ijeditores.com/articulos.php?idarticulo=40361>.

<sup>35</sup> Cfr. OTAMENDI, Jorge, "Presupuestos..." cit., pág. 910. En ese sentido, el art. 49 de la Ley 25.156 establece que para graduar las sanciones deberá meritarse "...la gravedad de la infracción, el daño causado, los indicios de intencionalidad, la participación del infractor en el mercado, el tamaño del mercado afectado, la duración de la práctica o concentración y la reincidencia o antecedentes del responsable, así como su capacidad económica."

<sup>36</sup> Cfr. CABANELLAS DE LAS CUEVAS (h), Guillermo, "Derecho..." cit., pág. 307; OTAMENDI, Jorge, "Presupuestos..." cit., pág. 919.

cuando una empresa o un grupo de empresas se encuentra en tal situación dentro de un mercado. Sin embargo, algunos autores sostienen que una vez que el mercado relevante ha sido delimitado, para determinar si una empresa goza de posición dominante debe analizarse la estructura del mercado, entendida como aquellas características institucionales que pueden condicionar o influenciar las conductas o comportamientos que los participantes deben seguir para maximizar sus beneficios<sup>37</sup>.

A continuación, se analizarán cada uno de los elementos que la doctrina y la jurisprudencia ha considerado más relevantes para evaluar si una empresa se encuentra en posición dominante.

a) Cuotas de mercado: La participación en el mercado resulta un elemento de suma importancia para determinar la existencia de posición dominante, ya que una empresa que posee una cuota de mercado muy alta y persistente en el tiempo, se encuentra en una situación de fuerza que le permite actuar con plena libertad de acción respecto al resto de sus competidores, elemento caracterizante de la posición dominante. A la inversa, se supone que quien posee una parte pequeña del mercado, con sus actos no es capaz de afectar su funcionamiento.

El Tribunal de Justicia de la UE ha definido que una cuota de mercado inferior al 30 % en un mercado correctamente definido no sería en principio prueba de la existencia de una posición dominante, salvo la presencia de factores adicionales; poseer el 30 % y el 40 % del mercado no implican per se posición dominante, aunque puede tenérsela por configurada si existen barreras de entrada importantes; niveles superiores al 40 % son considerados significativos a la hora de determinar la existencia de posición dominante, aunque también deben considerarse factores tales como el mantenimiento de las cuotas de mercado a través del tiempo y su nivel relativo con relación al resto de los competidores; participaciones en el mercado superiores al 75 % y por periodos relativamente prolongados de tiempo, prueban la existencia de una posición dominante<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> LAMBERT, Ariel D. “El abuso de Posición Dominante en la Defensa de la Competencia”. Revista Argentina de Derecho Empresario. N°1- 15/06/05. <https://ar.ijeditores.com/articulos.php?idarticulo=40361>.

<sup>38</sup> Cfr. BELLAMY, Christopher y CHILD, Graham, ob. cit., págs. 517 a 519.

En la República Argentina, la doctrina señala que normalmente una participación en el mercado mayor al 60 % presume la existencia de una posición de dominio, mientras que una inferior al 25 % no.

Por su parte, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (en adelante CNDC) ha señalado que una empresa que cuenta con el 75 % del mercado se encuentra en posición dominante<sup>39</sup>, al igual que una respecto a la cual sus competidores participan como máximo en un 16 %. En otro caso señaló que el hecho de que una empresa posea el 58 % del mercado no implica que no se encuentra expuesta a una competencia sustancial y, en el marco del expediente “Carrefour S.A. y Promodes S.A. s/Notificación art. 8° de la Ley N° 25.156”, estimó que una cuota de mercado del 46 % era considerada potencialmente perjudicial a la competencia, atento a que los competidores más cercanos poseían una participación del 14 % y del 8,3 %.

b) Barreras de entrada: La libertad de ingreso a un mercado es esencial para dotarlo de la cantidad de participantes necesaria para lograr una competencia saludable, circunstancia que evita que el mercado evolucione hacia una estructura monopólica.

Las barreras de entrada son comúnmente definidas como las dificultades que encuentra una empresa para entrar en un determinado mercado, y pueden ser económicas (la necesidad de realizar una gran inversión) o jurídicas (autorizaciones gubernamentales, derechos intelectuales, altos estándares en normas medioambientales y normas para la aprobación de determinados productos)<sup>40</sup>.

c) Tamaño y fuerza global: Muchas veces, una empresa puede comportarse en forma indiferente respecto de sus competidores debido a su potencia económica o la del grupo empresarial al que pertenece. Tal circunstancia se refleja principalmente en la disponibilidad de recursos del grupo empresarial que se refleja en sus controladas y en la obtención de facilidades financieras por parte de sus controlantes y su transferencia a las controladas, lo que permite a una empresa situar determinados costos por debajo de

---

<sup>39</sup>“Eolo S.A. c. La Platense S.A.” mencionado por CABANELLAS DE LAS CUEVAS (h), Guillermo, “Aplicación...” cit., pág. 759.

<sup>40</sup> LAMBERT, Ariel D. “El abuso de Posición Dominante en la Defensa de la Competencia”. Revista Argentina de Derecho Empresario. N°1- 15/06/05. <https://ar.ijeditores.com/articulos.php?idarticulo=40361>.

los que normalmente incurren el resto de los agentes económicos participantes del mercado relevante.

d) La realización de conductas anticompetitivas: El razonamiento que justifica la utilización de este parámetro es simple: si una empresa incurre en conductas que pueden ser catalogadas como un abuso de posición dominante, es porque tiene el poder dentro del mercado de que se trata suficiente para hacerlo<sup>41</sup>.

## II.5-EL INTERÉS ECONÓMICO GENERAL Y EL ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE.

CABANELLAS DE LAS CUEVAS (h) realiza una importante aclaración sobre las normas de defensa de la competencia que tienen como objetivo la consecución del interés económico general.

