



DECONOMI

REVISTA ELECTRÓNICA DEL DEPARTAMENTO DE
DERECHO ECONÓMICO Y EMPRESARIAL
FACULTAD DE DERECHO - UBA

AÑO IV - NÚMERO 13 - SEPTIEMBRE DE 2021

DIRECTOR:
PROF. HÉCTOR OSVALDO CHOMER



DECONOMI

REVISTA ELECTRÓNICA DEL DEPARTAMENTO DE
DERECHO ECONÓMICO Y EMPRESARIAL
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

D | **IFUNDIR**
E | **DUCHAR**
C | **APACITAR**
O | **RIENTAR**
N | **UTRIR**
O | **RDENAR**
M | **EDITAR**
I | **NVESTIGAR**

Comité Editorial

Director general: Héctor Osvaldo Chómer

Director Área Comercial: Pablo Frick

Director Área Tributario: Eduardo Laguzzi

Director Área Recursos: Natalia Waitzman

Coordinador General: Rodrigo Jaime

Coordinadores:

María José Alzari

Rodrigo Bustingorry

Sara Llorente

Liliana Taverna

Comité de Honor:

Héctor Alegría

Salvador Bergel

Raúl Etcheverry

Rafael Manovil

Comité Académico:

Griselda Capaldo

Horacio Corti

Miguel De Dios

Leila Devia

Graciela Junqueira

Beatriz S. Krom

Silvia Nonna

Martín Paolantonio

Jorge S. Sicoli

Julia Villanueva

Las posturas doctrinarias expresadas en los artículos aquí incluidos son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan los puntos de vista del Departamento de Derecho Económico Empresarial de la UBA ni del Comité Editorial.



DECONOMI

ÍNDICE

<u>Nota del director - Presentación</u> por <i>Héctor Osvaldo Chomer y Miguel Ángel De Dios</i>	Pág. 5
Doctrina	
<u>“Avances en el análisis económico de las operaciones de concentración”</u> por <i>Germán Coloma</i>	Pág. 8
<u>“Curvas de aprendizaje”</u> por <i>Gustavo A. Benítez Fernández</i>	Pág. 28
<u>“La competencia federal en el recurso directo previsto en el Decreto 274/19 de Lealtad Comercial.”</u> por <i>Marcos F. L. Nazar Anchorena</i>	Pág. 44
<u>“China: Avances en la regulación de plataformas digitales”</u> por <i>Juan Martín Salvadores de Arzuaga</i>	Pág. 101
<u>“Precios excesivos y defensa de la competencia”</u> por <i>Pablo Trevisán</i>	Pág. 113



Nota del Director.

Presentación de los Profesores De Dios y Chómer

Tenemos el agrado de presentar un nuevo número de nuestra Revista, esta vez dedicado a temas de defensa de la competencia y regulación económica.

En la Argentina existe una larga tradición normativa dedicada a la defensa de la competencia, pues la materia fue regulada desde las primeras décadas del siglo XX¹. Sin embargo, la práctica efectiva sustancial en materia de defensa de la competencia se concentra en las últimas tres décadas. No es ajeno a ello que con la reforma constitucional de 1994 se haya incorporado en el artículo 42 de la Constitución Nacional, la prescripción de la regulación en materia de defensa de la competencia. Así se establece que las autoridades deberán proveer a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados y al control de los monopolios naturales y legales.

El debate se concentra en dos interesantes cuestiones que hacen a la práctica efectiva de la defensa de la competencia y que nuestra experiencia nos ha presentado en varias ocasiones. La primera es si la defensa de la competencia debe adscribirse a una ideología o política económica determinada. La segunda, si hay una relación de suma cero entre competencia y regulación.

Una primera aproximación podría llevar al equívoco de pensar que la defensa de la competencia debe alinearse con una determinada teoría económica o ideología. Pero como señala Marc Allen Eisner² el derecho de la competencia puede, indistintamente en el tiempo, ser una expresión del liberalismo de mercado, un instrumento del populismo en la economía o bien una política pública meramente simbólica que se desarrolla sin que produzca real impacto económico alguno. Así entonces, sostiene que podría decirse que la defensa de la competencia es meramente una política pública en busca de “propósito y claridad”. En efecto, la neutralidad parece ser la nota característica

¹ La primera legislación de defensa de la competencia fue la ley 11.210 de 1923.

² Eisner, Marc Allen, en “Antitrust and the triumph of economics-institutions, expertise and policy change” UNC Press Enduring Edition (1991)



DECONOMI

de este instrumento de política pública como lo prueba nuestra experiencia donde en las últimas décadas, distintos gobiernos con posiciones o visiones económicas diversas han hecho uso, con mayor o menor grado de eficacia y éxito, de la defensa de la competencia como instrumento para el desarrollo de sus políticas públicas. Que el resultado de la mejor práctica de defensa de la competencia se alcance, demanda un esfuerzo permanente de debate y ejercicio efectivo tanto en el ámbito académico como el profesional.

El segundo punto de debate que hemos señalado, también ha estado presente en nuestra experiencia normativa y práctica de defensa de la competencia, tanto en sectores de la academia como de la profesión y práctica de la defensa de la competencia. En algunas oportunidades se ha concebido el derecho de la competencia y la regulación sectorial como sustituto o alternativa donde cada uno de ellos tendría su dominio exclusivo del otro. Bajo esta perspectiva, el principal desafío sería entonces clasificar adecuadamente cuestiones y disputas concretas en lo que respecta a uno u otro. Es muy posible que este punto de vista esté influenciado por la legislación estadounidense (que ha sido la fuente normativa seguida durante los primeros 60 años de vigencia de este instituto en Argentina), donde la regulación se ha visto como un sustituto de la ley antimonopolio, y donde la jurisprudencia líder tiende a considerar la ley antimonopolio y la regulación como excluyentes entre sí. No es el caso de la corriente que sigue la normativa en materia de competencia de fuente europea en el proceso de integración económica europea (como es nuestro caso en los últimos 40 años). Nuestra experiencia es rica en la controversia sobre el alcance de las atribuciones de la agencia de competencia y hasta donde se solapan, se excluyen o complementan regulación y competencia.

En función de ello, el Profesor De Dios junto con su colega Federico Volujewicz han seleccionado una diversa temática y a prestigiosos autores que nos acompañan con sus trabajos abordando las distintas perspectivas desde la experiencia comparada sobre el desarrollo de las agencias de competencia nuevas o en mercados emergentes, así como nuestra experiencia en las áreas tradicionales en que se desempeñan las agencias de competencia, como las prácticas lesivas de la competencia y las operaciones de concentración económica. Asimismo, se aborda la interrelación de la defensa de la competencia



DECONOMI

con la lealtad comercial y los nuevos desafíos regulatorios que los mercados digitales presentan por su fluidez y dinámica y que crean la necesidad de abordar la poderosa posición que un número reducido de empresas digitales clave desarrolla.

Esperamos confiados que este nuevo número sea de agrado de los lectores.

Miguel Ángel De Dios

Héctor Osvaldo Chómer



“Avances en el análisis económico de las operaciones de concentración”

por Germán Coloma³

Resumen

Debido a que es uno de los aspectos del derecho de la competencia en el cual se usa más intensivamente el análisis económico, el control de las operaciones de concentración es uno de los procedimientos en los que las autoridades de competencia van incorporando de manera más acelerada los avances que dicho análisis económico va generando. En las últimas décadas, por ejemplo, se ha pasado de un contexto en el cual el análisis se basaba casi exclusivamente en medidas de concentración, que buscaban prever los efectos de las operaciones horizontales sobre los precios de mercado, a casos en los cuales se analizan de manera más rigurosa otros posibles efectos. Entre ellos sobresalen por su importancia el análisis de productos diferenciados a través de índices de presión alcista de precios, el análisis de variables distintas del precio tales como la calidad o la innovación, y el análisis de la competencia potencial entre productos que no forman parte del mismo mercado (el cual puede tener una incidencia importante en los denominados “mercados digitales”).

Abstract

Being one of the aspects of competition law in which economic analysis is most intensively used, merger control is one of the procedures in which competition authorities are incorporating in a more accelerated way, the advances that this economic analysis is generating. During the last decades, the context moved from an analysis almost exclusively based on concentration measures, which sought to foresee the effects of horizontal concentrations on

³ Director del Departamento de Economía de la Universidad del CEMA. Exdirector de Estudios Económicos y Legales de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia.



DECONOMI

market prices, to cases in which other possible effects are analyzed more rigorously. Among them, the analysis of differentiated products through indices of upward price pressure, the analysis of variables other than price such as quality or innovation, and the analysis of potential competition between products that are not part of the same market (which can have an important impact on the so-called "digital markets") stand out for their importance.

El control de las operaciones de concentración económica representa uno de los procedimientos más utilizados por las autoridades de defensa de la competencia en los distintos países del mundo. Es también uno de los aspectos del derecho de la competencia en donde tiene más intervención el análisis económico, puesto que su objetivo tiene que ver con la prevención de la ocurrencia de ciertas operaciones que pueden llegar a generar un perjuicio económico para la sociedad. En la Argentina, el control de las operaciones de concentración económica está reglado en el capítulo III de la Ley 27.442 de defensa de la competencia (artículos 7 al 17). Los principios económicos que guían su análisis, por su parte, se encuentran resumidos en la Resolución 208/2018 de la Secretaría de Comercio de la Nación, que aprobó la última versión de los denominados “Lineamientos para el control de las concentraciones económicas”.

A nivel mundial, el análisis de operaciones de concentración económica apareció por primera vez en Estados Unidos, como consecuencia de la aprobación de la llamada “Ley Clayton”, del año 1914. A partir de la década de 1960, los casos de defensa de la competencia relacionados con operaciones de concentración económica empezaron a incluir cada vez más elementos tomados directamente del análisis económico, y dicho fenómeno se agudizó a partir del año 1976, que fue cuando el Congreso estadounidense aprobó la llamada “Ley Hart-Scott-Rodino”, que estableció un procedimiento de control previo de dichas operaciones en cabeza de las agencias de defensa de la competencia de dicho país (que son el Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio). A partir de ese momento, otros países y bloques



DECONOMI

comerciales fueron incorporando en sus legislaciones procedimientos de control de concentraciones económicas, tal como lo hizo la Argentina en el año 1999 a través de la Ley 25.156 (que era la ley de defensa de la competencia sancionada en dicho año).

La lógica económica detrás del control de las operaciones de concentración tiene que ver con la idea de prohibir ciertas operaciones que puedan generar un incremento del poder de mercado de las empresas, que haga que uno o varios mercados empiecen a funcionar de manera más monopólica que antes de la operación en cuestión. La teoría económica, sin embargo, predice que existen también operaciones de concentración (que numéricamente resultan ser la mayoría) que no generan dichos problemas de poder de mercado y que, antes bien, contribuyen al funcionamiento competitivo de los mercados permitiendo la reducción de costos de las empresas que se concentran. El procedimiento de control de concentraciones, por lo tanto, está orientado a tratar de distinguir entre ambos tipos de operaciones, prohibiendo las primeras y autorizando las segundas.

La teoría económica detrás del análisis de las operaciones de concentración tiene una larga tradición conceptual, que se ha ido aplicando progresivamente en la práctica. Esencialmente, la misma ha tomado como base la realización de ciertas predicciones generales acerca de los precios que podrían cobrar las empresas que llevan a cabo una operación de concentración, y se ha abocado fundamentalmente al análisis de casos en los cuales dichas empresas competían entre sí antes de la operación de concentración (o sea, a las denominadas “concentraciones horizontales”). En las últimas décadas, sin embargo, la teoría ha ido evolucionando para incorporar otros elementos adicionales, que tienen que ver con la existencia de competencia en dimensiones diferentes al precio (por ejemplo, casos de diferenciación de productos, variables relacionadas con la calidad y con la investigación y desarrollo de productos, etc.), y con el análisis de operaciones en las cuales la relación entre las empresas anteriores no es de competencia sino de complementariedad.

En el presente artículo presentaremos los que a nuestro entender son los principales avances que el análisis económico ha realizado en lo que se refiere a los casos de defensa de la competencia que involucra operaciones de



DECONOMI

concentración. Para ello repasaremos primero cuál es la teoría económica básica subyacente en dicho análisis, y luego veremos cuáles son las variaciones que se le han realizado a dicha teoría. En ese punto remarcaremos las principales contribuciones recientes de la literatura económica internacional, así como también las aplicaciones de tales contribuciones por parte de las normas y de la jurisprudencia de nuestro país.

1. Lógica económica del control de concentraciones

El análisis económico de las operaciones de concentración parte de una clasificación de las mismas según cuál sea el efecto que la operación en cuestión puede tener en el funcionamiento de los mercados. Desde el punto de vista jurídico, la clasificación más común es la que tiene que ver con el tipo de operación que se realiza (por ejemplo, una fusión, una adquisición de participaciones en el capital de una sociedad, una adquisición de activos, etc.), pero desde el punto de vista económico dicha clasificación no resulta tan relevante, y lo más importante es analizar cuál es la relación económica entre las empresas involucradas antes de que la operación tenga lugar. Esto permite distinguir entre concentraciones horizontales (entre empresas que son competidoras dentro del mismo mercado), concentraciones verticales (entre empresas que operan en el mismo mercado, pero tienen una relación de proveedor/cliente) y concentraciones de conglomerado (entre empresas que operan en mercados distintos).

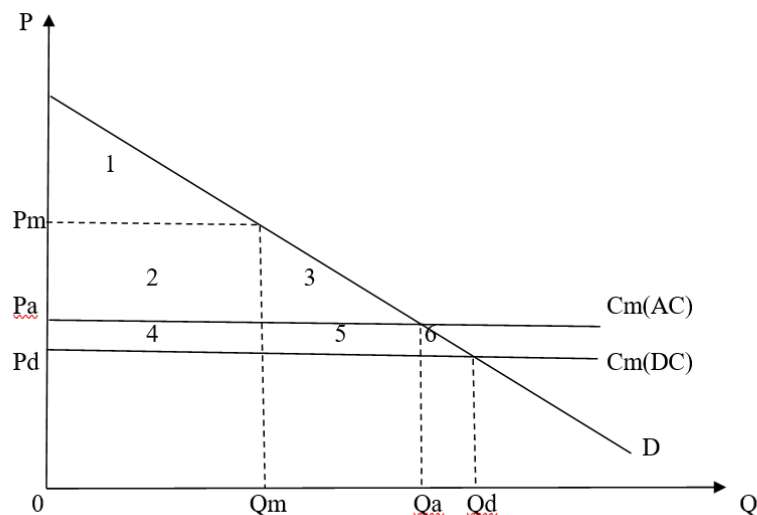
Nótese que resulta posible que una operación de concentración sea al mismo tiempo horizontal, vertical y de conglomerado. Por ejemplo, una fusión entre una empresa que se dedica a la refinación de petróleo y otra empresa que es al mismo tiempo productora de petróleo, refinadora de petróleo y productora de gas natural podría entrar dentro de dicha categoría. Esto se debe a que las empresas en cuestión pueden ser competidoras entre sí en el mercado de refinación de combustibles líquidos (concentración horizontal), tener una relación de proveedor/cliente en el mercado mayorista de petróleo (concentración vertical) y tener una relación nula en el mercado de gas natural (concentración de conglomerado), en el cual una de ellas participa y la otra no lo hace.



DECONOMI

La forma en la cual el análisis económico encara una operación de concentración que afecta distintos mercados, sin embargo, consiste en estudiar separadamente cada uno de ellos, y tomarla como si fuera una operación distinta. Tradicionalmente, además, el análisis más significativo tiene siempre que ver con los casos horizontales, en los cuales una operación de concentración resulta capaz de suprimir la competencia entre las empresas que se concentran y de ese modo puede generar un incremento en el poder de mercado del nuevo grupo económico que se forma.

El análisis económico de las concentraciones horizontales tuvo su punto de partida más significativo en un trabajo del economista estadounidense Oliver Williamson.⁴ En él, se observa que una concentración horizontal es capaz de tener dos grandes efectos contrapuestos sobre el funcionamiento de un mercado, que tienen que ver con un incentivo a subir los precios por parte del grupo que se consolida y con la posibilidad de bajar los costos de provisión del bien bajo análisis, lo cual genera a su vez un incentivo a aumentar la producción y bajar los precios. Este doble efecto es el que hemos representado en el gráfico adjunto, en el cual aparecen la demanda del mercado (D) y el costo medio y marginal de producción (Cm), antes y después de la concentración (AC y DC).



⁴ Williamson, Oliver: "Economics as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs"; *American Economic Review*, vol 58, pp 18-36, 1968.



DECONOMI

Tal como puede observarse, la idea detrás de esta teoría es que generalmente las concentraciones hacen que el costo medio y marginal de las empresas se reduzca, por lo cual “ $C_m(DC)$ ” está dibujado más abajo que “ $C_m(AC)$ ”. Esto podría llevar a que la cantidad comerciada en el mercado aumente después de la concentración, pasando de “ Q_a ” a “ Q_d ” (tal como puede observarse en el eje horizontal del gráfico). Dicho aumento de la cantidad traerá aparejada una disminución en el precio del producto comerciado, que pasará de “ P_a ” a “ P_d ” (tal como puede observarse en el eje vertical del gráfico).

Sin embargo, una concentración entre empresas competidoras también podría ser capaz de aumentar el poder de mercado del nuevo grupo económico, induciéndolo a subir el precio a un nivel igual o cercano a “ P_m ”. Esto induciría una reducción de la cantidad, que en vez de aumentar de “ Q_a ” a “ Q_d ” podría reducirse al nivel “ Q_m ”. Todo esto tiene implicancias muy distintas en los beneficios que pueden obtener las empresas que venden el producto en cuestión y los consumidores que lo compran. Dichos beneficios aparecen representados en nuestro gráfico a través de áreas con números (1, 2, 3, 4, 5, 6). Puede verse así que una operación de concentración que reduce costos y no aumenta precios genera un incremento en el beneficio de los consumidores (también llamado “excedente del consumidor”) equivalente a la suma de las áreas 4, 5 y 6, generando por lo tanto un mejoramiento en el funcionamiento del mercado. Una operación que lleva el precio del mercado a P_m , en cambio, implicará una reducción del excedente del consumidor igual a la suma de las áreas 2 y 3, quedando dicho excedente conformado solamente por el área 1.

Este tipo de análisis sirve también para ver que, aun cuando el precio de un producto aumente como consecuencia de una operación de concentración, la misma puede de todos modos generarle beneficios a la sociedad a través de la reducción de costos. Esto se debe a que, aun en ese caso, se producirá un incremento de beneficios igual al área 4, que corresponde a la baja de “ $C_m(AC)$ ” a “ $C_m(DC)$ ” cuando la cantidad es “ Q_m ”. Según cómo sea dicha área en relación con el área 3 (que es la que representa la pérdida social neta por aumento de los precios), la operación podrá generar un aumento o una disminución del excedente total que se produce en el mercado.



DECONOMI

La literatura económica sobre análisis de operaciones de concentración tomó como base la lógica de Williamson y empezó a elaborar modelos cada vez más sofisticados para llegar a conclusiones aplicables a distintos casos particulares. Uno muy importante fue el que idearon Joseph Farrell y Carl Shapiro,⁵ a través del cual puede hallarse una relación entre el efecto probable de una operación de concentración horizontal y ciertos indicadores relacionados con la participación de mercado de las empresas que se concentran y con el llamado “índice de Herfindahl y Hirschman” (IHH) del mercado en cuestión.⁶

Es precisamente en esta rama de la literatura económica en la cual se basan los criterios que suelen utilizar las autoridades de defensa de la competencia de los distintos países del mundo para hacer las evaluaciones preliminares de los efectos de las concentraciones horizontales. En la Argentina, por ejemplo, la Resolución 208/2018 establece que “una operación entre empresas cuya participación de mercado conjunta es menor al 20% no debería generar preocupación en términos de reducción de la competencia” (sección II.3). Del mismo modo, la misma resolución establece que “una característica que vuelve muy improbable que en un mercado se produzcan restricciones a la competencia es que el IHH después de la operación sea menor a 2000 puntos” (sección II.4), y más adelante en la misma sección expresa también que “si el aumento que se produce en el IHH es menor a 150 puntos, y la participación conjunta de las empresas involucradas es menor al 50%, eso también se tomará como un indicador de que la operación de concentración bajo análisis no despierta preocupaciones desde el punto de vista de la defensa de la competencia”.

2. Principales variaciones

Tal como puede apreciarse en lo expuesto en la sección anterior, la lógica del control de operaciones de concentración se asienta originalmente en

⁵ Farrell, Joseph y Carl Shapiro: “Horizontal Mergers: An Equilibrium Analysis”; *American Economic Review*, vol 80, pp 107-126, 1990.

⁶ El índice de Herfindahl y Hirschman se calcula haciendo la suma de los cuadrados de las participaciones de todas las empresas de un mercado. Es un indicador cuyo valor puede oscilar entre 0 y 10.000 puntos, y que indica cuál cerca o cuán lejos se haya un mercado de ser un monopolio.



DECONOMI

la idea de que, cuando un mercado está más concentrado, eso permite a las empresas tener un mayor poder de mercado, y esto es susceptible también de generar incentivos para que dichas empresas aumenten sus precios y se terminen comerciando cantidades menores. Como contraposición a esto, las operaciones de concentración pueden hacer simultáneamente que se reduzcan los costos de las empresas, y dicha reducción puede generar un efecto opuesto (es decir, aumentar las cantidades comerciadas y bajar los precios).

Esta lógica se basa en el supuesto de que el principal efecto de una operación de concentración es justamente el aumento de la concentración de un mercado, pero eso vale esencialmente para los casos de concentraciones de tipo horizontal que afectan mercados con productos relativamente homogéneos, y puede ser diferente en determinadas circunstancias en las cuales no se dan esas situaciones. El análisis económico, por lo tanto, ha avanzado también en la incorporación de variaciones a la lógica básica del control de las operaciones de concentración, que tienen que ver con tres grandes aspectos: la existencia de operaciones entre empresas que proveen productos diferenciados, los efectos relacionados con variables distintas de la cantidad y del precio, y las operaciones de tipo vertical y de conglomerado. Muchas veces, dichos aspectos pueden influir en el funcionamiento de los mercados, y serán el objeto de los apartados que forman parte de esta sección de nuestro trabajo.

2.1. Productos diferenciados

La diferenciación de productos implica que, dentro del mismo mercado, es posible que existan bienes que, si bien son parecidos y compiten entre sí por las preferencias de los compradores, tienen diferencias entre ellos que hacen que puedan venderse a precios distintos y que puedan ser más o menos convenientes para un comprador en particular. La forma en la cual la teoría económica modela la diferenciación de productos es distinta según el tipo de diferenciación que se trate. Es posible así encontrar modelos de “diferenciación espacial” (en los cuales los productos son distintos porque están ubicados en diferentes lugares dentro de un espacio geográfico o de preferencias de los consumidores), modelos de “diferenciación por calidad” (en los cuales la



DECONOMI

diferencia tiene que ver con distintas calidades de los productos) y modelos de “diferenciación idiosincrática” (en los cuales las diferencias tienen que ver con diferentes percepciones de los consumidores sobre las propiedades de las distintas marcas que se comercian en el mismo mercado).⁷

Tradicionalmente, el análisis económico de las operaciones de concentración consideró a la diferenciación de productos como un fenómeno del tipo “todo o nada”, es decir, como un aspecto que sirve básicamente para delimitar si dos productos están en el mismo mercado o pertenecen a mercados separados. Esta es esencialmente la teoría conocida como “definición de mercados relevantes”, que sirve para delimitar cuáles son los productos que compiten contra los provistos por las empresas que están encarando una operación de concentración y cuáles productos se hallan fuera de esa competencia. Para ello, el criterio tradicional ha sido el denominado “test del monopolista hipotético”, que supone que los productos que son sustitutos más cercanos están dentro del mismo mercado y que los que son sustitutos más lejanos se encuentran fuera.⁸

Una vez definido un mercado relevante, el análisis tradicional aplicado al efecto de las operaciones de concentración suele proceder bajo el supuesto implícito de que los productos que quedan dentro de dicho mercado son igualmente sustitutos entre sí, y es por ello que el principal elemento a tener en cuenta para analizar la competencia es la participación de mercado que cada uno de ellos tiene. Una forma alternativa de encarar este tema, sin embargo, consiste en tratar la demanda de cada producto de manera separada, y buscar las relaciones de sustitución entre los productos que resultan de interés analizar (que en el caso de las operaciones de concentración, suelen ser las relaciones entre los productos que están en el mismo mercado relevante y son provistos por las empresas que se están concentrando). La forma más completa de llevar a cabo esto consiste en hacer simulaciones basadas en estimaciones de sistemas de demanda de distintos productos, lo cual trae aparejado el uso de

⁷ Para una explicación más detallada y analítica de esta tipología de la diferenciación de productos, véase Coloma, Germán: *Economía de la organización industrial*, capítulo 4. Buenos Aires, Temas, 2005.

⁸ El nombre de este test hace referencia a la idea de que el mercado relevante es aquel constituido por “el menor grupo de productos respecto del cual, a un hipotético monopolista de todos ellos, le resultaría rentable imponer un aumento de precios pequeño, aunque significativo y no transitorio” (Resolución 208/2018, sección II.1).



DECONOMI

técnicas bastante sofisticadas e intensivas en datos, pero sirve para hacer predicciones de cuál podría ser el efecto de una operación de concentración en los precios de los distintos bienes implicados.⁹

El uso de técnicas de simulación, sin embargo, es normalmente imposible para las autoridades de competencia que están llevando a cabo un procedimiento de control de operaciones de concentración, por el volumen de recursos que lleva, el tiempo que insume, y la falta de datos existentes al momento en el cual debe hacerse la evaluación. Por ese hecho es que en las últimas décadas se ha desarrollado un procedimiento alternativo más simple que se basa en los mismos principios teóricos, y que es el cálculo de los llamados “índices de presión alcista de precios” (o “*upward pricing pressure indices*”, por su nombre en inglés). Estos índices buscan aproximar el incentivo que tienen las empresas para incrementar sus precios de venta después de una operación de concentración horizontal, y pueden tomar valores positivos o negativos. Si se da esto último, entonces se considera que la concentración bajo estudio no genera un riesgo significativo para la competencia en el mercado.

La forma en la cual operan los índices de presión alcista de precios puede ejemplificarse suponiendo una operación de concentración entre dos empresas (A y B) que proveen dos productos diferenciados que se comercian en el mismo mercado relevante. Dado eso, los índices de presión alcista de precios de los productos A y B ($IPAP_A$ e $IPAP_B$) pueden escribirse de siguiente modo:

$$IPAP_A = d_{AB} \cdot m_B \cdot \frac{P_B}{P_A} - e_A \cdot (1 - m_A) ; \quad IPAP_B = d_{BA} \cdot m_A \cdot \frac{P_A}{P_B} - e_B \cdot (1 - m_B) ;$$

donde d_{AB} es el cociente de desvío de ventas (*diversion ratio*) del producto A hacia el producto B, d_{BA} es el cociente de desvío de ventas de B hacia A, m_A es el margen entre precio y costo marginal de la empresa A, m_B es el margen entre precio y costo marginal de la empresa B, p_A/p_B y p_B/p_A son los

⁹ Esta forma de encarar el problema tiene una tradición relativamente larga en la economía de la organización industrial, dentro de la cual se destacan trabajos como el de Steven Berry, James Levinsohn y Ariel Pakes (“Automobile Prices in Market Equilibrium”; *Econometrica*, vol 63, pp 841-890, 1995) y el de Jonas Björnerstedt y Frank Verboven (“Merger Simulation with Nested Logit Demand”; *Konkurrensvverket Working Paper 2*, 2013).



DECONOMI

cocientes de precios relativos entre los productos de las dos empresas, y e_A y e_B son las ganancias de eficiencia esperadas como consecuencia de la operación.¹⁰

A efectos de computar los elementos que aparecen en las fórmulas de $IPAP_A$ e $IPAP_B$, es posible emplear distintos elementos que se dispongan según el caso bajo análisis. Si se cree que la operación tiene lugar en un mercado de productos relativamente simétricos (es decir, en un mercado en el cual todos los productos son aproximadamente igual de sustituibles unos por otros), un límite máximo al cociente de desvío de ventas entre A y B (y entre B y A) está dado por las siguientes fórmulas:

$$d_{AB} = \frac{s_B}{1 - s_A} \quad ; \quad d_{BA} = \frac{s_A}{1 - s_B} \quad ;$$

donde s_A y s_B son las participaciones de mercado de los productos A y B. En lo que atañe a la estimación del margen entre precio y costo marginal, un indicador aproximado del mismo puede ser el margen entre ingresos por ventas y costo de ventas de cada una de las empresas que se están concentrando, lo cual implica extraer los datos directamente de los estados contables de dichas empresas. En cuanto a las ganancias de eficiencia, por último, las mismas deberían depender de la operación que se está analizando, pero suelen aproximarse utilizando un valor estándar igual al 10%, que la mayoría de los autores consideran razonable para la mayoría de los casos.¹¹

Los índices de presión alcista de precios han sido incorporados en los últimos años como un instrumento relativamente importante en el análisis de las concentraciones horizontales por parte de distintas agencias de competencia a nivel mundial. En la Argentina, por ejemplo, han sido empleados en varios casos desde 2016 en adelante,¹² y también aparecen mencionados en los lineamientos

¹⁰ Para un análisis más detallado de estos temas, véase Comisión Nacional de Defensa de la Competencia: “Herramientas cuantitativas para el análisis de concentraciones económicas”; Buenos Aires, 2017.

¹¹ Véase, por ejemplo, Farrell, Joseph y Carl Shapiro: “Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition”; *B.E. Journal of Theoretical Economics*, vol 10, nro 1, art 9, 2010.

¹² Véanse, por ejemplo, los dictámenes de la CNDC referidos a las concentraciones “Sanofi/Boehringer” (Res. S.C. 480/2016), “Coca-Cola/Ades” (Res. S.C. 53/2018) y “ABI/SAABMiller” (Res. S.C. 136/2018).



para el control de concentraciones económicas aprobados por la Resolución 208/2018 (sección III.1).

2.2. Efectos sobre variables distintas del precio

Lo expuesto en el apartado anterior sobre la introducción de la diferenciación de productos en el análisis económico de las concentraciones tiene esencialmente que ver con el empleo de técnicas destinadas a evaluar el impacto de dicha diferenciación sobre los precios de los productos involucrados en una operación de concentración. Sin embargo, cuando tiene lugar una fusión o adquisición entre empresas que operan en mercados de productos diferenciados, muchas veces aparecen también una serie de efectos que impactan sobre variables distintas del precio, las cuales pueden ser justamente las que están detrás del propio fenómeno de la diferenciación de los productos. Una de esas variables es la calidad de los productos suministrados, así como también otros factores tales como la variedad de productos, el nivel de inversión y el grado de innovación que existe en el mercado (el cual se encuentra muchas veces relacionado con el gasto que efectúan en las empresas en actividades relacionadas con investigación y desarrollo).

En las últimas décadas, el análisis económico de las operaciones de concentración ha incorporado de diversas maneras a las variables mencionadas en el párrafo anterior. En lo que se refiere a la variable “calidad”, se han elaborado diferentes modelos que predicen el comportamiento de la misma después de una operación de concentración. Pinto y Sibley,¹³ por ejemplo, llevan a cabo un análisis según el cual las concentraciones entre empresas que operan en mercados en los cuales la calidad es una variable importante en las decisiones competitivas de las empresas tienden a estimular que las otras empresas del mercado que no participan en la concentración aumenten el nivel de calidad de sus productos. Dicha conclusión, sin embargo, no se generaliza a las empresas que se están concentrando, que pueden hallar más conveniente aumentar o disminuir la calidad de sus propios productos.

¹³ Pinto, Brijesh y David Sibley: “Unilateral Effects with Endogenous Quality”; *Review of Industrial Organization*, vol 3, pp 449-464, 2016.



DECONOMI

Una conclusión un tanto distinta es la que surge del análisis llevado a cabo por Brekke, Siciliani y Straume.¹⁴ Para estos autores, el efecto de las operaciones de concentración sobre la calidad de los productos se relaciona directamente con el efecto que las mismas pueden tener sobre los precios de dichos productos. Por ejemplo, si dos empresas compiten fuertemente en precios, una concentración entre ellas puede inducir un aumento en la calidad de sus productos, en tanto que si compiten fuertemente por la calidad de sus productos, una concentración entre ellas puede inducir una reducción en sus precios. Por otro lado, lo esperable en estos casos es que las otras empresas del mercado que no participan en la concentración tengan incentivos para aumentar tanto los precios como la calidad de sus productos. Todos estos efectos, sin embargo, son ambiguos en términos del excedente que se genera en el mercado, que puede tanto aumentar como disminuir a consecuencia de la concentración en cuestión.

Otra variable de interés que ha aparecido en los últimos tiempos en los modelos económicos que buscan predecir los efectos de las operaciones de concentración es el nivel de innovación, que en general es considerado como dependiente de la inversión en investigación y desarrollo que llevan a cabo las empresas. Una de las principales contribuciones al respecto ha sido la de los economistas italianos Motta y Tarantino,¹⁵ quienes en su análisis llegan a la conclusión de que el efecto esperado del incremento de poder de mercado sobre el nivel de inversión en investigación y desarrollo es paralelo al efecto esperado sobre los precios. Esto lleva a que una concentración horizontal que aumenta el poder de mercado de las empresas que se concentran induzca a que las mismas no solamente incrementen los precios de sus productos sino que también disminuyan su gasto en investigación y desarrollo, reduciendo la probabilidad de que aparezcan nuevos productos en el mercado en cuestión.

Con una orientación levemente distinta, Federico, Langus y Valletti llegan a la conclusión de que el efecto de una operación de concentración sobre el nivel de innovación en un mercado es en principio ambiguo, ya que si bien por

¹⁴ Brekke, Kurt, Luigi Siciliani y Rune Straume: “Horizontal Mergers and Product Quality”; *Canadian Journal of Economics*, vol 50, pp 1063-1103, 2017.

¹⁵ Motta, Massimo y Emanuele Tarantino: “The Effects of Horizontal Mergers, when Firms Compete in Prices and Investment”; *International Journal of Industrial Organization*, art 102774, 2021.



DECONOMI

un lado la mayor concentración estimula a las empresas a invertir menos en investigación y desarrollo, por otro lado este tipo de operaciones puede servir para resolver un problema que ellos denominan “externalidad innovativa”.¹⁶ Dicho problema consiste en el hecho de que, muchas veces, una innovación descubierta por una empresa puede ser aprovechada por otra, y que eso suele generar un desincentivo para invertir en investigación y desarrollo. En algunos casos, entonces, la unión entre empresas que surge de una operación de concentración puede tener el efecto de aliviar dicho problema, y hacer que la nueva empresa fusionada perciba como más rentable una inversión destinada a generar una innovación en el espacio de productos.

El análisis económico de los efectos de las concentraciones horizontales sobre la innovación ha estado en buena medida fomentado por una serie de casos que tuvieron lugar a nivel internacional, entre los cuales sobresale sin duda el caso Bayer/Monsanto y su aprobación condicionada por parte de la Unión Europea.¹⁷ En la Argentina, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia no ha utilizado hasta ahora mayormente argumentos ligados con este tipo de análisis, pero sí ha incluido consideraciones sobre variables diferentes al precio en una serie de casos relativamente importantes, que han servido para aprobar o para condicionar operaciones de concentración. Uno de los primeros fue la concentración entre Telefónica Media y Atlántida Comunicaciones, en la cual se ordenó la venta de un canal de televisión abierta de la ciudad de Mar del Plata.¹⁸ En dicha operación, se entendió que, si bien los canales de televisión abierta no competían entre sí en términos de precio del servicio (el cual se ofrecía de manera gratuita), sí era importante la competencia en términos de calidad y variedad del producto, y dicha competencia debía ser preservada en la mayor intensidad posible.

En otros casos, en cambio, el análisis de variables distintas del precio sirvió más bien para convalidar la autorización de una serie de operaciones de concentración.¹⁹ En dichos casos, lo que se entendió fue que la operación de

¹⁶ Federico, Giulio, Gregor Langus y Tommaso Valletti: “Horizontal Mergers and Product Innovation”; *International Journal of Industrial Organization*, vol 59, pp 1-23, 2018.

¹⁷ Caso M.8084, del 21/3/2018.

¹⁸ Res. S.D.C. 47/2000.

¹⁹ Véase, por ejemplo, los casos “Bayer/Aventis” (Res. S.D.C. 45/2002) y “Hewlett Packard/Electronic Data Systems” (Res. S.C.I. 388/2009).



concentración podía facilitar que se llevaran a cabo determinados proyectos de inversión o se mejorara la calidad de los productos involucrados, teniendo por lo tanto un efecto positivo sobre el interés económico general.

