

## El abuso de posición dominante en el mercado conforme el art. 11 del Código Civil y Comercial de la Nación y su régimen de aplicaciónn privada

Por María Victoria Albanesi

*Trabajo final para optar al título de Magíster en Derecho Empresario de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral\**

### **I. Introducción** [\[arriba\]](#)

En el presente trabajo nos proponemos realizar un análisis de la aplicación del art. 11° del Código Civil y Comercial de la Nación (“CCyC”), que establece el “abuso de posición dominante en el mercado” como ilícito civil con todos los efectos correspondientes: derecho del afectado a obtener tutela inhibitoria y resarcitoria, así como la reposición al estado anterior de cosas (de acuerdo a lo dispuesto en el tercer párrafo del art. 10° del mismo cuerpo normativo).

Para poder establecer debidamente la calificación de la figura dispuesta en el art. 11° del CCyC y sus requisitos de configuración<sup>[1]</sup>, resulta necesario analizar el “abuso de posición dominante en el mercado”, concepto que pertenece al derecho público (Ley de Defensa de la Competencia N° 27.442). Como la práctica de abuso de posición dominante en el mercado pertenece al derecho público, constituyendo un comportamiento prohibido en los términos del art. 1° de la Ley 27.442 por atentar contra la libre competencia en el mercado y afectar el interés económico general, entendemos que sólo la disciplina especializada de Defensa de la Competencia puede echar luz sobre dicho concepto (ya que no corresponde al derecho privado establecer los extremos de configuración del instituto). Por ello, analizaremos la doctrina y antecedentes jurisprudenciales (administrativos y judiciales).

Habiendo establecido el concepto los supuestos de abuso de posición dominante en el mercado, se verá cómo el concepto es “aggiornado” para su viabilidad dentro del régimen civil.

Posteriormente, se analizarán los remedios previstos en el art. 10° del mismo cuerpo legal, que consisten en mecanismos tendientes a proteger los intereses privados que pudieran haber sido afectados como consecuencia de la conducta ilícita en los términos del art. 11° del CCyC. Éstos son la tutela preventiva, la tutela resarcitoria y la reposición del estado de cosas anterior al comportamiento anticoncurrencial: se verán sus requisitos de procedencia y el delicado análisis que habrán de hacer los operadores jurídicos a fin de evitar una aplicación perjudicial de estos institutos.

Por último, no se puede dejar de mencionar cuál será la interacción deseable entre la autoridad administrativa de aplicación de la Ley N° 27.442 y los operadores del fuero judicial, requiriéndose una sana articulación entre el derecho público y el derecho privado, y de la competencia emergente de cada universo normativo, previo repaso de antecedentes jurisprudenciales relevantes que ayudan a ilustrar el debate y arribar a una posición.

Como conclusión, ofrecemos nuestra posición al respecto de la aplicación de la norma protectora dispuesta en el art. 11° del CCyC.

## II. El abuso de posición dominante en el mercado: definición [\[arriba\]](#)

La ley argentina, al igual que gran parte de la legislación comparada, no define el concepto de “abuso de posición dominante”, sin perjuicio de lo cual hay consenso en que dicho comportamiento importa un “ejercicio de poder de mercado”[2].

Cabanellas sostiene que existe abuso de posición dominante cuando una empresa se comporte en el mercado de una manera que se aparte, en forma sustancial, de la conductas que hubiera adoptado si enfrentara, en ese mercado, una competencia efectiva[3].

Estas conductas son aquéllas tendientes a incrementar los beneficios propios que generan impacto en los precios del mercado (tanto los precios propios como de los demás agentes económicos)[4].

Es decir, el abuso de posición dominante es una conducta realizada por quien ostenta posición dominante en un mercado, que resulta en un beneficio para sí superior al que podría obtener si tuviera competencia efectiva en dicho mercado.