- II.5.1- Afectación al interés económico general.

a) El interés económico general no es un término cuyo alcance se encuentre determinado en las normas de defensa de la competencia y, una gran parte de la doctrina considera que es un concepto vago y de difícil aplicación desde el punto de vista jurídico<sup>42</sup>. En el mismo sentido se ha expedido la CNDC<sup>43</sup>.

Siguiendo el pensamiento de este autor, se señala que los elementos constitutivos del interés económico general son numerosos y tienen valor sustitutivo el uno del otro, como para que el concepto pueda ser determinado con mayor precisión que la que emplean las normas locales de defensa de la competencia (entre dichos elementos, el autor cita a la productividad, el nivel técnico y la formación profesional, la distribución

---

<sup>41</sup> LAMBERT, Ariel D. “El abuso de Posición Dominante en la Defensa de la Competencia”. Revista Argentina de Derecho Empresario. N°1- 15/06/05. <https://ar.ijeditores.com/articulos.php?idarticulo=40361>.

<sup>42</sup>Cfr. BONZÓNRAFART, Juan C., “El perjuicio ...” cit., pág. 1217; CARBAJALES, Mariano O. y MARCHESINI, Dardo, ob. cit., pág. 64; COLOMA, Germán, “Breve ...” cit., pág. 3 y “La ley ...” cit., pág. 3; QUAGLIA, Marcelo C., ob. cit., pág. 127; QUEVEDO, María V. G. de, ob. cit., pág. 9; ROMERA, Oscar E., “El interés económico general en la ley de defensa de la competencia. Un problema no resuelto”, J.A. 1994-III, pág. 74; SABATINI, Rubén O., ob. cit., pág. 806.

<sup>43</sup>Cfr. “Breve análisis económico de la ley argentina de defensa de la competencia”, disponible en <http://www.mecon.gov.ar/cndc/documentos.htm> (consulta del 23.2.2005).

geográfica de la producción y la población, la defensa nacional, el comercio internacional, el empleo y los consumidores)<sup>44</sup>.

La definición más lineal que ofrece la doctrina sobre el concepto se apoya en lo que surge de la Exposición de Motivos de la derogada Ley N° 22.262, el interés económico general resulta afectado cuando se traba el funcionamiento de los mercados. Ciertos autores apoyan esta posición solapadamente y, poniendo como ejemplo una operación de concentración económica, señalan que no afectaría el interés económico general en la medida que no instaurara o fortaleciera barreras que impidieran o dificultaran el ingreso de nuevos competidores. Ergo, el interés económico general es asimilado con una estructura abierta y competitiva de los mercados.

Desde el punto de vista económico, el interés económico general ha sido definido a través del empleo de los conceptos de excedente del consumidor, excedente del productor y excedente total de los agentes económicos. El excedente del consumidor es entendido como la diferencia entre el precio que estaría dispuesto a pagar por un determinado bien o servicio y lo que verdaderamente paga. Como contrapartida, el excedente de los productores consiste en la brecha que se registra entre los costos de generación de un bien o un servicio y el precio que se obtiene por él en el mercado. La suma de estos constituye el excedente total de los agentes económicos, que es lo que se identifica con el interés económico general, ya que es una variable que se incrementa con la estructura de un mercado de competencia perfecta en el cual tanto los consumidores como los productores buscan maximizar sus beneficios. En términos generales, esta maximización de los beneficios se registraría cuando el consumidor comprara al precio que esperaba hacerlo y el productor vendiera a un valor que le permitiera obtener una ganancia<sup>45</sup>.

Dentro de esta definición de interés económico general debe hacerse una aclaración. El bienestar económico que debe tenerse en cuenta es el privado de los consumidores y productores, y no el público, por lo que, por ejemplo, cuestiones tales como el impacto

---

<sup>44</sup>En línea con lo sostenido por el citado autor, la jurisprudencia, por ejemplo, ha señalado como integrante del concepto de interés económico general la seguridad de los usuarios de gas licuado de petróleo envasado en garrafas (del voto del Dr. Edmundo S. HENDLER en los autos “A. Gas S.A. y Otros c. AGIP Argentina S.A. y Otros s/Infracción Ley 22.262”).

<sup>45</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. “Prácticas abusivas en los contratos de consumo”. Contratos 2015 (febrero), 25/02/2015, 237 Cita Online: AR/DOC/392/2015.

ambiental o el efecto sobre determinados recursos naturales no renovables que pudieran tener las conductas involucradas, deberán ser desechados en el estudio que realicen las autoridades de defensa de la competencia y ser tratadas con otro tipo de políticas públicas. Es decir, lo que en definitiva cuenta en este tipo de análisis es la curva de costo marginal privado y no la curva de costo marginal social.

- II.5.2- Perjuicio efectivo vs. perjuicio potencial.

Tanto el art. 1 de la ley derogada 21.156 y la actual ley 27.442, para que se configure el abuso de posición dominante, los actos o conductas involucrados deben ser susceptibles de provocar un perjuicio para el interés económico general.

Si bien lo que mayor debate ha generado en la doctrina sobre este tema es la inclusión de un concepto vago como el interés económico general en la tipificación de las infracciones previstas en las normas relacionadas con la defensa de la competencia, cuestión que fuera tratada en el inc. b) precedente, el tratamiento dado a la cuestión por ciertos autores y lo decidido por alguna jurisprudencia hace necesario analizar si debe ser efectivamente dañado o sí, por el contrario, basta con que se lo ponga en peligro<sup>46</sup>.

Una de las grandes diferencias entre las anteriores leyes derogadas y la actual, es que la 27.442, describe que debe existir “*actos o conductas, de cualquier forma manifestados*”, es decir un perjuicio efectivo y no meramente potencial como aludían las anteriores normas.