2.3. Concentraciones verticales y de conglomerado

Si bien la gran mayoría de las operaciones de concentración que reciben objeciones basadas en la aplicación de las normas de defensa de la competencia son de naturaleza horizontal, existe también una tradición relativamente significativa por la cual se han objetado algunas operaciones cuya naturaleza es de tipo vertical.²⁰ Tal como hemos visto en los primeros apartados de este trabajo, lo que identifica una concentración como vertical es el hecho de que las empresas que toman parte en la misma tienen una relación real o potencial de proveedor/cliente dentro de un mercado, que en la generalidad de los casos se origina en que dichas empresas están en distintas posiciones dentro de la misma “cadena de valor”. Surgen así operaciones de concentración económica que implican la consolidación de una empresa que provee un insumo con una empresa que utiliza dicho insumo para producir otro bien (por ejemplo, empresas petroleras que se fusionan con empresas que elaboran combustibles líquidos), u operaciones a través de las cuales el fabricante de un producto se concentra con una empresa revendedora del mismo (por ejemplo, fabricantes de electrodomésticos con cadenas comerciales que venden dichos electrodomésticos).

La teoría económica que se ha desarrollado para explicar la lógica de este tipo de operaciones descansa en general en la idea de que las mismas se justifican por ganancias de eficiencia, que tienen que ver con el ahorro de los denominados “costos de transacción”.²¹ Esto ha hecho que, tradicionalmente, las concentraciones verticales hayan sido vistas por el análisis económico como operaciones que no tienen capacidad de restringir la competencia o de

²⁰ Véase, por ejemplo, el caso argentino “Aeropuertos Argentina 2000/LAPA” (Res. S.D.C. 29/2002), por el cual en su momento se prohibió la adquisición de una empresa aérea por parte del concesionario de la red de aeropuertos de la República Argentina.

²¹ Esta expresión tiene su origen en un artículo del economista británico Ronald Coase, publicado en 1937, que lleva por título “La naturaleza de la empresa” (“The Nature of the Firm”; *Economica*, vol 4, pp 386-405).



DECONOMI

incrementar el poder de mercado de las empresas que participan en las mismas, debido a que, precisamente, tienen lugar entre empresas que no eran competidoras entre sí antes de llevar a cabo la operación.

En las últimas décadas del siglo XX, sin embargo, comenzaron a aparecer una serie de contribuciones de la literatura económica que mostraron que, en ciertos contextos específicos, las concentraciones de tipo vertical tenían la posibilidad de generar el fenómeno de “incremento de costos de los rivales” (*raising rivals' costs*), y que podían servir para aumentar el poder de mercado del grupo que se consolidaba, reduciendo la competencia con otras empresas e incrementando los precios que terminaban pagando los consumidores. Esta idea, desarrollada por economistas tales como el estadounidense Steven Salop,²² lleva a la conclusión de que, en ciertos casos, las concentraciones verticales pueden llevar a una situación de “cierre del mercado” (*market foreclosure*), originada en la extensión del poder que una empresa tiene en cierto segmento de la cadena productiva (por ejemplo, en la fabricación de un insumo) a otro segmento de la misma (por ejemplo, a la elaboración de un producto que se fabrica utilizando dicho insumo).

Basada en este tipo de teorías, el análisis económico ha desarrollado algunos indicadores que permiten establecer cuándo una operación de concentración vertical es susceptible de generar un problema de competencia, que en cierta medida se asemejan a los indicadores de concentración y de participaciones de mercado que se usan para evaluar las concentraciones horizontales. Un ejemplo muy importante de esta literatura es un artículo del economista norteamericano Michael Riordan,²³ en el cual se relacionan estas situaciones con casos en los cuales alguna de las empresas que participan tiene una posición dominante en un mercado, y puede aprovecharse de la misma para incrementar los costos de sus competidores y los precios de mercado. Según Riordan, esto es tanto más probable cuanto mayor sea la participación de la

²² Véase, por ejemplo, Salop, Steven y David Scheffman: “Cost-Raising Strategies”; *Journal of Industrial Economics*, vol 36, pp 19-34, 1987; y Ordovery, Janusz, Garth Saloner y Steven Salop: “Equilibrium Vertical Foreclosure”; *American Economic Review*, vol 80, pp 127-142, 1990.

²³ Riordan, Michael: “Anticompetitive Vertical Integration by a Dominant Firm”; *American Economic Review*, vol 88, pp 1232-1248, 1998.



DECONOMI

empresa dominante, y cuanto mayor sea el tamaño de la empresa con la cual se está concentrando.²⁴

Este tipo de ideas se ha ido incorporando progresivamente a la práctica de las autoridades de defensa de la competencia, a través de tests preliminares basados en las participaciones de mercado “aguas arriba” y “aguas abajo” de las empresas que llevan a cabo una concentración vertical. Los lineamientos para el control de concentraciones económicas aprobados en la Argentina por la Resolución 208/2018, por ejemplo, establecen en su capítulo VIII que “puede considerarse que una concentración entre un proveedor y un cliente cuyas participaciones son ambas menores al 30% (como oferente y como demandante del producto involucrado, respectivamente) no debería generar preocupación en términos de reducción de la competencia”, así como también que lo mismo ocurre si “los índices de concentración IHH son menores a 3000 puntos, tanto del lado de la oferta como de la demanda, así como en los casos en los cuales dichas condiciones se combinan (es decir, una participación de mercado inferior al 30% del lado de la demanda y un IHH inferior a 3000 puntos del lado de la oferta, y viceversa)”.

La tradición del control de concentraciones económicas, asimismo, ha sido en general benévola con las llamadas “operaciones de conglomerado”, es decir, con las operaciones de concentración que involucran empresas que no están relacionadas entre sí de manera horizontal ni vertical. Este hecho se manifiesta de manera clara en la mayoría de las resoluciones que aprueban las operaciones de concentración en los distintos países, en las cuales es habitual que el análisis comience identificando los mercados en los cuales operan las empresas involucradas en cada concentración, y rápidamente pase a analizar los casos en donde existe algún tipo de solapamiento horizontal o vertical (descartando por lo tanto de manera implícita los efectos que podría tener la operación en mercados en los cuales solo opera uno de los grupos que se consolida pero no los demás).

²⁴ Con posterioridad a este trabajo, han ido apareciendo muchos otros que desarrollan distintos casos y posibilidades. Entre los mismos pueden citarse, por ejemplo, el de Joshua Gans (“Concentration-Based Merger Tests and Vertical Market Structure”; *Journal of Law and Economics*, vol 50, pp 661-680, 2007) y el de Johan Hombert, Jerome Pouyet y Nicolas Schultz (“Anticompetitive Vertical Merger Waves”; *Journal of Industrial Economics*, vol 67, pp 484-514, 2019).



DECONOMI

En algunos casos, sin embargo, las autoridades de competencia han llevado a cabo análisis de posibles efectos anticompetitivos de las concentraciones de conglomerado. En los lineamientos vigentes en la Argentina, por ejemplo, se menciona la posibilidad de que existan ciertos “efectos de cartera” que permitan a las empresas aprovechar una integración que afecta mercados distintos para “extender el poder de mercado” de uno a otro (Resolución 208/2018, capítulo IX). Este es un efecto parecido al que pueden tener las concentraciones verticales que involucran a una empresa dominante, y es justamente esa característica (el posible carácter dominante de una empresa en el mercado) la que excepcionalmente puede llevar a generar algún tipo de efecto anticompetitivo en este tipo de operaciones.

El otro posible efecto anticompetitivo que puede generar una concentración de conglomerado es el que se conoce como “reducción de la competencia potencial”, y la idea detrás del mismo tiene que ver con el caso en el cual una operación de concentración hace desaparecer a una empresa independiente que podría entrar a competir contra otra en un mercado en el cual todavía dicha competencia no existe. Este es un supuesto respecto del cual la jurisprudencia argentina no tiene antecedentes, y respecto del cual son también escasísimos los casos de prohibición a nivel internacional.²⁵ En los últimos años, sin embargo, este tipo de hipótesis ha comenzado a esbozarse para analizar situaciones que pueden acontecer en los denominados “mercados digitales”, en los cuales es usual que existan plataformas que se vuelven dominantes para determinada tarea o actividad. Cuando dos de esas plataformas se concentran, por más que sus actividades sean muy distintas y no pueda hablarse propiamente de una concentración horizontal ni de competencia entre ellas, pueden estar ocurriendo fenómenos de reducción de la competencia potencial, si es que se cree que dichas plataformas podrían llegar a ser competidoras en

²⁵ El caso que más se cita sobre este tema ocurrió hace ya muchos años en Estados Unidos, y es el referido a las empresas Clorox y Procter & Gamble (386 US 568, 1967). El caso tenía que ver con la fusión entre la empresa dominante en el mercado norteamericano de lavandina (Clorox) y otra empresa (Procter & Gamble) que no participaba en dicho mercado pero que fue considerada como el principal competidor potencial de Clorox.



DECONOMI

un futuro, cuando la tecnología se modifique o se produzca algún tipo de “convergencia tecnológica”.²⁶

En los últimos años, en consonancia con esto, han empezado a aparecer análisis económicos que intentan elaborar de manera preliminar algunos posibles tests para distinguir cuándo una concentración de conglomerado podría estar implicando una reducción de la competencia potencial con efectos sustanciales sobre la competencia y sobre el funcionamiento futuro de los mercados. Entre ellos sobresalen dos artículos en los que participó el economista italiano Massimo Motta, y que son ejemplos incipientes del interés por abordar dicha temática.²⁷

3. Consideraciones finales

De todo lo visto y analizado en el presente trabajo, puede concluirse que el análisis económico de las operaciones de concentración representa un campo en constante evolución que va generando a lo largo del tiempo una serie de indicadores y formas alternativas de analizar los efectos de tales operaciones, que pueden ser luego utilizados por las autoridades de defensa de la competencia en sus procedimientos de control y autorización de las operaciones en cuestión. La idea básica detrás de todo esto es que una operación de concentración puede generar algunos problemas de competencia, pero también puede ser resultado de un proceso orientado a la reducción de costos y a la creación de unidades económicas más competitivas, y que la probabilidad de ocurrencia de una situación u otra solo puede ser evaluada en referencia a los casos que se van produciendo.

El análisis económico más tradicional aplicado a este tipo de operaciones tiene su base teórica en el estudio de las concentraciones horizontales en mercados de productos relativamente homogéneos, y ha

²⁶ Dichos argumentos, por ejemplo, han aparecido con cierta fuerza en Europa después de que la Comisión Europea aprobara sin condicionamientos concentraciones tales como “Facebook/WhatsApp” (M.7217, del 29/08/2014).

²⁷ Dichos artículos son: Fumagalli, Chiara, Massimo Motta y Emanuele Tarantino: “Shelving or Developing?: The Acquisition of Potential Competitors under Financial Constraints”; CEPR Discussion Paper 15113, 2020; y Motta, Massimo y Martin Peitz: “Big Tech Mergers”; *Information Economics & Policy*, vol 54, art 100868, 2021.



DECONOMI

generado una serie de reglas basadas en indicadores relativamente fáciles de calcular, como son las participaciones de mercado y los índices de concentración. Cuando existen fenómenos relacionados con la diferenciación de productos, sin embargo, estos indicadores suelen perder relevancia, y resulta por lo tanto necesario llevar a cabo otro tipo de análisis. Es por eso que en las últimas décadas han aparecido una serie de nuevos índices tales como los de “presión alcista de precios”, que buscan captar ese tipo de efectos de manera más sistemática.

Otro campo sobre el cual el análisis económico ha avanzado en los últimos tiempos es el de la consideración de las concentraciones verticales, en el cual también se han desarrollado criterios basados en participaciones e índices de concentración en mercados “aguas arriba” y “aguas abajo”. Lo mismo parece estar pasando cuando se trata de mercados en los cuales los principales efectos tienen que ver con variables distintas del precio y de la cantidad, en los cuales están empezando a aparecer modelos que incorporan elementos tales como el nivel de calidad o de inversión en investigación y desarrollo (que son variables que se relacionan con el grado esperado de innovación de los productos que se comercian en los mercados). Por último, si bien todavía la literatura es muy incipiente, están empezando a aparecer criterios que buscan evaluar la importancia que puede tener la competencia potencial en los mercados, de modo que resulte posible analizar la probabilidad de efectos anticompetitivos en situaciones en las cuales dicha competencia potencial sea un elemento significativo.



“Curvas de aprendizaje”

por Gustavo A. Benítez Fernández²⁸

Resumen

Hacer operativo un marco normativo tan complejo como el de Derecho de Defensa de la Competencia no es una tarea sencilla. A la fecha existe una considerable experiencia que da cuenta sobre la complejidad de operativizar este tipo de marcos normativos. Esta experiencia ha sido recogida en distintos trabajos colaborativos entre nuevas agencias de competencia en el seno de la Red Internacional de Agencias de Competencia. Asimismo se han recogido experiencias sobre la implementación de regímenes de defensa de la competencia en países con economías en transición. Este documento pretende referirse a dichas experiencias y a dar visibilidad a las complejidades que hacen a la edificación de instituciones capaces de implementar todas las dimensiones que hacen al marco normativo antitrust.

Abstract

Making a regulatory framework as complex as the Antitrust Law operational is not a simple task. To date, there is considerable experience that accounts for the complexity of operationalizing this type of regulatory framework. This experience has been collected in different collaborative works between new competition agencies within the International Competition Network. Likewise, experiences have been gathered on the implementation of competition regimes in countries with economies in transition. This document intends to refer to these experiences and to give visibility to the complexities that arise when building

²⁸ Director de Investigación en Comisión Nacional de la Competencia (CONACOM), República del Paraguay. Abogado por la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción (2006). Master of Laws – LLM Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2016.



institutions capable to carry out all the dimensions that make up the antitrust normative framework.

I. INTRODUCCIÓN

Las leyes de Defensa de la Competencia tienen alcance transversal sobre determinados aspectos del funcionamiento de los distintos mercados existentes en una economía, salvo las limitaciones establecidas en las mismas.

El punto inicial es que los regímenes de Defensa de la Competencia existen para proteger la competencia en una economía de libre mercado. La base de un mercado libre es la competencia entre las distintas empresas que acuden al mismo, en la convicción de que dicha competencia brinda como resultado eficiencia, innovación y precios bajos.

A primera vista quizá pareciera contradictorio que las leyes de competencia busquen controlar e interferir con la libertad de conducta de las empresas en pos de promover “libre” competencia. Sin embargo, existen situaciones en las cuales se hacen necesarias reglas que puedan hacer frente a los fallos de mercado, es decir, situaciones en que el mercado no tiene la capacidad de asignar los recursos de forma eficiente.

Quienes han pretendido hacer operativo un marco normativo complejo, ambicioso, aplicable a todo tipo de actos que produzcan un efecto sobre la competencia, dan cuenta de que no es una tarea sencilla. Edificar una institucionalidad capaz de implementar de manera efectiva, todas las dimensiones que componen los marcos normativos estándar sobre defensa de la competencia, es una labor no menos que extraordinaria.



Existe una considerable experiencia internacional en cuanto a la implementación de regímenes de Defensa de la Competencia. En tanto, revisar las condiciones que facilitaron la implementación exitosa de estos regímenes en otros países nos da cuenta de cuales fueron los obstáculos con los que estas se encontraron al momento de edificar sus propios sistemas.

En este sentido, se hace ineludible traer a colación el trabajo que ha venido realizando la *International Competition Network*²⁹, en particular en lo relativo a los documentos elaborados por sus grupos de trabajo. Esta red, que nuclea a la gran mayoría de las agencias de competencia del mundo, ha formado grupos de trabajo en relación con las distintas dimensiones que componen las actividades de una agencia de competencia. De esta manera se dio forma a los grupos de trabajo de: i) Abogacía de la Competencia; ii) Efectividad de la Agencia; iii) Carteles; iv) Concentraciones; y, v) Conductas Unilaterales. Cada uno de estos grupos, a través de diversos documentos publicados en su página web³⁰, promocionan la adopción de buenas prácticas en el diseño y operatividad de cada una de las dimensiones que abarcan.

II. LECCIONES QUE APRENDER SOBRE LA EXPERIENCIA DE NUEVAS AGENCIAS

Más recientemente ICN ha publicado un reporte denominado “*Lecciones que aprender de las experiencias de Agencias de Competencia jóvenes*”³¹. Este reporte fue publicado en el

2019 por la Vicepresidencia para Agencias Nuevas y Diversidad Regional de la Red Internacional de Agencias de Competencia³² de la INC, y su

²⁹ Red Internacional de Agencias de Competencia. ICN por sus siglas en inglés

³⁰ Ver: <https://www.internationalcompetitionnetwork.org>

³¹ “*Lessons to be Learnt from Experiencies of Young Competition Agencies*”. Disponible en: <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/portfolio/lessons-to-be-learnt-from-the-experience-of-young-competition-agencies-2019/>

³² Vice-Chair for Young Agencies and Regional Diversity.



DECONOMI

objetivo fue el de poner al día un reporte similar publicado en el año 2006³³, así como aportar luz en relación con los principales desafíos que enfrentan las autoridades de cara a los primeros años de implementación de un régimen de competencia.

Replicando la metodología llevada a cabo en el 2006, con este estudio se procedió a identificar cuales eran las autoridades de competencia, miembros de ICN, con menos de 15 años de existencia/promulgación de su legislación, y/o que hayan experimentado cambios significativos en su marco normativo en el mismo período. Una vez identificado el público objetivo, se diseñó un cuestionario siguiendo la estructura de los hallazgos del reporte del 2006.

Los principales objetivos del proyecto se centraron en identificar los desafíos de las siguientes categorías: i) *desafíos legislativos*; ii) *desafíos relacionados a la aplicación de políticas de competencia*; iii) *recursos*; iv) *experiencia del staff*; v) *desafíos relativos a la experiencia en la jurisdicción judicial*, y; vi) *cultura de la competencia*. Esta categorización respondió a la expectativa de encontrar tendencias en las acciones llevadas a cabo por estas agencias al momento de enfrentar los mismos desafíos.

III. HALLAZGOS DEL REPORTE

A lo largo del documento se citan las experiencias de distintos países y las particularidades que caracterizaron y caracterizan cada una de sus experiencias. Las distintas maneras de afrontar los desafíos que se van relatando son muy ricas en su diversidad.

A continuación, se citan algunas de las conclusiones del reporte.

³³ Ver: <https://goo.gl/M5pcx8>.



i) Desafíos legislativos: Como parte de su curva de aprendizaje, las agencias nuevas deben continuar en la revisión de su legislación con cada nueva experiencia, a efectos de promover que dicha legislación sea efectiva y que se adecue a las particularidades y a los aspectos prácticos que presentan las propias circunstancias de los negocios e industrias locales.

En la práctica, puede observarse que, llegado un punto, todas las agencias han tenido inconvenientes con la deficiencia de sus marcos regulatorios.

A modo ilustrativo se trae a colación un caso citado por la Autoridad uruguaya, cuyo texto normativo impone que el análisis de todos los posibles ilícitos concurrenciales sea realizado utilizando la regla de la razón. Esta exigencia incluye a los llamados carteles de núcleo duro³⁴, los cuales han sido reconocidos por la doctrina como la violación más dañina al derecho de defensa de la competencia. Al respecto la Autoridad de Competencia uruguaya, entre otras cosas, ha propuesto una enmienda a la legislación, a efectos de prohibir este tipo de carteles y poder analizarlos utilizando la regla *per se*.

Que asimismo se destaca la elaboración de un documento publicado por ICN, el cual aporta una aproximación de como exponer y explicar cuales son los beneficios de la competencia a los gobiernos y a los legisladores.³⁵

³⁴ El término cartel de núcleo duro hace referencia a los acuerdos, prácticas concertadas o decisiones anticompetitivas consistentes en: i) fijación de precios; ii) limitación de la producción; iii) reparto de mercados; y, iv) licitaciones colusorias. Ver: “Recommendations of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels” OECD Legal instruments (OECD/LEGAL/0452) adoptado el 01/07/2019; recuperado el 10/02/2020 de: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0452>.

³⁵ Ver: “Explaining the benefits of competition to government and legislators” en: <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/portfolio/explaining-the-benefits-of-competition-to-government/>



DECONOMI

ii) Desafíos relacionados a la aplicación de políticas de competencia: Las dificultades que presentan este tipo de desafíos se relacionan a circunstancias en las que otro marco normativo, anterior a la introducción del régimen de defensa de la competencia, prevé sanciones o aprueba prácticas inconsistentes con los principios de la libre competencia, creando asimismo conflictos jurisdiccionales. Algunas jurisdicciones han obtenido algunos resultados positivos a través de la abogacía en la forma de diálogos interinstitucionales y la firma de memorándums de entendimiento.

Entre los ejemplos que se citan en el documento el caso colombiano hace referencia a la poca importancia que ciertos reguladores le daban al régimen de competencia. Existían muchas entidades gubernamentales que desconocían las obligaciones y los procedimientos de colaboración, o simplemente se negaban a proveer la información solicitada por la autoridad de aplicación. Al respecto, la Autoridad de competencia de Colombia reportó que durante los últimos años ha invertido esfuerzos considerables a promover la función de abogacía, y a la realización de workshops con diferentes reguladores a efectos de alcanzar una relación armónica con los mismos.

iii) Desafíos relacionados a la disponibilidad de recursos: Solo un pequeño número de agencias reportaron estar completamente satisfechas con los recursos que les son concedidos a través de sus distintos presupuestos. Algunas agencias han manifestado de manera objetiva, que sus recursos, en relación con los de sus pares en otras jurisdicciones, o en relación con el presupuesto de su país, es muy limitado. La falta de apoyo ha significado, por lo general, que el staff de estas instituciones trabajara sin contar con las herramientas adecuadas. En muchos casos, esta falta de apoyo ha significado la reconfiguración de las operaciones destinadas al cumplimiento de la normativa por parte de las agencias. La dificultad de superar este desafío no se centra únicamente en obtener el nivel de fondos apropiados, sino además utilizar los recursos asignados manteniendo la imagen de transparencia e independencia. Las agencias, en tanto, no solamente deben hacer lobby ante sus distintos



DECONOMI

ministerios de hacienda y finanzas, sino que además deben ser prudentes gestores financieros al mismo tiempo de buscar métodos innovadores para el manejo de sus recursos y la solicitud de asistencia internacional, a efectos de alcanzar resultados más cercanos al óptimo.

La autoridad uruguaya reportó que las limitaciones financieras dificultaron sus actividades de promoción y abogacía. Mencionan que, en general, la comisión ha sido reactiva antes que proactiva en sus actividades de abogacía, y no han podido desarrollar actividades de comunicación planificadas.

Por su parte una autoridad de competencia del Norte de África mencionó que su presupuesto no le permite lanzar estudios sectoriales, esenciales para la identificar y controlar el grado de competencia en los mercados.

iv) Desafíos relacionados a la experiencia del staff: La falta de recursos humanos altamente especializados es un problema común que afecta a la gran mayoría de agencias. En tanto, las agencias han realizado grandes esfuerzos con el objetivo de promover incentivos estructurales capaces de atraer y retener personal calificado.

Debido a factores como el alto grado de rotación, escases generalizada de especialistas en competencia y las dinámicas de la contratación y entrenamiento de personal, el staff se ve expuesto a esfuerzos ad-hoc para la creación o construcción de capacidades. Por lo general, los programas de asistencia técnica son los que tienen efectos más amplios al momento de resolver los inconvenientes que resultan de la necesidad de entrenamiento en agencias nuevas. La mayoría de las agencias indica que en algún momento han utilizado la experiencia de autoridades encargadas de aplicar leyes de competencia extranjeras como el Departamento de Justicia de los Estados Unidos o la Comisión Federal de Competencia Económica de México (COFECE).



DECONOMI

Otras agencias se han apoyado en gran medida en la ayuda de organizaciones internacionales como la OCDE, UNCTAD, la Unión Europea, y la misma ICN.

En el caso argentino, cuya normativa fue modificada recientemente, identificaron que los mayores desafíos incluirían la necesidad de proveer entrenamiento apropiado para el nuevo programa de clemencia incorporado a la ley, y el control ex ante en el análisis de las concentraciones económicas. La autoridad argentina reporta que durante los dos años previos a la presentación de este reporte, el staff de la agencia recibió varias capacitaciones de modo a conocer las mejores prácticas de otras agencias, a partir de la colaboración de académicos y organizaciones internacionales como la Comisión Federal de Comercio³⁶, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos³⁷, el Banco Interamericano de Desarrollo, el Banco Mundial, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), la Escuela Iberoamericana de la Competencia (impartida por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de España), la Comisión Federal de Competencia Económica de México, y la Escuela Indecopi/Compal.

Que asimismo es importante tener presente que la ICN ha publicado en el 2017 un documento denominado *Staff Training Project*³⁸ (proyecto de capacitación para el staff) en el cual se explora el rango de herramientas y ejercicios de entrenamiento que utilizan distintas agencias para entrenar a su staff. El reporte cubre las siguientes áreas: i) identificación de enfoques adoptados para proveer capacitación al staff; ii) desafíos que se enfrentan al proveer capacitación al staff; iii) mejores prácticas o soluciones identificadas por las agencias; y, iv) lista de acciones a desarrollar que pueden ser utilizadas por cualquier agencia para mejorar el proceso de entrenamiento. El reporte puede ser utilizado por las agencias para aprender sobre las prácticas más comunes en otras agencias, y para identificar las que le resulten ventajosas.

³⁶ Federal Trade Commission (FTC por sus siglas en ingles).

³⁷ US Department of Justice (DOJ por sus siglas en ingles).

³⁸ Ver: <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/portfolio/competition-agency-practice-manual-training/>



DECONOMI

v) **Desafíos en la instancia judicial:** El entrenamiento de los cuerpos judiciales que están a cargo de revisar en alzada los fallos y decisiones emitidas por la autoridad de competencia, resultan un desafío significativo para las agencias jóvenes. Esta dimensión presenta una oportunidad para que tanto las autoridades de las agencias, así como organismos internacionales lleven adelante iniciativas de abogacía y entrenamiento en conjunto, observando las competencias y facultades de cada uno de los actores implicados.

Algunas de las agencias han indicado que, en el intento de promover la cultura de la competencia en el plano judicial, han ofrecido *workshops ad hoc* y seminarios a los miembros de los tribunales y profesionales del foro, a efectos de mantener al corriente tanto a los jueces como al staff de los tribunales sobre el desarrollo del derecho de defensa de la competencia y su impacto en la jurisdicción de estos tribunales.

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de España, reporto al respecto que la corte a cargo de revisar las decisiones de la Comisión es la Corte Nacional para Litigios Administrativos. Esta corte se especializa en la aplicación del Derecho Administrativo, y no esta especializada en derecho de Defensa de la Competencia. También reportan inconvenientes al momento de solicitar ordenes de allanamiento, ya que dichas ordenes son emitidas por cortes regionales las cuales no tienen mucha práctica en materia de Defensa de la Competencia. A efectos de promover un mejor entendimiento entre las partes, la CNMC y el Consejo General del Poder Judicial han firmado un convenio marco. En el mismo se prevé la colaboración en actividades tales como el intercambio de información, marcos metodológicos y mejores prácticas, investigación académica conjunta, análisis de casos, conferencias, etc.

Por su parte, la Autoridad de Aplicación Argentina reporta que la reciente ley promulgada crea nuevas cortes especializadas en competencia para la revisión de las decisiones de la Autoridad de Aplicación. Esto genera un marco



DECONOMI

propicio para afianzar la aplicación de la norma y sus reglamentaciones de cara a los gremios empresariales, el gobierno, y la opinión pública.

vi) Cultura de la competencia: La gran mayoría de las agencias que contestaron a la encuesta, que sirvió como base para la elaboración del reporte, han experimentado desafíos relacionados a la falta de cultura de la competencia en diferentes niveles. La profundidad de estos desafíos difiere dependiendo en el nivel de desarrollo de la agencia y los antecedentes históricos a partir del cual ha emergido.

Muchas agencias han desarrollado amplios y sistemáticos programas con la intención de generar conciencia en la opinión pública. Otras jurisdicciones han establecido programas específicos los cuales están a disposición para ser comparados y compartidos con sus contrapartes. Es importante notar que el éxito de estos programas ha radicado en gran medida en que los mismos fueron enfocados, de manera sustancial, a efectos de abarcar los medios de comunicación y la academia.

Una agencia de competencia de Latinoamérica, manifiesto que en su jurisdicción no existe una cultura de rivalidad entre las empresas, al contrario, existe una cultura proteccionista entre los empresarios y del gobierno hacia los emprendedores. En tanto, existe un permanente desafío al lidiar con gobiernos y reguladores con una cultura marcadamente paternalista.

Por su parte, la agencia argentina reporta que el paso más grande que dio en los últimos años fue el de encargar distintos estudios de mercado para diagnosticar las condiciones de competencia en diferentes mercados, como los del aluminio, hierro y petroquímicos, carne bovina, productos lácteos, productos de limpieza, aceites comestibles, tarjetas de crédito, telecomunicaciones móviles y transporte terrestre interurbano. El objeto de dicho estudio fue el de definir prioridades para los próximos meses, identificando



aquellos mercados donde había poca o débil competencia y con la necesidad de algún ajuste, y de ser necesario, emitir recomendaciones procompetitivas.

IV. OTRAS EXPERIENCIAS

Que, por otra parte, es interesante destacar otras experiencias que documentan las complejidades propias de la adopción e implementación de políticas de competencia. En tal sentido se hace propicio traer a colación un artículo³⁹ del Profesor Bill Kovacic⁴⁰, en el cual se hace referencia a varios de los pormenores que tiene que enfrentar una agencia de competencia en sus primeros años. El documento explora como las economías en transición⁴¹ pueden diseñar e implementar programas de competencia efectivos de cara a una fuerte oposición política, experiencia económica y legal limitada en materia de defensa de la competencia, y recursos escasos.

Nos comenta el Profesor Kovacic que el esfuerzo realizado para la adopción de regímenes legales de competencia ha oscurecido las grandes dificultades que muchas naciones han experimentado al momento de su implementación. A lo largo del artículo se identifican las bases institucionales para la efectiva implementación de programas de competencia en países del

³⁹ “Getting Started: Creating New Competition Policy Institutions in Transition Economies”; Brooklyn Journal of International Law, Volume 23, Issue 2, 12-01-1997, disponible en: <https://brooklynworks.brooklaw.edu/bjil/vol23/iss2/4> (en adelante “Getting Started”)

⁴⁰ Desde 1992, Kovacic se ha desempeñado como asesor en temas de defensa de la competencia y antimonopolio para los gobiernos de Armenia, Benin, Egipto, El Salvador, Georgia, Guyana, Indonesia, Kazajstán, Mongolia, Marruecos, Nepal, Panamá, Rusia, Ucrania, Vietnam, y Zimbabwe. Actualmente también es miembro del Comité Internacional del Instituto de Derecho de la Competencia . Kovacic actualmente también es director no ejecutivo de la Autoridad de Competencia y Mercados del Reino Unido y profesor visitante en el King's College de Londres . (recuperado el 21/01/2020 de https://en.wikipedia.org/wiki/William_Kovacic.)

⁴¹ En el documento el término “economías en transición” se utiliza en referencia a países que están pasando de una economía centralizada a una de libre mercado. Si bien esta descripción no se ajusta de manera precisa al modelo económico del Paraguay, la mayoría de los ejemplos que se mencionan en el documento reflejan en gran medida varias de las situaciones a las que se enfrentan nuevas agencias.



DECONOMI

occidente, cuyos especialistas ayudaron a diseñar nuevos sistemas para gobiernos con economías en transición. Asimismo, se hace un repaso de las condiciones que facilitaron el éxito de la implementación estos programas en países con economías de libre mercado ya establecidas, con el objetivo de identificar los obstáculos que gobiernos con economías en transición pueden encontrar a la hora de crear sus propios sistemas y políticas de competencia. A renglón seguido el autor propone que las nuevas leyes de competencia deben ajustarse a la capacidad que puedan tener los gobiernos para implementarlas de manera efectiva, lo cual requiere la utilización de estrategias gradualistas a través de las cuales los países deberían promulgar un pequeño número de disposiciones legales y enfocar los primeros esfuerzos de implementación en construir la nueva agencia, desarrollar programas de educación y promoción, y realizar estudios de caso. El autor propone que solamente luego de que estas actividades estén en marcha, la nueva agencia podría iniciar un modesto programa para la aplicación coercitiva de la norma. De la misma manera se reconoce que el caso típico es que el diseño inicial de los regímenes de competencia no tenga en cuenta problemas de implementación vitales, lo cual muchas veces sobrepasa las capacidades institucionales de países con economías en transición. Finalmente, el documento sugiere como las nuevas agencias pueden adaptar sus capacidades a leyes de competencia excesivamente ambiciosas, a la vez de proponer una estrategia para construir la institucionalidad necesaria a la vez de ejecutar programas de competencia que tienen como objetivo promover el desempeño económico y resistir contraataques políticos.

De acuerdo a Kovacic entre los fundamentos institucionales existentes en los sistemas normativos de occidente, es decir, en economías de libre mercado establecidas, se encuentran i) *recursos suficientes*; ii) *infraestructura académica*; iii) *redes de información accesible*; iv) *asociaciones profesionales*; v) *sistemas judiciales saludables*; vi) *procesos legales que aseguran la transparencia y la equidad*; vii) *accesibilidad y disponibilidad de registros comerciales*; viii) *entorno político propicio para el funcionamiento de los mercados*. Si bien el texto desarrolla cada uno de estos puntos, se hace mención



DECONOMI

de estos de manera meramente enunciativa, con la intención de tenerlos presentes.

Es particularmente interesante la referencia que hace Kovacic en su artículo, con relación a “*las expectativas de rápida implementación*”⁴². Al respecto el autor menciona que por lo general los programas de asistencia técnica subestiman el esfuerzo requerido para establecer nuevos sistemas de competencia. Este error de calculo resulta en parte por la tendencia a olvidar el tiempo y el esfuerzo requeridos para que nuevas instituciones de competencia echaran raíces en muchos de los países de occidente. Al menos de manera implícita, se sostiene que estos programas y/o los asesores que ayudan a su implementación, asumen que gobiernos con economías en transición pueden construir en pocos años instituciones que para economías del oeste requirieron el paso de décadas hasta poder establecerse como agencias que podían perseguir el cumplimiento de la ley de manera efectiva. A continuación, de forma a ilustrar su punto, cita el caso de los Estados Unidos, mencionando que las primeras autoridades encargadas de hacer cumplir la *Sherman Act*, encontraron dura resistencia en el estrado judicial y sufrieron la indiferencia del poder ejecutivo⁴³. De acuerdo con Kovacic, dar forma a entidades de administración pública es difícil aún en las mejores circunstancias, mucho más difícil en un medio carente de instituciones -*asociaciones profesionales bien establecidas*,

⁴² “Getting Started”, pág. 413 y sgtes. (la traducción es propia).

⁴³ «En 1895, en su primera interpretación de la Ley Sherman, la Corte Suprema otorgo al Departamento de Justicia una asombrosa derrota en “United States v. E.C. Knight Co.”, lo cual se considero como una significativa amenaza contra la reciente normativa antimonopolio. El gobierno de los Estados Unidos no obtuvo victorias en la Corte, en la aplicación de la Ley Sherman contra las prohibiciones de acuerdos restrictivos del comercio y monopolización hasta los años 1897 y 1904, respectivamente... Más llamativo es el caso del turbulento inicio de la FTC... La inhabilidad de la Comisión para implementar un programa sustancial antimonopolio en su primera década hizo que observadores contemporáneos opinen que la agencia estaba mal diseñada para desempeñar un papel útil en la política de competencia. Las pocas veces que la Comisión utilizó sus atribuciones de manera agresiva, encontró hostilidad en el Congreso y en las cortes federales... Las ambiciosas expectativas del Congreso en relación con el rol que desempeñaría la FTC, pronto fueron derribadas por las cortes... Desde comienzos de la década de 1929 hasta la mitad de la década de 1930, las cortes federales emitieron decisiones que limitaban de manera severa el poder de la FTC para definir nuevos estándares de conducta comercial, exigir la producción de registros comerciales, e imponer remedios para restaurar la competencia. No fue hasta la década de 1960, cincuenta años completos desde que la Comisión fuera creada, cuando la FTC obtuvo un fallo de la Corte Suprema, la cual de manera clara reconocía las amplias concesiones de autoridad en cuanto a formulación de políticas incorporada en la ley de 1914. “Getting Started”, págs. 414 y sgtes. (la traducción es propia).



DECONOMI

investigación y experiencia sustantiva, y tradiciones profundamente arraigadas que favorezcan los procesos del mercado- que apoyen y ayuden

que la nueva agencia de competencia crezca⁴⁴.

Que en este sentido nos dice Kovacic que la forma de superar la discrepancia existente entre un cuerpo normativo ambicioso y capacidades institucionales en desarrollo es, adoptar políticas gradualistas que permitan la implementación de un sistema de políticas de competencia en fases. Una manera de hacerlo es comenzar con una legislación austera que enfatice el establecimiento de instituciones ejecutoras de la ley, promueva la abogacía de la competencia, e imponga pocas responsabilidades de persecución y sanción por incumplimiento de la normativa. Un segundo enfoque sería el de incluir en la normativa original el set completo de normativas concurrenciales, y posponer la exigencia del cumplimiento determinadas obligaciones de manera gradual, permitiendo en primer lugar el establecimiento y desarrollo de los cimientos institucionales para un sistema de políticas de competencia.