Sin perjuicio de no disponer de una definición, la Ley de Defensa de la Competencia N° 27.442 enumera, de manera no taxativa, una serie de conductas que podrían constituir abuso de posición dominante en el mercado (art. 3°), entre las que se destacan la imposición de prestaciones adicionales, la imposición de condiciones discriminatorias o la negativa a satisfacer pedidos. Asimismo, dependiendo de las circunstancias del caso, podrían calificarse como tal otras hipótesis tales como i) precios predatorios; ii) imposición de precios de reventa; iii) ventas atadas; iv) negativa de acceso a facilidades esenciales; v) imponer precios u otras condiciones discriminatorias[5].

En la jurisprudencia local, se han calificado las siguientes conductas como constitutivas de dicha figura:

- a) Precios excesivamente altos exigidos de los compradores,
- b) Precios excesivamente bajos exigidos de los vendedores,
- c) Discriminaciones de precios y otras características de las operaciones,
- d) Negativas arbitrarias a operar,
- e) Cláusulas atadas[6].

Según lo dicho, el abuso de posición dominante requiere de un agente económico con poder de mercado, que utilice dicho poder para sus comportamientos[7], tomando decisiones unilaterales que influyen en los precios de un mercado[8].

Recientemente, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (“CNDC”) sostuvo que la configuración del abuso de posición dominante requiere “la materialización de su poder de mercado en una conducta, tal como una política de

precios, restricción en la oferta o demanda de cierto bien o servicio, disminución en la calidad o nivel de innovación, etc.”[9] por parte del agente económico.

Hay consenso, entonces, en que se configura el abuso de posición dominante cuando dicha posición dominante en la que se encuentra un agente económico o grupo de ellos “se utiliza de manera disfuncional”[10].

En nuestro país a partir de 2016, el “abuso de posición dominante en el mercado” se encuentra previsto en dos cuerpos legislativos: la Ley de Defensa de la Competencia y el Código Civil y Comercial de la Nación.

A continuación, trataremos la figura a la luz de cada marco regulatorio, los intereses que protegen, sus presupuestos de configuración y características, así como sus efectos jurídicos.

### **III. Tratamiento del abuso de posición dominante en el mercado en el régimen de defensa de la competencia [\[arriba\]](#)**

El legislador argentino de 1980, al momento de determinar el régimen de Defensa de la Competencia (que continúa vigente hasta estos días)[11], optó conceptualmente por seguir precedentes de legislaciones más avanzadas, como la ley española y el Tratado de Roma (1957) de constitución de la Comunidad Económica Europea[12].

De ese modo, el art. 1º de la Ley N° 22.262 que prohíbe los comportamientos anticoncurrenciales se basa en los arts. 85 y 86 del Tratado de Roma[13], y el art. 2º[14] en la Ley española del 20 de julio de 1963[15], regulaciones en las que las que se tiende a controlar la conducta de las empresas que han adquirido una posición de predominio en determinado mercado[16].

#### *1. El abuso de posición dominante en el mercado como ilícito anticompetitivo*

Es preciso comenzar puntualizando que en nuestra legislación de defensa de la competencia son lícitas las posiciones dominantes, reprimiéndose exclusivamente las conductas que sean calificadas como abusivas de dicha posición[17]: podrán ser reputados anticompetitivos determinados comportamientos que la posición dominante en el mercado permita a las empresas, pero no la posición dominante en sí.

La Exposición de Motivos de la Ley N° 22.262 ya aclaraba que dicha figura considera “que determinadas conductas anticompetitivas pueden ser consecuencia de decisiones unilaterales fundadas en la posición adquirida en un mercado determinado”.

Como se puede ver, estas conductas estarán signadas por un apartamiento “en forma sustancial” de aquéllas que se hubieran llevado a cabo en una situación de competencia efectiva[18].

Y esto solo puede ocurrir ante la inexistencia de “competencia sustancial”, situación en la que las empresas “no son susceptibles de ser controladas mediante las normas dirigidas a las conductas lesivas de la libre concurrencia ni de

experimentar la limitación sobre las decisiones empresarias que supone tal concurrencia”[19].