Tanto en la Ley N° 22.262 como en la Ley N° 25.156 el legislador ha utilizado un modo verbal potencial (“pueda”), lo que da la pauta de que lo que se ha buscado es sancionar aquellos actos o conductas que tengan la capacidad de afectar el interés económico general y no solamente aquellos que efectivamente lo hagan. Ello surge claramente de la Exposición de Motivos de la Ley N° 22.262 al mencionar que:

La doctrina nacional, en su mayor parte, se ha mostrado proclive a aceptar que la afectación al interés económico general se presente aunque sea en forma potencial, a

---

<sup>46</sup> LAMBERT, Ariel D. “El abuso de Posición Dominante en la Defensa de la Competencia”. Revista Argentina de Derecho Empresario. N°1- 15/06/05. <https://ar.ijeditores.com/articulos.php?idarticulo=40361>.

efectos de tener por configurado un abuso de posición dominante que pueda ser reprimido por las leyes de defensa de la competencia.

Sin embargo, aunque admitiendo el sentido del texto de la Ley N° 25.156, ciertos autores, temiendo que la loable política de prevención se transforme en intervención, sostienen que las leyes de defensa de la competencia no deberían sancionar actos o conductas hasta tanto no se compruebe la existencia de un daño concreto, aunque ello sin perjuicio de la adopción de medidas precautorias<sup>47</sup>, o cautelares autosatisfactivas<sup>48</sup>.

Otros, en cambio, se limitan a afirmar que las normas de defensa de la competencia demandan un perjuicio efectivo al interés económico general excluyendo las conductas que no lleguen a generarlo, y algunos, como MUGUILLO, al defender la inclusión del interés económico general como un elemento del tipo, promueven la sanción de aquellos actos que lo afecten o comprometan, descartando tácitamente las conductas que puedan hacerlo en forma eventual. Para estos autores, para considerar un acto ilegal a la luz de las normas de defensa de la competencia debe probarse que hay un perjuicio al interés económico general, demostrarse la existencia de un daño a dicho elemento<sup>49</sup>.

Desde el punto de vista económico, se ha dicho que el análisis que se realice de las conductas involucradas debe tener un poder explicativo o predictivo tal que permita determinar el eventual perjuicio al interés económico general. Un claro ejemplo de la utilización de estas predicciones se registra en las autorizaciones para las concentraciones y fusiones (en donde se proyectan las consecuencias que este tipo de operaciones podrían generar para el interés económico general) y los precios predatorios (en donde lo que se trata de imaginar son los precios que impondrá el predador una vez eliminados los competidores del mercado).

---

<sup>47</sup>Cfr. CARBAJALES, Mariano O. y MARCHESINI, Dardo, ob. cit., pág. 279 (ver lo señalado en la nota al pie 633). Por su parte, Dardo MARCHESINI repite este concepto (cfr. ob. cit., pág. 37).

<sup>48</sup>Cfr. O'FARRELL, Jorge E. y VERA VILLALOBOS, Enrique, ob. cit., págs. 1100 y 1101; párrafo extraído de: LAMBERT, Ariel D. "El abuso de Posición Dominante en la Defensa de la Competencia". Revista Argentina de Derecho Empresario. N°1- 15/06/05. <https://ar.ijeditores.com/articulos.php?idarticulo=40361>.

<sup>49</sup>Cfr. MUGUILLO, Roberto A., "Apostillas en torno al reciente proyecto de ley de defensa de la competencia (tres temas para una seria atención y algunas generalidades preocupantes)", L.L. 1986-B, págs. 886 y 887 y "Comentarios al reciente proyecto de ley de defensa de la competencia aprobado por la Honorable Cámara de Diputados de la Nación", L.L. 1994-D, pág. 1084; párrafo extraído de: LAMBERT, Ariel D. "El abuso de Posición Dominante en la Defensa de la Competencia". Revista Argentina de Derecho Empresario. N°1- 15/06/05. <https://ar.ijeditores.com/articulos.php?idarticulo=40361>.

El tema tratado supra se relaciona con la recurrente caracterización del abuso de posición dominante como un delito de peligro concreto<sup>50</sup>. Según FONTÁNBALÉSTRA, los delitos pueden ser clasificados (entre otras divisiones) como de daño o de peligro. Los primeros, son aquellos que se consuman con la lesión efectiva del bien jurídico protegido, mientras que los segundos son los que quedan configurados con solo poner en peligro o crear la posibilidad de peligro para el bien tutelado. En estos casos, lo que la ley tipifica es la puesta en peligro o la creación de peligro para un bien jurídico determinado<sup>51</sup>.

---

<sup>50</sup>Cfr. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo (h). “Derecho...” cit., pág. 216; RACCIATTI, Hernán (h), ROMERA, Oscar E. y ROMANO, Alberto A., ob. cit., pág. 832.

<sup>51</sup>Cfr. FONTÁNBALÉSTRA, Carlos, ob. cit., pág. 8.

### **CAPITULO III: ACTOS Y CONDUCTAS ANTICOMPETITIVOS.**

#### **III.1-ACTOS Y CONDUCTAS ANTICOMPETITIVOS EN LA NUEVA LEY 27.442: CONCENTRACIONECONÓMICA.**

La Ley Argentina de Defensa de la Competencia es una norma nueva que penaliza exclusivamente actos y conductas. Para que se considere que una empresa o grupo de empresas está infringiendo la ley 27.442 debe probarse que se ha producido un acto o conducta anticompetitivos. Dichos actos son los que la ley define en su artículo 1 como aquéllos que *"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"*. Así mismo se interpreta que un acto o conducta anticompetitiva cae dentro de las infracciones a la ley si implica un ejercicio del poder de mercado que afecte el funcionamiento del mismo y resulte en una disminución del excedente total de los agentes económicos.