Desde ya existen casos en los que el marco normativo se encuentran en plena vigencia desde el inicio de la vida institucional, con lo cual se dificulta en gran medida poder adoptar los enfoques propuestos más arriba. Sin embargo, estos pueden ser tenidos en cuenta a la hora de priorizar que aspectos o dimensiones de la normativa deben implementarse con antelación a otras.

V. HACIENDO VIABLE LA APLICACIÓN DE LA NORMA

Finalmente nos dice Kovacic que es poco probable que los regímenes de competencia de países con economías en transición estén diseñados para establecer instituciones nuevas y la implementación de sus provisiones en fases. Por el contrario, dichos cuerpos normativos por lo general establecen

⁴⁴ Getting Started”, pág. 416, (la traducción es propia).



DECONOMI

prohibiciones sustantivas de largo alcance y crean nuevas instituciones que deben ser edificadas desde los cimientos al mismo tiempo que se pretende que lleven adelante la tarea de aplicar las nuevas disposiciones establecidas en la ley⁴⁵.

Que, en este sentido, continúa el autor diciéndonos que, a efectos de establecer una infraestructura institucional saludable, capaz de aplicar la ley, deben seguirse determinados pasos. Durante los primeros años de operación la nueva agencia debe enfocarse en lograr tres objetivos. El primero de estos objetivos es el de *construir capacidad institucional*. La segunda es *educar* a los directivos de empresas, entidades gubernamentales, y organizaciones no gubernamentales sobre los objetivos de la ley, y publicitar los esfuerzos de la agencia en la tarea de cumplir con sus obligaciones. El tercer objetivo es el de *diseñar y aplicar programas de cumplimiento y aplicación de la norma* que den credibilidad a sus atribuciones legales, aclare la existencia de las limitaciones institucionales y no sea proclive a demandas políticas contraproducentes al enfoque de defensa de la competencia⁴⁶.

La nueva agencia de competencia quizá sienta presión para invertir el mínimo esfuerzo en la construcción de la institución y enfocarse en la investigación de casos que pudieran servir como evidencia de que la agencia esta en funcionamiento pleno. La agencia podría experimentar una gran tensión entre satisfacer demandas externas de aplicación de la ley, por un lado, y alcanzar objetivos administrativos y organizacionales necesarios para poner en marcha a la institución.

La construcción de institucionalidad, es decir, cimentar las bases de la institución y fortalecer la capacidad de los recursos humanos para alcanzar los objetivos establecidos en la norma, en apariencia, no genera en la opinión pública la misma gratificación que la investigación y eventual sanción de casos

⁴⁵ *Ibíd*em, pág. 446, (la traducción es propia).

⁴⁶ *Ibíd*em, pág. 447.



DECONOMI

de alto impacto mediático, sin embargo, es fundamental para que la agencia pueda aplicar de manera efectiva la norma en el mediano y el largo plazo. Hacerse cargo de los detalles organizacionales y administrativos durante los primeros años generará grandes beneficios en el futuro.⁴⁷

VI. CONCLUSIÓN

Las experiencias que han sido traídas a colación podrían ayudar a dimensionar la tarea labor consistente en implementar un régimen de defensa de la competencia. Existe una gran cantidad de aspectos o dimensiones que deben ser abarcados al momento de dar forma a una autoridad de competencia. Cada dimensión requiere de sus propios tiempos para el desarrollo de sus procesos de implementación.

⁴⁷ “Getting Started” pág. 448; (la traducción es propia)



“La competencia federal en el recurso directo previsto en el Decreto 274/19 de Lealtad Comercial. Comentario sobre un cuestionable precedente de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal”

por Marcos F. L. Nazar Anchorena⁴⁸

“Los jueces no pueden estudiar todos los detalles de las causas en cada una de las providencias de trámite que dictan, so pena de administrar justicia tan lenta que equivale a no administrarla, teniendo por consiguiente que confiar en mucha parte (...) en la ilustración de los letrados que patrocinan causas, quienes, debe suponerse, pondrán el mayor cuidado en evitar que sus clientes sean juzgados por otros que sus jueces naturales.”

Virgilio M. Tedín

Resumen

La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal resolvió declarar *de oficio* la inconstitucionalidad del artículo 53 del decreto 274/2019 de Lealtad Comercial y se declaró incompetente para entender en una causa iniciada, a partir de la detección de la exhibición en un supermercado de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de un producto cuyo contenido neto era inferior al publicitado en un cartel exhibidor del establecimiento, en violación al artículo 9 de la Ley 22.802. Dicha decisión resulta de gran relevancia en tanto

⁴⁸ Abogado, Universidad de Buenos Aires. Diploma de Honor. Master en Derecho y Economía (Universidad Torcuato Di Tella / Chicago-Kent College of Law, Illinois Institute of Technology, Chicago, Estados Unidos). Ex Director de la Dirección de Lealtad Comercial de la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo Productivo (2017-2020). Profesor de grado en Derecho de la Competencia y Lealtad Comercial y Subdirector del Programa de Actualización en Economía Digital, Consumo y Competencia, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.



colisiona con un importante número de antecedentes recientes, donde en al menos trece causas resueltas luego de la entrada en vigencia del decreto 274/2019, tres salas de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal se declararon incompetentes y atribuyeron la potestad revisora a la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal. El presente analiza el citado fallo y la competencia de la Cámara Civil y Comercial Federal para entender en la causa, respecto de la vigencia del artículo 53 del decreto 274/2019 de Lealtad Comercial, exponiendo los argumentos por los cuales la medida adoptada por el Poder Ejecutivo Nacional a través del citado artículo es razonable y consistente con el derecho vigente.

Abstract

The Federal Court of Appeals in Civil Commercial matters resolved ex officio the unconstitutionality of article 53 of Fair-Trading Decree No. 274/2019, and declared itself incompetent to intervene on the administrative proceedings initiated upon the detection of a product exhibited in a Supermarket in the Autonomous City of Buenos Aires, which net content was lower than advertised in a poster located in-store, in violation of article 9 of Law 22.802. Said decision is of great relevance as it collides with a significant number of recent precedents, where at least in thirteen previous cases the Court of Appeals in Administrative Federal matters stated its lack of competence and attributed the revision powers to the Federal Court of Appeals in Civil and Commercial matters. This paper analyzes the decision and the competence of the Federal Court of Appeals in Civil and Commercial matters to intervene in the case, in relation to the validity of article 53 of Fair-Trading Decree No. 274/2019, while exposing the arguments by which the measures adopted by the Executive through the aforementioned article is reasonable and consistent with law in-force.

I. Introducción



DECONOMI

En abril de 2021, la Sala I de la Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal se expidió en la causa “Coto Centro Integral de Comercialización S.A. s/ apelación de resolución administrativa”⁴⁹ y resolvió declarar la inconstitucionalidad del artículo 53 del decreto 274/2019, de Lealtad Comercial (en lo sucesivo, el “Decreto de Lealtad Comercial” o el “Decreto”, indistintamente), y su incompetencia para entender en la causa, atribuyéndole la potestad revisora a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.

Este fallo es trascendente, en primer lugar, porque con la declaración de incompetencia se viene a modificar el criterio sostenido hasta ahora por la Sala I, por el cual, a partir del dictado del Decreto de Lealtad Comercial, es la Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal la competente para entender en los recursos directos de apelación⁵⁰ previstos por la derogada ley 22.802 y por el Decreto de Lealtad Comercial, que, a partir de abril de 2019, la reemplazó. En efecto, en cuatro causas muy recientes la Sala I confirmó, en todos los casos, resoluciones dictadas por la Secretaría de Comercio Interior (“SCI”) y por la ex Subsecretaría de Comercio Interior (“SSCI”), por las que se impusieron multas a tres sociedades por infracciones a la ley 22.802 y a su resolución reglamentaria No. 7/2002, dictada por la entonces Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor.⁵¹

⁴⁹ CNACyCF, Sala I, “Coto Centro Integral de Comercialización S.A. s/ apelación de resolución administrativa” (expediente 2288/2020), del 14/4/21. La decisión puede ser consultada en la [página web del PJN](#).

⁵⁰ Si bien a lo largo de este comentario me referiré a este medio de impugnación de la actividad administrativa como el “recurso directo de apelación”, pues así está referido en el artículo 53 del Decreto de Lealtad Comercial, en rigor se debería entender por tal a la acción judicial de impugnación de instancia única que, bajo este régimen, resuelve una Cámara de Apelaciones. Como señala el Dr. Gallegos Fedriani en una obra de muy recomendable lectura, tal expresión (“recurso directo”) es un resabio del recurso contencioso-administrativo francés y dado que nuestro sistema no se compadece con aquél, no tiene fundamento denominar “recurso” a la pretensión que se inicia en sede judicial tendiente a controlar la actividad administrativa. Cfr. GALLEGOS FEDRIANI, Pablo, “Recursos directos: aspectos sustanciales y procesales”, Buenos Aires, Ed. RAP, 2008, p.148.

⁵¹ “Coto CISCESA s/ apelación de resolución administrativa”, expediente 11.984/19, del 1/09/2020; Estas causas son: “INC S.A. s/ apelación de resolución administrativa”, expediente 10.540/19, del 8/9/2020; “Coto CISCESA s/ apelación de resolución administrativa”, expediente 21.635/19, del 25/09/2020; y “Jumbo Retail Arg. S.A. c/ Estado Nacional s/ apelación de resolución administrativa”, expediente 8.114/19, del 13/10/2020. En todos los casos, las decisiones de la Sala I se adoptaron por mayoría.



DECONOMI

La declaración de incompetencia del Tribunal contrasta con numerosas decisiones de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal dictadas recientemente en causas similares, en las que precisamente se convalidó el criterio opuesto: en al menos trece causas resueltas luego de la entrada en vigencia del Decreto de Lealtad Comercial, tres Salas de la Cámara de Apelaciones de ese fuero se declararon incompetentes para entender en los recursos directos previstos en la ley 22.802 y el Decreto de Lealtad Comercial, y atribuyeron la potestad revisora a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal.⁵² Una de estas causas es la que motiva este comentario, que se inició en el fuero Contencioso Administrativo Federal y con la declaración de incompetencia por parte de la Sala I de esa Cámara, se trasladó al fuero Civil y Comercial Federal.

De este modo, entiendo que quedaría configurada una contienda negativa de competencia entre ambas cámaras, que deberá resolver la Corte Suprema de Justicia de la Nación (la “Corte Suprema”), atento que estos tribunales carecen de un órgano superior jerárquico común (cfr. art. 24, inc. 7° del dec. 1285/58).⁵³ Ello, no obstante lo dispuesto por el artículo 20, segundo párrafo, de la ley 26.854 de medidas cautelares en las causas en las que es parte o interviene el Estado Nacional.

⁵² Estas causas son:: CNCAF, Sala I, “COTO CICSA c/ DNCI s/ Lealtad Comercial - Ley 22.802 - ART 22”, expediente 32340/2019 del 13/2/2020; CNCAF, Sala I, “COTO CICSA c/ DNCI s/ Defensa del Consumidor - Ley 22.802 - ART 9”, expediente 44326/2019, del 13/2/2020; CNCAF, Sala I, “Jumbo Retail Argentina S.A. c/ DNCI s/Lealtad Comercial - Ley 22.802 - ART 22”, expediente 28323/2019, del 13/2/2020; CNCAF, Sala I, “Jumbo Retail Argentina S.A. c/ DNCI s/Lealtad Comercial - Ley 22.802 - ART 22”, expediente 28559/2019, del 13/2/2020; CNCAF, Sala I, “Jumbo Retail Argentina S.A. c/ DNCI s/ Lealtad Comercial - Ley 22.802 - ART 22”, expediente 32870/2019 del 22/5/2020; CNCAF, Sala III, “Jumbo Retail Argentina S.A. c/ DNCI s/ Lealtad Comercial - Ley 22.802 - ART 22”, expediente 32871/2019, del 3/9/2019; CNCAF, Sala III, “Jumbo Retail Argentina S.A. c/ DNCI s/ Lealtad Comercial - Ley 22.802 - ART 22”, expediente 45929/2019, del 15/10/2019; CNCAF, Sala III, “INC S.A. c/ DNCI s/ Lealtad Comercial - Ley 22.802 - ART 22”, expediente 45173/2019, del 17/9/2019; CNCAF, Sala III, “COTO CICSA c/ DNCI s/ Lealtad Comercial - Ley 22.802 - ART 22”, expediente 30853/2019, del 10/7/2019; CNCAF, Sala IV, “COTO CENTRO INTEGRAL DE COMERCIALIZACION S.A. c/ DNCI s/ Lealtad Comercial - Ley 22.802 - ART 22”, expediente 32270/2019, del 13/8/2019; CNCAF, Sala IV, “La Papelera del Plata S.A. c/ DNCI s/ Lealtad Comercial - Ley 22802 - ART 22”, expediente 46159/2019, del 8/10/2019; y CNCAF, Sala IV, “The Collection S.A. s/ Lealtad Comercial - Ley 22802 - ART 22”, expediente 43561/2019/1, del 10/9/2019.

⁵³ CSJN, “José Mármol 824 (ocupantes de la finca) s/incidente de incompetencia”, sentencia del 12/6/2018, considerando 2.



DECONOMI

En segundo lugar, el fallo es trascendente por la decisión de la Sala I de declarar *de oficio* la inconstitucionalidad del artículo 53 del Decreto de Lealtad Comercial. Sobre esta declaración se funda la incompetencia del Tribunal, como surge claramente de la parte resolutive del fallo. En este aspecto, resulta interesante examinar no ya los motivos que llevaron al Tribunal a decidir la inconstitucionalidad de la norma —que no trataré en este comentario—, sino las razones dadas por el Tribunal para efectuar el control de constitucionalidad de oficio a la luz de algunos precedentes de la Corte Suprema.

En tercer y último lugar, el fallo trae, en el voto en disidencia, una novedosa interpretación del art. 9 de la derogada ley 22.802 sobre la publicidad engañosa, actualmente prevista con idéntica redacción en el art. 11 del Decreto de Lealtad Comercial. Este voto no consideró ninguna de las dos cuestiones que mencioné anteriormente, sino que concluyó en que el acto administrativo impugnado debía anularse por vicio en su objeto, motivación y causa. Destaco esta disidencia porque introduce una cuestión tan interesante como novedosa en la materia: la diligencia del infractor como “causal de eximición” de la sanción administrativa.

En este comentario voy a disentir respetuosamente del fallo en los tres aspectos apuntados previamente. En mi opinión, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal es competente para entender en este tipo de causas por la plena vigencia del artículo 53 del Decreto de Lealtad Comercial. Este artículo bien podría entenderse dictado en el marco de una potestad reglamentaria⁵⁴ que la Constitución Nacional (“CN”) le reconoce al Poder Ejecutivo Nacional (“PEN”) y no bajo la atribución prevista en el art. 99 inc. 3 CN como lo entendió el Tribunal; como tal, participa de la naturaleza de la ley y tiene su misma fuerza obligatoria. De cualquier modo, entiendo que esta Cámara es competente en razón de la materia, de modo que la determinación de la Cámara Civil y Comercial Federal por el PEN se ajustaría al espíritu y finalidad del régimen de Lealtad Comercial.

⁵⁴ Nótese que el último de los considerandos del Decreto de Lealtad Comercial dispone: “*Que la presente medida se dicta de acuerdo a las facultades emergentes del artículo 99, incisos 1, 2 y 3 de la CONSTITUCIÓN NACIONAL y de los artículos 2º, 19 y 20 de la Ley N° 26.122.*”



DECONOMI

Asimismo, entiendo que la declaración de inconstitucionalidad de oficio carece de una sólida y apropiada fundamentación de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema y, asumiendo que la norma en cuestión fue dictada en el ejercicio de la atribución prevista en el art. 99 inc. 3 CN, no parecería oportuna una declaración de esa naturaleza, estando pendiente el pronunciamiento del Congreso de la Nación respecto de la validez o invalidez constitucional del Decreto de Lealtad Comercial.

Por último, soy de la opinión de que la solución propuesta en el voto en disidencia no se condice con el criterio adoptado por nuestra jurisprudencia en lo que respecta a la atribución de responsabilidad del infractor en las denominadas “faltas formales”.

En este comentario trataré solamente los dos primeros aspectos que mencioné del fallo: la incompetencia y la inconstitucionalidad de oficio. En el análisis, no pretenderé realizar un estudio exhaustivo de ambas materias -de por sí extensas y profundas, en particular la segunda-, sino que simplemente intentaré exponer algunos argumentos por los cuales entiendo que la medida adoptada por el PEN a través del art. 53 del Decreto de Lealtad Comercial es razonable y consistente con nuestro derecho vigente. Con esto no pretendo sostener que se encuentran acreditados los extremos requeridos por la CN para el dictado de un DNU -en particular la justificación de la necesidad y la urgencia alegada-; simplemente sostendré que ese exámen aún debe ser realizado por el Congreso Nacional y que debe estarse a las resultas del control legislativo.

II. El caso

El caso se originó en el marco de una inspección realizada durante el mes de junio de 2016 en un establecimiento de Coto Centro Integral de Comercialización S.A. (“Coto S.A.”) en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en donde funcionarios de la SCI constataron la exhibición de un producto que, de acuerdo con su rótulo, poseía un contenido neto inferior al publicitado en un cartel exhibidor de ese establecimiento.⁵⁵ Por este motivo, los funcionarios intervinientes en el acto de la inspección entendieron que Coto S.A. habría

⁵⁵ El producto era miel de abejas cuyo contenido neto era de 475 gramos. El cartel exhibidor de precio del producto del local informaba que tenía un contenido neto de 500 gramos.



DECONOMI

infringido el art. 9 de la ley 22.802, que prohíbe la inducción a error, engaño o confusión respecto de las características de los productos —en este caso, versó sobre el contenido neto real de un producto—, y se labró un acta que dio origen a la imputación.

Tramitado el sumario, el 23/11/18, la SSCI dictó la disposición 130/18,⁵⁶ por medio de la cual aplicó a Coto S.A. una multa de \$250.000.⁵⁷

Estamos, entonces, frente a un caso de publicidad engañosa iniciado y resuelto, en sede administrativa, durante la vigencia de la ley 22.802.

Antes de avanzar, es importante recordar que, pocos meses después del dictado de la disposición sancionatoria, el 17/4/2019, la ley 22.802 y sus modificatorias fueron derogadas por el artículo 72 del Decreto de Lealtad Comercial (B.O. 22/04/2019). Este Decreto sistematizó y actualizó el régimen previsto por la ley 22.802 incluyendo, entre otras cosas, la regulación contra la competencia desleal y aspectos muy relevantes de la publicidad comercial, entre ellos la comparativa.

En lo que aquí interesa, el Decreto de Lealtad Comercial previó la situación de aquellas causas que, a la fecha de su entrada en vigencia, se encontraban abiertas, como es la que nos ocupa. En efecto, el segundo párrafo del artículo 72 del Decreto de Lealtad Comercial dispone que dichas causas continuarán tramitando bajo la derogada ley 22.802 y sus modificatorias, lo que explica por qué en el caso se está discutiendo la aplicación de una sanción bajo una norma derogada, como es la del art. 9 de la ley 22.802.

Sin perjuicio de ello, el artículo 53 del Decreto de Lealtad Comercial establece, a partir de la entrada en vigencia del mismo, un “nuevo” tribunal para entender en los recursos directos previstos en el Decreto: la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal y, cuando se establezca, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia de dicha Cámara, creada por la ley 27.442, de Defensa de la Competencia (“LDC”), o la Cámara Federal que corresponda en el interior del país, según el asiento de la autoridad que dicte la

⁵⁶ Disposición N° DI-2018-130-APNSSCI#MPYT (dictada en el marco del EXP: S01:0260411/2016).

⁵⁷ En el fallo se menciona a la Resolución SCI 344/19, lo que presumo es un error material involuntario. En el caso se trató de una disposición dictada por la SSCI.



DECONOMI

resolución. Menciono “nuevo”, pues nada tiene de novedoso que sea esa Cámara la que entienda en esta materia; sobre esto me referiré más adelante, al tratar la competencia del fuero.

Para entender el trámite recursivo es menester aclarar previamente que el artículo 72 del Decreto de Lealtad Comercial no implica que los recursos directos interpuestos en aquellas causas que se encontraban en trámite al momento de su entrada en vigencia deban ser resueltos por el Tribunal previsto en el art. 22 de la ley 22.802. Esto es así ya que las leyes sobre procedimiento y competencia son de orden público y las nuevas que se dicten, aún en caso de silencio, se aplican de inmediato, incluso a las causas pendientes, siempre que no importen privar de validez a los actos procesales cumplidos o dejen sin efecto lo actuado de conformidad con las leyes anteriores,⁵⁸ y no existe un derecho adquirido a ser juzgado por un determinado procedimiento.⁵⁹ Sin embargo, esta solución, que es doctrina de la Corte Suprema y es expresamente mencionada en la sentencia, el Tribunal la entiende inaplicable al caso.

Es decir que, en el caso, las normas aplicables son: el art. 9 de la ley 22.802, en lo que respecta a la publicidad engañosa, y el 53 del Decreto de Lealtad Comercial, en lo que respecta a la instancia judicial revisora de la decisión administrativa que dispuso la sanción.

Contra la disposición de la SSCI, Coto S.A. interpuso el recurso directo de apelación previsto por el artículo 22 de la ley 22.802 (texto sustituido por el art. 63 de la ley 26.993). El artículo 22 de esa ley, como anticipé, se encontraba vigente al momento en que se notificó el acto sancionatorio y también al momento en que fue deducido el recurso directo (diciembre de 2018).⁶⁰ Luego, como vimos, la ley 22.802 fue derogada y entró en vigencia el Decreto de Lealtad Comercial.

Las actuaciones fueron elevadas y radicadas en la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal. Luego de recibidas las mismas —junio de 2019—, se corrió vista al fiscal general

⁵⁸ Fallos: 317:499; 324:2338; 327:5496; 329:5187 y 5686.

⁵⁹ Fallos: 306:2101; 313:542; 320:1878.

⁶⁰ Cfr. dictamen del Fiscal General en lo Civil y Comercial Federal y en lo Contencioso Administrativo Federal del 3/9/2019.



DECONOMI

en lo Contencioso Administrativo Federal para que se expida sobre la procedencia y competencia del Tribunal (cfr. art. 8 de la ley 25.344).

El fiscal general entendió que, por aplicación del segundo párrafo del referido art. 72 del Decreto de Lealtad Comercial, aquellos recursos directos que sean elevados por la Autoridad de Aplicación (es decir, la SCI) y se radiquen ante el órgano judicial con posterioridad a la entrada en vigencia del Decreto de Lealtad Comercial, resultan de competencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal. En consecuencia, dado que la causa había sido elevada al Tribunal en junio de 2019 —es decir, durante la vigencia del Decreto de Lealtad Comercial—, el fiscal general opinó que la Sala I de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal no resultaba competente para entender en la causa y que ésta debía ser remitida a la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal⁶¹. Es más, la fiscalía general, que interviene también ante la Cámara en lo Civil y Comercial Federal, por razones de economía procesal, se expidió sobre el recurso planteado y lo declaró formalmente admisible.

Así las cosas, el 13/2/2020, la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal se declaró incompetente en la causa y atribuyó su conocimiento a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal. Lo hizo en razón de lo dispuesto por los arts. 53 y 72 del Decreto de Lealtad Comercial, ya explicados, y compartiendo los fundamentos del dictamen del fiscal general explicado anteriormente.

Sorteada la causa, fue asignada a la Sala I de la Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal. El 14/4/21 este Tribunal, como anticipé al comienzo, resolvió declarar la inconstitucionalidad del art. 53 del Decreto de Lealtad

⁶¹ El dictamen refiere expresamente al criterio expuesto por la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal en la causa 30853/2018, del 10/7/19, citada al inicio. De esta causa surge que el fiscal general señaló que el límite a la transferencia es el denominado principio de radicación, el cual se configura con el dictado de “actos típicamente jurisdiccionales”, definidos como “...aquellos que importan la decisión de un conflicto mediante la adecuación de las normas aplicables, como resulta característico de la función jurisdiccional encomendada a los jueces (confr. Fallos: 324:2334; 325:2695, entre otros), por lo que entendió que aquellos recursos directos que sean elevados con posterioridad a la entrada en vigencia de la nueva norma resultan de competencia del tribunal judicial que ella establece.



DECONOMI

Comercial y su incompetencia para entender en la causa, y atribuyó la potestad revisora nuevamente a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.

Por último, contra esa decisión, el Estado Nacional -Ministerio de Desarrollo Productivo-, interpuso el recurso extraordinario federal, en tanto la Sala I declaró de oficio la inconstitucionalidad del artículo 53 del Decreto de Lealtad Comercial y declinó su competencia para entender en la causa. El 18/8/21 el recurso fue desestimado por no revestir carácter de sentencia definitiva y asimismo porque según el Tribunal no se demostró que su pronunciamiento dictado se apartó de la ley o que incurrió “*en ausencia de fundamentación que conduzca a la descalificación de dicho decisorio como acto jurisdiccional válido*”, sosteniendo que no existe gravedad institucional porque sólo se ve comprometido el interés individual de las partes y el conflicto no afecta derechos de la comunidad.

III. Los agravios

En el recurso directo planteado en contra de la disposición 130/18, Coto S.A. se agravió al entender que la decisión es nula por:

(i) no sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirven de causa y en el derecho aplicable (cfr. art. 7, inc. b de la Ley de Procedimiento Administrativo);

(ii) ostentar un vicio en el objeto y en la finalidad del acto; y

(iii) resultar la multa arbitraria, por irrazonable y desproporcionada respecto de la conducta relevada por la SSCI.

En subsidio, solicitó la reducción de la sanción, graduándosela de acuerdo a la “falta formal” reprochada. Para justificarlo, sostuvo que se trató de una infracción formal “pequeña” y que la sanción no tenía fundamentación, ya que había sido justificada por la empresa fabricante del producto.

Coto S.A. sostuvo que la supuesta infracción —a la cual le reconoció el carácter de “formal”— tuvo, como única causa, una errónea observación de los rótulos correspondientes a los productos inspeccionados, y que éstos cumplían con todas las exigencias legales para su “publicación” (sic). Explicó



DECONOMI

que la información incluida en el exhibidor no era inexacta porque detallaba las características del producto comercializado y se identificaba con claridad el mismo.

Así y todo, la recurrente reconoció que el fabricante del producto le brindó información errónea: el proveedor regularmente proveía el producto al establecimiento en frascos de 500 gramos y un lote de ese producto poseía un contenido neto distinto a los restantes. Por ese motivo es que no habría podido identificar la diferencia en dicho contenido. Como consecuencia de ello, y con sustento en la política de comercialización que existiría entre ambas empresas, sostuvo que era un deber del fabricante informar dicha modificación a fin de evitar posibles confusiones con respecto al contenido neto del producto.

El fabricante, por su parte, suscribió una nota exponiendo y asumiendo el error, y en la que reconoció que no informó a Coto S.A. sobre la modificación en el contenido neto del producto entregado en el lote. Así es que, en su defensa, Coto S.A. argumentó que la forma en que fueron informadas las características de los productos no era confusa o engañosa, y que procuró incluir la totalidad de la información necesaria para no prestar a engaño o confusión a los consumidores.

Por último, quiero destacar que ni Coto S.A. ni el Ministerio de Desarrollo Productivo plantearon la incompetencia ni del fuero Contencioso Administrativo Federal ni del Civil y Comercial Federal, sino que se sometieron sucesivamente a los mismos. Tampoco las partes plantearon la inconstitucionalidad del artículo 53 del Decreto de Lealtad Comercial, ni ninguna otra norma del Decreto de Lealtad Comercial o de la ley 22.802.

IV. La sentencia

La decisión que resolvió la inconstitucionalidad del art. 53 del Decreto de Lealtad Comercial y la incompetencia de la Sala I fue adoptada por mayoría, con los votos de los Dres. Uriarte y Antelo, donde el segundo adhirió a los fundamentos del voto del primero. Se expidieron solamente sobre la incompetencia de la Sala I para entender en la causa y sobre la inconstitucionalidad del artículo 53 del Decreto de Lealtad Comercial.



DECONOMI

El voto minoritario, por su parte, conformado por la disidencia del Dr. Gusman, se pronunció exclusivamente sobre los motivos por los cuales la disposición sancionatoria debía anularse, y es el único que trató el fondo del asunto, esto es, la exhibición de precio cuestionada por la SCI.

Comenzaré con un breve repaso sobre el voto de la mayoría, para luego detenerme en la disidencia (aunque por cuestiones de espacio no comentaré este asunto), de modo tal de exponer los dos temas que me interesan del fallo.

El voto mayoritario sostuvo que la Sala I no es competente para entender en el recurso directo interpuesto por Coto S.A. porque a través del art. 53 del Decreto de Lealtad Comercial, el PEN atribuyó competencia al fuero Civil y Comercial Federal en exceso de las facultades que constitucionalmente tiene asignadas.

Para fundar este temperamento, se sostuvo que, de acuerdo con las modificaciones introducidas a la ley 22.802 por los arts. 35 y 36 de la ley 26.631 (sic), toda resolución condenatoria podrá ser recurrida solamente por vía de apelación ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal o ante las cámaras federales de apelaciones competentes, según el asiento de la autoridad que dictó la condena. El Decreto de Lealtad Comercial, al establecer que toda resolución sancionatoria puede ser impugnada por vía de recurso de apelación ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, introdujo *“una sustancial modificación a las previsiones de una ley sancionada por el Congreso de la Nación (...) atribuyendo competencia a ciertos jueces de la Nación para conocer en determinadas controversias”*.⁶²

Asimismo, expresó que el Congreso Nacional no sólo crea, modifica o suprime los tribunales, sino que también establece cómo se integran, fija el ámbito de su jurisdicción —competencias en razón de materia, personas y lugares— y sanciona las normas procesales para que puedan actuar y ejercer las funciones que les competen, todo ello en ejercicio de las facultades que le confieren los arts. 75, inc. 20 y 116 de la Constitución Nacional. Adicionalmente,

⁶² Cfr. Considerando 1º, párrafo 4 del voto del Dr. Uriarte.



DECONOMI

explicó que sólo el Congreso Nacional tiene la atribución exclusiva de crear, modificar y suprimir tribunales del Poder Judicial de la Nación, y que el PEN no puede hacerlo bajo ningún concepto, salvo en su derecho de vetar leyes. En esta línea argumental, afirmó que un decreto “reglamentario” (sic) no puede alterar o modificar la competencia de los Tribunales, “cuando la misma ha sido previamente fijada por una ley de la Nación”.⁶³ Asimismo, señala que, dado que la jurisdicción federal posee un carácter limitado, privativo, excluyente e improrrogable, la incompetencia de sus tribunales puede y debe declararse de oficio.

El voto mayoritario señala las limitaciones que posee el Congreso Nacional a la hora de fijar la jurisdicción federal. Lo hace, pienso, para poner en evidencia las limitaciones que tiene el PEN en la materia. Afirma así que la jurisdicción federal está atribuida a los órganos del Poder Judicial del Estado federal por los arts. 116 y 117 de la CN y por diversas leyes, que es limitada y de excepción, y que la organización de los tribunales federales incluye la de atribuirles jurisdicción y competencia.

Reconoce, sin embargo, límites a esta atribución por parte del Congreso Nacional: la facultad de establecer excepciones al fuero federal no significa que pueda ampliarlo —aunque sí restringirlo—, toda vez que, según la Corte Suprema, las leyes que dicta el Congreso no pueden acordar a los tribunales federales una jurisdicción más extensa que la conferida por la Constitución Nacional. Así concluye que si el propio Congreso no puede ampliar la jurisdicción federal, “*menos aún podrá hacerlo el Poder Ejecutivo mediante un decreto que modifica la competencia atribuida por el Poder Legislativo a otro fuero*”. De hacerlo entonces incurriría, el PEN, en una extralimitación de sus facultades “*ajena al estrecho marco constitucional que delimita sus excepcionales atribuciones legislativas, concernientes por naturaleza al Congreso en virtud del principio de división de poderes del sistema republicano consagrado en la Carta Magna*”.⁶⁴

⁶³ Cfr. Considerando 5°, párrafo 3, del voto del Dr. Uriarte.

⁶⁴ Cfr. Considerando 2°, párrafo 4, del voto del Dr. Uriarte.



DECONOMI

Por todas estas razones, el Tribunal entiende que el art. 53 del Decreto de Lealtad Comercial, en cuanto atribuye competencia al Tribunal en materia recursiva, excedió las facultades que constitucionalmente tiene asignadas el PEN

En síntesis, el voto mayoritario funda la declaración de incompetencia en la extralimitación legisferante del PEN —en cuanto para el Tribunal el PEN habría ampliado la jurisdicción federal a través del art. 53 del Decreto de Lealtad Comercial—, y funda la competencia de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal en el artículo 35 de la ley 26.631.

Como anticipé, además de declararse incompetente, el Tribunal resolvió decretar, de oficio, la inconstitucionalidad del artículo 53 del Decreto de Lealtad Comercial. Lo hizo porque entendió que no estaría acreditada la existencia de la necesidad o urgencia en el dictado de este Decreto.

Al analizar la validez constitucional de este artículo, el voto mayoritario hace una apretada reseña de algunos precedentes de la Corte Suprema sobre los decretos de necesidad y urgencia, antes y después de la reforma constitucional de 1994, citando, entre otros, los fallos “Verrocchi”⁶⁵ y “Consumidores Argentinos”⁶⁶ y criticando el fallo “Rodríguez”⁶⁷. A la luz de estos precedentes de la Corte Suprema y del art. 99 inc. 3 CN, el Tribunal buscó evaluar dos cosas: (a) la concurrencia de los presupuestos fácticos —la necesidad y la urgencia— que habilitarían al PEN el ejercicio de la atribución prevista por el art. 99 inc. 3 CN; y (b) su fundamentación a partir de los considerandos del Decreto de Lealtad Comercial.⁶⁸

⁶⁵ CSJN, fallos 322:1726.

⁶⁶ CSJN, fallos 333:633.

⁶⁷ CSJN, fallos 320:2851. La crítica es coherente: este fallo, como afirmó Carlos Balbín, supuso una renuncia del Poder Judicial al ejercicio del control de constitucionalidad de los decretos de necesidad y urgencia (Carlos Balbín, “La causa Rodríguez Jorge s/ cuestión de competencia”, en Tomás Hutchinson, *Colección de Análisis Jurisprudencial*, La Ley, p. 129.).

⁶⁸ Cfr. Considerando 3, párrafo 11 del voto del Dr. Uriarte: “A dichos efectos, considero oportuno principiar evaluando si se da en el caso la concurrencia de los presupuestos fácticos de excepción que habilitarían el uso de tal singular y restringida atribución por parte del Poder Ejecutivo y si éstos han sido debidamente fundados, por lo que corresponde remitirse, en primer término, a los fundamentos dados en el decreto impugnado en cuanto a la existencia del estado de necesidad y urgencia como sostén del dictado de la norma en lo que aquí atañe”.



DECONOMI

Así, centrándose en los considerandos 19⁶⁹ y 20⁷⁰ de dicho Decreto, concluyó que los fundamentos que justifican la urgencia (si bien no es mencionada la necesidad) “*refieren -exclusivamente- al contenido de la Ley de Defensa de la Competencia*” y que “*no se dedicó una sola línea a explicitar las razones o circunstancias que brindan sustento a las modificaciones en la atribución de las competencias que dispone, invadiendo (...) facultades que son reservadas al Congreso de la Nación*”.⁷¹

De esta manera, entendió que existió una ausencia de motivación suficiente por parte del PEN para ejercer en la cuestión de la distribución de las competencias de los Tribunales Federales y, no habiéndose acreditado la existencia de necesidad y urgencia, concluyó en que el artículo 53 del Decreto de Lealtad Comercial es inconstitucional.

En cuanto a la facultad de decidir la inconstitucionalidad de oficio, el Tribunal la sostiene citando los fallos “Banco Comercial de Finanzas”⁷² y “Simón”⁷³. En estos fallos, la Corte Suprema expresó que es una potestad y un deber de los jueces declarar de oficio la inconstitucionalidad de una norma jurídica en los casos concretos sometidos a su conocimiento. También se citan dos precedentes de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal: los fallos “Luncheon Tickets”⁷⁴ y “Exos”⁷⁵.

Por último, el voto mayoritario sostuvo que la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre la aplicabilidad de las leyes de procedimiento y

⁶⁹ Considerando 19: “Que en ese sentido, las medidas hasta aquí descriptas deben ser tomadas en tiempo oportuno, de modo que contribuyan eficazmente al ejercicio del derecho previsto en el artículo 42 de la CONSTITUCIÓN NACIONAL, así como al mejoramiento de las relaciones entre consumidores, usuarios y proveedores de bienes y servicios”.