Un elemento constitutivo de la conducta abusiva prohibida por la legislación de defensa de la competencia es el perjuicio para “el interés económico general”. No podrá haber de abuso sin “una conducta susceptible de ser valorada negativamente desde el punto de vista de la sociedad en su conjunto”[20].

A continuación, trataremos los presupuestos de configuración del abuso de posición dominante en el mercado, mediante el análisis de los antecedentes de resoluciones administrativas y judiciales del ámbito local, así como decisiones en el marco de la legislación comunitaria europea.

### 1. Posición Dominante en el mercado

La posición dominante ha sido definida como “la categoría dogmática que define al poder de mercado con capacidad para distorsionar el régimen de competencia”[21] y se materializa cuando un agente económico no se encuentra sometido a una competencia “efectiva” o “sustancial”[22].

En caso de posición dominante, el poder de mercado es ostentado en un mercado “por una única persona o por un grupo de personas que actúan de manera concertada (cartel)”[23].

Las definiciones desarrolladas en la doctrina y jurisprudencia comunitaria europea ponen especial énfasis en la “independencia” del agente, entendida como la situación en la que la decisión de una empresa es indiferente para las restantes[24].

En el caso pionero relativo a abuso de posición dominante en la Unión Europea, “United Brands”[25], la Corte Europea de Justicia determinó que la posición dominante se relaciona a una posición de poder económico de una empresa, que es tal que le permite evitar que se mantenga una competencia efectiva en el mercado relevante, por contar con la posibilidad de conducirse en forma independiente de sus consumidores, clientes, y en última instancia, de sus competidores[26]. Asimismo, en el caso “Continental Can” se resolvió que

“se encuentran en una posición de dominio cuando, debido a su participación en el mercado, o a la combinación de ésta con la disponibilidad de conocimientos técnicos, materias primas o capital tienen el poder para determinar los precios o controlar la producción para una parte significativa de los productos en cuestión”[27].

A nivel local, en el ámbito administrativo, se definió posición dominante como

“una posición de fortaleza económica disfrutada por una empresa que le permite a la misma evitar que una competencia efectiva sea mantenida en el mercado relevante, confiriéndole la posibilidad de comportarse en una medida apreciable en forma independiente de sus competidores, clientes y en definitiva de sus consumidores”[28].

Por su lado, la jurisprudencia ha aportado su conceptualización como

“la situación que permite a una empresa comportarse independientemente, actuar sin tener en cuenta a sus competidores, compradores o proveedores, y ello por la posición de mercado que controla, disponibilidad de conocimientos técnicos, materia prima o capital que le permite imponer precios o controlar la producción o distribución en una parte significativa de los productos en cuestión”[29]. En virtud de dicha situación, no se “sufren” las consecuencias del mercado: “conducirse de este modo sin sufrir consecuencias en el mercado, sólo es posible para quien se encuentre en posición de dominio. Porque quien sufre la discriminación en el precio de su producto no puede contrarrestarla buscando otro comprador”[30].

También en la resolución del caso “YPF”[31] la CNDC sostuvo que “para considerar que una empresa goza de posición dominante no es necesaria la inexistencia de otras firmas que actúen en el mercado, sino que las circunstancias imperantes permitan que la empresa en cuestión actúe en forma relativamente independiente de aquéllas”[32].

Como puede verse, tanto la autoridad administrativa como la jurisprudencia utiliza términos sustancialmente idénticos a los del precedente *United Brands*[33].

La Ley N° 27.442 de Defensa de la Competencia incorpora parámetros para considerar cuándo existe posición dominante.

Conforme lo dispuesto en el art. 5°, la posición dominante en el mercado se configura, en cabeza de uno o más agentes económicos, en tres casos:

- a) 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.
- b) sin ser única oferente, no está expuesta a una competencia sustancial.
- c) 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[34].