Desde el punto de vista económico, las prácticas unilaterales son aquéllas que se asocian con el ejercicio del poder monopólico o monopsónico o del liderazgo en el mercado por parte de una única empresa, en tanto que las prácticas concertadas se relacionan con situaciones en las que el poder de mercado es ejercido por un conjunto de empresas que se encuentran en colusión. En cuanto a la distinción entre prácticas horizontales y verticales, las primeras son aquéllas que afectan la situación de los competidores reales o potenciales en un mercado, en tanto que las prácticas verticales se asocian con empresas que operan en distintas etapas del mismo proceso productivo.

#### **III.2-CLASIFICACIÓN Y EJEMPLOS DE ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE.**

Parte de la doctrina distingue diferentes formas en las que se puede abusar de una posición dominante en el mercado: el abuso anticompetitivo o exclusorio, que pretende la expulsión del mercado de algún competidor o impedir el ingreso de un nuevo, y el explotativo, que constituye una agresión directa a los consumidores o a los

proveedores<sup>52</sup>, según sea ejercida desde la oferta o desde la demanda, respectivamente. En otras palabras, el abuso exclusorio es la conducta mediante la cual quien posee una posición dominante se vale de tal posición y no de su eficiencia para excluir a sus rivales del mercado, mientras que el abuso explotativo consiste en fijar precios superiores a los competitivos o, lo que es lo mismo, producir en un volumen inferior al competitivo<sup>53</sup>.

En el primero de los casos, se protege la estructura del mercado, ya que no es necesario que las conductas en cuestión afecten en forma inmediata a proveedores o consumidores, sino que basta que afecte negativamente la estructura o el nivel de competencia existente en un mercado, mientras que en el segundo, se trata de actos que benefician a quienes los ejecutan y que no podrían haber sido realizados si la empresa en cuestión no gozara de una posición dominante en el mercado<sup>54</sup>.

- III.2.1- Abuso de posición dominante anticompetitivo o exclusorio:

Dentro de esta categoría de abuso de posición dominante se sitúan los comportamientos exclusorios, que son los que impiden o intentan impedir el acceso a un competidor al mercado o tratan de expulsarlo de él, y se manifiestan obstaculizando la entrada al mercado de nuevos competidores o depredando a los existentes. Estas conductas perjudican directamente a los competidores e indirectamente al consumidor, ya que se reduce la cantidad de oferentes en un determinado mercado.

A continuación, se analizarán los principales supuestos que tanto la doctrina como la jurisprudencia han calificado como actos susceptibles de ser considerados abusos de posición dominante exclusorios.

a) Negativa a vender: Se ha dicho que el principal fundamento para castigar a una empresa que se niega a vender sus productos radica en que la libertad de ejercer el comercio consagrada en la Constitución Nacional -y por ende la de contratar-, debe ser

---

<sup>52</sup>Cfr. ANDERSON, Robert y otros, ob. cit., pág. 71; D'AMORE, Marcelo R., "Abuso..." cit., pág. 8, "Poder..." cit., pág. 19; TAJÁN, Guillermina, ob. cit., pág. 48.

<sup>53</sup>Cfr. GROSMAN, Lucas y SEREBRISKY, Tomás, "El abuso explotativo y la defensa de la competencia en Argentina", en "Boletín Latinoamericano de Competencia" N° 16 (febrero 2003), pág. 16, disponible en <http://europa.eu.int/comm/competition/international/others>.

<sup>54</sup> LAMBERT, Ariel D. "El abuso de Posición Dominante en la Defensa de la Competencia". Revista Argentina de Derecho Empresario. N°1- 15/06/05. <https://ar.ijeditores.com/articulos.php?idarticulo=40361>.

acotada a la consecución del bien común consagrado en el Preámbulo y practicada conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio. Por tanto, si una empresa tiene posición dominante dentro de un mercado, su libertad de elegir con quien contratar, y aún la libertad de contratar en sí misma, se encuentra restringida.

Si bien las normas de defensa de la competencia no obligan a una empresa a colaborar con sus competidores o con aquellos agentes que se encuentren en el *downstream* de la cadena de producción, la negativa de venta puede ser una herramienta extremadamente útil para consolidar una posición de dominio y, de esa forma, generarse efectos nocivos sobre la competencia. En la generalidad de los casos en los cuales se considera que la negativa de venta constituye un abuso, se trata de conductas de naturaleza vertical, a través de las cuales se intenta extender el poder de mercado que se posee en cierto segmento hacia otras etapas del proceso productivo, a efectos de apropiarse de las rentas que se generan en ese estadio inferior<sup>55</sup>.

b) Precios predatorios: Dentro de la categoría de abusos de posición dominante exclusorios se encuentran los denominados precios predatorios o *predatory pricing*, que son aquellos fijados por una determinada empresa para eliminar o disciplinar a los competidores y, de esa forma, restringir el nivel de competencia en un mercado. Sin embargo, la doctrina señala que no debe confundirse a los precios predatorios con una normal puja de precios, ya que esto es una característica esperada y normal de los procesos competitivos.

Los precios predatorios han sido definidos por la OCDE (Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico) como una estrategia deliberada, usualmente llevada adelante por empresas en posición dominante, para excluir competidores del mercado mediante la fijación de precios por debajo de los costos incrementales de producción y, una vez que dichos competidores han sido eliminados del mercado y se impide el acceso a nuevos, los precios son aumentados con el objetivo de obtener altos beneficios<sup>56</sup>.

---

<sup>55</sup>Cfr. BULLARD, Alfredo C., “Los procesos de integración y el abuso de posición de dominio en el mercado: dilema de la competitividad”, en “Temas de Derecho Industrial y de la Competencia” 4, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2000 pág. 35.

<sup>56</sup>Cfr. “*Glossary of industrial organization economics and competition law*”, pág. 67, disponible en <http://www.oecd.org> (consulta del 14.2.2003).