⁷⁰ Considerando 20: “Que la urgencia en la adopción de la presente medida hace imposible seguir los trámites ordinarios previstos en la CONSTITUCIÓN NACIONAL para la sanción de las leyes.”

⁷¹ Cfr. Considerando 3º, párrafo 13, del voto del Dr. Uriarte.

⁷² CSJN, 19/8/2004 (Fallos 327:3117).

⁷³ CSJN, 14/6/2005 (Fallos: 328:2056).

⁷⁴ CNACCF, Sala II, “Luncheon Tickets S.A. s/ Apelación de Resolución CNDC”, expediente 2908/2003, sentencia del 21/12/2006. Sobre este fallo me detendré al tratar la experiencia que tuvo lugar bajo la ley 25.156.

⁷⁵ CNACCF, Sala I, “Exos S.A. c/ Operadora Ferroviaria Sociedad del Estado s/ Cobro de sumas de dinero”, expediente 2494/2016, sentencia del 27/8/19. En este fallo, el Tribunal sostuvo que la atribución judicial de ejercitar el control de constitucionalidad de las normas, de ser necesario, debe ser llevado a cabo de oficio, independientemente de que se haya planteado o no la inconstitucionalidad de la norma.



DECONOMI

competencia, a la cual aludí en el apartado II anterior explicando por qué se aplica la norma del art. 53 al caso (y no la del art. 22 de la ley 22.802), no resulta aplicable a los decretos del PEN, ya que la Corte se había referido a leyes en sentido formal y material.

El voto minoritario, por su parte, trata propiamente el caso traído a conocimiento del Tribunal, esto es, la publicidad engañosa. No se expide sobre la incompetencia y la inconstitucionalidad sino que hace un prolijo relato de los hechos para luego contrastarlo con el art. 9 de la ley 22.802.

Comienza reconociendo que Coto S.A. no cumplió con su deber de consignar de manera exacta el contenido neto del producto en el cartel exhibidor de la sucursal inspeccionada. En tal sentido, afirma que de acuerdo con el artículo 9 de la ley 22.802, el cartel exhibidor del producto debe ser autosuficiente, *“de manera que por su intermedio el potencial consumidor pueda informarse no sólo de su costo, sino también (...) sobre la cantidad o peso del producto, sin necesidad de recurrir a otros medios ni de tener que contar con acceso a Internet”*. Y señala que es un deber de quien comercializa arbitrar todos los medios necesarios a fin de que la información sea exacta *“evitando que los consumidores sean inducidos a error o falsedad en la adquisición de mercaderías o la contratación de servicios, protegiéndose –de este modo–, el derecho de aquéllos a una información adecuada, completa y veraz en relación al consumo (artículo 42 de la Constitución Nacional)”*.

El voto minoritario, importa mucho aclararlo, admite que las infracciones al art. 9 de la ley 22.802 son de carácter formal y que el solo hecho de verificarlas supone la responsabilidad del infractor, sin que requiera la producción de un daño concreto, sino simplemente la “pura acción” u “omisión”. Sin embargo, valoró especialmente la explicación dada y probada por la recurrente, por cuanto la infracción habría sido provocada por su proveedor, quien modificó el tamaño del recipiente y por lo tanto la cantidad de contenido de producto, y omitió informar adecuadamente el cambio para que se realicen las correcciones en los carteles exhibidores del establecimiento. Menciono “probada” porque la recurrente acompañó al expediente una carta del fabricante en la que éste reconoció abiertamente su error. Este documento, al igual que la afirmación del fabricante de que se trató de un hecho aislado, así como su



DECONOMI

decisión de solucionar y enmendar dichas fallas en lo sucesivo, impresionó favorablemente al juez. Tanto impresionó la carta del fabricante al juez que motivó a indagar sobre el principio de culpabilidad de las sanciones administrativas para minimizar la infracción que tuvo por acreditada en primer término. En este sentido, sostuvo que normas como las previstas en la ley 22.802, cuando regulan que el incumplimiento, con independencia de si media lesión a algún bien jurídico, constituye infracción, no necesariamente implican que se esté aplicando la regla de la responsabilidad objetiva, sino que dispone un nivel de diligencia que incluye el conocimiento y el cumplimiento de esa prohibición. Sostuvo así que el principio de culpabilidad se reconduce a la “diligencia exigible” en el conocimiento de las normas y a que el imputado tenga la posibilidad real y efectiva de ajustar la conducta individual a los mandatos de las normas jurídicas. Concluye, de esta manera, en que un presunto infractor puede alegar causales absolutorias que permitan derrumbar la imputación.

Se pregunta el juez si estaba al alcance de Coto S.A. detectar con la diligencia exigible a quien tiene a su cargo la cadena de comercialización una diferencia de 25 gramos en el peso de un producto, y concluye que no es razonable exigir a un supermercadista que pese uno por uno los productos que le ingresan para su expendio en forma previa a su colocación en góndola para asegurar la exactitud de lo informado en el rótulo.

Respecto de la “diligencia exigible”, explica que se trata del conocimiento normal y razonable del sujeto frente al evento en que se halló, es decir, que la persona proceda con la prudencia que la situación requería. Incumbe entonces al presunto infractor la demostración de la concurrencia, “como factor determinante en la configuración del tipo” de otras circunstancias ajenas a su voluntad y que no estuvo a su alcance controlar.

Por estas razones, entiende el juez que el agravio de Coto S.A. debe admitirse y que la Autoridad de Aplicación de alguna manera debió considerar, o al menos mencionar, la carta del proveedor en la motivación del acto administrativo impugnado.

V. Dos aspectos cuestionables de la sentencia y su relación con la derogada ley 25.156



DECONOMI

Como vimos, el voto mayoritario analiza, por un lado, la competencia federal y, por el otro, la validez constitucional del art. 53 del Decreto de Lealtad Comercial, sosteniendo la incompetencia en la excesiva actividad legisferante del PEN y la inconstitucionalidad en que el PEN no acreditó la necesidad y urgencia en el dictado del Decreto. Esto obliga a hacer algunas precisiones.

El Decreto de Lealtad Comercial, en tanto regulación contra la competencia desleal, la publicidad comercial y la identificación de mercaderías, es una norma federal, pues reglamenta el art. 42 CN y dos tratados internacionales, i.e., el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, del 20 de marzo de 1883 (ratificado por las leyes 17.011 y 22.195) (en adelante, el “Convenio de París”) y la ley 24.425, por la que se aprobó el Acta Final en que se incorporan los resultados de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales; las Decisiones, Declaraciones y Entendimientos Ministeriales; y el Acuerdo de Marrakech, por el que se establece la Organización Mundial del Comercio y sus cuatro Anexos, entre ellos, el “Acuerdo Sobre Los Aspectos de Los Derechos De Propiedad Intelectual Relacionados Con El Comercio” (Anexo 1 c) (en adelante, el “Acuerdo ADPIC”).

Como norma federal, corresponde la jurisdicción y competencia de la justicia federal. En este sentido, la decisión de la Sala I presupone -en mi opinión, acertadamente- la naturaleza federal de la materia sobre la que versa el Decreto y determina la jurisdicción y competencia federal, lo que es un aspecto a destacar positivamente del fallo.

La competencia federal es una facultad reconocida a los órganos del Poder Judicial de la Nación para ejercer sus funciones en los casos, respecto de las personas y en los lugares especialmente determinados por la Constitución Nacional.⁷⁶ Quienes reconocen esta atribución en los jueces federales son la Constitución Nacional (art. 116 CN), los tratados con naciones extranjeras y distintas leyes especiales.

Como regla, no es una atribución propia del Poder Judicial de la Nación fijar la competencia de sus propios jueces o tribunales, de modo tal que la primera observación que se podría realizar sobre la posibilidad de que un

⁷⁶ PALACIO, Lino E., “Manual de Derecho Procesal Civil Comercial”. Abeledo Perrot, p. 208.



DECONOMI

tribunal, por su solo y exclusivo arbitrio, determine su incompetencia en una causa y, sobre todo, que establezca la competencia de otro tribunal resulta, cuanto menos, una facultad excepcional y que debe estar razonablemente fundada.

La competencia federal, como contrapartida de esa facultad que atribuye la ley al órgano judicial, es un límite que ésta señala para el ejercicio de la jurisdicción a su cargo.⁷⁷ El órgano judicial será incompetente en la medida en que exceda ese límite previamente fijado por una norma. De lo que se sigue es que la competencia de un juez o tribunal está dada por un factor fundamentalmente objetivo (o normativo): una norma que le atribuye competencia a un juez o tribunal para entender en una causa. Esto no pretende ser una reivindicación del positivismo jurídico sino que es una consecuencia que resulta de la organización de los poderes del Estado de acuerdo con la distribución de competencias prevista en la Constitución Nacional.

Va de suyo que un órgano debe ser competente para dictar un acto, para el caso el PEN para dictar un reglamento, pero esto no tiene que ver estrictamente con la competencia de un juez o tribunal sino con la competencia del órgano para poder hacerlo. Si quien dicta un acto, sea cual sea éste, no cuenta con las facultades suficientes para hacerlo, no estaríamos hablando propiamente de un supuesto de incompetencia en el sentido expresado, i.e., en cuanto medida de la jurisdicción de un tribunal para conocer en una causa determinada, sino, en todo caso, un supuesto de nulidad del acto.

En este sentido, el voto mayoritario parece soslayar el aspecto objetivo o normativo de la cuestión y sostiene la incompetencia del Tribunal en el aspecto “subjetivo”, que sería la pretendida carencia de las facultades del PEN para atribuir la competencia a un tribunal a través de un decreto, lo que por cierto es discutible, atento que (i) como mencioné al inicio, el art. 53 del Decreto de Lealtad Comercial bien puede entenderse dictado en el marco de una potestad reglamentaria que se le reconoce al PEN (art, 99 inc. 2 CN), donde las normas reglamentadas serían el art. 42 CN y el Convenio de París y el Acuerdo ADPIC;

⁷⁷ ARAZI, Roland y ROJAS, Jorge, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Tomo I, Rubinzal Culzoni, p. 17.



DECONOMI

y (ii) aún asumiendo que fue dictado bajo la atribución prevista en el art. 99 inc. 3 CN, este artículo no prohíbe al PEN determinar la competencia de un Tribunal, y por lo tanto no es una materia vedada por la CN.

Sin adentrarse en este análisis, el Tribunal entendió que el Decreto de Lealtad Comercial es un DNU pero no se expidió sobre si se encontraban reunidos los requisitos formales previstos por el art. 99 inc. 3 CN para su dictado, elementos que entiendo que son los que establecen la competencia del PEN para dictar un DNU válidamente.

En otras palabras, el Tribunal no declara la incompetencia porque no exista una norma jurídica que le atribuya competencia para entender en la causa sino porque el PEN no podría (discutiblemente, en mi opinión) determinarla a través de un DNU. De este modo, la declaración de inconstitucionalidad de la norma aparece como algo más bien forzado, ya que sería un medio procesal para que el Tribunal pueda declarar su propia incompetencia antes que un remedio tendiente a asegurar la supremacía constitucional.

La Corte Suprema ha declarado la inconstitucionalidad (y de oficio) de las normas atributivas de competencia que exceden los límites constitucionales de atribuciones jurisdiccionales en la medida en que la ausencia de planteamiento de la incompetencia *ratione materiae* por los interesados no puede ser obstáculo para el pronunciamiento de oficio. En particular, en 2014 revisó la validez constitucional de la competencia de la Cámara Federal de la Seguridad Social en lo que respecta a su carácter de tribunal de apelación de las sentencias dictadas por los juzgados federales con asiento en las provincias. En esta causa⁷⁸, la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad de una norma y la incompetencia de un tribunal (en ese orden, precisamente) porque importaba *una clara afectación de la garantía a la tutela judicial efectiva* de los jubilados y pensionados que no residían en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, y estableció así un estándar: el de la *racionalidad* de la medida adoptada, entendida ésta como la adecuación entre el medio elegido y el fin propuesto como bien social en un momento dado. De este modo, la Corte Suprema entendió que la competencia que se atribuía a la Cámara Federal de la

⁷⁸ “Pedraza, Héctor Hugo c/ ANSeS s/ acción de amparo, del 6/5/2014.



DECONOMI

Seguridad Social no resultaba un medio ni adecuado, ni idóneo, ni necesario, ni proporcional en relación con los derechos, intereses y valores que el Estado debía proteger. En prieta síntesis, a la existencia de un agravio concreto, la Corte Suprema fijó un estándar concreto y dio una solución concreta.

En este orden de ideas, y valorando la doctrina de este fallo, la cuestión de la competencia de la Cámara en este caso no parece tal. En efecto, desde el punto de vista objetivo, existe una norma vigente que expresamente atribuye la competencia para entender en el recurso directo a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal (art. 53 del Decreto de Lealtad Comercial, el cual por las razones que expondré seguidamente se encuentra vigente) y no existe otra norma jurídica que se la atribuya a otro tribunal. Ciertamente, no lo es aquella que invoca la Sala I, i.e., el artículo 22 de la ley 22.802, modificada por la ley 26.631. Además, resulta desafiante individualizar un agravio concreto que atender.

Por otra parte, desde el punto de vista subjetivo, nada impide al PEN establecer por decreto (sea reglamentario o de necesidad y urgencia o de promulgación de leyes) la instancia judicial revisora en la medida en que tal determinación es razonable en tanto se ajusta a la finalidad y espíritu del régimen. Y a poco que se profundiza la cuestión, se advierte que este artículo del Decreto de Lealtad Comercial, en definitiva, no hace otra cosa que garantizar el control judicial suficiente⁷⁹ a favor de los administrados en el procedimiento administrativo especial previsto en el Capítulo II del Título IV del Decreto y asegura la intervención de un tribunal especializado en la materia sobre la que versa el recurso, que ya se encuentra constituido y en funcionamiento.

Hechas estas aclaraciones, dividiré el análisis tal como lo hizo la Sala I; primero trataré la competencia del órgano judicial y luego la declaración de oficio de inconstitucionalidad de la norma.

V.1 La cámara federal competente para entender en el recurso directo de apelación previsto en el art. 53 del Decreto de Lealtad Comercial.

⁷⁹ CSJN, “Fernandez Arias Elena y otros c/ Poggio, José s/ sucesión”, sentencia del 19/9/1960.



DECONOMI

Los primeros aspectos cuestionables del fallo son tanto la declaración de incompetencia como la decisión de atribuir la competencia a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.

Las razones que me permiten sostener esta afirmación, además de las ya dadas, son las siguientes:

V.1.1 *El artículo 53 del Decreto de Lealtad Comercial es una norma jurídica vigente y obligatoria para los jueces, y no resulta razonable el control de constitucionalidad antes que se expida el Congreso Nacional.*

De entenderse que la totalidad de las disposiciones del Decreto de Lealtad Comercial fueron dictadas bajo un DNU, corresponde mencionar que su artículo 53, norma que, según vimos, atribuye la competencia a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, habría sido dictado por el PEN de acuerdo con una atribución constitucional específica: el art. 99, inciso 3 de la Constitución Nacional.

En este sentido, el PEN, al dictar el Decreto, ejerció una competencia que es materialmente legislativa, pero que le es propia y se encuentra expresamente autorizada por la CN -aunque excepcional y es de interpretación restrictiva-; no constituye, por sí misma, una actuación irregular, ni carga a costas una presunción de inconstitucionalidad por el hecho de ser el ejercicio de una función que compete naturalmente al Congreso Nacional.

En tanto DNU, el Decreto de Lealtad Comercial fue adoptado en acuerdo general de ministros, refrendado por el Jefe de Gabinete⁸⁰ y sometido a la consideración de la Comisión Bicameral Permanente del Congreso Nacional⁸¹ en el plazo de ley. Es decir, que se habrían seguido los trámites establecidos por la Constitución Nacional para el dictado de un DNU y, en consecuencia, resulta de aplicación la ley 26.122, que regula el trámite y alcances de la intervención del Congreso Nacional sobre este tipo de decretos.

El procedimiento de control legislativo previsto por la ley 26.122 atribuye la competencia a la Comisión Bicameral Permanente, órgano que posee

⁸⁰ Conf. arts. 99 inc. 3 y 100, inciso 13, CN.

⁸¹ Conf. art. 76 del Decreto de Lealtad Comercial.



DECONOMI

carácter constitucional,⁸² para pronunciarse respecto de la validez o invalidez de los decretos previstos en esta ley,⁸³ entre ellos los de necesidad y urgencia.⁸⁴

La Comisión Bicameral Permanente tiene un plazo de diez (10) días hábiles, contados desde su presentación por el Jefe de Gabinete,⁸⁵ para expedirse acerca del decreto sometido a su consideración y elevar el dictamen al plenario de cada una de las Cámaras para su tratamiento⁸⁶. Si el Jefe de Gabinete no lo remite a la Comisión Bicameral Permanente dentro del plazo previsto en la ley, dicha Comisión se abocará de oficio a su tratamiento⁸⁷.

Por su parte, el dictamen de la Comisión Bicameral Permanente, que se conforma con la firma de la mayoría absoluta de sus miembros⁸⁸, debe pronunciarse expresamente sobre la adecuación del decreto a los requisitos formales (estos son: que sean firmados en acuerdo general de Ministros, con el refrendo de ellos, así como del Jefe de Gabinete y que la presentación se haya efectuado dentro del plazo) y sustanciales (la acreditación de las circunstancias de excepcionalidad que fueron invocadas para el dictado de un DNU) establecidos constitucionalmente para su dictado.⁸⁹

Por último, elevado el dictamen al plenario de ambas Cámaras, éstas deben darle inmediato y expreso tratamiento. Si la Comisión Bicameral Permanente no eleva el despacho, las Cámaras “se abocarán al expreso e inmediato tratamiento del decreto de que se trate (...)”⁹⁰. Es un deber del órgano legislativo hacerlo y no una facultad.

En cualquier caso, ambas Cámaras del Congreso Nacional deben pronunciarse mediante resoluciones expresas⁹¹, aprobando o rechazando el

⁸² Cfr. arts. 99, inciso 3, 80, y 100, incisos 12 y 13, CN.

⁸³ Cfr. art. 2, ley 26.122.

⁸⁴ Cfr. arts. 2 y 10, ley 26.122.

⁸⁵ Cfr. art. 19, ley 26.122.

⁸⁶ Cfr. art. 19, ley 26.122.

⁸⁷ Cfr. art. 18, ley 26.122.

⁸⁸ Cfr. art. 8, ley 26.122.

⁸⁹ Cfr. art. 10, ley 26.122.

⁹⁰ Cfr. art. 20, ley 26.122.

⁹¹ Cfr. art. 22, ley 26.122.



DECONOMI

decreto que se trate. No se le atribuye al silencio ningún valor, como lo entendió García Lema.⁹²

En caso de que un decreto sea rechazado, “implica su derogación (...) quedando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia”⁹³.

En este punto importa aclarar que la ley 26.122 no establece un plazo específico para que las Cámaras se expidan (sea que la Comisión eleve el despacho o que las Cámaras traten un decreto de oficio), aspecto ciertamente criticable de la ley. En este sentido, la doctrina tiene dicho que la finalidad de control se cumpliría con la manifestación de desaprobación de cualquiera de las Cámaras o con el silencio de ambas, o una sola “en un plazo que necesariamente debe ser breve”⁹⁴.

Hay quienes sostienen, desde mi punto de vista, acertadamente, que en caso de silencio del Congreso, una vez constatada la omisión legislativa por el órgano jurisdiccional, éste debe otorgar un plazo prudente al órgano legislativo otorgándole un plazo razonable para que actúe conforme a su libertad política, y, en su defecto, debe disponer la caducidad de los actos legislativos del órgano ejecutivo que no sean ratificados por el Congreso.⁹⁵

Mientras trasunta este procedimiento, los decretos alcanzados por la ley 26.122 se encuentran vigentes. Como cualquier acto estatal, gozan de presunción de validez y tienen fuerza obligatoria. La vigencia de los decretos surge del artículo 17 de la ley 26.122, que establece que los decretos de necesidad y urgencia, de delegación legislativa y de promulgación parcial de leyes dictados en base a las atribuciones conferidas por los artículos 76, 99, inciso 3, y 80 CN, “*tienen plena vigencia de conformidad a lo establecido en el artículo 2º del Código Civil*”, y también por lo dispuesto en el art. 24 de la ley 26.122, que establece que la vigencia de los decretos se extiende hasta que no

⁹² GARCÍA LEMA, Alberto, “Decretos de Necesidad y Urgencia...”, AAVV, “La Reforma de la Constitución”, Rubinzal Culzoni, 1994, pp. 396-398. En igual sentido, Gelli entendió que el silencio no posee efecto convalidatorio (ver GELLI, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina”, La Ley, Tomo II, p. 369).

⁹³ Cfr. art. 24, ley 26.122.

⁹⁴ GELLI, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina”, La Ley, Tomo II, p. 385.

⁹⁵ GODOY, José Daniel, “Comisiones Parlamentarias”, en “El Poder Legislativo. Aportes para el conocimiento del Congreso de la Nación Argentina”, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG E. V, 2008, p. 184.



DECONOMI

sean rechazados por ambas Cámaras del Congreso. Así también lo entendió la doctrina ya citada, no sin dejar de señalar que el control bajo esta ley es más aparente que real.⁹⁶

Como lo apuntó Barra, “*el silencio del Congreso mantiene la vigencia del DNU, lo que, además de las razones ya expuestas, fortifica la seguridad jurídica. Poco efecto tendría una norma cuya vigencia quedase sometida a un plazo resolutorio breve, dependiendo exclusivamente de la inactividad del Congreso. De esta manera, el DNU carecería totalmente de efectos prácticos, traicionándose así, con la interpretación que se cuestiona, la clara intención del constituyente*”⁹⁷.

Sea efectivo o no el control legislativo sobre este tipo de decretos, sea la ley 26.122 una buena o mala ley -aclaro que comparto sustancialmente las críticas que ha recibido este mecanismo de control legislativo⁹⁸-, así se encuentra legislado el procedimiento de control legislativo sobre los decretos desde el año 2006.

Pues bien, todo lo dicho viene a cuenta de que el 27/8/2019 la Comisión Bicameral Permanente trató el Decreto de Lealtad Comercial, junto con otros decretos de necesidad y urgencia.⁹⁹ Sin embargo, se dio una situación singular, para no decir insólita: si bien ese día el Decreto fue tratado por la Comisión Bicameral Permanente, ésta no elevó el correspondiente despacho por no reunir las mayorías correspondientes, quedando el Decreto formalmente a disposición de ambas Cámaras del Congreso.

En este sentido, es preciso destacar que el Decreto de Lealtad Comercial *no fue ni aprobado ni rechazado por la Comisión Bicameral Permanente*. Además, ésta no fijó un plazo para que una o ambas Cámaras se expidan al respecto y hasta el momento ninguna de ellas se abocó de oficio a su

⁹⁶ Ídem.

⁹⁷ BARRA, Rodolfo, “Reglamentos administrativos”, disponible en <http://rodolfobarra.com.ar/index.php/2012/02/reglamentos-administrativos/>.

⁹⁸ MANILI, Pablo, “Los decretos de necesidad y urgencia y el abuso del derecho”, La Ley 18/2/2019.

⁹⁹ La versión taquigráfica de la Reunión de la Comisión Bicameral Permanente del 27/8/2019 está disponible en: <https://www.senado.gob.ar/upload/31720.pdf>.



DECONOMI

tratamiento. De esta manera, el Congreso Nacional se encuentra en mora y debe abocarse a tratarlo de inmediato.

El Decreto de Lealtad Comercial previó esta situación en algunos de sus considerandos, los que transcribo a continuación:

“(...) la Ley N° 26.122 regula el trámite y los alcances de la intervención del HONORABLE CONGRESO DE LA NACIÓN respecto de los Decretos de Necesidad y Urgencia dictados por el PODER EJECUTIVO NACIONAL, en virtud de lo dispuesto por el artículo 99, inciso 3 de la CONSTITUCIÓN NACIONAL.”

“(...) la citada ley determina que la COMISIÓN BICAMERAL PERMANENTE tiene competencia para pronunciarse respecto de la validez o invalidez de los Decretos de Necesidad y Urgencia, así como elevar el dictamen al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, en el plazo de DIEZ (10) días hábiles.”

“(...) el artículo 22 de la Ley N° 26.122 dispone que las Cámaras se pronuncien mediante sendas resoluciones, y que el rechazo o aprobación de los decretos deberá ser expreso conforme lo establecido en el artículo 82 de la Carta Magna.” (el subrayado me pertenece).

Llamativamente, la Sala I no se pronunció al respecto. No se mencionó el silencio del Congreso, convalidatorio del Decreto de Lealtad Comercial por las disposiciones de la ley 26.122 ya citadas, ni tampoco, de entenderse lo contrario, sobre la validez constitucional de las normas aplicables de esta ley. Consecuentemente, tampoco se valoraron los efectos jurídicos que se derivan de la omisión del Congreso Nacional en tratar el Decreto de Lealtad Comercial.

En síntesis: el Decreto de Lealtad Comercial se encuentra vigente y por lo tanto determina la competencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal para este caso y para los que se sucedan, y lo continuará haciendo hasta tanto ambas Cámaras del Congreso Nacional se pronuncien sobre su validez o invalidez constitucional.



DECONOMI

El interrogante que me planteo en este aspecto es si un juez o tribunal puede declarar la inconstitucionalidad de una norma estando pendiente un pronunciamiento por parte del Poder Legislativo sobre un aspecto tan controvertido como es la acreditación de la situación de excepcionalidad que justifique el dictado de un DNU. Entiendo, a la luz de diversos fallos de la Corte Suprema (pero en especial “Consumidores argentinos”), que nada obsta al control de constitucionalidad, pero que en este caso no habría motivos justificados para ejercerlo; en primer lugar, porque la norma que le atribuye competencia a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal para entender en la causa *es una norma que no modifica el fuero previsto por la ley 22.802 (el federal)*, y, asimismo, determina la competencia de un Tribunal que, como veremos más adelante, *ya es competente en razón de la materia*. Por tales motivos, aún asumiendo hipotéticamente que la norma es incompatible con la Constitución Nacional (lo que descreo), tal incompatibilidad estaría muy lejos de aparecer de forma manifiesta e inconciliable, presupuesto necesario para el control de constitucionalidad.¹⁰⁰ En la misma línea, en “Consumidores argentinos”, la Corte Suprema estableció que, al controlar las circunstancias de excepción invocadas unilateralmente por el PEN para ejercer facultades legisferantes, el Poder Judicial debe evaluar *“si las circunstancias invocadas son excepcionales, o si aparecen como manifiestamente inexistentes o irrazonables”*¹⁰¹. Así, el juicio de razonabilidad no resulta para nada ajeno a esta cuestión y poco o nada se dijo al respecto.

En segundo lugar, es preciso valorar la oportunidad de la declaración de inconstitucionalidad. Es indiscutible que los jueces pueden y deben controlar la constitucionalidad de las normas en cualquier momento, y que el control legislativo no impide -ni mucho menos suple- el judicial, mas el ejercicio de esta facultad por parte del órgano judicial en una situación tan singular como la apuntada, parecería inoportuna (quizá, hasta imprudente), en tanto el Congreso Nacional no se expidió sobre su validez constitucional y la declaración de

¹⁰⁰ Fallos: 247:121.

¹⁰¹ CSJN, “Consumidores Argentinos c/ EN - PEN - Dto.558/02-SS - ley 20.091”, sentencia del 19/5/2010, considerando 11.



DECONOMI

inconstitucionalidad podría resultar contradictoria con la voluntad legislativa y, por lo tanto, generar un conflicto de poderes.

Ello, por dos motivos. El primero, porque el “test” de constitucionalidad que realiza el Congreso Nacional bajo la ley 26.122 es distinto al que realiza un juez al analizar la constitucionalidad de una norma, aunque incluye éste. El análisis que debe realizar el Congreso Nacional no se limita a la valoración de unos pocos considerandos de un decreto, como hizo el Tribunal en el caso en comentario, sino que es (o debería ser) más amplio. Esta labor por parte del Congreso Nacional, que, como lo entendió Sagüés, es materialmente constituyente por voluntad y encargo del propio poder constituyente,¹⁰² consiste en verificar los requisitos tanto formales como sustanciales de los decretos, e involucraría otros elementos, además de lo que surge del propio texto del decreto (por lo pronto, las explicaciones dadas por los legisladores, la opinión de expertos, informes, etc.). Pero lo que es aún más importante, el Congreso Nacional no sólo debe examinar el apego de esa norma a la Constitución Nacional tal como lo haría un juez, sino que además debe meritar la oportunidad, mérito y conveniencia de la medida.¹⁰³ O sea, aun cuando un juez no encuentre un reproche constitucional que formular a un decreto, éste podría ser rechazado por el Congreso de la Nación por razones estrictamente políticas. Esto explica por qué en la revisión que realiza la Comisión Bicameral Permanente se debe asegurar la proporcionalidad de la representación política y por qué es una evaluación más amplia a la que realiza un juez o un tribunal al analizar la constitucionalidad de una norma.

Esta conclusión cobra mayor relevancia al tiempo que se consideran las potenciales consecuencias de la declaración de inconstitucionalidad en un escenario de silencio del Congreso: piénsese, por caso, en lo escandaloso de la situación donde ambas Cámaras del Congreso aprueben de oficio el Decreto de Lealtad Comercial, habiéndose ya pronunciado el Poder Judicial sobre la inconstitucionalidad de uno de sus artículos, como es el que establece la

¹⁰²SAGÜÉS, Néstor P. “La regulación legislativa de los decretos de necesidad y urgencia”. SJA 18/10/2006.

¹⁰³ BASTERRA, Marcela, “La Reglamentación de los Decretos de necesidad y Urgencia” en “El Poder Legislativo”, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Ed. Fundación Conrad Adenauer, p. 17.



DECONOMI

instancia judicial revisora. Similarmente, dado que la declaración de inconstitucionalidad de oficio presupone, al menos en un plano lógico, que las restantes normas no declaradas inconstitucionales no merecerían ese reproche, bien podría suceder que el Congreso Nacional se pronuncie sobre la inconstitucionalidad de alguna de ellas (y no por una cuestión de mera conveniencia sino, por ejemplo, al entender que el Decreto se excedió en la atribución de competencias a favor de la SCI en perjuicio de las provincias y municipios, como lo sugirió la Senadora González en la sesión de la Comisión Bicameral Permanente del 27/8/2019), poniendo en crisis la profundidad y seriedad del escrutinio judicial. En ambos casos, la cuestión no es si el Poder Judicial puede o no puede revisar las razones que justifican el dictado de un DNU y declarar la inconstitucionalidad de una norma (lo que no tengo duda que puede hacerlo), sino que se configuraría un conflicto de poderes que en última instancia involucraría a la Corte Suprema, algo que se debería evitar pues podría comprometer la autoridad de sus fallos.

V.1.2 *La norma en virtud de la cual el tribunal atribuye la competencia federal a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal es una norma que fue derogada en 2014.*

En segundo lugar, entiendo que el fallo es cuestionable por la decisión de atribuir la competencia a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal en base al artículo 22 de la ley 22.802, modificada por la ley 26.631.

Si bien es cierto que el artículo 35 de esa ley atribuyó la competencia a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal y a las cámaras federales de apelaciones competentes en el interior del país, esa norma fue posteriormente derogada y reemplazada por el art. 63 de la ley 26.993, que atribuyó la competencia a la Cámara Nacional de Apelaciones en las Relaciones de Consumo y a las Cámaras de Apelaciones competentes, según el asiento de la autoridad que dictó la resolución impugnada.

Es decir, la decisión por la que se declaró la competencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal se fundó en una norma derogada que fue reemplazada por otra que, además, no



DECONOMI

atribuyó la competencia a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, sino a otra cámara federal.

Corresponde realizar algunas precisiones sobre la ley 26.993 para explicar esta conclusión. Esta ley vino a modificar el régimen de resolución de conflictos sobre relaciones de consumo y alcanzaba las leyes 22.802, de Lealtad Comercial, ley 24.240, de Defensa del Consumidor y la ley 25.156, de Defensa de la Competencia. A tal fin, creó la Justicia Nacional en las Relaciones de Consumo. En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sería ejercida por ocho Juzgados Nacionales de Primera Instancia en las Relaciones de Consumo y una Cámara Nacional de Apelaciones en las Relaciones de Consumo compuesta por dos Salas, y en el resto del país por las Cámaras de Apelaciones que correspondan. También creó el Servicio de Conciliación Previa en las Relaciones de Consumo (“COPREC”) y la Auditoría en las Relaciones del Consumo.

Su artículo 76 estableció que este nuevo fuero federal debía comenzar a funcionar en un plazo de 180 días, y previó un régimen transitorio hasta tanto se cumpla ese plazo, consistente en que las competencias atribuidas a la Justicia Nacional en las Relaciones de Consumo serían ejercidas por los juzgados que ya entendían en la materia. En el caso de la ley 22.802, ese fuero era el Contencioso Administrativo Federal, por aplicación del art. 22 de esa ley, modificado por el artículo 35 de la ley 26.631.

Si bien con alguna deficiencia de técnica legislativa, del régimen transitorio establecido por el artículo 76 de la ley 26.993 surge claramente que la atribución de competencia a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal sería *durante* el plazo de 180 días que se fijó para que la Justicia Nacional en las Relaciones de Consumo empiece a funcionar,¹⁰⁴ más no una vez vencido éste. En otras palabras, la ley 26.993 no

¹⁰⁴ ARTÍCULO 76. — Implementación de la Justicia Nacional en las Relaciones de Consumo. El fuero creado por el Título III [la Justicia Nacional en las Relaciones de Consumo] deberá comenzar a funcionar en un plazo de ciento ochenta (180) días. Durante el término establecido en el primer párrafo de este artículo, las competencias atribuidas a la Justicia Nacional en las Relaciones de Consumo serán ejercidas por los juzgados que entienden actualmente en la materia, con la aplicación de las normas procesales establecidas en la presente ley, aun a las causas en trámite, siempre que ello no dificulte la tramitación de las mismas (...).



DECONOMI

estableció que la competencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal se extendería hasta que comience a funcionar el nuevo fuero federal, sino que fijó un plazo cierto y determinado. Y éste venció sin que la Justicia en las Relaciones de Consumo se constituya y, por lo tanto, operado el plazo en cuestión, la facultad de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal para entender en los recursos directos bajo la ley 22.802 feneció.

Sin perjuicio de ello, frente a esta situación -imprevista, obviamente-, en varias causas se declaró la competencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal en base a la vigencia ultra-activa del artículo 22 de la ley 22.802 (modificado por el artículo 35 de la ley 26.631),¹⁰⁵ lo que no deja de ser una solución discutible. Presumo que es por esta razón que la Sala I funda la competencia del fuero Contencioso Administrativo en el art. 22 de la ley 22.802, modificado por el artículo 35 de la ley 26.631, y que no se trata simplemente de un error, pero esto no deja de ser una mera conjetura ya que el fallo no aclara porqué aplica esa norma. Cualquiera sea el caso, lo cierto es que la atribución de competencia a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal no se fundamenta en una ley dictada por el Congreso Nacional que expresamente le atribuye la competencia a esa Cámara -que es precisamente el argumento por el cual se le reprocha al PEN invadir la esfera de otro poder del Estado al establecer la instancia revisora en el Decreto de Lealtad Comercial-, sino que lo haría, según lo entiendo, en base a una interpretación de una norma derogada.

Sin dudas que esa interpretación en su momento fue justificada, atento la necesidad de establecer el fuero competente para resolver las causas en trámite mientras no se conformara la Justicia Nacional en las Relaciones de Consumo, pero luego del dictado del Decreto de Lealtad Comercial parece una solución muy difícil de sostener. De hecho, no la sostuvo el fiscal general en la causa, lo cual de alguna manera lo evidencia.

¹⁰⁵ CNCAF, Sala I, “INC S.A. c/ DNCI s/ Lealtad Comercial - Ley 22.802 - ART 22”, Expte. N° 43768/2017, conforme Dictamen Fiscal del 7/2/2018, CNCAF, Sala I, “INC S.A. c/ DNCI s/ Lealtad Comercial - Ley 22.802 - ART 22”, Expte. N° 54252/2017, conforme Dictamen Fiscal del 27/11/2017, CNCAF, Sala IV “Fiat Auto Argentina S.A. c/ DNCI s/ Defensa del Consumidor - Ley 24.240 - ART 45”, Expte. N° 50798/2014, entre otros.



DECONOMI

Por esta razón, además, es que la afirmación de que el Decreto de Lealtad Comercial introdujo “*una sustancial modificación a la ley 22.802 - modificada por los arts. 35 y 36 de la ley 26.631-*”, no parece del todo correcta: legalmente hablando, antes de la sanción del Decreto de Lealtad Comercial, la Cámara para entender en los recursos directos bajo la ley 22.802 no era la Contencioso Administrativo Federal sino una cámara federal que, por razones que no vienen al caso comentar, nunca comenzó a funcionar, lo que es bien distinto.