El primer caso se presenta cuando el actor económico es el único oferente o demandante de un tipo determinado de producto, en el mercado nacional o global, por lo que su determinación no requiere mayor grado de análisis[35]. Es el caso de monopolios o monopsonios.

Se ha criticado que el término “en una o varias partes del mundo” es muy laxo, entendiéndose que pueden darse de casos en los cuales el mercado geográfico es todo el mundo o un continente o subcontinente (como una región económica (Mercosur)), y también cabe considerar un mercado geográfico menor al territorio nacional (por ejemplo, el mercado en una ciudad)[36]. Asimismo, la falta de competencia sustancial (segundo supuesto del art. 5°) puede estar sopesado en relación a una parte del territorio nacional, o incluso una localidad[37].

El segundo caso se refiere a la situación de un agente económico que no está expuesto a competencia sustancial, pese a existir una pluralidad de empresas actuantes en el mercado (es decir, no existe monopolio). Ello requiere indagar en el concepto de “competencia sustancial”, que supone “la existencia de una pluralidad de fuerzas independientes (en el mercado)”.

Se ha dicho, adoptando un criterio interpretativo de la Ley de Defensa de la Competencia (art. 6°), que la competencia sustancial básicamente se relaciona con la posibilidad efectiva de reacción por parte de los restantes competidores[38].

Conforme la doctrina, no existe competencia sustancial si la estructura del mercado “permite a una o más (de las empresas) elevar o disminuir sus precios, sin posibilidad de reacción efectiva de parte de las demás”[39], sea por el tamaño de la empresa, por su inserción en el mercado, por su organización, por los canales de distribución de los que dispone, etc.[40]. En tal caso, los demás concurrentes al mercado son incapaces de actuar en forma “efectivamente competitiva”[41].

Tampoco existe competencia sustancial en los casos en que “varias empresas adoptan una actitud no competitiva entre sí, aun cuando mantengan su individualidad e independencia operativa, cuando no existen otras firmas capaces de entablar una competencia efectiva con las que en conjunto controlan el mercado correspondiente”[42].

En el tercer caso, se trata de una novedad introducida por la Ley N° 25.156, relativa a “situaciones de control externo determinantes de las posibilidades competitivas de otros operadores”[43] referido al grado de integración horizontal o vertical que pueda determinar la viabilidad de competidores[44].

Tal control externo puede darse tanto con relación al acceso a los insumos para la producción, como a los canales de provisión y distribución[45]. El grado de integración horizontal genera concentración en el mercado, pudiendo dar como resultado una posición colectiva dominante[46]. Por su lado, la integración vertical se refiere al “control de varias o todas las etapas del proceso de producción o de distribución de un producto”[47] y pone al agente económico en situación de fijar barreras a la entrada desplazando a actuales partícipes o a quienes quieran participar en el mercado relevante y no cuenten con un grado de integración suficiente.

Es necesario entonces explicar el concepto de “mercado relevante” y su estructura.

## 2. Determinación del Mercado

Como explica la doctrina, “las conductas anticompetitivas deben ocurrir en algún lugar y respecto a un cierto tipo de producto o servicio”[48]. Por ello, la determinación del “mercado relevante” es fundamental analizar una conducta y precisar sus efectos sobre el régimen de competencia”[49].

La CNDC ha definido mercado relevante como el menor ámbito tanto de producto como geográfico en el cual resultaría beneficioso a un hipotético monopolista, imponer un aumento de precios pequeño, aunque significativo y no transitorio[50].

El mercado comprende dos dimensiones: el mercado del producto y el mercado geográfico[51]. Algunos autores consideran también necesario identificar el ámbito temporal[52], como “el período contemplado para evaluar la reacción de la oferta y la demanda frente a la conducta de un productor cuyo mercado relevante se

trata de determinar”[53]. Es preciso notar que esta noción no ha sido receptada en la jurisprudencia[54].

#### - Mercado del producto

Conforme la doctrina, el mercado del producto comprende “todos los bienes que son considerados como intercambiables o sustituibles, en razón de sus características, precios y utilización”[55].