Este tipo de conductas tienen como característica la posibilidad de restringir en forma duradera el grado de competencia en un mercado e importa dos tipos de peligro, ya que permite eliminar rivales eficientes y constituye un elemento disuasivo para que aquellos agentes económicos que se encuentran potencialmente en condiciones de ingresar a un mercado, desistan de hacerlo. Lo que se castiga no son los bajos niveles de precios que se logran en forma inmediata con estas prácticas, sino el incremento de los mismos que pueda darse en el futuro al eliminar o reducir la posibilidad de que otros actores económicos puedan participar en el mercado en cuestión<sup>57</sup>.

Para que una política de precios sea considerada predatoria debe darse una doble condición: que el precio de comercialización del producto o servicio en cuestión se encuentre bajo los costos de producción y que, además, la empresa que los implemente, como consecuencia de ello, aumente su cuota en el mercado.

La doctrina económica se ha ocupado de precisar el concepto señalando que para que constituyan una amenaza para la competencia, deben ser fijados por quien goza de una posición dominante en el mercado, deben tener como objetivo desplazar a los competidores, tienen que existir barreras de entrada posteriores de forma tal de permitir a quien vendió por debajo del costo recuperar sus pérdidas y, por último, dicha situación se debe mantener por un lapso de tiempo suficiente para poder generar el retiro de los competidores.

A ello debe sumarse el análisis del impacto que ello tendrá en el excedente de los consumidores (que es lo que la CNDC entiende como interés económico general), es decir, se deberá comparar el beneficio actual obtenido por los precios reducidos artificialmente, contra la eventual suba de los mismos cuando la práctica predatoria finalice.

Lo expuesto precedentemente se encuentra en línea con lo sostenido por la doctrina respecto a que no toda venta por debajo del costo debe ser considerada ilícita, ya que en algunos casos pueden ser necesarias para mantenerse como competidor en ciertos mercados afectados por condiciones coyunturales desventajosas<sup>58</sup> y, en la mayoría de

---

<sup>57</sup> LAMBERT, Ariel D. “El abuso de Posición Dominante en la Defensa de la Competencia”. Revista Argentina de Derecho Empresario. N°1- 15/06/05. <https://ar.ijeditores.com/articulos.php?idarticulo=40361>.

<sup>58</sup> Cfr. CABANELLAS DE LAS CUEVAS (h), Guillermo, “El nuevo...” cit., pág. 840.

los casos, la práctica comercial indica que un gran número de las ventas por debajo del costo tienen explicaciones diferentes a la depredación.

Como se señalara precedentemente, para que una política de precios predatorios sea efectiva, quien la implemente debe tener posición dominante en el mercado involucrado, ya que de lo contrario no podría deteriorar en forma significativa el proceso competitivo y generar beneficios a su favor, aunque pudiera afectar el posicionamiento de algunos competidores marginales. Por eso, en algunos casos las ventas bajo costo fueron desestimadas como hechos violatorios de las normas de defensa de la competencia, cuando quien las puso en práctica tenía una participación mínima en el mercado sin ninguna posibilidad razonable de excluir competidores o transformarse en monopolista.

El referente más significativos respecto a este tema en la República Argentina es lo decidido por la CNDC en el expediente “Cámara Argentina de Papelerías y Librerías c. Supermercados Makro S.A.”, en el cual estableció que la venta de productos por debajo del costo solamente puede resultar apta para lesionar al interés económico general si la empresa que desarrolla dicha práctica tiene una alta participación o posición de dominio en el mercado, si existen barreras de entrada para potenciales competidores y si la conducta tiene intención de desplazar a los competidores existentes o debilitarlos significativamente.

c) Primas de fidelidad: En la UE se ha entendido que la concesión de beneficios especiales a sus clientes por parte de una empresa en posición dominante a cambio de asegurarse una porción importante del mercado, tiene como efecto excluir a terceros en tanto ello no tenga algún tipo de justificación objetiva (como ser la cantidad de mercaderías adquiridas).

d) Discriminación de precios o condiciones comerciales: La discriminación de precios ha sido definida como el tratamiento diferente de clientes en la misma situación, sin que medie una razón objetiva que lo justifique. Desde el punto de vista de la defensa de la competencia es considerado disvalioso, ya que los terceros discriminados son colocados en una situación de desventaja respecto de sus competidores, se crean distorsiones

generalizadas en el sistema de precios o se elevan las utilidades de empresas en posición dominante<sup>59</sup>.

La alusión a los usos y costumbres comerciales presentaba un escollo interpretativo, por la dificultad de determinar cuándo condiciones distintas para cada cliente eran discriminatorias u obedecían a, por ejemplo, los volúmenes contratados o a una normal promoción.

En términos generales, la CNDC entiende que para que exista una discriminación de precios sancionable bajo las leyes de defensa de la competencia, los distintos valores cobrados por los productos no deben estar motivados en diferencias de costos relativos, cantidades adquiridas, calidades o cualquier otra característica de los productos.

- II.2.2- Abuso de posición dominante explotativo.

Quien comete estas conductas abusivas, se aprovecha de la posición de dominio en un mercado para extraer una mayor renta del consumidor que la que lograría en un mercado en el cual imperara la libre competencia entre sus agentes, generándose un daño directo o primario al consumidor<sup>60</sup>.

Son aquellos supuestos en los cuales quien goza de una posición dominante en un mercado, abusa de ella manipulando la oferta imponiendo a sus clientes precios más altos que los que regirían en un mercado en libre competencia, o actuando sobre la demanda pagando a quienes suministran insumos para su fabricación sumas menores que las que debería en caso de que existiera pluralidad de compradores.

Existen críticas en la doctrina a la inclusión de los abusos de posición dominante de tipo explotativo dentro de las conductas a reprimir por las normas de defensa de la competencia, argumentándose que, en definitiva, lo único que hacen las empresas en estos casos es intentar maximizar sus beneficios, extremo que no resulta reprochable.