En mi opinión, el Decreto de Lealtad Comercial, antes que ampliar la jurisdicción federal, tal como lo entendió el Tribunal, vino a resolver una grave y sobre todo persistente anomalía causada por la falta de conformación de la Justicia Nacional en las Relaciones de Consumo, reconociendo la cámara federal que posee competencia en la materia y que se encontraba previamente constituida y en funcionamiento.

Tal era, para concluir este punto, el lamentable estado de situación de la ley 22.802 en este aspecto -y en varios más- antes del dictado del Decreto de Lealtad Comercial, sobre el que me referí en alguna oportunidad para señalar la necesidad de una reforma integral a esa ley y que se establezca, por su especialidad, a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal como tribunal competente para entender en los recursos directos bajo ese régimen y se elimine el requisito del *solve et repete* por resultar contrario a nuestra Constitución Nacional.¹⁰⁶

V.1.3 La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal es competente en razón de la materia.

Lo hasta aquí dicho me lleva a la tercera razón por la que sería cuestionable la declaración de incompetencia y la asignación de la causa a otro fuero. En rigor de verdad, la Cámara Civil y Comercial Federal no es competente solamente porque solamente así lo prescriba el art. 53 del Decreto de Lealtad Comercial, sino que lo es *en razón de la materia*: su intervención está prevista para sostener las atribuciones del estado federal en estas causas, que se

¹⁰⁶ NAZAR ANCHORENA, Marcos F. L., “Propuestas para una reforma a la ley 22.802 de Lealtad Comercial: hacia una regulación integral de la competencia desleal”, La Ley, 9/4/19.



DECONOMI

relacionan directamente con el art. 42 CN, con los dos tratados internacionales mencionados y una buena cantidad de normas federales, muchas de ellas incluidas en el Decreto de Lealtad Comercial.

Este Decreto no modifica o amplía -ni mucho menos crea-, la jurisdicción y la competencia federal: el fuero previsto en este decreto es el mismo que el de la leyes 22.802¹⁰⁷, 26.631 y 26.993; es decir, el federal. En este sentido, el art. 53 del Decreto de Lealtad Comercial determina qué tribunales del fuero federal son, por su especialidad en la materia, los competentes para entender en este tipo de causas.

El Decreto de Lealtad Comercial, se enmarca dentro de las previsiones del artículo 42 CN y del Convenio de París y el Acuerdo ADPIC. De esta manera, queda comprendido dentro del régimen de la propiedad industrial y, por lo tanto, de la propiedad intelectual, algo que es pacíficamente admitido por la doctrina.¹⁰⁸¹⁰⁹

El Convenio de París, expresamente mencionado en el considerando tercero del Decreto de Lealtad Comercial, en su artículo 10 *bis*, establece que los países de la Unión están obligados de asegurar a los nacionales de los países de la Unión “una protección eficaz contra la competencia desleal”. También define, en el mismo artículo, lo que se debe entender por acto de competencia desleal y consagra tres prohibiciones, entre ellas, la inducción a error, que es precisamente la norma que se habría infringido en el caso comentado.

El Acuerdo ADPIC, por su parte, en lo que hace a las Partes II, III y IV del mismo, obliga a los Estados miembros a cumplir con los artículos 1 a 12 y el 19 del Convenio de París.

¹⁰⁷ La redacción original de la ley 22.802 preveía a la Cámara Nacional en lo Penal Económico de la Capital Federal y en el interior del país, los juzgados federales competentes según el asiento de la autoridad que dictó la condena. Si bien el fuero Penal Económico integra la Justicia Nacional, la CSJN reconoció la naturaleza federal de esta Cámara cuando interviene en cuestiones regidas por leyes federales (Fallos 303:226 y 305:502).

¹⁰⁸ CABANELLAS, Guillermo - SÁNCHEZ HERRERO, Andrés et al., “Derecho de la competencia desleal”, Ed. Heliasta, p. 31. Estos autores también citan a la doctrina extranjera (E. Ulmer) para sostener esta conclusión.

¹⁰⁹ MEDINA, Graciela, “¿Quién es competente para defender la competencia?” La Ley, 13/8/2007.



DECONOMI

Ambas normas explican por qué al Decreto de Lealtad Comercial, además de constituir materia federal y que no resulta competencia de las legislaturas provinciales y de la ciudad de Buenos Aires legislar, ni de la justicia común, entender, en estas cuestiones, se le aplican y se integra con las reglas sobre la propiedad industrial e intelectual de esos tratados. La materia (y no el PEN de turno) determina la competencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, ya que éste es el fuero competente para entender en materia de propiedad intelectual e industrial. En efecto, esta Cámara tiene competencia en marcas y designaciones, patentes de invención y modelos de utilidad, modelos industriales, derecho marítimo y aeronáutico, defensa de la competencia, competencia desleal, publicidad, y nombres de dominio de Internet.¹¹⁰

Además de la apoyatura estrictamente legal, esta postura tiene recepción en la doctrina, que le reconoce competencia a esta Cámara *“aun en casos no vinculados con marcas pues su fundamento no está en tal vinculación sino en el encuadramiento que corresponde al régimen de competencia desleal dentro del orden jurídico”*.¹¹¹

Además, es importante destacar que esta Cámara, incluso antes de la sanción del Decreto de Lealtad Comercial, ya entendía en asuntos de competencia desleal y publicidad comercial. Un caso revelador, en este sentido, es el precedente *“Organización Veraz”*,¹¹² resuelto hace pocos años, donde la Sala III de la Cámara revocó un fallo de un Juzgado de Primera Instancia y resolvió incrementar sustancialmente el monto resarcible al actor al entender que la utilización de las marcas de un competidor como palabra clave en el sistema de enlaces patrocinados de los distintos buscadores en Internet no solo constituía una infracción marcaria en los términos de la ley 22.362, sino también un acto de competencia desleal. La regulación de la competencia desleal es

¹¹⁰ Ver MEDINA, Graciela, , op. cit. La Ley, 13/8/2007.

¹¹¹ CABANELLAS, Guillermo - SÁNCHEZ HERRERO, Andrés et al., “Derecho de la competencia desleal”, Ed. Heliasta, p. 811. Estos autores también citan a la doctrina extranjera (E. Ulmer) para sostener esta conclusión.

¹¹² CNFed. Civ. y Com., sala III, “Organización Veraz SA c. Open Discovery s/ cese de uso de marca”, sentencia del 4/5/2018.



materia del Decreto de Lealtad Comercial, al igual que la publicidad comercial y la identificación de mercaderías.

Por lo demás, la Cámara Civil y Comercial Federal tiene dictada una copiosa y en su gran mayoría notable jurisprudencia en materia publicitaria (en particular, la comparativa), entre la que destacaría los fallos “Rolex c/ Orient.”,¹¹³ “Axoft Argentina S.A. c/ Megasistemas S.A.”,¹¹⁴ “Bodegas Edmundo Navarro Correas S.A. c/ Agro Industrias Cartellone S.A.”, “Cervecería y Maltería Quilmes c/ Casa Isenbeck”,¹¹⁵ “Laboratorios Bagó S.A. c/ Bristol Myers Squibb S.R.L.”¹¹⁶, “Japan Tobacco Inc. y otro c/ Massalin Particulares S.A.”¹¹⁷ y “The Coca Cola Company”,¹¹⁸ entre muchos otros.

Paradójicamente, esta conclusión -que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal es competente en razón de la materia para entender en estos temas- no sólo se encuentra respaldada por varios fallos de Salas de esa Cámara, sino por algunos de los integrantes de la Sala I que dictaron el fallo que aquí comento. En efecto, el 6/8/2020, algunos jueces de ese fuero suscribieron una acordada¹¹⁹ donde hicieron públicas ciertas consideraciones frente a la presentación, por parte del PEN, del proyecto de Ley de Organización y Competencia de la Justicia Federal. Para fundamentar su oposición a la unificación de ese fuero con el Contencioso Administrativo Federal, sostuvieron, entre otras cosas, que las materias sobre las que deciden -en las que mencionan expresamente la materia de marcas, patentes, *comercio y defensa de la competencia*- requieren jueces versados, destacando la especialidad del fuero Civil y Comercial Federal en esos asuntos.

Sobre los jueces versados en la materia me ocuparé a continuación.

V.1.4 Es necesario asegurar la coherencia y uniformidad en las decisiones judiciales en materia de derecho de la competencia.

¹¹³ CNFed. Civ. y Com., Sala II, “Relojes Rolex S.A. c/ Orient S.A.”, del 30/12/1971.

¹¹⁴ CNFed. Civ. y Com., Sala I, “Axoft Argentina S.A. c/ Megasistemas S.A.”, del 30/12/1993.

¹¹⁵ CNFed. Civ. y Com., Sala I, “Cervecería y Maltería Quilmes c/ Casa Isenbeck”, del 19/5/2005.

¹¹⁶ CNFed. Civ. y Com., Sala II, “Laboratorios Bagó S.A. c/ Bristol Myers Squibb S.R.L.”, del 27/03/2009.

¹¹⁷ CNFed. Civ. y Com., Sala I, “Japan Tobacco Inc. y otro c. Massalin Particulares S.A.”, del 14/06/2001.

¹¹⁸ CNFed. Civ. y Com., Sala II, “The Coca Cola Company y otros” del 22/10/93.

¹¹⁹ Acordada 1/2020 del 6/8/2020, disponible en <https://www.cij.gov.ar/>.



DECONOMI

Existe un aspecto singular de la ley 26.993 que podría ayudar a apreciar lo que, entiendo, es el sentido del art. 53 del Decreto de Lealtad Comercial. La previsión de esta norma en materia de fuero competente para entender en los recursos directos no parece antojadiza sino que se vincula con la eficiencia de nuestros tribunales y la necesidad de que las decisiones en materia de derecho de la competencia sean coherentes y uniformes.

La ley 26.993 pretendió, entre otros objetivos, unificar la instancia judicial revisora de las sanciones aplicadas por la Administración -y los criterios jurisprudenciales en materia de sanciones, como surge de la Nota 1250 del PEN-, bajo tres leyes que regulan el comercio interior que mencioné en el punto anterior: la ley 22.802, de Lealtad Comercial, ley 24.240, de Defensa del Consumidor y la ley 25.156, de Defensa de la Competencia.¹²⁰ Se esperaba que sea la misma Cámara de Apelaciones la que entienda en las causas originadas bajo estas leyes y para ello fueron modificados los artículos que establecían la instancia revisora en cada una de ellas. Esto se evidencia con toda claridad en las características comunes que tienen los artículos 22 de la Ley de Lealtad Comercial, el artículo 45 de la Ley de Defensa del Consumidor y el artículo 52 y 53 de la Ley 25.156 de Defensa de la Competencia modificados por la ley 26.993 (por ejemplo, el plazo para interponer el recurso, plazo para elevar el recurso al tribunal, la exigencia del pago previo para habilitar el acceso a la revisión judicial -*solve et repete*- y el tribunal competente).

En 2018 se sancionó la LDC, que reemplazó la ley 25.156, y estableció la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal como instancia revisora de las decisiones de la autoridad administrativa en materia de defensa de la competencia.

Si bien la ley 22.802 (modificada por la ley 26.993) fue derogada, el Decreto de Lealtad Comercial preservó el objetivo de la ley 26.993 en cuanto a la unificación de la instancia revisora de los actos administrativos (no así respecto de otros¹²¹): la Cámara de Apelaciones prevista por el artículo 53 del

¹²⁰ Otra ley, la 26.991, hizo lo propio con la Ley de Abastecimiento.

¹²¹ A diferencia de la ley 26.993, el art. 53 del Decreto de Lealtad Comercial vino a modificar uno de los cuestionados requisitos que introdujo esa ley en materia de recurso directo: el del pago previo como condición necesaria para acceder a la jurisdicción.



DECONOMI

Decreto de Lealtad Comercial es la misma a la establecida por el artículo 67 de la LDC. Es más, no sólo es la misma Cámara sino la misma Sala la que debe entender en los recursos directos que se planteen bajo ambas normativas: la Sala Especializada en Defensa de la Competencia, creada por la LDC, cuando entre en funcionamiento.¹²²

Si bien se ha cuestionado la creación de esta Sala Especializada, atento que, para algunos, no se encuentra justificada desde el punto de vista de la cantidad de expedientes que ese tribunal recibirá bajo la LDC¹²³, con la previsión del artículo 53 del Decreto de Lealtad Comercial el panorama luce bien diferente, ya que se ampliará la cantidad de causas que esa Sala entenderá, incorporando las del Decreto de Lealtad Comercial. Igualmente, la LDC no prevé una competencia exclusiva y excluyente, de modo que esta Sala podría entender en otros asuntos.

El punto no es si conviene o no contar con una Sala Especializada en Defensa de la Competencia. El punto es que quien revise las decisiones adoptadas por la Autoridad de Aplicación del Decreto de Lealtad Comercial sea un Tribunal especializado y con conocimiento de la materia, y esa materia es el Derecho de la Competencia, integrado, entre muchas otras normas, por las de la defensa de la competencia y de la competencia desleal.

El Derecho de la Competencia comprende aquellas normas que regulan la actuación de ciertos agentes económicos en los mercados mediante el establecimiento de prohibiciones y también el reconocimiento de derechos subjetivos. No se limita exclusivamente a la defensa de la competencia y a la competencia desleal. La doctrina lo reconoce como una categoría jurídica comprensiva de los aspectos que conlleva la regulación del mercado,¹²⁴ encuadrando aquellas normas que regulan los actos o prácticas restrictivas de la competencia, el abuso de posición dominante y el control de concentraciones

¹²² El 12/1/2021 fueron publicadas en el Boletín Oficial de la Nación las ternas para dicha Sala (concurso 415).

¹²³ GUSMAN, Alfredo S., “Impugnación judicial de los actos administrativos sobre defensa de la competencia y algunas reflexiones sobre la creación de una sala especializada en la materia”, Sup. Esp. Com. Ley de Defensa 2018 (octubre), 12/10/2018, 147. TR LALEY AR/DOC/2097/2018.

¹²⁴ TAJAN DE SAA, Guillermina, “Vinculación entre lealtad comercial, defensa de la competencia y defensa del consumidor”, TR LALEY AR/DOC/2850/2019, p. 2.



DECONOMI

económicas, así como también las normas sobre defensa y protección del consumidor y incluyendo además las normas que regulan la competencia entre sujetos, quedando incluidos los actos de competencia desleal, y aquellas normas relacionadas con la defensa y protección de los derechos derivados de la propiedad intelectual, tales como marcas, patentes, transferencia de tecnología, know-how, secretos industriales y/o derechos de autor.¹²⁵ Incluso, abarca (o debería hacerlo) el régimen de ayudas públicas y subsidios, tan poco tratado en nuestro medio.

Todas estas normas interactúan y se interrelacionan entre sí. Por ello, la interacción entre cada régimen y su aplicación debe ser armónica; como sostuvo Cabanellas, no resulta posible que en un mismo mercado convivan agentes regidos por un conjunto de reglas y agentes regidos por un conjunto distinto.¹²⁶

En esta línea, también se ha dicho que estos regímenes deben funcionar coordinadamente y que por su interacción deben interpretarse cada uno integrado al trinomio normativo que forman para lograr una integración sistémica de la totalidad del plexo¹²⁷. Para lograr un funcionamiento coordinado en esta materia resulta conveniente que los temas que integran el Derecho de la Competencia (que insisto no se limitan a la defensa de la competencia y a la competencia desleal, sino que abarca otras áreas) sean revisados por un mismo tribunal especializado en conocimientos no solo jurídicos sino también económicos. Este tribunal especializado no puede ser otro que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal y, cuando se constituya, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia de esa Cámara, pues como vimos es competente en razón de la materia.

¹²⁵ TAJAN DE SAA, Guillermina, op. cit.

¹²⁶ CABANELLAS, Guillermo, “La figura general de competencia desleal en el Derecho argentino”, TR LALEY 0003/012982, p. 4.

¹²⁷ MARTÍNEZ, María Lucía y QUAGLIA, Marcelo C., “Pluralismo jurídico: Derecho del Consumidor, Defensa de la Competencia y Lealtad Comercial. ¿Regímenes similares o diferentes?”, TR LALEY AR/DOC/2851/2019, p. 5.



DECONOMI

La valoración del interés público (implícito en el Decreto de Lealtad Comercial) no es ajeno al fuero Civil y Comercial Federal. En este fuero, el interés público es objeto de valoración en sus decisiones.¹²⁸

Los beneficios de que sea esta Cámara la que entienda en los recursos directos del Decreto de Lealtad Comercial no son otros que los señalados por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE): mayor eficiencia, mayor uniformidad en las decisiones -lo que contribuye a una mayor previsibilidad y confianza en los órganos jurisdiccionales- y la obtención de decisiones de calidad.¹²⁹ Como se ha sostenido, esto contribuye a dar certeza en un área del derecho poco previsible como es el Derecho de la Competencia.¹³⁰

Además de lo dicho, la LDC y el Decreto de Lealtad Comercial son normas íntimamente relacionadas entre sí pues regulan lo mismo, la actuación de agentes económicos en los mercados, aunque con diferencias. En esa relación de complementariedad que existe entre ambos regímenes pueden observarse algunos solapamientos, lo cual no significa que un acto puede ser sancionado por ambas normas al mismo tiempo.

Me explico; existen ciertas conductas anticompetitivas que pueden ser reputadas de desleales, y viceversa. La fijación de precios por debajo del costo es una típica conducta desleal que, de ejecutarse abusivamente por quien posea posición dominante en un mercado, podría también encuadrarse como una práctica anticompetitiva y por lo tanto ser sancionada bajo la LDC. Sin embargo, el Decreto de Lealtad Comercial pretende sancionar actos siempre que no estén alcanzados por el art. 1 de la LDC. Su aplicación es excluyente; es por ello que el artículo 7 *in fine* del Decreto de Lealtad Comercial impide a la Autoridad de Aplicación del Decreto de Lealtad Comercial sancionar un acto alcanzado por la LDC.

¹²⁸ PETRE, Carlos A. “Tribunal de alzada en la defensa de la competencia. Una polémica abierta”, TR LALEY AR/DOC/2876/2008, p. 8.

¹²⁹ Informe de la OCDE, op. cit., p. 59.

¹³⁰ LEWIN MUÑOZ, Nicolás, “Del diseño institucional del sistema de defensa de la libre competencia en Argentina y de la relevancia en el mismo de la Sala Especializada en Defensa de la competencia”, Sup. Esp. Com. Ley de Defensa 2018 (octubre), 12/10/2018, 141.



DECONOMI

En línea con esta disposición, el art. 1 del Anexo de la Res. SCI 241/2020 (reglamentación del Decreto de Lealtad Comercial) aclara que el Decreto de Lealtad Comercial será de aplicación siempre que el acto o conducta prevista en el art. 9 o 10 de dicho Decreto no resulte alcanzado por la LDC y, por lo tanto, no pueden plantearse procedimientos administrativos simultáneos ante la Autoridad Nacional de Competencia –o ante la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia o la SCI, hasta tanto aquélla esté constituida y en funcionamiento– y ante la Autoridad de Aplicación por los mismos actos o conductas. Por su parte, el art. 2 de dicho Anexo establece cómo se implementa, en la práctica, tal disposición. De lo que resulta que es altamente posible que se presenten situaciones donde la instancia judicial revisora deba, antes del dictado de la sentencia, determinar la norma aplicable a una causa (la LDC o el Decreto de Lealtad Comercial), lo que justifica aún más la unificación de las causas en una misma Cámara.

Finalmente, unas pocas palabras sobre la competencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal. Si bien es cierto que en estos casos (aplicación de sanciones bajo el Decreto) estamos hablando del ejercicio de la función administrativa -lo que podría justificar que esta Cámara conozca en aquellas causas del Decreto de Lealtad Comercial-, esta materia no parece propia de este fuero. No necesariamente la competencia contenciosa existe cuando es parte el Estado Nacional y, además, existen cuestiones que aún impliquen el ejercicio de la función administrativa, no está tan claro si el fuero contencioso administrativo es el que debe intervenir. Canda, por ejemplo, cita el caso de la actuación de la Inspección General de Justicia: al controlar, este organismo ejerce la función administrativa pero aplica previsiones de la Ley de Sociedades y del plexo de derecho comercial que regula la vida societaria, con lo cual no parece claro que las deba resolver un juez versado en Derecho Administrativo.¹³¹ Algo similar sucede en materia de Derecho de la Competencia.

¹³¹ CANDA, Fabián Omar, “La competencia contencioso-administrativa. Criterios seguidos jurisprudencialmente para su determinación”, en Estudios de Derecho Público, Enrique Alonso Reguera (dir.) Asociación de Docentes, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales – UBA, 2013. p. 566 y ss. En adición, resulta interesante observar la enumeración y análisis efectuada por el Dr. Gallegos Fedriani en el Anexo de su obra ya citada, que detalla los recursos presentados contra



DECONOMI

V.2. *Cinco lecciones que nos dejó la ley 25.156 de Defensa de la Competencia en materia de fuero competente y su relación con el caso.*

Es momento de traer a consideración la discusión que se dio con motivo de la sanción de la ley 25.152, predecesora de la LDC y lo hago porque se planteó en términos sorprendentemente similares con lo que se plantea en el caso. A mi modo de ver, es imprescindible tener en cuenta el desarrollo jurisprudencial dado entre los años 1999 y 2009 y tomar algunas conclusiones de ese proceso en lo que tiene que ver con el tribunal competente para entender en los recursos directos bajo la ley 25.152 para no repetir esa experiencia.

La ley 22.262 (B.O. 6/8/1980), predecesora de la ley 25.156, establecía la competencia de los jueces en lo penal económico de la Capital Federal o los jueces federales del interior del país, según cual fuera el lugar de comisión del ilícito.¹³²

La redacción original de la ley 25.156, que reemplazó la 22.262, se apartó de este antecedente y estableció que el fuero competente para entender en los recursos de apelación interpuestos contra las decisiones del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia creado por esa ley era, en la ciudad de Buenos Aires, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial y, en el interior del país, la Cámara Federal que correspondiera.¹³³ Previó, también, que el procedimiento se regiría por el Código Procesal Penal y, supletoriamente, por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Sin embargo, el decreto 1019/1999 (B.O. 20/9/99), que promulgó la ley 25.156, la vetó parcialmente, observando varios artículos del proyecto aprobado por el Congreso Nacional, entre ellos el que establecía el fuero competente que mencioné, el que fue reemplazado por la “Cámara Federal que

resoluciones administrativas ante el fuero Contencioso Administrativo Federal. Si bien alcanza hasta el año 2008 (año en que se sancionó la ley 26.631, que atribuyó la competencia en materia de Lealtad Comercial a ese fuero), hasta entonces no surgen recursos relacionados directamente con esta materia (derecho de la competencia y lealtad comercial; sí con derecho del consumidor, que no es lo mismo), lo que reafirma la conclusión de que este fuero no es competente en razón de la materia.

¹³² Cfr. art. 34 de la ley 22.262.

¹³³ Cfr. art. 53 de la ley 25.156.



DECONOMI

corresponda”, a secas. También observó la aplicación supletoria del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación prevista en el art. 56 del proyecto.

Es decir, al promulgar la ley 25.156, el PEN, si bien determinó el fuero federal, no especificó cuál era la Cámara de ese fuero que entendería en los recursos directos y dispuso que el procedimiento se regiría exclusivamente por el Código Procesal Penal. Las razones de esta decisión están los considerandos del decreto 1019/1999, al que me remito.

Nótese que, al igual que en el caso del Decreto de Lealtad Comercial, el PEN modificó, por medio de un decreto, la competencia de la instancia revisora pero en este caso modificó el fuero ordinario por el federal.

A partir de este veto parcial no quedó claro, en la Ciudad de Buenos Aires, cuál era el tribunal competente para entender en los recursos directos en el régimen de defensa de la competencia, y se inició un derrotero de fallos tendientes a determinar la competencia de la instancia revisora de las decisiones de la autoridad administrativa en esta materia, que se inició con la declaración de incompetencia por parte de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, implicó la declaración de competencia de la Cámara Contencioso Administrativo Federal¹³⁴ y finalizó en una disputa entre las Cámaras en lo Civil y Comercial Federal y Penal Económico.

Mencionaré a continuación la jurisprudencia más saliente de estos años para luego dar algunas conclusiones que bien podrían relacionarse con el fallo dictado por la Sala I.

En la causa “Imagen Satelital S.A.”¹³⁵ en la que se discutió un conflicto negativo suscitado con la Cámara Contencioso Administrativo Federal, la Corte Suprema, en base a un dictamen del Procurador Fiscal, atribuyó la competencia a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico. Se interpretó que, mediante el dec. 1019/99, se buscó mantener la competencia asignada por la ley 22.262 a esa Cámara. Importa destacar que a la fecha del fallo, aún no se había reglamentado la ley 25.156.

¹³⁴ CNCAF, Sala III, "Multicanal SA y otro c. Conadeco", del 16/4/2007.

¹³⁵ Fallos 323:2577, del 14/9/2000.



DECONOMI

Aproximadamente un año después, se dictó el dec. 89/2001 (B.O. 30/1/2001) -reglamentario de la ley 25.156-, por el cual el PEN dispuso que era competente para entender en los recursos de apelación la Cámara Federal en lo Civil y Comercial, en la Ciudad de Buenos Aires, y la Cámara Federal que corresponda en el interior del país. De este modo, el PEN se apartó de la Cámara competente en el proyecto de ley original (fuero Comercial) y también del criterio establecido por la Corte Suprema en “Imagen Satelital” (fuero Penal Económico). Nótese nuevamente que el PEN estableció, por medio de un decreto, la competencia de la instancia revisora en la vía recursiva y por tal motivo despertó, al igual que el Decreto de Lealtad Comercial, las mismas inquietudes o reservas respecto de su constitucionalidad.

En mayo de 2002, la Corte Suprema se expidió en el caso "Surcor TV S.A. c/ Multicanal S.A."¹³⁶ en el que dirimió un conflicto de competencia entre un juzgado federal y un juzgado de la justicia local de Córdoba. Lo hizo en favor del primero en función del dec. 1019/99 y también por el dec. 89/01. En el dictamen del Procurador Fiscal se aludió a un principio muy relevante para la cuestión que aquí se discute: aquél según el cual las normas que atribuyen competencia a determinados tribunales para entender por vía de recurso en ciertas materias, son indicativas de una especialización que el ordenamiento les reconoce.

Durante el 2003, la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, en el fallo “Cooperativa Villa Urquiza”, desestimó un planteo de inconstitucionalidad del art. 53 del dec. 89/2001 -que, recuerdo, otorgaba competencia al fuero Civil y Comercial Federal-, y revocó la medida al entender que el peticionario no había demostrado de qué modo dicha atribución de competencia vulneraba de manera directa y concreta la garantía del juez natural.¹³⁷ La Sala I (en efecto, la misma que falló en la causa Coto S.A. pero con otra composición¹³⁸) sostuvo que no se afectaba la garantía del juez natural ya que la misma implica que el “*tribunal debe hallarse establecido y dotado de jurisdicción y competencia por ley anterior al hecho que se ventila en la causa*”.

¹³⁶ Fallos 325:957, del 7/5/2002.

¹³⁷ CNACCF, Sala I, “Cooperativa Villa Urquiza y otros”, sentencia del 20/3/2003, TR LALEY AR/JUR/502/2003.

¹³⁸ Integrada por los Dres. Francisco de las Carreras, María S. Najurieta y Martín D. Farrell.



DECONOMI

La Corte Suprema se expidió nuevamente en el asunto en el caso “Repsol YPF”¹³⁹ en donde se planteó un conflicto de competencia territorial entre la Sala III de la Cámara Civil y Comercial Federal y la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario. La Corte adhirió al dictamen del Procurador Fiscal subrogante y decidió atribuir la competencia a la Cámara Nacional en lo Penal Económico. Se basó en el fallo “Imagen Satelital S.A.”, el cual el Procurador entendió análogo.

En este fallo, la Corte Suprema sostuvo que el veto al artículo 53 del dec. 1019/99 debía interpretarse a favor de mantener el la competencia de esa cámara. Una cuestión muy relevante y que dio pie a numerosos comentarios de la doctrina, y a mantener inconvulsa la confusión reinante, fue que la Corte Suprema no mencionó el artículo 53 del dec. 89/2001 (aunque sí lo hizo el dictamen del Procurador Fiscal subrogante para señalar que el art. 53 de la ley 25.156 preveía la apelación ante “la Cámara Federal que corresponda”), por el que el PEN dispuso que era competente para entender la Cámara Federal en lo Civil y Comercial.

Ese mismo año, la Sala II de la CNCiv. y Com. Fed. se declaró incompetente para entender en un recurso contra una decisión del ex Secretario de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor, que desestimó una denuncia. Lo hizo en base al fallo “Repsol YPF” y porque entendió que la atribución de competencia a un tribunal a través de un decreto reglamentario (dec. 89/2001) era inconstitucional, lo que declaró de oficio. Este fallo es “Luncheon Tickets”¹⁴⁰, que la Sala I citó en la causa para decidir la inconstitucionalidad del art. 53 del Decreto de Lealtad Comercial.

Al año siguiente, la Corte Suprema modificó, o, si se prefiere, relativizó, su criterio sentado en “Repsol YPF” y lo hizo a través del fallo “Multicanal S.A.”¹⁴¹. En esta causa, que versó sobre una contienda de competencia territorial entre la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario y la

¹³⁹ CSJN, “Repsol YPF GLP Envasado en la ciudad de San Nicolás s/ recurso de queja”, sentencia del 21/3/2006. Fallos: 329:860.

¹⁴⁰ CNACCF, Sala II, “Luncheon Tickets S.A. s/ Apelación de Resolución CNDC”, expediente 2908/2003, sentencia del 21/12/2006.

¹⁴¹ CSJN, “Multicanal S.A. y otro s. denuncia inf. ley 22.262”, sentencia del 10/4/2007. Fallos: 330:1610.



DECONOMI

Cámara Penal Económico de la Capital Federal, la Corte Suprema atribuyó la competencia a la primera. Sin embargo, el Procurador General, a través de un dictamen que la Corte hizo suyo, se refirió expresamente a la vigencia del artículo 53 del dec. 89/2001 y a la competencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal para entender en las apelaciones interpuestas contra las decisiones de la autoridad administrativa. No era necesario que la Corte Suprema se expidiera respecto del dec. 89/2001 y, sin embargo, lo hizo.

No sólo la Corte “relativizó” su criterio, sino también lo hicieron los tribunales inferiores. Al poco tiempo, la Sala III de la Cámara Civil y Comercial Federal dispuso su competencia para entender en apelación contra una resolución de la autoridad administrativa porque las partes no habían impugnado la constitucionalidad del art. 53 del dec. 89/2001.¹⁴²

También hizo lo propio la Sala II de la Cámara Civil y Comercial Federal, al poco tiempo. En 2009, esta Sala, con una nueva integración, modificó el criterio adoptado en “Luncheon Tickets” y dictó el fallo “Telecom Italia Spa”¹⁴³ en donde se declaró competente para entender en apelación contra una decisión de la autoridad administrativa.

Este fallo es de total relevancia porque allí la Cámara decidió revisar las razones por las que el Tribunal había entendido que la atribución de competencia efectuada por una norma reglamentaria -como lo era el artículo 53 del dec. 89/2001-, era inconstitucional, y *modificó su criterio*. Lo hizo porque otras dos Salas de esa Cámara aceptaron la competencia para conocer en esas cuestiones y porque consideró que el decreto, al mantener la competencia del fuero federal, no alteraba la voluntad legislativa. En palabras de esa Sala: “*el decreto 89/01 no restringe el derecho de los particulares afectados por las decisiones adoptadas en el marco de la ley 25156, teniendo en cuenta que, como se verá más adelante, deja abierta la revisión judicial posterior. Y tampoco conlleva una alteración irrazonable de la voluntad legislativa plasmada en el texto originario de la ley, pues el decreto mantuvo la competencia de un fuero -en este caso federal-, especializado en cuestiones no penales, aspecto valorado en los*

¹⁴² CNACCF, Sala III, “Gigacable S.A. s/ Apelación resolución CNDC, 17/4/2008.

¹⁴³ CNACCF, Sala II, “Telecom Italia Spa y otro s/ recurso de queja por rec. directo denegado”, del 27/7/2009.



DECONOMI

debates de la ley para no mantener la competencia de la Cámara en lo Penal Económico (...). De allí que las críticas ensayadas respecto de la solución finalmente adoptada, vinculadas, por caso, a la inconveniencia de que un tribunal civil aplique normas de procedimiento penal (conf., entre otros, el trabajo de doctrina citado precedentemente), no son suficientes para fundar la invalidez del precepto pues, en definitiva, se refieren a cuestiones de política legislativa ajenas a la incumbencia de los jueces. Máxime, teniendo presente que la declaración de inconstitucionalidad de una norma es un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como última ratio del orden jurídico al que solo cabe acudir en forma excepcional.”. Volveré sobre este fallo al tratar la inconstitucionalidad de oficio.

Esto llevó al dictado de nueva jurisprudencia por parte de la Corte Suprema, cuyo análisis excede el propósito de este comentario, y luego vino el dictado de la ley 26.993 ya mencionada, que complejiza aún más la cuestión con la atribución de competencia a la Cámara Nacional de Apelaciones en las Relaciones de Consumo, que nunca se conformó.

La conclusión de esta compleja y tediosa evolución es que nunca quedó claro qué tribunal era el competente para entender en apelación en materia de defensa de la competencia, algo que se zanjó definitivamente, en el texto de la ley, con el dictado de la LDC en 2018, con la atribución de competencia a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal.

Las lecciones que se podrían extraer de este extenso camino signado principalmente por el desconcierto y la contradicción, son las siguientes:

- 1) El dec. 1019/1999, que promulgó la ley 25.156, modificó el fuero ordinario por el federal y la Corte Suprema, al expedirse en “Imagen Satelital S.A.”, no lo consideró inconstitucional. En el caso del Decreto de Lealtad Comercial la situación parecería menos gravosa, ya que mantiene el fuero federal previsto en la ley 22.802 y modificatorias.
- 2) No parece ajeno a la Corte la asignación de competencia a un tribunal en materia de recurso directo por la especialización que el ordenamiento le confiere. En “Surcor” la Corte Suprema se refirió a un principio según el



DECONOMI

cual las normas que atribuyen competencia a determinados tribunales para entender por vía de recurso en ciertas materias, “*son indicativas de una especialización que el ordenamiento les reconoce*” lo cual constituye una relevante circunstancia a tener en cuenta cuando esos mismos temas son objeto de una demanda y no hay disposiciones legales que impongan una atribución distinta.

- 3) La cuestión de si el PEN puede o no determinar la competencia de un tribunal a través de un decreto -cualquiera sea su naturaleza- no es nada clara, pero existen más indicios favorables a su validez que a su invalidez: al tratar “Repsol YPF”, la Corte Suprema no trató, pudiendo hacerlo, la validez constitucional del dec. 89/2001, norma por la cual el PEN atribuyó la competencia recursiva a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal. Asimismo, al tratar “Multicanal S.A.” se mencionó, no siendo necesario hacerlo, el dec. 89/2001, y no precisamente para cuestionar su validez constitucional.
- 4) La regla sentada en “Luncheon Tickets” fue posteriormente revisada y modificada por la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal. Se entendió que un decreto, al mantener el fuero federal, no alteró la voluntad del legislador.
- 5) El principal conflicto relativo al recurso directo de apelación en defensa de la competencia consistió en si atribuir la competencia a la CNAPE o al CNACCF. En el caso del Decreto de Lealtad Comercial la situación pareciera ser más simple porque el CNACAF no reivindicó para sí la competencia para entender en los recursos directos y la competencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal se encuentra incluso avalada por el Procurador Fiscal de ambas cámaras.

V.3 La declaración de inconstitucionalidad de oficio a la luz de algunos precedentes de la Corte Suprema.

El segundo aspecto discutible de la sentencia es la decisión de declarar la inconstitucionalidad del artículo 53 del Decreto de Lealtad Comercial de oficio, y ello porque prácticamente no exhibe razones para hacerlo. En una



DECONOMI

muy breve referencia al tema, el Tribunal fundó esta decisión en los fallos de la Corte Suprema “Banco Comercial de Finanzas”¹⁴⁴ y “Simón”¹⁴⁵ y en los dos fallos de la Cámara Civil y Comercial Federal que mencioné anteriormente¹⁴⁶. No aportó sustancialmente otros motivos que citas y referencias a esos fallos para justificar la decisión de realizar un control de constitucionalidad de oficio, lo que imprime a la decisión de cierto dogmatismo.