Idéntica definición es adoptada por la CNDC[56], que establece como criterios para apreciar la sustitución de productos:

- i) características técnicas del producto o servicio,
- ii) intercambiabilidad o sustituibilidad funcional,
- iii) elasticidad cruzada de la demanda[57].

A la base de esta disposición se encuentra el concepto económico de “sustitución en la oferta y en la demanda”, considerándose la elasticidad cruzada de la demanda[58].

En caso que el bien producido sea “sustituible” por otros bienes (aun si los otros vendedores ofrecieran productos sustitutivos claramente diferentes, en lugar de idénticos[59]), el poder de mercado se verá limitado por la conducta de los consumidores[60] quienes, ante un alza del precio por sobre el nivel competitivo podrán desplazarse en cantidades sustanciales a otros vendedores.

En caso de posible traspaso significativo de sus consumidores hacia otros bienes alternativos derivado de un incremento de precios, la supuesta posición dominante del agente que genera el alza de precios no es tal[61].

La conducta también puede configurarse para precios demandados por el agente[62], aunque en tal caso, no procede utilizar el criterio de “elasticidad cruzada de demanda”, pues ésta no incide directamente sobre el poder de mercado de los compradores dominantes[63].

#### - Mercado geográfico

Por su parte, el mercado geográfico se refiere a la zona geográfica donde se oferta y demanda el producto en cuestión[64]. Dicha oferta y demanda ha de tener regularidad (no formará parte del mercado geográfico relevante un territorio donde los productos no son objeto de oferta y demanda, lo sean únicamente en cantidades limitadas, o irregularmente en cuanto a su frecuencia[65]).

Para su determinación, se utiliza el criterio de “sustitución por el lado de la demanda”[66], a cuyo fin se han de considerar:

“a) indicios de que los consumidores han trasladado o pueden trasladar su consumo hacia otras regiones geográficas como respuesta a un cambio en los precios relativos o en otras variables relevantes;

b) indicios de que los productores elaboran sus estrategias de negocios sobre la base de que existe sustitución en las demandas de distintas regiones geográficas ante cambios en los precios relativos o en otras variables relevantes;

c) el tiempo y costo que le implica al consumidor el traslado de su demanda hacia otras regiones geográficas;

d) los volúmenes realmente comerciados de los productos que se trasladan de una región a otra.”[67]

- Estructura del mercado

La estructura del mercado “consiste en las características institucionales de un mercado que pueden condicionar o influenciar las conductas o comportamientos que las firmas participantes deben seguir para maximizar sus beneficios”[68].

En especial se destacan:

- “la concentración (número y tamaño de los participantes),

- las condiciones de entrada al mercado en cuestión,

- la diferenciación de los productos,

- la elasticidad de los precios a la demanda de dicho mercado, y

- la proporción de costos fijos y variables en el corto plazo”[69]

La Ley de Defensa de la Competencia establece considerar las siguientes variables para determinar la estructura del mercado:

a) el grado de sustituibilidad del producto (art. 6° inc. a)) ya sea de origen nacional o extranjero. El concepto adoptado por la ley es el de la “sustitución por el lado de la oferta”. Se lo ha explicado como la “posibilidad de que, dada un alza de precios en un determinado producto o servicio, existan nuevos productores interesados en ofertar dicho producto”[70], incluyendo las condiciones de tal sustitución (barreras a la entrada) y el tiempo requerido para la misma.

b) el grado en que las restricciones normativas limiten el acceso de productos u oferentes o demandantes al mercado de que se trate: se refiere a las eventuales barreras jurídicas para la entrada al mercado relevante, por ejemplo las habilitaciones municipales, los derechos de patentes, los títulos universitarios habilitantes, las leyes de comercio nacional en cuanto a empresas extranjeras, las concesiones o licencias administrativas, etc.[71].

c) el grado en que el presunto responsable pueda influir unilateralmente en la formación de precios o restringir el abastecimiento o demanda en el mercado y el grado en que sus competidores puedan contrarrestar dicho poder: se refiere al grado en que una empresa tenga la capacidad de fijar precios en el mercado. Si una empresa es formadora de precios (por oposición a “tomadora de precios”), tiene poder de mercado[72], pero si la empresa puede fijar sus propios precios sin



que ello tenga influencia sobre los precios de sus competidores (porque éstos pueden contrarrestar su poder), no puede haber posición dominante[73].