También se ha señalado que las normas de defensa de la competencia, como su denominación lo indica, están destinadas a proteger la competencia en los mercados y no a los consumidores, que son quienes en definitiva resultan perjudicados con los

---

<sup>59</sup>Cfr. CABANELLAS DE LAS CUEVAS (h), Guillermo, “Derecho...” cit., pág. 533; PIGRETTI, Domingo A., ob. cit., pág. 863.

<sup>60</sup>Cfr. MARTÍNEZ MEDRANO, Gabriel A., ob. cit., pág. 14.

abusos explotativos. Inclusive, se menciona que sancionando estos casos paradójicamente se podría fortalecer una situación de posición dominante, ya que al exigírsele a una empresa en tal situación que baje sus precios a niveles competitivos, se eliminarían los incentivos de sus actuales o potenciales competidores por quitarle una participación en el mercado, ya que las rentas monopólicas, en la medida que no existan barreras de entrada, son un importante incentivo para la competencia<sup>61</sup>.

a) Precios desleales o abusivos: Este tipo de prácticas han sido definidas como la imposición de precios excesivamente altos por parte de una empresa que posee poder de mercado, superiores a aquellos que existirían si en el mercado involucrado se configurara una situación de competencia razonable<sup>62</sup>.

En la República Argentina, la fijación de precios abusivos es considerada por parte de la doctrina como un abuso de posición dominante lesivo al interés económico general, ya que genera restricciones a la demanda y una distorsión en la distribución de la riqueza (en perjuicio de los consumidores)<sup>63</sup>.

El caso más sonado en materia de defensa de la competencia en la República Argentina tiene relación con la fijación de precios abusivos (aunque, como se indicará seguidamente, también existieron otros factores relevantes en el análisis efectuado por la CNDC) y es la multa de \$ 109.644.000 impuesta a Y.P.F. S.A. por parte de la Secretaría de Industria, Comercio y Minería de la Nación, confirmada por la CNAPE y por la CSJN.

Este abuso consistió en la implementación de un esquema tendiente al re direccionamiento masivo de gas licuado de petróleo hacia la exportación, el aumento de los precios domésticos, la existencia de discriminación de precios entre adquirentes locales y extranjeros y la imposición de cláusulas prohibiendo la reimportación del producto, todo lo cual, conjugado, generó un nivel de precios domésticos relativamente más alto respecto a los vigentes para los mercados externos, lo que redundó en una

---

<sup>61</sup> LAMBERT, Ariel D. “El abuso de Posición Dominante en la Defensa de la Competencia”. Revista Argentina de Derecho Empresario. N°1- 15/06/05. <https://ar.ijeditores.com/articulos.php?idarticulo=40361>.

<sup>62</sup> Cfr. CABANELLAS DE LAS CUEVAS (h), Guillermo, “Derecho...” cit., pág. 676; FRAGA DE DOLADO, María E., ob. cit., pág. 5.

<sup>63</sup> Cfr. CABANELLAS DE LAS CUEVAS (h), Guillermo, “Derecho...” cit., pág. 679.

transferencia de ingresos injustificada desde las fraccionadoras y los consumidores a los productores, afectando de esa forma el interés económico general.

La principal dificultad para evaluar los casos de precios abusivos radica en determinar cuándo una empresa se encuentra ejerciendo de forma aceptable su poder de mercado, ya que resulta casi imposible definir cuando un precio es justo, máxime cuando la información relacionada a los costos es generalmente difícil de obtener o, en todo caso, un proceso oneroso.

b) Cláusulas atadas: Existe un caso específico, donde se encuentran los contratos o ventas "atadas"<sup>64</sup>. Esta práctica coercitiva fue señalada como ilícita hace ya mucho tiempo en las leyes que gobiernan las prácticas restrictivas de la competencia. De hecho, en la Argentina, el art. 2 inc. i) de la ley de defensa de la competencia 25.516/1999 describe como prohibida la conducta que consiste en "Subordinar la venta de un bien a la adquisición de otro o a la utilización de un servicio, o subordinar la prestación de un servicio a la utilización de otro o a la adquisición de un bien". Por eso, la cuestión también se vincula a la temática del abuso de posición dominante en el mercado, regulada en el art. 11 del CCyC. Aunque la figura aparece en numerosas disposiciones del derecho comparado (art. 17 H de la ley chilena de protección de los consumidores; 56 de la ley peruana, 111 de Bolivia, etc.), la determinación no siempre es fácil. Así, por ej., hay productos que, por necesaria completividad funcional, deben comprarse juntos: los dos guantes, las dos medias, el juego de sábanas, el juego de desayuno compuesto de taza y plato, etc.

En la práctica prohibida, en cambio, se trata de la imposición de productos atados, que no guardan relación directa con la naturaleza de los productos vinculantes y que, por eso, aparece como lesiva para los derechos del consumidor desde que genera un desperdicio de recursos y una distorsión en el consumo, en tanto obliga al cliente a adquirir productos que no necesita. En el derecho norteamericano de la libre competencia, esta modalidad se conoce con el nombre de "*tying contracts*" o "*full inforcing*".

---

<sup>64</sup> El tema ha sido desarrollado con maestría por JARAMILLO J., Carlos I., La compraventa en el derecho del consumo, Bogotá, ed. Universidad Javeriana y otros, 2015, págs. 133/207, estudio al que cabe remitirse.

Se está frente a un acuerdo o cláusula atada toda vez que el vendedor de un producto A (*tying*) condiciona o ata la venta al hecho de que el comprador también lleve el art. B (*tied*)<sup>65</sup>. Comprende no sólo los bienes materiales sino que puede incluir la prestación de un servicio. En los primeros años de aplicación de este tipo de normas, en la jurisprudencia se visualizaron dos tendencias: la de la *strict rule* (prohibición per se de la cláusula) y la *rule of reason*, que exige la verificación de que, en definitiva, el acuerdo o la maniobra resulte perjudicial<sup>66</sup>.