Sin dejar de plantear mis reparos a ciertos aspectos del control de constitucionalidad de oficio, en particular, por cuanto se le suele reconocer una extensión mucho más amplia de la que realmente posee, no está en discusión en este comentario la posibilidad de que los jueces lo realicen. Ello está expresamente reconocido en el fallo “Banco Comercial de Finanzas S.A.” citado por la Sala I y es incuestionable la posición de la Corte Suprema al respecto. Allí, el máximo Tribunal señaló que no es necesaria la petición expresa de la parte interesada para realizar el control de constitucionalidad ya que éste versa sobre una cuestión de derecho y no de hecho, y la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente tiene plena operatividad en virtud del principio *iura novit curia*, el cual incluye también el deber de velar por la supremacía constitucional, aplicando, ante el caso de colisión de normas, aquella de mayor rango.

Sin embargo, aún cuando se reconozca la facultad de un tribunal de declarar la inconstitucionalidad de normas de oficio, sean leyes o reglamentos - para el caso, un artículo del Decreto de Lealtad Comercial-, ello no significa que tal declaración no tenga ciertos límites o, cuanto menos, condiciones. “Banco Comercial de Finanzas S.A.” no debe leerse prescindiendo de su contexto -el reconocimiento expreso de la potestad del control de constitucionalidad de oficio, tiene dicho el máximo Tribunal, “*no significa invalidar el conjunto de reglas elaboradas por el Tribunal a lo largo de su actuación institucional relativas a las demás condiciones, requisitos y alcances de dicho control*”- y de los criterios establecidos por la Corte Suprema en varios fallos más. Mencionaré cuatro, aunque por supuesto no son los únicos.

¹⁴⁴ CSJN, 19/8/2004 (Fallos 327:3117).

¹⁴⁵ CSJN, 14/6/2005 (Fallos: 328:2056).

¹⁴⁶ Precisamente, los precedentes Exos y Luncheon Tickets.



V.3.1. Siguiendo el criterio adoptado por la Corte Suprema a partir de “Mill de Pereyra”¹⁴⁷ -siempre que se asuma que la Corte adoptó uno-, la declaración de inconstitucionalidad es “*un acto de suma gravedad, al que sólo debe recurrirse cuando una estricta necesidad lo requiera*”¹⁴⁸.

Allí la Corte Suprema determinó que el ejercicio de esa facultad sólo puede considerarse autorizada en situaciones muy precisas, señalando las siguientes:

- (a) La invalidez constitucional de una norma sólo puede ser declarada cuando la violación de aquélla sea de tal entidad que justifique la abrogación, en desmedro de la seguridad jurídica;
- (b) Sólo debe recurrirse a ella cuando una estricta necesidad lo requiera, en situaciones en las que la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta e indubitable y la incompatibilidad inconciliable.
- (c) Sólo es procedente cuando no exista la posibilidad de una solución adecuada del juicio por otras razones que las constitucionales comprendidas en la causa.
- (d) No supone en modo alguno la admisión de declaraciones en abstracto.
- (e) Sólo producen efectos dentro de la causa y con vinculación a las relaciones jurídicas que la motivaron, y no tienen efecto derogatorio genérico.

En este aspecto, de la lectura del fallo no se advierte que el Tribunal haya seguido el criterio señalado. No me voy a detener en cada uno de estos puntos, pero sí quisiera señalar que, a todo evento, la “repugnancia” del art. 53 del Decreto de Lealtad Comercial con la cláusula constitucional (art. 116 de la Constitución Nacional) no aparecería de forma manifiesta ni indubitable. En este aspecto resulta conveniente destacar que la Comisión Bicameral Permanente no advirtió una situación como esta al tratar el Decreto de Lealtad Comercial, razón que podría abonar la carencia de estas características.

¹⁴⁷ CSJN, “Mill de Pereyra”, del voto de los jueces Fayt y Belluscio, que integraron la mayoría (Fallos, 324:3219)..

¹⁴⁸ CSJN, “Mill de Pereyra”.



DECONOMI

El Tribunal se limitó a sostener que es una potestad y un deber del Tribunal declarar de oficio la inconstitucionalidad, más no se expidió sobre la *necesidad* de hacerlo en el caso concreto. ¿Puede ser el art. 53 del Decreto de Lealtad Comercial “repugnante” a la Constitución Nacional, estando pendiente su tratamiento por el Congreso Nacional y sobre todo considerando que es una norma que asegura el control judicial suficiente y facilita a los administrados el acceso a la jurisdicción al eliminar el requisito del pago previo como condición para recurrir? No parece serlo, en absoluto.

V.3.2 En “Lapadu”¹⁴⁹, la Corte Suprema reafirmó esta facultad de los jueces pero agregó, con el mismo énfasis con el que reafirmó el control de constitucionalidad de oficio, que en caso de duda debe estarse por la constitucionalidad de la norma. En este sentido, expresó que: *“Sólo debe acudirse a aquélla cuando la repugnancia de la ley inferior con la norma calificada de suprema sea manifiesta y la incompatibilidad inconciliable (Fallos: 285:322, entre muchos otros). Es por ello que los tribunales de justicia deben imponerse la mayor medida, mostrándose tan celosos en el uso de sus facultades como del respeto que la Ley Fundamental asigna, con carácter privativo, a los otros poderes”*. De aquí que me haya preguntado si la pretendida “repugnancia” del art. 53 del Decreto de Lealtad Comercial con la CN es manifiesta y la incompatibilidad inconciliable.

V.3.3 En el caso “Rodríguez Pereyra”¹⁵⁰ la Corte Suprema volvió a respaldar el control de oficio y lo hizo sosteniendo, entre otras cosas, que los jueces, en forma obligatoria y no facultativa, no deben llegar a una declaración de inconstitucionalidad sino cuando ello es de estricta necesidad, y en cuyo caso deben hacerlo en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.

De acuerdo con este fallo, resulta necesario que la descalificación constitucional esté supeditada a que se demuestre que la norma impugnada *“irroga a alguno de los contendientes un perjuicio concreto en la medida en que*

¹⁴⁹ CSJN, “Lapadu, Oscar E. c/ Estado nacional (Dirección Nac. de Gendarmería) s/ daños y perjuicios (acc. de trán. c/ les. o muerte)”, del 23/12/2004.

¹⁵⁰ CSJN, “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios”, 27/12/2012.



DECONOMI

su aplicación entraña un desconocimiento o una restricción manifiestos de alguna garantía, derecho, título o prerrogativa fundados en la Constitución" y "es justamente la actividad probatoria de los contendientes así como sus planteos argumentales los que debe poner de manifiesto tal situación".

En este caso, no se vislumbra el perjuicio concreto derivado de la intervención de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sino todo lo contrario: el PEN estableció un tribunal con conocimiento acabado en materia de derecho de la competencia y no exigió, como sí lo hacía el artículo 63 de la ley 26.993, un pago para poder acceder a la jurisdicción. Esta norma fue incluso declarada inconstitucional por la misma Sala I, como veremos al concluir este trabajo.

V.3.4. Por último, en el fallo “Caldeiro”¹⁵¹, la Corte Suprema decidió no declarar la inconstitucionalidad del régimen de ejecución de sentencia contra el Estado al entender que, a la luz de ciertos principios constitucionales y teniendo en cuenta los valores en juego, era un caso “no previsto” que debía ser resuelto por disposiciones análogas. Para así decidirlo, la Corte Suprema sostuvo que: (i) sólo cabe acudir a la declaración de inconstitucionalidad cuando *“no existe otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la Constitución, si no es a costa de remover el obstáculo que representan normas de inferior jerarquía”*; y (ii) no era razonable ni necesario hacerlo *“si el propio ordenamiento jurídico permite arribar a una solución justa y equitativa mediante la integración con normas análogas”*.

La doctrina de este fallo, si bien los hechos y el derecho no tienen ninguna relación con el del caso comentado, es valiosa y bien podría aplicarse, por cuanto en el caso existen alternativas razonables a la declaración de inconstitucionalidad (entre ellas, aguardar al tratamiento del Decreto por parte del Congreso Nacional o intimarlo a que lo haga fijando un plazo).

Además, es importante mencionar que en este fallo se menciona la necesidad de que el planteo de inconstitucionalidad posea un sólido desarrollo argumental y fundamentos de igual carácter. Si bien la Corte se refiere a la necesidad de que sea la parte quien lo plantee de este modo, entiendo que en

¹⁵¹ CSJN, “Caldeiro c/ EN - M° Defensa - Ejército s/ daños y perjuicios”, del 30/4/2020.



DECONOMI

los casos donde la declaración de inconstitucionalidad es oficiosa, éstos deben ser observados por el propio juez o tribunal.

Dejando de lado estos importantes precedentes de la Corte Suprema, es de todo interés destacar que el criterio expuesto en el fallo “Luncheon Tickets” -invocado por la Sala para sostener la declaración de inconstitucionalidad de oficio- fue revisado tres años después en el fallo Telecom Italia Spa¹⁵². Como adelanté, en este fallo se revisaron las razones por las que la Sala II entendió que la atribución de competencia efectuada por el artículo 53 del dec. 89/2001 era inconstitucional y decidió modificar su criterio. Lo hizo porque otras dos Salas de esa Cámara aceptaron la competencia para conocer en esas cuestiones y porque entendió que el decreto, al mantener la competencia del fuero federal, no alteraba la voluntad legislativa. Incluso destacó que la decisión del PEN de atribuir competencia a un tribunal a través de un decreto era una cuestión de política legislativa ajena a la incumbencia de los jueces.

Hubiese sido deseable que la Sala al menos mencionara este fallo e invoque las razones por las cuales decidió apartarse del mismo.

Por último, aún cuando el control de constitucionalidad sea de oficio, no puedo dejar de mencionar que no parece razonable que se prescinda de lo que las partes tienen para decir al respecto. La acreditación de la necesidad y la urgencia en el dictado de un decreto de necesidad y urgencia *es una cuestión fáctica* sobre la que las partes (en especial el Estado Nacional) tendrían interés en expedirse. De haber sabido las partes cuál era la posición del Tribunal sobre la validez constitucional de la norma, hubiesen ofrecido y producido pruebas tendientes a demostrar su validez o invalidez, según el caso.

Por estas razones, concluyo en que la declaración de inconstitucionalidad de oficio se apartó de los precedentes de la Corte Suprema, y por lo tanto el control de constitucionalidad fue incorrectamente aplicado. Debí hacerse con mayor rigurosidad, cuanto menos haberse ordenado un traslado a las partes del planteo para que se expidan antes del dictado de la sentencia;

¹⁵² Cfr. considerando 4°.



considerando especialmente que, en los casos donde el control de constitucionalidad es realizado de oficio, los recaudos deben extremarse.¹⁵³

VI. Conclusión

En mi opinión, el fallo genera un innecesario conflicto de competencia que posiblemente ampliará los plazos judiciales para la resolución de los recursos directos perjudicando la tramitación de las causas que deban ser revisadas y resueltas por el Poder Judicial en el marco de la aplicación del Decreto de Lealtad Comercial, en desmedro de la seguridad jurídica.

Asimismo, el efecto de la declaración de inconstitucionalidad es importante porque impactaría en la revisión de un universo de causas realmente amplio. Éstas no se limitan exclusivamente a cuestiones como las discutidas en el fallo en comentario -la publicidad engañosa-; alcanzan numerosas normas que aplica la SCI y que impactan directamente en la regulación del comercio interior de nuestro país. Ciertamente no involucran dos partes en una contienda sino el funcionamiento mismo de los mercados: alcanza la competencia desleal, la publicidad comercial y la identificación de mercaderías, los reglamentos dictados por la SCI que establecen requisitos mínimos de seguridad de productos (cfr. art. 25 b del Decreto de Lealtad Comercial) y también la recientemente sancionada ley 27.545 de Góndolas.

Numerosas normas reglamentarias del Decreto de Lealtad Comercial se ven comprometidas con este fallo pues establecen la misma instancia revisora (si bien algunas también la de la ley 24.240): la Resolución SCI 1/2020 que aprobó el "Programa de Precios Cuidados"¹⁵⁴, las Res. SCI 283/2020, 284/2020 y 569/2020, por las que se incorporaron al ordenamiento jurídico nacional los reglamento técnicos del MERCOSUR sobre el control metrológico de "Productos Premedidos Comercializados en Unidades de Masa de Contenido Nominal Desigual"¹⁵⁵, "Productos Premedidos Comercializados en Unidades de Longitud y Número de Unidades de Contenido Nominal Igual"¹⁵⁶ y "Productos Premedidos

¹⁵³ IBARLUCÍA, Emilio, "Control de oficio de constitucionalidad. Algunas precisiones sobre su procedencia", *El Derecho*, 9/5/02.

¹⁵⁴ Art. 5 de la Res. SCI 1/2020.

¹⁵⁵ Art. 2 de la Res. SCI 283/2020.

¹⁵⁶ Art. 2 de la Res. SCI 284/2020.



DECONOMI

Comercializados en Unidades de Masa y Volumen de Contenido Nominal Igual”¹⁵⁷; la Res. SCI 549/2021 que incorpora al ordenamiento jurídico nacional la Res. 62/2018 del GMC que aprueba el “Reglamento Técnico sobre Etiquetado de Productos Textiles” (entre otros reglamentos técnicos), y la Res. SCI 283/2021, que crea el “Sistema de Fiscalización de Rótulos y Etiquetas” (SiFIRE)¹⁵⁸, entre otras. Por último, no hay que olvidar tampoco que el proyecto de ley sobre Promoción de la Alimentación Saludable (más conocido como “etiquetado frontal” de productos), prevé la misma instancia revisora.¹⁵⁹

Es decir, esta situación afectará directamente la eficacia de la política pública perseguida por el Decreto de Lealtad Comercial y sus normas complementarias, que no es otra que la de asegurar la lealtad y transparencia en los mercados, y el acceso a información completa por parte de los consumidores. De aquí que el fallo podría implicar gravedad institucional.

Por otra parte, el resultado del caso no deja de ser irónico: el Tribunal le reprocha al PEN actuar por fuera del ámbito de sus competencias y sin motivar su actuación al dictar el art. 53 del Decreto de Lealtad Comercial, termina decidiendo el caso en base a cuestiones completamente distintas a las planteadas por las partes en la causa, es decir, por fuera del ámbito de competencia del Tribunal y en base a un criterio propio de éste, y aún más sin fundamentar demasiado las razones por las que decide hacerlo de oficio, debiendo hacerlo. Tampoco deja de ser irónico el contexto normativo en el que se decide atribuir competencia a otra Cámara (esto es, una norma derogada).

Aunque irónico, el resultado es efectivo y ya proyectó sus efectos a otras causas en trámite: recientemente, la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal replicó el criterio aplicado en “Coto” en las causas “Inc. S.A. c/ Estado Nacional – Ministerio de Desarrollo Productivo – Secretaría de Comercio s/ recurso de queja CNDC”¹⁶⁰ y “Jumbo Retail Argentina S.A. c/ Estado Nacional - Ministerio de Desarrollo Productivo -

¹⁵⁷ Art. 2 de la Res. SCI 569/2020.

¹⁵⁸ Art. 10 de la Res. SCI 283/2021.

¹⁵⁹ Art. 16 del proyecto de ley CD 146-20.

¹⁶⁰ CNACyCF, Sala III, “INC S.A. c/ Estado Nacional – Ministerio de Desarrollo Productivo – Secretaría de Comercio s/ recurso de queja CNDC” (expediente 443/2021/RH1) del 12/5/2021.



DECONOMI

Secretaría de Comercio s/ apelación de resolución administrativa”.¹⁶¹ En ambas causas, se declaró la inconstitucionalidad del art. 53 del Decreto de Lealtad Comercial y la incompetencia de la Sala III para entender en los recursos planteados por idénticos motivos, asignando la competencia a la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.

No obstante ello, todo este asunto no deja de traer sorpresas y sobre todo perplejidades: al mes siguiente de dictarse el fallo comentado, la misma Sala I se expidió en la causa “Inc. S.A. s/ recurso de queja”¹⁶² (una causa similar a la comentada) y resolvió declararse competente y admitir un recurso de queja introducido por la actora motivado en la desestimación del recurso directo por parte de la SCI. En este fallo, la Sala I (con el juez Dr. Gottardi en lugar del juez Dr. Antelo) analizó la validez constitucional del requisito de pago previo de la multa del art. 22 de la ley 22.802 (con la modificación incorporada por el artículo 63 de la ley 26.993) para determinar la admisibilidad del recurso, y concluyó en que esa exigencia vulnera la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción (arts. 18 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional; art. 8, inc. 1, de la Convención Americana de Derechos Humanos). Por tal motivo, se declaró la invalidez constitucional de ese artículo y se concedió el recurso directo.

Importa aclarar que no puedo estar más de acuerdo con la declaración de inconstitucionalidad del art. 22 de la ley 22.802 (artículo según ley 26.993), en cuanto establece la exigencia del pago previo para recurrir a la Justicia, aunque no con la facilidad y rapidez con la que se sientan y modifican los criterios establecidos en los precedentes judiciales.

Para finalizar, me interesa puntualizar las siguientes conclusiones:

(i) El Decreto de Lealtad Comercial no amplió ni redujo la jurisdicción federal, sino que mantuvo la establecida en la ley 22.802 y sus modificatorias, es decir, el fuero federal. Tampoco creó una Cámara Federal sino que determinó la competencia de una Cámara federal ya existente y en funcionamiento. En este

¹⁶¹ CNACyCF, Sala III, “JUMBO RETAIL ARGENTINA S.A. c/ Estado Nacional – Ministerio de Desarrollo Productivo – Secretaría de Comercio s/ apelación de resolución administrativa” (expediente 5110/2021) del 6/8/2021.

¹⁶² CNACyCF, Sala I, “INC S.A.s/ recurso de queja” (expediente 7274/2020) del 11/5/2021.



DECONOMI

sentido, parece razonable la atribución de competencia a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal efectuada por el PEN a través del art. 53 del Decreto de Lealtad Comercial.

(ii) La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal es competente en razón de la materia para entender en las causas que involucran al Decreto de Lealtad Comercial y es deseable que sea la misma Cámara la que entienda en los recursos directos previstos en el Decreto de Lealtad Comercial, la LDC y las leyes que regulan la propiedad industrial e intelectual. Estos regímenes están pensados para asegurar el correcto funcionamiento de una economía de mercado, cada uno con las particularidades que le son propias.

(iii) Sin perjuicio de que podría entenderse que el art. 53 del Decreto de Lealtad Comercial es una norma dictada por el PEN en ejercicio de una potestad reglamentaria, razones elementales de seguridad jurídica establecen la necesidad (y obligación) de que las Cámaras del Congreso Nacional se aboquen de oficio al tratamiento de este Decreto y se expidan sobre su validez o invalidez constitucional. En tal sentido, y como alternativa a un remedio tan gravoso como lo es la declaración de inconstitucionalidad, el Poder Judicial podría requerir al Congreso de la Nación que lo trate, fijándose un plazo bajo el apercibimiento que corresponda.

(iv) No parecería prudente la declaración de inconstitucionalidad del art. 53 del Decreto de Lealtad Comercial sin antes contar con un pronunciamiento de ambas Cámaras del Congreso Nacional, ya que tal declaración podría involucrar un conflicto de poderes que tendría que resolver la Corte Suprema.

(v) El efecto de la declaración de inconstitucionalidad podría implicar un caso de gravedad institucional pues no se limita a un conflicto entre particulares sino que pone en crisis la instancia judicial revisora de numerosas normas que regulan el comercio interior y la competencia en los mercados. El interés público se ve comprometido en el Decreto de Lealtad Comercial. Por lo tanto, parece aconsejable que se evalúe pormenorizadamente las consecuencias que se podrían derivar de tal declaración. La obligación de las autoridades públicas de proveer a la defensa de la competencia contra toda



DECONOMI

forma de distorsión de los mercados alcanza a todos los poderes del Estado, incluido el Poder Judicial.

(vi) Muchos argumentos podrían ensayarse para explicar (y lamentar) la falta de efectividad de nuestras leyes de competencia, pero no hay dudas de que la prolongada indefinición del fuero competente en los recursos directos de apelación fue una de ellas. Conociendo de antemano la experiencia que tuvo lugar bajo la ley 25.156 en este aspecto, sería un enorme despropósito repetirla.



“China: Avances en la regulación de plataformas digitales”

por Juan Martín Salvadores de Arzuaga¹⁶³

Resumen:

En el último tiempo, las plataformas digitales han sido objeto de estudio en el derecho antitrust comparado, y en particular objeto de investigación en varias jurisdicciones del mundo a raíz de determinadas prácticas abusivas que motivan la necesidad instrumentar nuevas normas y herramientas de control. El poder consolidado de estas plataformas, y su expansión hacia negocios complementarios o verticalmente integrados resulta en potenciales problemas competitivos, que se acrecientan a raíz del riesgo de colusión que nace de los intercambios de información sensible entre los participales actores de la cadena de valor. Este trabajo analiza la reciente regulación de la República Popular China para reducir los riesgos de la economía de plataformas con el objeto de salvaguardar los intereses legítimos de todas las partes involucradas en su cadena de valor y la necesidad de adaptar las regulaciones a nivel global para establecer normas que se ajusten a las necesidades actuales.

Estos últimos años se ha visto la proliferación de las plataformas digitales de la mano del desarrollo de las tecnologías digitales. La pandemia de Covid-19 ha impulsado aún más el crecimiento de la economía digital, provocando un cambio en los hábitos de consumo y la migración masiva hacia el consumo de servicios por internet y la compra remota de productos de todo tipo¹⁶⁴.

¹⁶³ Abogado Universidad del Salvador (2011), Magíster (LLM) en Derecho de los Negocios, Université Paris 1 – Pantheon Sorbone (2012, Máster (LLM) en Derecho Corporativo, Universidad de Maastricht Países Bajos. Agradezco la colaboración del colega Federico A. Volujewicz en la elaboración del presente artículo.

¹⁶⁴ Distintos reportes ubican el aumento global del tráfico de internet en el año 2020 por encima del 50% respecto del año anterior y el año 2021 aún experimenta un crecimiento explosivo. Argentina no es la



DECONOMI

Es difícil, si no es tarea imposible, encontrar hoy en día una empresa que no haya transitado una transformación digital o que no se encuentre planificando una transformación o expansión hacia el mercado digital alimentando aún más la oferta o demanda del mercado digital. Esta transformación, no sólo produce eficiencias operativas, sino que también reduce costos de transacción al facilitar la interacción y eliminar intermediarios.

Estas plataformas se consideran de dos-lados o multi-lados en el sentido que permiten la interacción entre usuarios ubicados en diferentes extremos de una transacción determinada. Este proceso de intermediación sin duda que puede reducir los costos de búsqueda para ambas partes y mejorar la coincidencia facilitando el intercambio de bienes y servicios¹⁶⁵. En principio, debido a los efectos de red directos¹⁶⁶ e indirectos¹⁶⁷, más usuarios estarán dispuestos a participar y se promoverá la entrada de jugadores, estimulando la innovación y generando oportunidades de negocio para las pymes. Sin embargo, en la mayoría de los segmentos de la economía digital, un número limitado de empresas exitosas ha crecido a un tamaño considerable y ha podido consolidar su participación en el mercado, dejando solo un espacio limitado para pequeños jugadores¹⁶⁸.

Durante los últimos años, la doctrina ha advertido sobre los riesgos asociados al poder consolidado de este tipo de plataformas y la necesidad de

excepción, información provista por CABASE revela que la entidad registró una suba del 50% en el uso de datos en internet hogareña, 70% en servicios móviles de voz y 30% en datos móviles durante el año 2020.

¹⁶⁵ Rysman Marc, “The Economics of Two-Sided Markets, *Journal of Economic Perspectives*” – V.23, N. 3, 2009, p. 125-143; OECD, “Two sided-markets” (2009); DOJ, “Roundtable on Two-Sided Markets” (2009); OECD, “The Digital Economy” (2012); OECD, “Competition and the Digital Economy” (2019).

¹⁶⁶ Un caso típico de efecto de red en este contexto es el de las redes sociales, como Facebook o Instagram, que se vuelven más atractivas en la medida que más usuarios las utilizan.

¹⁶⁷ Estos efectos aparecen cuando distintas categorías de usuarios conviven en una misma plataforma, por ejemplo, un grupo de vendedores y un grupo de compradores. La utilidad de la red para los usuarios de un lado del mercado aumenta con el número de usuarios del otro lado, como es el caso de Mercado Libre, Uber o Airbnb.

¹⁶⁸ Ciertas características de los mercados digitales, como los efectos de red, los costos de sustitución, las ventajas auto-reforzadas de los datos y las economías de escala, los hacen propensos a una economía para los ganadores (winner-takes-all), migrando del modelo donde el proceso competitivo se desarrolla en el mercado, hacia una competencia por el mercado en si mismo. *Investigation of Competition in Digital Markets*, Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law, Majority Staff Report, p. 37.38 (USA 2020).



instrumentar nuevas normas y herramientas de control¹⁶⁹. Dicho riesgo se ha venido exacerbando como resultado de la expansión de las plataformas hacia negocios complementarios o verticalmente integrados. Tal es así, que las plataformas digitales se han salido de su rol de intermediación tradicional, para ofrecer servicios de medios de pago, financiación, entrega, llegando incluso a comercializar en competencia los mismos productos ofrecidos por sus propios usuarios¹⁷⁰.

La competencia del titular de la plataforma con otros vendedores dentro de la propia plataforma es un problema cada vez más recurrente, debido a que se confunden los límites de la relación vertical con la competencia natural que existe entre proveedores de productos involucrados y sustitutos. El intercambio y acceso a información sensible del competidor, el condicionamiento de ventas y otras cuestiones comerciales dentro de la plataforma, y la aplicación de comisiones por ventas o servicios complementarios podría resultar en desequilibrios competitivos¹⁷¹.

En efecto, si bien el acceso a los datos del vendedor y/o consumidor puede ayudar a la plataforma a mejorar la calidad de los servicios y alinear la oferta de productos con las necesidades del consumidor, también puede utilizarse para favorecer los productos de la propia plataforma, reconocer con más precisión los gustos y preferencias del consumidor utilizando información de ventas de terceros o visitas de usuario para adecuar la oferta propia o dirigirla a clientes determinados.

Los cambios en los patrones de compra y visita de productos, las modificaciones en el precio o la oferta de competidores, la disponibilidad o falta de stock y otra información sensible se hace conocida para el operador de la

¹⁶⁹ OECD, “Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms” (2018); EU Commission, “Competition Policy for the Digital Era Report” (2019); Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law, “Investigation of Competition in Digital Markets”, Majority Staff Report (USA 2020).

¹⁷⁰ Este es el caso de Amazon y Mercado Libre.

¹⁷¹ En un comunicado reciente, la Comisión Europea anunció que “los consumidores europeos compran cada vez más en línea. El comercio electrónico ha impulsado la competencia minorista y ha brindado más opciones y mejores precios. Necesitamos asegurarnos de que las grandes plataformas en línea no eliminen estos beneficios mediante un comportamiento anticompetitivo. Por lo tanto, se ha decidido analizar muy de cerca las prácticas comerciales de Amazon y su doble función como mercado y minorista, para evaluar su cumplimiento de la regla de competencia de la UE.” (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pl/ip_19_4291). El uso de datos de Amazon ya ha sido objeto de una multa por €887 millones (2021).



plataforma de manera inmediata, permitiendo adecuar su conducta según las necesidades a fin de maximizar sus propias ventas. También la preferencia en el sistema de búsquedas, las limitaciones en la publicación por parte de los competidores, la manipulación del sistema de información, imposición de servicios complementarios, cobro de comisiones excesivas, retención de lo abonado por el consumidor, y otras prácticas de la plataforma puede resultar perjudiciales para la competencia.

Sin embargo, los problemas competitivos no terminan aquí. La creciente interdependencia de plataformas y la presencia recíproca de usuarios en plataformas de terceros y viceversa acrecienta también los riesgos de coordinación como resultado del intercambio recíproco de información.

Todos estos problemas demuestran que no es casual el estallido de investigaciones antitrust contra los principales gigantes tecnológicos en todo el mundo¹⁷².

I. LAS DIRECTRICES ANTIMONOPOLIO PARA LA ECONOMÍA DE PLATAFORMAS

Es paradójico que a pesar de los diversos riesgos asociados a la tecnología y la economía de plataformas no haya hasta el momento normas y regulaciones específicas para tratar esta problemática¹⁷³.

¹⁷² Entre ellas, la investigación llevada a cabo en USA y EU contra Google por el abuso en la comparación de precios de productos, que resultó en una multa impuesta por la Comisión Europea por €2.42 billones (2017), además Google ha sido objeto de investigación en varias jurisdicciones en relación a su política de exclusividad, uso de cookies, Google Ads, uso de datos de usuarios y publicidad. Alibaba también fue recientemente objeto de una multa por la imposición de condiciones de exclusividad sobre su sitio que ascendió a u\$d 2.8 billones. Amazon también ha sido objeto de diversas investigaciones, una de ellas recientemente cerrada tras llegar aun acuerdo con la Agencia Alemana por el uso de información de terceros y la imposición de condiciones abusivas en su sitio de ventas (2019); Apple, Microsoft y Facebook también forman parte de la larga lista de empresas de tecnología penalizadas y bajo continua investigación por conductas anticompetitivas.

¹⁷³ Mucho ha escrito la doctrina sobre los problemas asociados a la economía de plataformas y los riesgos vinculados al uso e intercambio de información sensible. También son muchos los talleres, audiencias e informes sobre esto. Sin embargo, hasta el momento no hay normas de relevancia en el derecho argentino ni en el derecho comparado que aporten respuestas sólidas. La UE publicó el pasado diciembre de 2020 la propuesta de un paquete legislativo vinculados a mercados digitales que aún no se encuentra aprobado. Lo mismo en el caso de USA a pesar de diversos reportes del Congreso, DOJ y FTC. Cabe notar, sin embargo, las regulaciones implementadas por Alemania y el Reino Unido. Donde este último, lanzó una Unidad de Mercados Digitales dentro de la propia agencia. En la región los avances también son pocos, pudiendo sólo mencionar el caso de Brasil, donde CADE lanzó a finales de 2020 un estudio general sobre mercado digitales; y Chile con la modificación de 2021 a la Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales, introducida por la FNE y sometida recientemente a consulta pública, y el Instructivo sobre Pre-



En este contexto, la República Popular de China se convirtió en una de las primeras en fijar normas específicas en materia de defensa de la competencia para reducir los riesgos de la economía de plataformas, publicando las Directrices Antimonopolio para la Economía de Plataformas el pasado 7 de febrero de 2021 (las “Directrices”), como parte de un proceso gradual de regulación del sector, que comenzó con la Ley de Comercio Electrónico (2019), la modificación a la Ley de Competencia Desleal (2019) y las Medidas para la Supervisión y Administración de Transacciones en Línea (2021).

Sin ánimo de entrar en polémicas sobre las motivaciones políticas del lanzamiento de las Directrices¹⁷⁴, todo parece sugerir que la autoridad de competencia de China, es decir, la Administración Estatal de Regulación del Mercado (SAMR por su acrónimo en inglés), está decidida a adoptar una postura más dura en relación con la economía digital.

Entre los principios rectores de las Directrices, se destaca salvaguardar los intereses legítimos de todas las partes involucradas en el mercado de plataformas: preservar la competencia, haciendo un uso completo de la economía de plataforma para promover la optimización de la asignación de recursos, el progreso tecnológico y el alcance de eficiencias; compartir los logros de la tecnología de plataforma y propender al crecimiento económico, realizando una simbiosis armoniosa hacia el desarrollo saludable de las economías vinculadas a las plataformas en su conjunto.

II. NOVEDADES INTRODUCIDAS POR LAS DIRECTRICES

1. DEFINICIÓN DE MERCADO

Notificaciones de Operaciones de Concentración, que trata en forma individual las plataformas y mercados digitales.

¹⁷⁴ Algunos destacan que el paquete de medidas es parte de la ofensiva del Estado Chino por controlar sectores considerados críticos como el Comercio Digital, Telecomunicaciones y Redes Sociales, Propiedad Intelectual y la Educación. Como es el caso de empresas como AntGroup (Alibaba), Tencent (Apps, Media, Gaming, Banking, WeChat), Didi (Transporte Privado de Pasajeros), Sina (Weibo), Byte Dance (Tik-Tok), TAL Education y New Oriental Education. Estas últimas experimentaron una caída de sus acciones del 70% y 54% con el crack de la bolsa China el pasado julio 2021 como resultado de las nuevas medidas sobre plataformas digitales de educación.



DECONOMI

Las Directrices definen a las plataformas de internet como la forma de organización empresarial que utiliza tecnología de la información de red para permitir que entidades bilaterales o multilaterales mutuamente dependientes interactúen según las reglas proporcionadas por un operador específico para crear valor. Reconoce además que mientras operan la plataforma, sus titulares también pueden ofrecer bienes directamente a través de la misma.

A diferencia de su borrador inicial, el cual sugería que la definición de mercado podría mantenerse abierta para ciertas conductas anticompetitivas y el control de concentraciones; el texto definitivo de las Directrices mantiene una posición más conservadora al requerir una definición de mercado de acuerdo a los principios generales de defensa de la competencia, haciendo hincapié en las características del producto y los gustos y preferencias de los consumidores. Además, proporciona algunos indicadores para determinar la cuota de mercado de las plataformas, como la facturación de la plataforma, el número de transacciones, tipo de las ventas, el número de usuarios activos, los clics realizados por usuarios, la duración del uso o permanencia en la plataforma, etc.

En consecuencia, el ensayo del monopolista hipotético (SSNIP test)¹⁷⁵ continuará siendo una herramienta fundamental a la hora de definir el mercado relevante. La cuestión de cómo aplicar la prueba del monopolista hipotético en un mercado de dos lados surgió por primera vez en Estados Unidos v. First Data Corp¹⁷⁶, donde el DOJ impugnó la adquisición de Concord EFS por parte de First Data al considerar que resultaría en la combinación de las dos principales redes de débito con PIN (STAR y NYCE). El DOK entendió que el débito con PIN es un método de pago electrónico en el que el titular de una tarjeta de débito ingresa un número de identificación personal (PIN) para autorizar a su banco emisor a debitar fondos de la cuenta bancaria del titular de la tarjeta para completar una compra. Como el mercado de las tarjetas de crédito, este es un mercado de dos lados, donde los comerciantes valoran más una marca de débito, cuanto más

¹⁷⁵ El “Small But Significant Non Transitory Increase in Price” (SSNIP) test, se pregunta si un monopolista hipotético en búsqueda de maximización de ganancias, y no sujeto a la regulación de precios específica, podría imponer al menos un aumento pequeño pero significativo y no transitorio en sus precios, sin perder utilidades a costa de un sustituto cercano, en un área geográfica determinada. Comisión Europea (1992) Nestlé/Perrier, 92/ 553 /CEE.

¹⁷⁶ United States v. First Data Corp. and Concord EFS, Inc., No. 03-CV-02169 (D.D.C.2003), disponible en <http://www.usdoj.gov/atr/cases/firsto.htm>



llevan los titulares de tarjetas la tarjeta; y los titulares de tarjetas de débito valoran más una marca de débito cuanto más la aceptan los comerciantes.

A fin de analizar la sustitución de la demanda las Directrices resaltan la función de la plataforma, los modelos comerciales, los escenarios de aplicación, los grupos de usuarios, los agentes que intervienen a nivel bilateral o multilateral, entre otros factores. Respecto de la sustitución de la oferta, resalta factores como la factibilidad de la entrada al mercado, las barreras técnicas, los efectos de red, los efectos de bloqueo, los costos de transferencia y la competencia transfronteriza.

Finalmente, las Directrices reconocen que mercados separados dentro una plataforma pueden identificarse teniendo en cuenta la relación que existe dentro de la plataforma (por ejemplo, un mercado de publicidad en línea en un lado de la plataforma y un mercado de servicios de redes sociales en el otro), pero cuando los efectos de red cruzados son suficientemente fuertes para ejercer restricciones competitivas en ambos extremos de la plataforma, un mercado general puede definirse (por ejemplo, una plataforma de compras en línea). Este último enfoque se hace eco de la decisión de la Corte Suprema de los EE.UU. en el caso Amex, que sostuvo que, al analizar las plataformas de transacciones bilaterales, era importante tener en cuenta los efectos en ambos lados de la plataforma (es decir, para la plataforma en general)¹⁷⁷.

2. ACUERDOS ANTICOMPETITIVOS Y CONDUCTAS CONCERTADAS

Las Directrices reconocen un problema de antaño, que además de los acuerdos expresos o tácitos que pudieran existir entre competidores, los mercados de tecnología pueden conducir hacia comportamientos coordinados a través del intercambio de datos, uso de algoritmos, reglas y condiciones de plataforma que exceden el mero comportamiento paralelo como el seguimiento

¹⁷⁷ Supreme Court of the United States, “Ohio et al. v. American Express Co. et al.”, FTC-2018-0050 disponible en https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-1454_5h26.pdf.



de precios por parte de los operadores relevantes basados en expresiones independientes de intención¹⁷⁸.

Entre los distintos tipos de acuerdo, las Directrices distinguen entre acuerdos horizontales cuyo objeto podría ser de fijar precios, segmentar el mercado, restringir la producción (ventas), restringir el desarrollo de nuevas tecnologías (productos) y boicotear las transacciones de terceros; y los acuerdos verticales, como el caso de la fijación de precios mínimos o precios de reventa.