### 3. Conductas abusivas

La posición dominante no se encuentra prohibida (no es ilícito), sino que es admitida “como resultado de la dinámica propia de los mercados”[74]. Por ejemplo, si una empresa adquiere una posición dominante a través de un proceso competitivo en el cual logra exitosamente llevar a cabo tácticas de eficiencia productiva, innovación, diferenciación, etc., colocándose en una posición superior en comparación con otras empresas del mercado[75].

Así se estableció jurisprudencialmente en la causa “M.S.O. Supercanal y otro v. Telered Imagen S.A. y otro” donde se sostuvo que “el monopolio per se no está sancionado por nuestra legislación. Más aún: el monopolio, en muchas ocasiones, es necesario para la economía”[76], destacando, como ejemplo, el caso de los productos nuevos en cuya comercialización un monopolio resulta natural[77].

Para que se configure una práctica prohibida, es necesario que la posición dominante sea utilizada en alguna de las formas que cabe calificar de abusivas[78]. La regulación prohíbe y somete a posibles sanciones cualquier conducta abusiva, si como consecuencia de ésta se produce un perjuicio al interés económico general[79].

En el ejemplar caso Hoffman-La Roche, la Corte Europea de Justicia consideró que se configuraba el abuso cuando una empresa con posición de dominio se conduce de tal manera que

“el grado de competencia es debilitado y, mediante la utilización de métodos diferentes de los que condicionan la competencia normal respecto de bienes o servicios, sobre la base de las operaciones de los operadores comerciales, tiene el efecto de dificultar el mantenimiento del grado de competencia aún existente en el mercado o el crecimiento de tal competencia”[80].

Sin embargo, a diferencia de lo que pueda ser resuelto bajo la normativa comunitaria europea, la ley argentina requiere como condición para la configuración del abuso de posición dominante la afectación al interés económico general.

Cabanellas concluye que el abuso de posición dominante “requiere la presencia de conductas que no serían posibles en caso de que la empresa con posición dominante se enfrentara con una competencia efectiva, ello además del requisito de perjuicio al interés económico general”[81].

Recientemente, la CNDC ha echado luz sobre el concepto a través del Proyecto de Lineamientos para el control de abuso de posición dominante. En línea con la doctrina y la jurisprudencia, se establece que la conducta de abuso de posición dominante debe cumplir los siguientes requisitos básicos:

1- representar un ejercicio del poder de mercado por parte de una empresa con posición dominante: a través de una conducta tal como una política de precios,

restricción en la oferta o demanda de cierto bien o servicio, disminución en la calidad o nivel de innovación, etc.

2- generar un perjuicio económico a proveedores, clientes o competidores (incluyendo aquéllas conductas que explotan a clientes o proveedores o aquéllas que implican desplazamiento o exclusión de competidores o límites a su crecimiento);

3- el perjuicio generado no habría sido posible si la conducta hubiese sido llevada a cabo por una empresa sin posición dominante (análisis a realizarse mediante la comparación de los efectos de la conducta en un contexto de posición dominante o en un contexto sin ella)[82].

En resumen, se trata de conductas que benefician a la empresa y no hubieran podido ser adoptadas si la empresa no gozara de poder de mercado[83].

Como ya se mencionó, el art. 3° de la Ley N° 27.442, establece un listado de ejemplos que constituyen una violación al art. 1° (que se analizarán más abajo). Algunos de ellos podrán ser abusos de posición dominante, sujeto a que se configure lo dispuesto en el art. 1° respecto del perjuicio al interés económico general, noción que se analiza a continuación.