Actualmente estas cláusulas son juzgadas bajo la regla de la razonabilidad (*rule of reason*); son válidas si existen razones comerciales apropiadas; es decir, en cada caso, el tribunal debe mirar los hechos y determinar los efectos económicos —buenos y malos— producidos con el contrato; en ese análisis, debe ir más allá del lenguaje del contrato, y tener en cuenta, entre otras pautas: la fuerza relativa de las partes, el volumen proporcional del comercio en el área de mercado relevante, los efectos probables inmediatos y futuros que la captación de esa porción del mercado pueda tener en la competencia efectiva<sup>67</sup>.

Así, por ej., en el contrato de *franchising* es válida la cláusula que obliga a comprar los productos íntimamente unidos a la cosa vendida (por ej., la carne de las hamburguesas) pero inválida si no tiene esa vinculación (por ej., el detergente para limpiar la cocina). La prohibición implica: — la existencia de productos diferentes. Sin embargo, existen casos en que no es fácil determinar si hay un mismo producto o no.

En definitiva, aún en el derecho de protección de los consumidores, el hecho de que varios productos se vendan en forma conjunta no es suficiente, sin más, para que se concluya que media una venta atada ilegal. Precisamente, por ej., la venta de "combos" en las casas de comidas rápidas, está permitida prácticamente en todos los países; el tema es que esos productos puedan ser adquiridos también por separado. Así, por ej., una casa puede vender conjuntamente maquinas impresoras y cartuchos de tinta; zapatos y pomada para el calzado. Lo que se prohíbe es la obligada adquisición de un

---

<sup>65</sup>MANZINI, Pietro, *L'esclusione della concorrenza nel diritto antitrust comunitario*, Milano, ed. Giuffrè, 1994, pág. 48 y ss.; OTAMENDI, Jorge, *Las relaciones comerciales y las restricciones a la competencia*, Bs. A., A. Perrot, 1978, pág. 11.

<sup>66</sup> Para la "rule of reason" y su aplicación en el derecho de la competencia ver NAPOLETANO, Guido, *Diritto della concorrenza*, Roma, ed. Lithos, 1996, pág. 5.

<sup>67</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. "Prácticas abusivas en los contratos de consumo". *Contratos 2015* (febrero), 25/02/2015, 237 Cita Online: AR/DOC/392/2015.

bien como condición para la adquisición de otro. Asimismo, por ej., es válido que se venda el shampoo y el acondicionador juntos, pero no que se me obligue a comprar un acondicionador que no quiero, para poder comprar el shampoo<sup>68</sup>. Un caso resuelto en la Argentina muestra la dificultad.

c) Abuso de los derechos de propiedad industrial e intelectual: La sola existencia de una patente, una marca registrada o un derecho de autor no es considerado como un elemento determinante de una posición dominante, ni abusivo per se su ejercicio, aunque resultan en un abuso de posición dominante la imposición de condiciones no equitativas para la concesión de licencias o negarse a concederlas.

- III.2.3- La actual legislación 27.442.-

La nueva Ley Argentina, no sólo define y conceptualiza los actos prohibidos, sino que también los enuncia de forma taxativa en sus art 1 y 2.

A esto debe sumarse que en el art 3; la ley enumera una serie de conductas que si se configuran con la hipótesis del art. 1; es decir, si producen un perjuicio al interés económico general, encuadran en prácticas restrictivas, como lo son:

- a) Fijar en forma directa o indirecta el precio de venta, o compra de bienes o servicios al que se ofrecen o demanden en el mercado, así como intercambiar información con el mismo objeto o efecto;
- b) Fijar, imponer o practicar, directa o indirectamente, de cualquier forma, condiciones para (i) producir, procesar, distribuir, comprar o comercializar sólo una cantidad restringida o limitada de bienes, y/o (ii) prestar un número, volumen o frecuencia restringido o limitado de servicios;
- c) Concertar la limitación o control del desarrollo técnico o las inversiones destinadas a la producción o comercialización de bienes y servicios;
- d) Impedir, dificultar u obstaculizar a terceras personas la entrada o permanencia en un mercado o excluirlas de éste;

---

<sup>68</sup> Ejemplos proporcionados por JARAMILLO J., Carlos I., La compraventa en el derecho del consumo, Bogotá, ed. Universidad Javeriana y otros, 2015, pág. 169).

e) Afectar mercados de bienes o servicios, mediante acuerdos para limitar o controlar la investigación y el desarrollo tecnológico, la producción de bienes o prestación de servicios, o para dificultar inversiones destinadas a la producción de bienes o servicios o su distribución;

f) Subordinar la venta de un bien a la adquisición de otro o a la utilización de un servicio, o subordinar la prestación de un servicio a la utilización de otro o a la adquisición de un bien;

g) Sujetar la compra o venta a la condición de no usar, adquirir, vender o abastecer bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero;

h) Imponer condiciones discriminatorias para la adquisición o enajenación de bienes o servicios sin razones fundadas en los usos y costumbres comerciales;

i) 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;

j) Suspender la provisión de un servicio monopólico dominante en el mercado a un prestatario de servicios públicos o de interés público;

k) Enajenar bienes o prestar servicios a precios inferiores a su costo, sin razones fundadas en los usos y costumbres comerciales con la finalidad de desplazar la competencia en el mercado o de producir daños en la imagen o en el patrimonio o en el valor de las marcas de sus proveedores de bienes o servicios;

l) La participación simultánea de una persona humana en cargos ejecutivos relevantes o de director en dos o más empresas competidoras entre sí.

## CONCLUSIÓN.

La Ley N° 27.442 procura abordar la mayoría de los problemas causados por la aplicación de la Ley N° 25.156 vigente desde 1999, con el objeto de crear una autoridad verdaderamente independiente. Por lo que pretende otorgar mayores herramientas que le permitan a la autoridad avanzar en el enjuiciamiento de los carteles. Las medidas adoptadas son: el incremento de las multas, la implementación de un programa de clemencia, el fomento del litigio privado y la reducción de las trabas del actual proceso, criticado de excesivamente burocrático en el control de fusiones.