A su vez, las Directrices reconocen entre otras cuestiones el riesgo de la plataforma de convertirse en instrumental para un cartel de tipo “hub-and-spoke” mediante el uso de métodos tecnológicos, reglas de plataforma, datos o algoritmos. Si bien las Directrices no especifican si las plataformas pueden ser consideradas responsables como facilitadoras de un cártel de este tipo, las enmiendas propuestas a la Ley Anti-Monopolio (LAM) responsabilizan explícitamente a los facilitadores de los acuerdos anticompetitivos con el objeto de eliminar y restringir la competencia relevante del mercado¹⁷⁹.

3. ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE

A fin de determinar la posición dominante de un operador de plataformas, las Directrices reconocen algunos factores relevantes, como el estado de desarrollo del mercado de la plataforma, el número y la participación de mercado de los competidores existentes, las características de la competencia de la plataforma, el grado de diferenciación, las economías de

¹⁷⁸ En este punto, la Directriz es consistente con el derecho comparado al sostener que el seguimiento de precios y otros tipos de conductas paralelas no constituyen actos competitivos en sí mismos, aunque podría constituir prueba de otro tipo de conductas concertadas. Así fue el caso “Trodat Limited / GB Eye Limited” (2018), No. 50223, donde la Autoridad de Competencia y Mercados del Reino Unido descubrió que se utilizó software de algoritmos paralelos para facilitar un acuerdo colusorio previo, ya que habría sido logísticamente inviable que las partes involucradas siguieran a diario manualmente los precios de su rival de manera efectiva. Disponible en <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/57ee7c2740f0b606dc00018/case-50223-final-non-confidential-infringement-decision.pdf>.

¹⁷⁹ Global Competition Review (2021), Asia-Pacific column. Disponible en <https://globalcompetitionreview.com/review/the-asia-pacific-antitrust-review/2021/article/china-overview>; ver también “Proposed Amendments to China’s Anti-Monopoly Law: What are the Changes and What to Expect?” Fay Zhou, Arthur Peng, Vivian Cao, Xi Liao (2020). Disponible en <https://www.competitionpolicyinternational.com/proposed-amendments-to-chinas-anti-monopoly-law-what-are-the-changes-and-what-to-expect/>



escala, la situación de los competidores potenciales, grado de dificultad para ingresar al mercado, la innovación, los cambios tecnológicos, etc.

Otro punto relevante es el tamaño de los activos con que cuenta la plataforma, la fuente de capital, la rentabilidad, la capacidad de financiación, la innovación tecnológica, las capacidades de la aplicación, los derechos de propiedad intelectual, la capacidad para dominar y procesar datos relevantes, las condiciones financieras y técnicas, y el nivel de expansión del negocio.

Si bien el borrador establecía la controvertida figura de la “facilidad esencial”¹⁸⁰, basada en el nivel de sustituibilidad de la plataforma y la posibilidad de desarrollar plataformas alternativas, considerando las inversiones y recursos necesarios, compilación de información, derechos de propiedad intelectual, cantidad de usuarios mínimos requeridos, economías de escala, etc., el texto definitivo de las Directrices no realiza mención alguna a las facilidades esenciales.

4. CONTROL DE CONCENTRACIONES

En lo que respecta al control de concentraciones económicas¹⁸¹, las Directrices aportan claridad sobre tres puntos interesantes:

1. Estructuras VIE

En primer lugar, declara expresamente que las operaciones que involucran entidades de interés variable (“VIE” por su acrónimo en inglés) están sujetas al control de concentraciones a pesar que tradicionalmente se las ha ubicado en una zona gris.

Las VIE son vehículos a través de los cuales una empresa extranjera, puede ejercer control o influencia significativa sobre una entidad operativa

¹⁸⁰ Término acuñado por la Corte Suprema de Justicia de los EE.UU. en el célebre caso “U.S. vs. Terminal Railroad Association of St. Louis”, 224 U.S. 383 (1912), al considerar la conducta excluyente mediante la cual la empresa controlaba las condiciones de acceso a un activo, que constituía un cuello de botella para que los rivales pudieran competir efectivamente en el mercado.

¹⁸¹ Al igual que el derecho comparado, la Ley Anti-Monopolio estimula que una operación debe notificarse cuando se produce un cambio de control sobre una empresa y al mismo tiempo se cumplen los umbrales de facturación correspondientes. Si bien la Ley Anti-Monopolio no define expresamente el término “control”, generalmente se interpreta como la capacidad de ejercer el poder de toma de decisiones económicas e incluiría el control a través de la propiedad de capital, acuerdos contractuales u otros medios.



DECONOMI

nacional china a través de una serie de acuerdos contractuales. Este tipo de estructuras facilita la obtención de financiación extranjera para sociedades domésticas chinas, pero también permite a inversores extranjeros circunvalar las restricciones impuestas por China contra la inversión extranjera. Desde el lanzamiento exitoso de Sina en NASDAQ en el año 2000 a través de una estructura VIE¹⁸², este mecanismo se ha vuelto más habitual para distintos negocios, incluido internet, educación, telecomunicaciones, media y otros mercados sujetos a restricciones de inversión extranjera por el gobierno chino.

Nunca se había declarado explícitamente que las operaciones estructuras a través de una VIE estuviera fuera del alcance del deber de notificar, y la legislación china no tiene ningún fundamento para afirmar que una concentración empresarial que implica una estructura de VIE esté exenta de un examen de control previo a la fusión. Sin embargo, debido a los riesgos involucrados a las estructuras VIE y la baja probabilidad de aprobación por parte del MOFCOM¹⁸³ es que tradicionalmente se optó por no notificarlas.

Se ha especulado ampliamente que la principal preocupación del MOFCOM era que, en su doble función de regulador de la inversión extranjera y regulador antimonopolio, cualquier aprobación de una presentación de una operación que involucrara una estructura VIE podría considerarse un respaldo a este tipo de estructuras a pesar de su potencial para circunvalar las normas sobre inversiones extranjeras de China. Sin embargo, con la creación del SAMR¹⁸⁴ en 2018, agencia antimonopolios se trasladó del MOFCOM al SAMR, y al SAMR se le dio la responsabilidad de hacer cumplir la Ley Anti-Monopolio desde una perspectiva de regulación del mercado. Esta reorganización pudo haber tenido "manos desatadas" y, por lo tanto, permitió que SAMR se concentrara en cualquier transacción puramente desde una perspectiva de la ley de competencia y de conformidad con la Ley Anti-Monopolio, sin tener en cuenta las implicaciones de la ley de inversión extranjera.

¹⁸² Otros casos reconocidos son Alibaba y Tencent.

¹⁸³ Ministerio de Comercio de la República Popular China

¹⁸⁴ Por su acrónimo en inglés "State Administration for Market Regulation", o "Administración Estatal de Regulación del Mercado"



DECONOMI

Durante años, las incertidumbres han empañado la posibilidad de registrar y compensar una transacción estructurada VIE. Aunque no existen bases legales para eximir tal transacción en la práctica, las partes a menudo adoptan varias tácticas para mantener una transacción de notificación obligatoria que involucra una estructura VIE fuera del radar de revisión de fusiones de China por el riesgo vinculado a infracción de la Ley de Inversiones Extranjeras¹⁸⁵.

En efecto, SAMR ha tomado medidas de acción en el último tiempo contra las operaciones de este tipo y anunció en el primer trimestre de 2021 la identificación de al menos 19 infracciones al deber de notificar¹⁸⁶.

2. Operaciones Debajo del Umbral

Las Directrices confirman que SAMR puede realizar una investigación de oficio sobre acuerdos tecnológicos por debajo de los umbrales de ingresos por ventas, en particular transacciones que involucren empresas emergentes o plataformas emergentes, así como también aquellas que monetizan sus servicios a través de otras prestaciones, y en consecuencia ofrecen los servicios de manera “gratuita”.

Esto nuevamente no ha cambiado desde el borrador y refleja un debate global sobre hasta qué punto los regímenes de control de fusiones están bien posicionados para revisar adecuadamente las adquisiciones de empresas competitivamente significativas cuyo volumen de negocios cae por debajo de los umbrales convencionales para la notificación obligatoria. Algunas jurisdicciones

¹⁸⁵ El borrador de 2015 de la Ley de Inversión Extranjera de China buscaba abordar este problema responsabilizando a aquellos que eludirían las restricciones a la inversión extranjera invirtiendo en industrias prohibidas o restringidas a través de una estructura VIE. Sin embargo, estas disposiciones fueron omitidas en el borrador de 2019 del proyecto de ley que se convirtió en ley el 1 de enero de 2020. Cabe señalar que el Tribunal Supremo Popular de la República Popular China emitió una interpretación judicial, con vigencia a partir del 1 de enero de 2020, en la que indica que se puede impugnar la validez del arreglo contractual subyacente de una estructura de VIE cuando se ha eludido las restricciones de inversión extranjera de China.

¹⁸⁶ Entre ellos, el caso de Alibaba Investment, (un vehículo de inversión de Alibaba), por no notificar su adquisición de Yintai Retails (Group) Co., Ltd. activa en grandes almacenes y minoristas; China Literature, una empresa que cotiza en la bolsa de Hong Kong controlada en última instancia por Tencent, por no notificar su adquisición de New Classics Media, una empresa constituida en las Islas Caimán, que controla una empresa nacional a través de una estructura VIE que es principalmente activa en la producción y distribución de series de televisión, películas y series web; y Shenzhen Hive Box Network Technology Co., Ltd. (Hive Box), una filial de SF Express, que opera instalaciones de servicio de terminal inteligente a través de una subsidiaria controlada a través de una estructura VIE, por no notificar su adquisición de China Post Smart Express Technology Co., Ltd. activa en el mismo sector que Hive Box. Al respecto ver <https://www.klgates.com/Rising-Antitrust-Enforcement-Activities-in-Chinas-Internet-Sector-7-15-2021>.



han respondido introduciendo nuevos umbrales de valor de transacción¹⁸⁷, mientras que otras parecen inclinarse por el control ex -post.

3. Cálculo de Ingresos

Las Directrices también reconocen que, de acuerdo con las prácticas de la industria, los métodos de cobro, los modelos comerciales, el rol de los operadores de plataformas, y otras cuestiones pueden incidir en el cálculo de ingresos por parte de los operadores de plataformas y marca lineamiento sobre como deben contabilizarse los ingresos en cada caso según las características de la plataforma y los productos y servicios involucrados.

CONCLUSIÓN

Si bien las Directrices sólo ofrecen guías y lineamientos sobre el mercado de plataformas y su estudio, al mismo tiempo responden a preguntas de larga data y constituyen un primer paso hacia la construcción de una regulación moderna sobre las plataformas digitales, que no son una industria del futuro, sino de la actualidad.

Hace tiempo que la tecnología llegó para quedarse. Se ha vuelto parte inescindible de la vida del consumidor y es tiempo que las regulaciones del mundo se anticipen y vayan por delante de los avances tecnológicos. Permitiendo establecer normas precisas, ajustadas a las necesidades de la actualidad.

Sólo así se podrá converger hacia una competencia vigorosa, que promueva el desarrollo saludable de la tecnología, promoviendo la innovación a la vez que proteja los intereses del público consumidor.

¹⁸⁷ Ver por ejemplo el caso de Alemania con las modificaciones introducidas en la Décima Enmienda de la Ley de Competencia el pasado 19 de enero de 2021.



“Precios Excesivos y Defensa de la Competencia”

por Pablo Trevisán

Resumen

Existe un equívoco recurrente de ciertos actores políticos acerca del alcance de la legislación y política de competencia para que la misma sea empleada como un mecanismo de control de precios. El objetivo de la defensa de la competencia no es el control de precios, sin embargo, hay un creciente desarrollo en la práctica comparada europea sobre la posibilidad de revisar casos de abuso de posición dominante en un mercado en base al establecimiento de precios excesivos. Esto ha tenido su reflejo en casos resueltos por la agencia de competencia en Argentina y así se puede constituir un auspicioso sendero para la práctica de competencia en nuestro país.

Abstract

There is a recurring misunderstanding by certain political actors about the scope of competition law and policy for it to be used as a price control mechanism. The objective of the defense of competition is not the control of prices, however, there is a growing development in European comparative practice on the possibility of reviewing cases of abuse of dominant position in a market based on the establishment of excessive prices. This has been reflected in cases resolved by the competition agency in Argentina and thus can constitute an auspicious path for the practice of competition in our country.



DECONOMI

Una amplia gama de conductas que permitan a las empresas elevar los precios por encima de los niveles competitivos, están limitados por las leyes de competencia.

La fijación de precios excesivos es una de las principales preocupaciones de la política de competencia: si las empresas buscan aumentar su ganancias a través de un M&A, una fusión o concentración económica, deben obtener la aprobación de la autoridad de aplicación de las leyes de competencia; cuando varios fabricantes de productos u oferentes de servicios similares llegan a un acuerdo para subir los precios, tales contratos no solo son inaplicables y eventualmente nulos, sino que también están sujetos a graves sanciones –en muchos casos, hasta sanciones de prisión-.

Entonces, ¿por qué no abordar los precios excesivos directamente?

El presente trabajo se refiere a qué entendemos por precios excesivos como una eventual conducta anticompetitiva, haciendo especial referencia a cómo han actuado en la materia las autoridades de competencia en general, y en particular en nuestro país. Asimismo, se hace un análisis de la legislación y jurisprudencia principal en la materia en nuestro país, para concluir con unas breves reflexiones sobre el tema y su relación con las políticas de control de precios, precios máximos y ley de abastecimiento.

1. ¿Qué son los Precios Excesivos?

En términos generales, podría decirse que el derecho y política de competencia abarcan dos grandes áreas: el área del control de conductas y el área del control de concentraciones económicas.



DECONOMI

Dentro del marco del control de conductas, a su vez, encontramos dos grupos: el de las conductas concertadas entre dos o más competidores, y el de los abusos de posición dominante¹⁸⁸, que –en principio- son llevadas a cabo por empresas con poder de mercado.

Asimismo, dentro del grupo de los abusos de posición dominante, resulta posible distinguir dos categorías: los casos de “abuso explotativo” y los casos de “abuso exclusorio”, los cuales son considerados de manera distinta en algunas jurisdicciones.

Si bien en algunas jurisdicciones consideran que solo los abusos exclusorios podrían considerarse como prácticas anticompetitivas, las normas argentinas de defensa de la competencia, incluyen tanto los abusos exclusorios como los explotativos como posibles infracciones, siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos y, en particular, se presente un “perjuicio al interés económico general” (cfr. art. 1 de la ley 27.442, la “LDC”).

Los casos de precios excesivos o precios demasiado elevados –junto con aquellos que se refieren a restricción de cantidades o distorsión en los valores de otras variables- se encuadran como casos de abuso explotativo de posición dominante.

2. Aclaración Previa

¹⁸⁸ Son las conductas que en los EE.UU. se denominan “de monopolización”. Estas, en principio, son las llevadas a cabo por una única empresa, aunque en ciertos casos, tanto en Europa como en ciertos países de Latinoamérica –como Argentina- puede darse entre dos o más competidores, que es lo que se ha dado por llamar “dominancia colectiva”. A los fines de este informe, limitaremos nuestro análisis al abuso de posición de dominio –o monopolización- desde el punto de vista de una única empresa con poder de mercado.



DECONOMI

Como primera aclaración, debe tenerse en cuenta que las herramientas de las que disponen el derecho y la política de competencia para resolver problemas generados por prácticas anticompetitivas, son herramientas de regulación indirecta de los mercados, que implican el eventual establecimiento de multas y la imposición de obligaciones de no hacer, pero que en ningún caso implican un control directo de precios, cantidades u otras variables cuantitativas.

En este sentido, el tema de precios excesivos, levanta cuestiones interesantes desde el punto de vista del derecho y la política de defensa de la competencia.

La teoría económica nos indica que un monopolista puede restringir la producción e imponer precios que exceden el nivel competitivo: es por esto mismo que la competencia se ve como algo positivo, ya que, en condiciones competitivas, sería el mercado quien establece el precio correcto de bienes y servicios mediante la “ley” de oferta y demanda¹⁸⁹.

En este sentido, a priori, pareciera obvio que las autoridades de competencia deberían intervenir para controlar precios que exceden significativamente los niveles de competencia. Sin embargo, algunos sistemas de competencia comparados no prohíben precios excesivamente elevados, siendo el caso más relevante en este sentido el derecho antitrust de los EE.UU.¹⁹⁰

Para prueba del caso de los EE.UU. basta como botón el voto del Juez Scalía, de la Suprema Corte de dicho país:

¹⁸⁹ Whish, Richard – Bailey, David, “Competition Law”, Novena Edición, Oxford University Press, 2018, pp. 735 y ss.

¹⁹⁰ Ver *Verizon Communications v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398 (2004), 7: “[t]he mere possession of monopoly power, and the concomitant charging of monopoly prices, is not only not unlawful; it is an important element of the free-market system”.



DECONOMI

*“The opportunity to charge monopoly charges –at least for a short period- is what attracts “business acumen” in the first place; it induces risk taking that produces innovation and economic growth”.*¹⁹¹

La Sección 2 de la Ley Sherman de los EE.UU. de 1890 aplica a conductas de “monopolización e intento de monopolización”, pero no a las conductas explotativas. Por el contrario, según la legislación europea, los precios excesivos podrían considerarse un abuso de posición dominante.

Estos enfoques marcan una clara división entre la regulación de conductas exclusorias y conductas explotativas: mientras las conductas exclusorias serían ilícitas tanto en los EE.UU. como en Europa, las conductas explotativas solo serían ilícitas bajo la legislación de la Unión Europea.

Esta divergencia, refleja diferentes objetivos ideológicos y diferentes supuestos sobre cómo operan los mercados en uno y otro lado del Atlántico. Por su parte, los EE.UU. perciben una economía no regulada y como esencialmente competitiva, que pone un énfasis significativo en el funcionamiento del mercado, sin otorgarle importancia significativa a los monopolios creados por medios que no sean consecuencia de barreras artificiales. También refleja el papel limitado del Estado en la regulación directa de los mercados y los valores sociales, morales y políticos atribuidos al proceso de competencia.

Por el contrario, la legislación de la Unión Europea refleja una menor creencia en la capacidad de las fuerzas del mercado para erosionar los monopolios y una mayor creencia en la capacidad de un Estado regulador, para intervenir eficientemente en el establecimiento de los parámetros comerciales de

¹⁹¹ Ver *Verizon Communications v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398 (2004), 124 S.Ct 872, para. 2 (Scalia J).



DECONOMI

las empresas que operan en el mercado. También refleja un mayor énfasis en la justicia distributiva¹⁹².

De todas formas, históricamente la Comisión Europea (CE) no se ha involucrado mucho en casos de precios excesivos, bajo la visión de que –en muchas circunstancias- la interferencia en precios excesivamente altos y en la rentabilidad de las empresas, podría desincentivar la innovación y la inversión, considerando muchas veces como preferible atacar los problemas de precios injustos mediante la investigación de conductas exclusorias mediante las cuales las empresas con poder de mercado o dominantes podrían actuar para mantener o ampliar su dominancia.

Philip Lowe, ex Director General del DG Comp de la CE ha dicho sobre los casos de precios excesivos:

*“High prices certainly harm consumers in the short run. But is that a sufficient case for intervention by a competition authority? What if high prices would in the medium term attract entry and spur competition? If there are no high or insurmountable barriers to entry, it might well be that high prices are actually likely to be, on balance and with a longer term perspective, good for consumers. There is much more for consumers to gain through increased competition than a mere decrease in prices: competition brings more choice, scope for differentiation in quality, innovation, etc.”*¹⁹³

Esta línea de pensamiento fue ratificada recientemente en varios párrafos de la opinión del Abogado General Wahl en el caso AKKA/LAA -al que nos referimos más adelante-, que sostiene que sin barreras a la entrada, los

¹⁹² Gal, Michal, “Monopoly Pricing as an Antitrust Offense in the US and the EC: Two Systems of Belief about Monopoly”, 2004, disponible en la página de SSRN, en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=700863

¹⁹³ Lowe, Philip, “Consumer Welfare and Efficiency – New Guiding Principles of Competition Policy?”, 13th International Conference on Competition and 14th European Competition Day, 27 de marzo de 2007.



precios excesivamente altos deberían atraer nuevos entrantes en el mercado. Es decir, bajo esta ortodoxia se supone que el mercado se auto-corregiría.¹⁹⁴ Sin embargo, también reconoce que dicha ortodoxia no siempre se sostiene en todos los mercados, particularmente en aquellos en los cuales las barreras de entrada al mismos son insuperables haciendo en la práctica imposible el ingreso a dicho mercado (ej., mercados con presencia de monopolios legales).¹⁹⁵ En dichas circunstancias, y ante la inexistencia de un regulador específico del sector que pueda intervenir, la intervención de la autoridad de competencia puede ser necesaria.

3. Legislación Argentina

Los artículos 1, 3, 5¹⁹⁶ y 6¹⁹⁷ de la LDC establecen las normas aplicables a las conductas que podrían constituir abusos de posición dominante.

El artículo 1 de la LDC constituye la norma más importante de dicha ley, y en su primera oración dispone que están “prohibidos los acuerdos entre competidores, las concentraciones económicas, los actos o conductas, de

¹⁹⁴ Caso-177/16, AKKA/LAA EU:C:2017:286, Wahl AG, párr. 3.

¹⁹⁵ Jones, Sufrin & Dunne, “EU Competition Law: Text, Cases, and Materials”, Oxford University Press, 2019, p. 560.

¹⁹⁶ Art. 5, LDC: “A los efectos de esta ley 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 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.”

¹⁹⁷ Art. 6, LDC: “A fin de establecer la existencia de posición dominante en un mercado, deberán considerarse las siguientes circunstancias:

- a) El grado en el 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 par ala 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 y restringir el abastecimiento o demanda en el mercado y el grado en que sus competidores puedan contrarrestar dicho poder.”



DECONOMI

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 al interés económico general” (las negritas nos pertenecen).

Por su parte, el art. 3 de la LDC establece que las conductas enumeradas en el mismo, “en la medida que configuren la hipótesis del art. 1”, constituyen prácticas restrictivas de la competencia. La enumeración del art. 3, del mismo modo que sucedía bajo las leyes 22.262 y 25.156 que antecedieron a la LDC, es meramente enunciativa y no taxativa.

Entre las conductas enunciadas bajo el art. 3, encontramos varias que podrían encuadrar dentro de la categoría de abuso explotativo de posición dominante, como ser los incisos: “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 (...); “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”; “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; “h) Imponer condiciones discriminatorias para la adquisición o enajenación de bienes o servicios sin razones fundadas en los usos y costumbres comerciales”.

4. Derecho Comparado

En las legislaciones en las cuales la figura del abuso explotativo de posición dominante aparece explícitamente identificada, la jurisprudencia ha



DECONOMI

intentado definir ciertos estándares más o menos objetivos, contra los cuales confrontar las prácticas de precios excesivos, basándose en circunstancias diversas.

Para ello, resulta necesario entender al menos tres cuestiones. En primer lugar, cuáles serían los argumentos contra el control directo de precios. Luego, porqué, y sin perjuicio de la necesidad de restringir la intervención de la autoridad de competencia, a veces podría haber algún caso en el que la intervención contra precios excesivos por parte de la autoridad de competencia sea necesario. Tercero, cuando la intervención resulta apropiada, cómo se determina si un precio es tan excesivo como para que sea considerado abusivo.

Históricamente, han sido pocos los casos en los que las agencias de competencia intentan resolver sobre conductas que involucren “precios excesivos” o “aumentos abusivos de precios”. Ello se debe principalmente a dos factores: (i) la falta de un estándar objetivo contra el cual comparar los precios en cuestión, para determinar si efectivamente implican un abuso explotativo de posición de dominio¹⁹⁸; y (ii) las agencias o autoridades de competencia, no son en general capaces de encontrar una solución al problema, ya que carecen del

¹⁹⁸ Una alternativa explorada es intentar comparar los precios vigentes con alguna medida del costo, a los fines de reconstruir un “precio competitivo teórico”, de forma similar a lo que se realiza en los casos de precios predatorios (es decir, precios excesivamente bajos). Sin embargo, este sistema es objetable, ya que siempre será opinable qué porcentaje por encima de dicho precio competitivo teórico es o puede constituir un “exceso” que pueda considerarse como un abuso de posición dominante. Generalmente, este tipo de argumentación se utiliza más para desestimar denuncias por conductas de precios excesivos que para sancionarlas. De esta forma, las agencias de competencia comunmente analizan determinado incremento de precios y lo comparan con los aumentos sufridos por determinados insumos o por ciertos índices de inflación que se consideren relevantes para el caso en cuestión. Si el incremento denunciado está más o menos en línea con tales aumentos, entonces ello se considera como evidencia de que el mismo no es excesivo, y que, por lo tanto, no se está en presencia de un abuso de posición de dominio. Otro posible método de comparación son los precios que rigen en mercados competitivos similares. Este es un elemento que puede ser útil para evaluar una práctica de fijación de precios presuntamente excesivos, porque permitiría comparar el comportamiento de una empresa con posición dominante con el comportamiento de empresas similares que no tengan dicha posición de mercado. Sin embargo, su aplicación es aislada y escasa, ya que no es tarea simple comparar mercados que sean similares o comparables en todas sus dimensiones.



poder y de los conocimientos técnicos para definir cuál es o debiera ser el precio correcto¹⁹⁹.

Como anticipáramos, el derecho antitrust de los EE.UU. –y el de aquellos países que se inspiran en el derecho norteamericano- no incluye ninguna figura punible que pueda asociarse con el abuso explotativo de posición dominante, y se limita a sancionar casos de monopolización de carácter excluyente. Esta interpretación se remonta, al menos, hasta las épocas del caso “EE.UU. c. US Steel” (251 US 417, 1920)²⁰⁰.

La norma más importante a nivel internacional sobre abuso de posición dominante, es indudablemente el art. 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (“TFUE”). El inc. a) de dicho artículo del TFUE dispone que, entre otras, serán prácticas abusivas aquellas consistentes en “imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas”.

Sin embargo, no se define en el TFUE el concepto de abuso de posición dominante, lo que tampoco sucede en otras legislaciones nacionales que también utilizan la misma figura (como ser, España o Brasil). Por el contrario,

¹⁹⁹ No es extraño escuchar a distintos funcionarios públicos, incluso a distintos Presidentes de la Nación, decir que “utilizarán la LDC, para controlar precios” o frases similares. Sucedió durante los más diversos gobiernos, y se repite actualmente. Ello supone un grave error conceptual, ya que, más que tratarse de un desconocimiento en la materia, entendemos que se trataría de una suerte de presión psicológica sobre los distintos operadores del mercado a los fines de intentar controlar la inflación y el nivel de precios. La ley y la política de competencia no controlan el nivel de precios sino sólo indirectamente; es decir, cuando se produjeran distorsiones en los mercados relevantes y esto pudiere lograr corregirse luego de la intervención de la autoridad de competencia para corregir y reinstaurar el correcto funcionamiento del mercado en el caso particular, luego de una investigación realizada por dicha autoridad. La LDC no es una herramienta que deba utilizarse para el control de los precios. La solución a un eventual aumento de precios en un mercado competitivo, por un período muy acotado y cuando se dieran las condiciones extraordinarias o excepciones que lo justifiquen, podría darse mediante la regulación de los mismos.

²⁰⁰ En este caso, una empresa con poder de dominio en el mercado en cuestión (más del 80% en el mercado de acero al tiempo de la conducta), fue exculpada por no poder probarse que el ejercicio que había hecho de su poder de mercado tuviera efectos nocivos para los competidores.



legislaciones como la de Alemania (art. 19, GWB), la de nuestro país (art. 5, LDC) y otras, sí incluyen una definición del término.

4.1. United Brands

El *leading case* en este tema en Europa fue el de *United Brands*²⁰¹, de 1978, por el cual la CE sancionó a United Brands Company (UBC) por cobrar precios excesivos en Alemania, Dinamarca y Benelux. UBC obligó a sus maduradores-distribuidores a no revender bananas de UBC. Asimismo, aplicó precios desiguales por prestaciones equivalentes en las ventas de bananas marca Chiquita a sus compradores, y precios de venta "no equitativos" a excepción de un grupo en particular. Además, se negó a suministrar productos a una empresa en particular. La CE comparó los precios de UBC con los precios de bananas sin marca comercializadas por competidores de UBC, y con el precio de Chiquita en Irlanda, sosteniendo que los precios eran "excesivos en relación con el valor económico del producto proveído", criterio básico que fue ratificado recientemente, en 2017, bajo el caso AKKA/LAA ya mencionado.

El Tribunal de Justicia (TJUE) anuló la decisión de la CE con respecto a los precios "no equitativos", porque la CE no había presentado suficientes pruebas al efecto. Sin embargo, el TJUE aceptó que los precios "excesivos" podían constituir un abuso en ciertas circunstancias, y consideró cuándo los precios excesivos pueden ser abusivos bajo el artículo 86 del Tratado de Roma (actualmente, artículo 102, TFUE).

²⁰¹ United Brands c. Comisión de la Comunidad Europea, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJUE), 14/02/1978: "*que la posición dominante a la que se refiere el artículo 86 es la posición de poder económico de una empresa que le permite obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia, al darle la posibilidad de actuar en buena medida independientemente de sus competidores, de sus clientes y en definitiva de los consumidores*".



DECONOMI

Este caso da una pauta clara sobre cómo un precio excesivo puede constituir un abuso de posición dominante. En resumen, el TJUE sostuvo en *United Brands* que un precio puede ser ilegalmente excesivo cuando "no tiene una relación razonable con el valor económico del producto suministrado", y esa cuestión se determina (entre otros posibles métodos) de acuerdo con el siguiente test:

1) si la diferencia entre los costos incurridos y el precio cobrado es excesiva (lo "excesivo"); y de ser así,

2) si el precio era injusto (a) en sí mismo o (b) en comparación con el precio de los productos competidores (lo "injusto").

4.2. AKKA/LAA

Más recientemente, en el caso *AKKA/LAA*, al tiempo que reafirma la validez del test del caso *United Brands*, el TJUE aclaró que dicho test no es exhaustivo: "existen otros métodos mediante los cuales puede determinarse si un precio es excesivo".²⁰² Para nuevos métodos, el TJUE puso énfasis en la necesidad de contar con "criterios objetivos, apropiados y verificables" y que cualquier comparación que se haga, debe ser realizada bajo "bases consistentes".

La *AKKA/LAA*, sociedad de gestión colectiva de derechos de autor de obras musicales, es la única entidad autorizada en Letonia para expedir licencias a título oneroso para la ejecución pública de las obras musicales cuyos derechos de autor gestiona. Recauda los cánones a partir de los cuales se remunera a los titulares letones de derechos de autor y, mediante contratos celebrados con las sociedades de gestión extranjeras, los cánones a partir de los cuales se

²⁰² Caso C-177/16, *AKKA/LAA* EU:C:2017:689, párr. 37.



remunera a los titulares extranjeros de derechos de autor. Entre sus licenciarios figuran, en particular, comercios y centros de servicios, como usuarios de obras protegidas por los derechos de autor y los derechos afines.

El caso *AKKA/LAA* constituye un importante aporte a la jurisprudencia europea de precios excesivos en dos dimensiones adicionales, a saber: (i) aclarando la noción de “apreciabilidad” y (ii) reiterando la posibilidad de justificaciones “objetivas”. Como en muchos casos de precios excesivos, este caso involucró las políticas de precios de una sociedad colectiva de derechos de autor que detenta un monopolio legal, *AKKA/LAA*, en Letonia. La autoridad de competencia nacional multó a *AKKA/LAA* por abuso de posición de dominio y, en apelación, los tribunales nacionales refirieron al TJUE una buena cantidad de cuestiones referentes a la aplicación del artículo 102 del TFUE a precios excesivos.

El TJUE resolvió que, en el contexto de precios excesivos, la definición de abuso, requieren de una *apreciable* diferencia respecto de un precio competitivo legítimo. Además, y más particularmente, estableció que dicha diferencia debe ser tanto *significativa* como *persistente* en el tiempo; es decir, midiendo “apreciabilidad” tanto respecto de la magnitud como de la duración de dicha diferencia comparativa de precios.²⁰³

²⁰³ Otros aspectos particulares a considerar de la decisión bajo el caso *AKKA/LAA*:

1) El comercio entre los Estados Miembros puede verse afectado por la cuantía de los cánones fijados por una sociedad de gestión de derechos de autor que tiene un monopolio y gestiona también los derechos de titulares extranjeros, de tal modo que procede aplicar el artículo 102 TFUE.

2) A efectos de examinar si una sociedad de gestión de derechos de autor aplica precios no equitativos, en el sentido del artículo 102 TFUE, párrafo segundo, inc. a), resulta adecuado comparar sus tarifas con las aplicables en los Estados vecinos y con las aplicables en otros Estados Miembros, corregidas mediante el índice de paridad del poder adquisitivo, siempre que los Estados de referencia hayan sido seleccionados según criterios objetivos, apropiados y comprobables y que la base de las comparaciones efectuadas sea homogénea. Es posible comparar las tarifas aplicadas a uno o varios segmentos de usuarios específicos si existen indicios de que el carácter excesivo de los cánones afecta a estos segmentos.

3) La diferencia entre las tarifas comparadas debe considerarse notable si es significativa y persistente. Tal diferencia constituye un indicio de abuso de posición dominante e incumbe a la sociedad de gestión de derechos de autor en posición dominante demostrar que sus precios son



4.3. Casos Recientes Relacionados al Mercado de los Medicamentos

Durante los últimos años, ha habido algunos casos de precios excesivos resueltos por autoridades de competencia nacionales de Estados Miembros de la Unión Europea (por ejemplo, la CMA del Reino Unido, en los casos “Pfizer-Flynn”, “Accord-UK”, “Advanz”; la ACI de Italia, en el caso “Aspen” –que también tuvo su caso a nivel de la Comisión Europea-; y la ACM de Países Bajos, en el caso “Lediant”).

4.3.1. Caso Pfizer-Flynn²⁰⁴ (Reino Unido)

Este caso, resuelto por la Competition and Markets Authority (CMA), del Reino Unido, el 7 de diciembre de 2016, tuvo como demandadas a Pfizer y Flynn Pharma.

En los hechos, la CMA constató que Pfizer vendió a Flynn la autorización de comercialización del medicamento *Epatunim*. Flynn luego obtuvo la autorización para vender la droga como genérico, y comenzó a comercializarla bajo otra denominación. Ello permitió eludir la regulación de precios que recaía sobre *Epatunim*, ya que los precios de los genéricos son libres.

equitativos, basándose en elementos objetivos que incidan en los costes de gestión o en la remuneración de los titulares de los derechos.

4) En el caso de que se demuestre la existencia de la infracción recogida en el artículo 102 TFUE, párrafo segundo, inc. a), las remuneraciones destinadas a los titulares de los derechos deben incluirse en el volumen de negocios de la sociedad de gestión de derechos de autor de que se trate para determinar el importe de la multa, siempre que tales remuneraciones formen parte del valor de las prestaciones efectuadas por esa sociedad y que dicha inclusión sea necesaria para garantizar el carácter efectivo, proporcionado y disuasorio de la sanción impuesta. Incumbe al tribunal remitente comprobar, a la luz de todas las circunstancias del caso de autos, si se cumplen estos requisitos.

²⁰⁴ La información pública del caso puede encontrarse en el siguiente enlace de la CMA (disponible al 3 de septiembre de 2021): <https://www.gov.uk/cma-cases/investigation-into-the-supply-of-pharmaceutical-products>



DECONOMI

En su decisión la CMA determinó que ambas empresas, Pfizer y Flynn habían abusado de sus posiciones dominantes en los mercados estrechamente definidos para la fabricación y distribución, respectivamente, de cápsulas de fenitoína sódica fabricadas por Pfizer (un tratamiento para la epilepsia).

La CMA descubrió que Pfizer y Flynn lo hicieron aumentando los precios de las cápsulas a un nivel excesivo, una decisión poco común y pura de "precios excesivos", no relacionada con ninguna otra práctica abusiva.

La decisión de la CMA se basó esencialmente en una comparación entre el costo y el precio para determinar si los precios eran excesivos. La decisión se basó en un análisis abstracto, que comparó el precio con un punto de referencia teórico de "costo más 6%" ("cost plus" test). Utilizando este enfoque, la CMA concluyó que el nuevo precio era primero excesivo y luego injusto "en sí mismo" porque excedía el valor de referencia de "costo más 6%" (sobre la base de que el valor económico del producto no era mayor que el costo más 6%).

Sin embargo, el Competition Appeal Tribunal (CAT), en junio de 2018, al revisar lo resuelto por la CMA, sostuvo que ésta no había evaluado adecuadamente el valor económico de las cápsulas de fenitoína sódica y basarse, erróneamente, en una sola parte de la prueba de United Brands ("precio injusto en sí mismo"), sin evaluar adecuadamente los precios de comparadores significativos.

Los comparadores más obvios en este caso fueron las tabletas de fenitoína sódica (Pfizer y Flynn vendieron cápsulas), que se vendieron al NHS a precios considerablemente más altos (25% más altos que las cápsulas), un precio establecido por el Departamento de Salud del Reino Unido.



DECONOMI

Por lo tanto, la clave de esta evaluación fue la aplicación adecuada del test adoptado por el TJUE en el caso United Brands, comentado precedentemente, y, en particular, la medida en que una autoridad de competencia debería tener en cuenta los precios de productos comparables después de haber decidido que el precio del producto en cuestión es injusto "en sí mismo".

El CAT sostuvo que la CMA no había considerado suficientemente las pruebas producidas por Pfizer y Flynn con respecto a los precios de los medicamentos de comparación y anuló la decisión de abuso de posición de dominio resuelta por la CMA, pero remitió el caso de nuevo a CMA para su consideración adicional a la luz de la sentencia.

La CMA apeló la sentencia del CAT ante el Tribunal de Apelación por una serie de motivos, siendo el más significativo el que sugería que el CAT se había equivocado al sugerir que una autoridad de competencia no podía determinar precios desleales por referencia al producto en cuestión únicamente, es decir, sin tener en cuenta evidencia de los precios de los productos de comparación. El Tribunal de Apelación, en marzo de 2020, confirmó lo resuelto por el CAT en este tema, en decisión unánime.

La sentencia también aborda cuestiones importantes sobre el deber de buena administración de las autoridades de competencia, la presunción de inocencia de los investigados y el nivel de libertad que deben tener las autoridades al investigar y tomar decisiones basadas en pruebas sobre presuntas conductas abusivas.

A raíz de estas revisiones judiciales, la CMA decidió volver a investigar los asuntos remitidos por el CAT y reabrió su investigación en junio de 2020. Recientemente, a principios de agosto de 2021, la CMA emitió un "Pliego de Cargos" (también referido en algunas legislaciones como el "Informe de



Objeciones”), estableciendo –provisionalmente- que las empresas investigadas habrían explotado una laguna jurídica al cambiar la marca del medicamento, conocido como *Epanutin* antes de septiembre de 2012, con el efecto de que el medicamento no quede sujeto a la regulación de precios en la forma en que lo están los medicamentos de marca. Como Pfizer y Flynn eran los proveedores dominantes del medicamento en el Reino Unido, según la CMA, el NHS no habría tenido más remedio que pagar los precios altos por este medicamento vital.

La CMA sostuvo que, tras los aumentos de precios de las empresas, el gasto del NHS en cápsulas de fenitoína sódica aumentó de alrededor de £2 millones al año en 2012, a alrededor de £50 millones en 2013. Durante más de 4 años, los precios de Pfizer fueron entre un 780% y un 1.600% más altos de lo que había cobrado previamente. Luego, Pfizer suministró el medicamento a Flynn, que lo vendió a mayoristas y farmacias a precios entre un 2.300% y un 2.600% más altos que los que habían pagado anteriormente.

4.3.2. Caso Aspen (Italia²⁰⁵ & Comisión Europea²⁰⁶)

En septiembre de 2016, la Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato de Italia (AGCM) dictaminó que el grupo farmacéutico genérico sudafricano Aspen había abusado de su posición dominante conforme el artículo 102 (a) TFUE, al imponer a la Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA) incrementos de precio de hasta el 1500% para una serie de medicamentos contra el cáncer conocidos como *Cosmos*, e impuso una multa de más de 5 millones de euros a la empresa.

El trasfondo fáctico del caso gira en torno a los medicamentos mencionados, especialmente para determinadas categorías de pacientes

²⁰⁵ La información pública del caso puede encontrarse en el siguiente enlace de la CMA (disponible al 3 de septiembre de 2021): https://en.agcm.it/dotcmsDOC/pressrelease/A480_eng.pdf

²⁰⁶ La información pública del caso puede encontrarse en el siguiente enlace de la CMA (disponible al 3 de septiembre de 2021): https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_40394



DECONOMI

(ancianos y niños) para los que carecen de sustitutos terapéuticos. Su desarrollo se remonta a las décadas de 1950 y 1960, y la protección de patente relacionada había expirado hace mucho tiempo cuando Aspen adquirió la marca registrada y derechos de comercialización de su creador, GlaxoSmithKline, en 2009. Estas peculiares circunstancias hicieron posible la amortización total de las inversiones en I&D, marketing y promoción, en el momento de la adquisición de Aspen.

Los medicamentos *Cosmos* fueron reembolsados por el NHS, debido a su relevancia clínica y falta de sustitutos, y su precio fue objeto de negociaciones con AIFA. A partir de 2013, Aspen siguió una estrategia agresiva hacia la agencia reguladora en el contexto de los procedimientos de negociación de precios con el fin de obtener una "exclusión" de los medicamentos *Cosmos*; es decir, no reembolsable pero sostenido directamente por los pacientes a un precio fijado por la propia empresa farmacéutica. El objetivo final era, de hecho, aumentar los precios y alinearlos con los cobrados en otros Estados Miembros de la Unión Europea. Esta postura no fue aceptada por AIFA a la luz del carácter no sustituible de los medicamentos en cuestión. Sin embargo, el regulador tuvo que aceptar una revisión sustancial del alza de los precios como resultado de la amenaza de Aspen de retirar los medicamentos del mercado italiano y ponerlos a disposición solo a través del comercio paralelo de otros mercados europeos.

Al resolver sobre esta conducta en 2016, la AGCM estableció que Aspen tenía una posición dominante en el mercado relevante (definido a nivel ATC5) como el único titular de la autorización de comercialización para los medicamentos *Cosmos* y dada la falta de sustituibilidad de los medicamentos por medicamentos específicos.

Asimismo, evaluó la estrategia puesta en marcha por la empresa productora de genéricos de acuerdo con el test legal del TJUE en *United Brands*. Más precisamente, la AGCM comparó los costes de producción de los medicamentos en cuestión y el precio efectivamente cobrado por Aspen, para determinar el precio excesivo. Esto se midió por el porcentaje de margen bruto y



DECONOMI

por otra metodología basada en la tasa de rendimiento porcentual promedio de las ventas (ROS) obtenida por las dos principales empresas genéricas activas a nivel mundial. (13%). Ambos mostraron una desproporción sustancial en el precio en función del valor económico, con un exceso de "costo adicional" que oscilaba entre el 150 y el 400%.

Otro punto de referencia utilizado fue el costo de capital promedio ponderado (WACC) para el sector farmacéutico en su conjunto (8%): en este sentido, el WACC de los medicamentos de *Cosmos* fue entre dos y cuatro veces mayor, lo que confirmó, a criterio de la AGCM, el carácter injusto de las ganancias de Aspen. En cuanto a este segundo aspecto del test (es decir, lo injusto), la AGCM comprobó que no había otras justificaciones razonables (en particular, posibles factores no relacionados con los costos) para los aumentos de precios impuestos al regulador del sector.

Esta decisión fue confirmada por el tribunal administrativo italiano de primera instancia (T.A.R. Lazio), confirmando así lo dictaminado por la AGCM.

La aplicación de la ley de competencia contra las prácticas de precios excesivos del grupo Aspen, tuvo también más desarrollos a nivel de la UE. De hecho, el 15 de mayo de 2017, la Comisión Europea anunció una investigación formal acerca de las prácticas de aumentos progresivos de precios de Aspen en relación con seis medicamentos, en todos los países de Europa donde los vendía.

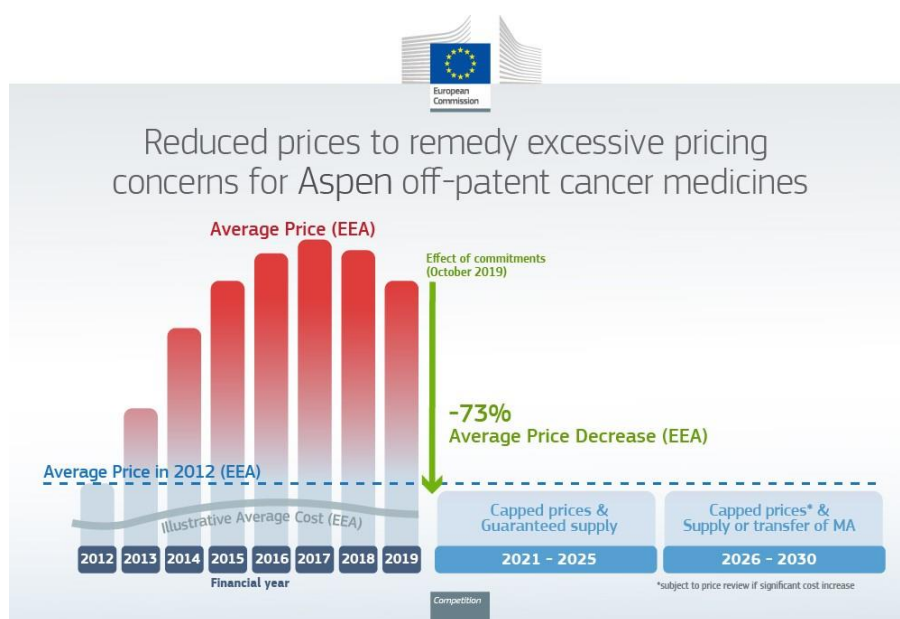
Según el análisis de los datos contables de Aspen efectuado por la Comisión, tras los aumentos de precios, Aspen había obtenido unos beneficios muy elevados por la venta de estos medicamentos en Europa, tanto en términos absolutos como en comparación con los niveles de beneficios de empresas similares del sector. En promedio, los precios de Aspen superaron en casi 300%



DECONOMI

los costes pertinentes, incluso después de descontar un beneficio razonable, si bien existían diferencias entre productos y países.

Finalmente, la Comisión aceptó los compromisos asumidos por Aspen para reducir en una media del 73% el precio de los seis medicamentos en todos los Estados Miembros en los que los comercializa, mantener un techo máximo de precios (price-ceiling) y garantizar suministro a largo plazo.



Fuente: DG Comp, Comisión Europea

4.3.3. Caso Accord-UK²⁰⁷ (Reino Unido)

El 15 de julio de 2021, la CMA impuso multas de hasta £266,4 millones, a varios fabricantes de medicamentos, por dos infracciones: (i) cobrar precios excesivos e injustos, en violación de la prohibición del Capítulo II de la Ley de Competencia de 1998 del Reino Unido, sobre abuso de una posición

²⁰⁷ La información pública del caso puede encontrarse en el siguiente enlace de la CMA (disponible al 3 de septiembre de 2021): <https://www.gov.uk/cma-cases/hydrocortisone-tablets-alleged-excessive-and-unfair-pricing-anti-competitive-agreements-and-abusive-conduct-50277>



DECONOMI

dominante, y (ii) celebrar acuerdos de reparto de mercado de “pago por demora” (pay for delay), en violación de la prohibición del Capítulo I de la Ley de Competencia de 1998 del Reino Unido, sobre acuerdos anticompetitivos.

En lo que importa a los efectos de este trabajo, en materia de precios excesivos, la CMA descubrió que Auden Mckenzie y su sucesor económico, Actavis UK (ahora conocido como Accord-UK), cobraron de más al Servicio Nacional de Salud (NHS, por sus siglas en inglés) por las tabletas de hidrocortisona (utilizadas por decenas de miles de pacientes del Reino Unido para tratar la insuficiencia suprarrenal) entre 2008 y 2018, aprovechando el hecho de que los medicamentos sin marca no están sujetos a la regulación de precios del NHS.

Durante ese tiempo, el precio de las tabletas aumentó en más del 10.000%, de menos de £1 por paquete de 10 mg para la versión de marca original a más de £80. Mientras tanto, el gasto del NHS en tabletas de hidrocortisona aumentó de alrededor de £500.000 al año en 2008 a más de £80 millones al año en 2016. Aunque los precios cayeron gradualmente después de que los competidores ingresaron al mercado, Accord-UK continuó cobrando precios más altos que sus rivales.

La CMA también descubrió que Auden Mckenzie y Accord-UK pudieron aumentar los precios de manera significativa, porque fueron los únicos proveedores de las tabletas durante gran parte de ese período. Auden Mckenzie diseñó inicialmente esto mediante la celebración de acuerdos de "pay for delay" con dos fabricantes de genéricos potencialmente competidores: AMCo (ahora, Advanz Pharma) y Waymade. Los genéricos acordaron permanecer fuera del mercado entre 2011 y 2015, a cambio de pagos por un total de £21 millones y £1,8 millones (respectivamente). Después de que Accord-UK se hiciera cargo de las ventas de tabletas de hidrocortisona de Auden Mckenzie en 2015, continuó realizando pagos a Advanz Pharma.



4.3.4. Caso Lediant²⁰⁸ (Holanda)

El 1ro. de julio de 2021, la autoridad de competencia de los Países Bajos (ACM) impuso una multa a la empresa farmacéutica Lediant. Según la ACM, Lediant impuso un precio excesivo para vender su medicamento recetado, CDCA-Lediant, en los Países Bajos. Esto ocurrió en el período de junio de 2017 a diciembre de 2019. Como tal, Lediant abusó de su posición dominante. La multa fue por €19.569.500.

CDCA-Lediant es un fármaco vital para los pacientes que padecen xantomatosis cerebrotendinosa (CTX), que es un trastorno metabólico genético poco común. Sin el tratamiento adecuado, la salud de los pacientes con CTX se deteriora gravemente y pudiendo morir prematuramente. Desde la década de 1970, CTX se trata en los Países Bajos con ácido quenodesoxicólico (CDCA), que se utilizó originalmente para el tratamiento de cálculos biliares. Si los pacientes con CTX son tratados con medicamentos basados en CDCA a tiempo, podrían vivir una vida normal. Por el resto de sus vidas, dependerán de tales drogas.

Desde 2008, Lediant ofrece el medicamento basado en CDCA en el mercado holandés, Chenofalk. Este medicamento no fue desarrollado por Lediant, sino que fue adquirido de otro fabricante. En los Países Bajos, el precio máximo de este medicamento en aquel momento era de €46 por 100 cápsulas. A finales de 2009, Lediant cambió el nombre del fármaco a Xenbilox y subió el precio, por lo que el precio de venta subió a €885, que era casi 20 veces el precio original. En 2014, Lediant decidió lanzar un proyecto para solicitar la designación de huérfano y la autorización de comercialización de su medicamento basado en CDCA para el tratamiento de CTX y volvió a subir el precio de Xenbilox a €3.103.

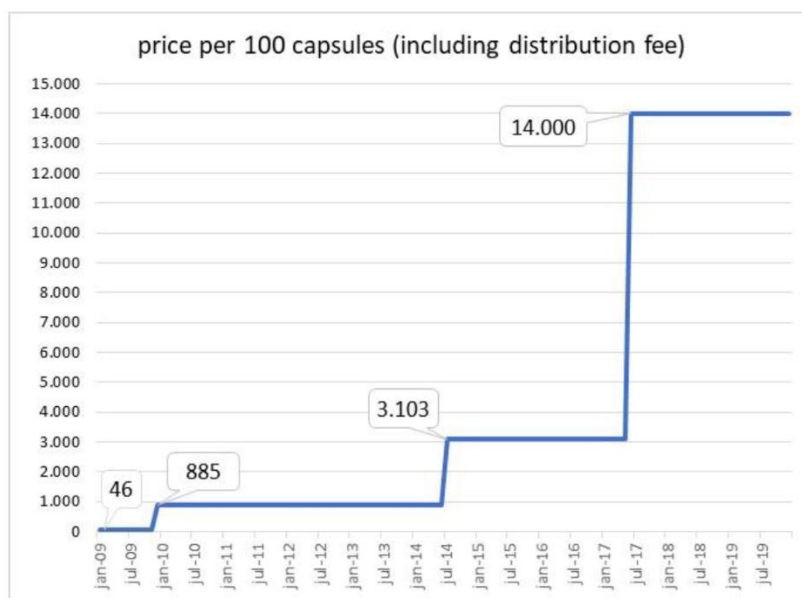
²⁰⁸ La información pública del caso puede encontrarse en el siguiente enlace de la ACM (disponible al 3 de septiembre de 2021): <https://www.acm.nl/en/publications/decision-fine-lediant-excessive-price-cdca-drug>



DECONOMI

En consecuencia, la droga se volvió casi cuatro veces más cara. A finales de 2014, a Leadiant se le otorgó la designación de medicamento huérfano y, en abril de 2017, se le otorgó la autorización de comercialización. Esto le dio a Leadiant la exclusividad del mercado durante 10 años en la UE para medicamentos basados en CDCA para el tratamiento de CTX.

En junio de 2017, Leadiant lanzó CDCA al mercado holandés con el nombre comercial CDCA-Leadiant y dejó de vender CDCA con el antiguo nombre comercial Xenbilox. CDCA-Leadiant y Xenbilox son molecularmente idénticos: no hay diferencia entre eficacia y seguridad. Desde entonces, Leadiant cobró un precio de €14.000 por CDCA-Leadiant, más de cuatro veces el precio anterior. Esto asciende a €153.300 euros por paciente al año. Este nuevo precio es más de 15 veces superior al precio de Xenbilox antes de que Leadiant lanzara su proyecto en 2014 para obtener la designación de medicamento huérfano.



Fuente: ACM – Tendencia de Precios de CDCA-Leadiant, 2009-19

Según la ACM, este aumento de precio no puede explicarse por los costos asociados con la designación del medicamento huérfano y la autorización



de comercialización, ya que Leadiant ya había recuperado esos costos cuando lanzó CDCA-Leadiant al mercado, debido al aumento de precio de Xenbilox en 2014.

En síntesis, siguiendo los parámetros establecidos bajo el precedente United Brands, estos fueron los principales argumentos del ACM para determinar la existencia de los precios excesivos en el caso de Leadiant:

1. El precio se considera excesivo porque es desproporcionado con el bajo costo del medicamento en cuestión. La ACM tuvo en cuenta los costes incurridos para obtener el estatus de medicamento huérfano y la autorización de comercialización, el riesgo de que el proyecto no tenga éxito y un margen de beneficio razonable del 15%;
2. El precio sería injusto porque no habría habido ninguna innovación en relación con el medicamento desde cuando el precio era de €46. El precio también es significativamente más alto que el precio de la alternativa.

ACM también señala la responsabilidad especial que conlleva la posición dominante de Leadiant, como el único fabricante de un medicamento huérfano del que dependen completamente los pacientes con CTX. Esto significa que Leadiant debería haberse abstenido de cobrar precios excesivos y debería haber hecho más esfuerzos para acordar un precio razonable con el Ministerio y las aseguradoras de salud.

La ACM sostuvo que “un precio se considera excesivo y, como tal, un abuso de posición dominante, si ese precio es exorbitantemente alto e injusto. Este también es el caso si ese precio es cobrado por un medicamento huérfano en una situación de exclusividad de mercado, como en este caso. No es la exclusividad de mercado lo que se está discutiendo, sino más bien la forma en que Leadiant utiliza esta exclusividad. Se puede justificar un precio más alto si el fabricante debe recuperar altos costos o si el producto ofrece muchos beneficios



o es innovador. La investigación de ACM revela que tampoco es el caso con CDCA-Leadiant.”²⁰⁹

4.3.5. Caso Advanz²¹⁰ (Reino Unido)

La CMA estableció más de £ 100 millones en multas por precios excesivos aplicados a medicamentos de tiroides. La CMA sostuvo que desde 2009 y hasta 2017, la compañía farmacéutica Advanz había cobrado precios excesivos por el suministro de tabletas de liotironina, que se utilizan para tratar la deficiencia de la hormona tiroidea.

Según la CMA, lograron aplicar dichos precios porque las tabletas de liotironina se encontraban entre una serie de medicamentos que, aunque genéricos, se enfrentaban a una competencia limitada o nula y, por lo tanto, podían soportar repetidos aumentos de precios. Los aumentos de precios no habrían sido impulsados por ninguna innovación o inversión significativa, los volúmenes se mantuvieron en general estables y el costo de producción de las tabletas no habría aumentado significativamente tampoco.

Esta estrategia, que comenzó en 2007, implicó un aumento general del precio de las tabletas de liotironina de más del 6.000%. El gasto del NHS en tabletas en 2006, el año anterior a la implementación de la estrategia, fue de £600.000, pero en 2009 había aumentado a más de £2,3 millones y saltó a más de £30 millones en 2016. CMA multó a las empresas involucradas con un total de más de £100 millones por los períodos relevantes en los que violaron la ley: Advanz (£40,9 millones), junto con HgCapital (£8,6 millones) y Cinven (£51,9

²⁰⁹ Texto original de la versión oficial de la ACM dice: “A price is considered to be excessive, and, as such, an abuse of a dominant position, if that price is exorbitantly high and unfair. This is also the case if that price is charged for an orphan drug in a situation of market exclusivity, such as in this case. It is not this market exclusivity that is under discussion, but rather the way in which Leadiant uses this exclusivity. A higher price can be justified if the manufacturer must recoup high costs or if the product offers many benefits or is innovative. ACM’s investigation reveals that neither is the case with CDCA-Leadiant.”

²¹⁰ La información pública del caso puede encontrarse en el siguiente enlace de la CMA (disponible al 3 de septiembre de 2021): <https://www.gov.uk/cma-cases/pharmaceutical-sector-anti-competitive-conduct>



millones), dos empresas que anteriormente eran propietarias de los negocios que ahora forman parte de Advanz.

5. Jurisprudencia Argentina

Hubo un primer período en la jurisprudencia argentina, luego de la sanción de la Ley 22.262 (1980), en el cual se resolvieron casos por abusos explotativos de posición dominante, pero ninguno sobre precios excesivos.

En una segunda etapa, en 1999, la CNDC dictaminó sobre un caso muy importante, en el cual recomendó imponer una multa a YPF. Bajo este caso, “CNDC c. YPF”²¹¹, la autoridad de competencia argentina analizó la política de precios de la principal empresa petrolera nacional –por entonces, de propiedad privada- con relación a sus ventas mayoristas de gas licuado de petróleo (GLP).

La conducta investigada en este caso consistió en la discriminación de precios entre las ventas a distribuidores del mercado interno de GLP y las ventas al exterior, sin justificación de costos ni en diferencias de volumen. Esta discriminación, en la práctica significaba que el mismo producto que se exportaba a precios internacionales, se vendía en el mercado local a un precio muy superior.

La CNDC sostuvo que la diferencia se explicaba en que la empresa tenía posición dominante en el mercado interno, pero no en el mercado internacional. En el mercado doméstico mayorista de GLP, YPF era la única empresa con real capacidad de fijar precios, y los otros productores se comportaban como seguidores de los precios que aquella determinaba. Por el contrario, en el mercado externo, YPF era tomador de los precios internacionales

²¹¹ Resolución 17/1999 de la entonces Secretaría de Industria, Comercio y Minería.



vigentes, y sus valores de exportación a países limítrofes (en particular, Brasil y Chile) estaban limitados por la posibilidad de dichos mercados de abastecerse de GLP de otros países. Esta situación llevó a YPF a cobrar un precio algo en el mercado interno, donde la demanda era inelástica, y un precio más bajo en el mercado externo, donde la demanda era elástica al precio internacional.

Una tercera etapa, más reciente, está marcada por dos casos de abusos explotativos de posición dominante. En uno de estos casos, “CNDC c. El Tehuelche y PCR”²¹², sin embargo, se consideró que había existido abuso pero no perjuicio al interés económico general²¹³. El otro caso, de especial interés a los efectos de este trabajo, es el caso “FEGHRA c. SADAIC”²¹⁴ (el caso “SADAIC”).

5.1. Caso SADAIC

En este caso, la CNDC analizó la denuncia presentada por la Federación Empresaria Hotelera Gastronómica de la República Argentina (FEHGRA) contra la Sociedad Argentina de Autores y Compositores de Música (SADAIC), por presuntas conductas de ésta por abuso de posición dominante como oferente en el mercado de derechos de autor de obras musicales, mercado en el cual los hoteles asociados a FEHGRA fueron denunciados.

SADAIC cobraba aranceles a los hoteles por el consumo de música que los clientes de dichos hoteles realizaban durante su estadía en los mismos, de manera principalmente indirecta, a través de los televisores de las

²¹² Expte. N° S01:0427368/2009 (C. 1302), caratulado: “FEDERACIÓN EMPRESARIA HOTELERA GASTRONÓMICA DE LA REPÚBLICA ARGENTINA S/ SOLICITUD DE INTERVENCIÓN DE LA CNDC (C. 1302)”, resuelto mediante la Resolución 387/2017 de la entonces Secretaría de Comercio.

²¹³ Básicamente, la CNDC consideró que existía una discriminación de precios entre distintos clientes del mismo producto, pero que dicha discriminación no era imputable a El Tehuelche, que era un empresa con locales comerciales para la venta de materiales de construcción y decoración. La diferencia de precios denunciada (zona Rio Gallegos –mayor precio- vs. zona Viedma –precio menor-), habría estado motivada por el precio de compra distinto que fijaba Petroquímica Comodoro Rivadavia (PCR), que era la empresa cementera que fabricaba el producto en cuestión.

²¹⁴ Res. 371/2018 de la entonces Secretaría de Comercio.



DECONOMI

habitaciones de los hoteles. La denuncia también involucraba una conducta de tipo discriminatoria, ya que los aranceles fijados eran diferentes según los hoteles estuvieran o no incluidos en algún contrato que SADAIC firmaba con ciertas asociaciones hoteleras regionales.

La Secretaría de Comercio, de conformidad con lo dictaminado previamente por la CNDC (en adelante, la Autoridad de Competencia), concluyó que SADAIC tenía una posición de dominio en el mercado de otorgamiento de autorizaciones para la reproducción de música en hoteles, producto de una ley nacional (ley 17.648), que le otorgaba el monopolio legal en ese mercado. Esto implicaba que los hoteles estaban obligados a pagar los aranceles que libremente fijaba SADAIC.

Asimismo, la Autoridad de Competencia concluyó que la política de precios de SADAIC para los hoteles, implicaba el cobro de aranceles que, en promedio, eran sustancialmente más altos a los cobrados en otros países por sociedades similares a SADAIC (por ejemplo, en Venezuela, Chile, México, Colombia y España) y también a los aranceles promedio cobrados por otras entidades argentinas de gestión colectiva de derechos de autor (como ser, AADI-CAPIF y Argentores).

País	Entidad	Características	Tarifa mensual / habit. En U\$S				
			1	2	3	4	5
Venezuela	SACVEN	Tarifa General	0,85	0,85	1,02	1,19	1,53
Chile	SCD	Tarifa General	0,60	0,60	0,76	0,95	1,52
Paraguay	APA	Tarifa General	0,00	0,42	1,39	3,48	6,96
México	SACM	a) T.G. para toda la República:					
		Zona A	0,17	0,25	0,33	1,00	2,49
		Zona B	0,16	0,23	0,31	0,94	2,35
		Zona C	0,14	0,21	0,29	0,86	2,14
		b) Zonas turísticas, fronterizas o metropolitanas:					
		Zona A				1,39	3,05
		Zona B				1,30	2,87
Zona C				1,19	2,62		
		Promedio	0,16	0,23	0,31	1,11	2,59
Colombia	SAYCO	Zona 1 (Chapinero)		0,05	0,12	0,33	1,54
		Zona 5 (Cartagena)		0,29	0,33	0,62	1,91
		Promedio		0,17	0,23	0,48	1,72
España	SGAE	Tarifa General	0,10	0,15	0,27	0,53	1,07
		Promedio Países de Ref.	0,34	0,40	0,66	1,29	2,56
Argentina	SADAIC	Tarifa General	4,73	4,92	6,05	9,20	17,04

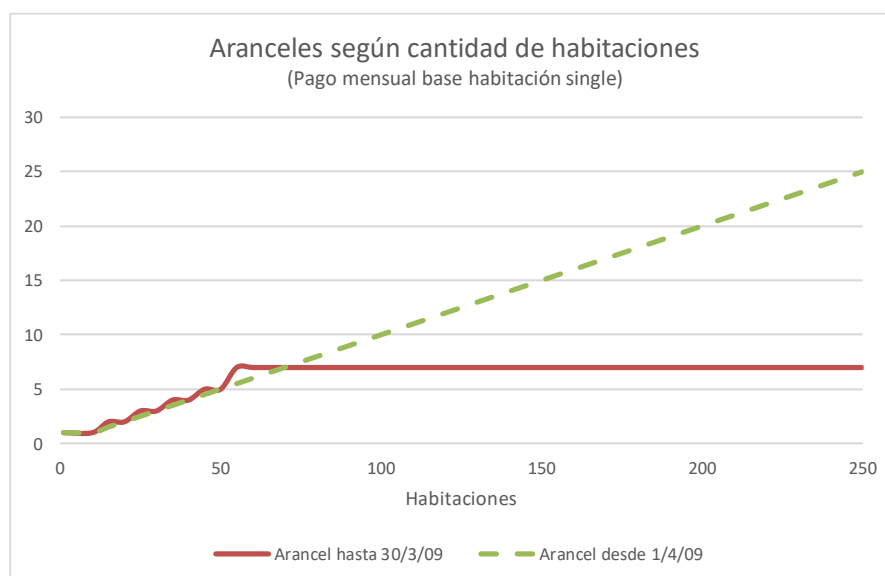
Fuente: Dictamen CNDC - Comparación Internacional

La Autoridad de Competencia, también concluyó que el cambio en el régimen tarifario impuesto por SADAIC en 2009, había implicado un incremento



DECONOMI

sustancial en el monto de dichos aranceles promedio (en particular, en lo referido a los hoteles de más de 50 habitaciones), y también verificó la existencia de una política de discriminación de precios que permitía que algunos hoteles se beneficiaran de descuentos por “estacionalidad” y por “factor de ocupación”, mientras que la gran mayoría de los hoteles no tenían acceso a esos descuentos.



Fuente: Dictamen CNDC - Tabla Arancelaria de SADAIC pre y post 1-4-2009 (base single)

En consecuencia, la Autoridad de Competencia resolvió el cese de la conducta abusiva de SADAIC, la imposición de una multa de \$42.732.771, y realizó una recomendación regulatoria al Ministerio de Cultura y al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación -encargado de la supervisión del funcionamiento de SADAIC como gestor de cobro de los derechos de autor de composiciones musicales- para que éstos establezcan una normativa para los aranceles de SADAIC basada en principios de alcance acotado, no discriminación, razonabilidad y transparencia.

En revisión judicial, la Sala III de la Cámara Civil y Comercial Federal (CCCF), en agosto de 2019, revocó parcialmente lo resuelto por la Autoridad de



DECONOMI

Competencia en este caso²¹⁵ y se concedió el Recurso Extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), que a la fecha del presente no se ha expedido.

En lo que respecta al fallo de la CCCF, ésta advierte que la herramienta pertinente y más eficaz para que los monopolios legales no abusen de sus facultades, es un ente regulador. También reconoce que en el mercado en cuestión –aquel en el que opera SADAIC- no existe ente regulador.

Al respecto, es importante recalcar una vez más que en un caso de abuso de posición dominante por precios excesivos, la Autoridad de Competencia, de acuerdo con el marco normativo vigente y en forma consistente con la jurisprudencia, el derecho comparado y las mejores prácticas internacionales, no debe regular los precios, sino que se limita a determinar cuál es la causa de que en ese mercado no operen la libre competencia y los precios competitivos y, en el marco de sus atribuciones, proponer mecanismos para remediar la situación.

En este caso, se ha dicho que el origen de los aranceles excesivos ha sido una falla regulatoria. En virtud de una ley, SADAIC es una entidad que no opera en competencia, y –al momento de la resolución de la Autoridad de Competencia- carecía de una regulación específica del arancel que cobra, en este caso, a los hoteles. Por ello, en la resolución objetada se ha dicho que existe una “falla regulatoria” por cuanto jurisprudencialmente se ha interpretado que en los términos de la Ley N° 17.648, SADAIC cuenta con exclusividad o monopolio legal en relación con la percepción de aranceles originados en la ejecución secundaria de obras musicales, pero no existe normativa de ninguna índole que especifique cómo deben fijarse dichos aranceles.

²¹⁵ Causa Nro. 7971/2018/CA1: “Federación Empresaria Hotelera Gastronómica de la República Argentina c/SADAIC y otro s/Apel. Res. Comisión Nacional de Defensa de la Competencia”.



DECONOMI

Por ello mismo, la Autoridad de Competencia en este caso se limitó a imponer una multa, que no se encuentra acompañada por una orden a SADAIC respecto a qué arancel debe cobrar, sino de una recomendación al Poder Ejecutivo Nacional, aconsejando regular el arancel que SADAIC aplica a los hoteles, materia que no se encuentra específicamente regulada, a pesar de su condición de monopolio legal.

5.2. Relevancia del Caso SADAIC

La jurisprudencia local no cuenta con antecedentes de sanciones fundados únicamente en precios excesivos, de acuerdo a lo que sostiene la CCCF en su sentencia en este caso. El caso SADAIC representa una oportunidad valiosa para afianzar dicha jurisprudencia.

Consideramos que este caso verifica los estándares más razonables para que la conducta de precios excesivos pueda ser considerada un abuso explotativo de posición dominante.

Si analizáramos este caso desde la perspectiva del derecho de la competencia europeo, que es el que en mayor medida inspira los fundamentos del derecho y la política de competencia de nuestro país, llegaríamos a la necesaria conclusión de que la Autoridad de Competencia argentina, en el caso SADAIC, logró superar los tests de los dos casos más relevantes en la materia en el viejo continente, como ser los casos United Brands y AKKA/LAA, comentados brevemente ambos más arriba, en este mismo trabajo.

Por un lado, respecto al test del caso United Brands, la Autoridad de Competencia argentina logró acreditar acabadamente los dos extremos, es decir: (i) el carácter de excesivos de los aranceles cobrados por SADAIC, que se da por la diferencia entre los costos incurridos por SADAIC y el precio o arancel cobrado por este a los hoteles; y (ii) lo injusto de dichos aranceles tanto en sí



mismos, como comparados a los cobrados por otras sociedades de gestión de colectiva de derechos de autor, similares a SADAIC, como ser ARGENTORES y AADI/CAPIF.

Asimismo, a los fines de reforzar aun más el punto (ii) del test de United Brands, en lo que respecta a la comparación con otros prestadores de servicios similares y comparables al ofrecido por SADAIC, es de gran relevancia el test que ofrece el caso AKKA/LAA. Teniendo en cuenta que SADAIC detenta un monopolio legal, la Autoridad de Competencia argentina recurrió a la comparación de los aranceles que cobraban similares entidades en otros países, como ser, Venezuela, Chile, Paraguay, México, Colombia y España. Dicha comparación arrojó como conclusión que SADAIC en Argentina, cobraba precios entre 7 y hasta 80 veces más altos que los de dichos países. Para realizar dicha comparación, la Autoridad de Competencia argentina utilizó el mismo mecanismo aceptado por el TJUE para el caso AKKA/LAA, basado en la metodología de comparación de paridad del poder adquisitivo (PPA)²¹⁶.

Pocas veces se reúnen en un mismo caso extremos tan estrictos que permitan superar el test legal de este tipo de casos, con evidencias tan contundentes, comparaciones tan categóricas y hechos tan objetivos, como todo lo que fue acreditado por la Autoridad de Competencia argentina en este caso SADAIC.

Será importante conocer lo que resuelva la CSJN²¹⁷ sobre al suerte de este caso, siendo deseable que la misma confirme el criterio adoptado por la Autoridad de Competencia en el caso SADAIC en lo que respecta al fondo de la cuestión referido a las conductas anticompetitivas causadas por abuso

²¹⁶ Esta metodología ha sido avalada en la experiencia comparada; al respecto véase Conclusiones del Abogado General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sr. Nils Wahl presentadas el 6 de abril de 2017, Asunto C 177/16, Biedrība ‘Autortiesību un komunikēšanās konsultāciju aģentūra — Latvijas Autoru apvienība’ contra Konkurences padome, disponible en <http://curia.europa.eu/juris/>.

²¹⁷ A la fecha del presente, la CSJN no ha resuelto el Recurso Extraordinario.



explotativo de posición de dominio por precios excesivos, y así sentar bases mínimas y objetivas de cómo deberían analizarse estas conductas en la Argentina.

6. Conclusión

Por los motivos indicados a lo largo de este trabajo, los casos de precios excesivos han sido históricamente casos poco frecuentes.

Sin embargo, notamos que en los últimos años, tanto en Argentina como –particularmente- en diversas jurisdicciones de Europa, han habido algunos casos que permiten considerar que podríamos estar ante un eventual cambio de actitud desde las autoridades de competencia, con relación a estas prácticas de precios excesivos por abuso explotativo de posición dominante. Habrá que seguir de cerca la evolución de la jurisprudencia local y comparada.

De todas formas, e independientemente de este eventual giro que pudiere darse desde el lado de las autoridades, consideramos que se mantendrán la condiciones objetivas y razonables que serían necesarias a los efectos de que estas prácticas puedan ser eventualmente consideradas anticompetitivas por parte de las autoridades de competencia.