Esta nueva ley incorpora cambios significativos a los sistemas de control de concentraciones económicas y de investigación de las conductas anticompetitivas. Además, incorpora el instituto de la clemencia, por primera vez en la Argentina.

Es dable reseñar la modificación con respecto a la no obligatoriedad de notificar las adquisiciones de empresas en caso de que el comprador ya posea más del cincuenta por ciento (50%) de las acciones. Siempre y cuando ello no implique un cambio en la naturaleza del control. La excepción “*first landing*” adquiere, con la modificación de la LDC, mayor amplitud y flexibilidad. Ahora las adquisiciones de una única empresa por parte de una única empresa extranjera que no posea previamente activos (excluyendo aquellos con fines residenciales) o acciones de otras empresas en la Argentina y cuyas exportaciones hacia la Argentina no hubieran sido significativas, habituales y frecuentes durante los últimos treinta y seis meses, están eximidas de ser notificadas. En cuanto a los plazos de revisión, la modificación de la LDC ahora establece los siguientes: a) El plazo en el que debe resolver la Autoridad Nacional de la Competencia será de 45 días desde la notificación, si la información suministrada es correcta y completa. b) Si la transacción tiene la potencialidad de restringir la competencia, la Autoridad Nacional de la Competencia debe comunicar por escrito sus objeciones y citar a una audiencia especial para considerar los condicionamientos. En estos casos, el plazo para resolver se podrá extender hasta 120 días adicionales. Todos estos plazos fueron fijados sin perjuicio del régimen de suspensión que también incorpora la nueva LDC en el cual las partes deberán obtener la autorización de la Autoridad Nacional de la Competencia como condición precedente para poder efectuar el cierre de la transacción. Dicha

notificación deberá realizarse en forma previa a la fecha de perfeccionamiento del acto o de la materialización de la toma de control, el que acaeciere primero.

Como cláusula transitoria, para el caso de las transacciones en curso, la LDC faculta al Poder Ejecutivo a determinar en la reglamentación las condiciones con arreglo a las cuales continuará la tramitación de los expedientes iniciados durante la vigencia de la Ley 25.156. Sin perjuicio de ello, en virtud de los principios de legalidad e irretroactividad de las leyes hasta tanto la reglamentación no disponga lo contrario, las concentraciones económicas notificadas bajo la vigencia de la ley 25.156 deberían seguir rigiéndose por dicha ley.

Hacia el final de la LDC se faculta al Tribunal de Defensa de la Competencia a establecer un procedimiento sumario o “Fast-Track” para las concentraciones económicas que a su criterio pudieren tener menor probabilidad de estar alcanzadas por la prohibición de restringir o distorsionar la competencia. Este procedimiento acotado es criticable en cuanto pueda resultar un perjuicio para el interés económico general. De esta forma la LDC faculta al Tribunal de Defensa de la Competencia para que, una vez constituido, reglamente el procedimiento Fast-Track. Si bien este tipo de sumario se viene aplicando de facto por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, se espera que la actual autoridad o la que se constituya en un futuro lo reglamente a fin de brindar certeza jurídica sobre los requisitos para su viabilidad.

Finalmente, en cuanto al mencionado programa de clemencia, cabe mencionar que su aplicación persigue facilitar la investigación de los carteles. Para ello, establece dos posibles escenarios para aquellos que se acojan al beneficio sobre la base de prioridad de llegada: Uno de ellos es la exención o reducción de multas y la inmunidad con respecto a ciertas sanciones criminales una vez efectuada la reparación de los daños y perjuicios. Por otro lado, incluye un beneficio complementario denominado “*Leniency plus*” para aquellas personas física o jurídica que, no pudiendo acogerse al beneficio durante la substanciación de la investigación, revele y reconozca un segundo cartel en otro mercado. El beneficio consisten en una reducción de un tercio de la sanción o multa que, de otro modo, le hubiese sido impuesta por su participación en la primera conducta.

*“La competencia es un instrumento fundamental para aumentar el bienestar del consumidor, fortalecer la competitividad de la industria y promover la innovación y el desarrollo económico”.*

## **BIBLIOGRAFÍA.**

- **NORMATIVA**

- Código Civil y Comercial de la Nación.
- Código de Defensa de la Competencia de Brasil.
- Constitución Nacional Argentina.
- Decreto Legislativo 1/2007.
- Directiva Europea 2005/29/CE.
- Ley 22.262.
- Ley 24.240.
- Ley 25.156.
- Ley 27.442.

- **LIBROS**

- Dr. PERAL, Santiago, "La regulación de las cláusulas abusivas en el Código Civil y Comercial. Sus implicaciones sobre la concepción moderna del contrato". Editorial Bibliotex.
- Dr. LORENZETTI, Ricardo Luis, "Consumidores – 2º Edición". Editoriales Rubinzal-Culzoni.

- **ARTÍCULOS**

- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: "Prácticas abusivas en los contratos de consumo". Publicado en: Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos 2015 (febrero), 25/02/2015, 237 Cita Online: AR/DOC/392/2015.-
- LAMBERT, Ariel D. "El abuso de Posición Dominante en la Defensa de la Competencia". Revista Argentina de Derecho Empresario. N°1- 15/06/05.
- SANTARELLI, Fulvio Germán: "El contrato de consumo en el Código Civil y Comercial de la Nación". Publicado en: Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos 2015 (febrero), 25/02/2015, 223 Cita Online: AR/DOC/471/2015.-

- **PÁGINAS**

<https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/nota220116.pdf>

<https://ar.ijeditores.com/articulos.php?idarticulo=40361>

<https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/competencia/conductas-anticompetitivas>

<http://blogs.eleconomista.net/competencia/2014/10/que-es-una-practica-anticompetitiva/>

<https://ucema.edu.ar/~gcoloma/leydef.pdf>