#### 4. Perjuicio al interés económico general

El interés de alcance general que es protegido por la normativa de defensa de la competencia se denomina “interés económico general”, y tiene en miras la protección de la competencia[84]. La Ley N° 27.442 en su art 1° establece que estarán prohibidas aquellas conductas anticompetitivas “que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general”.

La CNDC explica que hay identidad entre interés económico general y funcionamiento del mercado: “El interés económico general está preservado cuando está preservado el funcionamiento del mercado, ya que de este modo se obtienen todos los beneficios que resultan de la competencia”[85].

Desde un punto de vista económico, el interés económico general se identifica con el excedente del consumidor y con el excedente total de los agentes económicos, incluyendo no sólo los excedentes que obtienen los consumidores por participar en un mercado sino los beneficios de las empresas que operan en la cadena de producción y comercialización del bien o servicio, y los excedentes que puedan obtener los proveedores de los insumos, incluidos los trabajadores[86].

Todo el propósito perseguido por la legislación regulatoria de la competencia es el fomento del interés económico general”[87]. Por ello, la inexistencia de afectación al interés económico general obsta a la configuración de un ilícito anticompetitivo: es una condición necesaria para que se configure una violación de la ley.

En palabras de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia,

“Esto implica que, para que una determinada conducta sea sancionable a través de la ley de defensa de la competencia, debe por un lado ser anticompetitiva (a

través de la distorsión de un mercado o del abuso de una posición dominante en él) y por el otro debe ser perjudicial para la comunidad (atentando contra el interés económico general)”[88].

Para que exista abuso de posición dominante en el mercado, en términos de la Ley N° 27.442, debe haber una lesión al interés económico general. Ésta es una condición necesaria, sin la cual no se produce la ilicitud del abuso de posición dominante[89].

No es necesario que la conducta afecte de forma inmediata a proveedores, usuarios o competidores, sino que basta que la conducta, llevada a cabo por una empresa dominante, afecte negativamente la estructura de la competencia o del mercado[90].

La CNDC lo propone así en el Proyecto de Lineamientos para el análisis de casos de abuso de posición dominante, requiriendo para evaluar el perjuicio “considerar si la conducta en cuestión es capaz de generar una reducción del excedente total de los agentes económicos y del excedente del consumidor”[91]. Se considerará que una conducta claramente perjudica el interés económico general si la misma implica al mismo tiempo una reducción de ambos tipos de excedente (reducción del excedente total de los agentes económicos y del excedente del consumidor)[92], no así en caso de afectarse únicamente intereses particulares.

De tal manera la posible afectación al interés económico general es requisito constitutivo del abuso de posición dominante, que es posible, entonces, que una conducta pueda ser considerada al mismo tiempo como un abuso y como algo que no perjudica al interés económico general[93].

Por lo tanto, han de considerarse lícitas cualesquier conductas que, si bien aparentemente abusivas, “en verdad resultan beneficiosas para la comunidad”[94], por ejemplo, por menores costos de provisión de un producto (a través del aprovechamiento de economías de escala o de alcance), en ganancias de eficiencia, etc.[95]. Así se decidió en un caso de discriminación de precios en autos “CNDC c. El Tehuelche y PCR”[96] en el que se concluyó que la conducta que podía encuadrarse como un abuso explotativo de posición dominante -reconocer condiciones más ventajosas a cierto grupo minoritario de clientes- no implicaba un perjuicio al interés económico general, ya que dichas condiciones más ventajosas no generaban un perjuicio directo al grupo mayoritario (el perjuicio al interés económico general puede ser mayor sin discriminación que con discriminación)[97].

Por lo tanto, en el régimen de defensa de la competencia local, se sancionan aquéllos comportamientos en el mercado que, llevados a cabo por un agente económico con posición dominante, generan un perjuicio al interés económico general (art. 1° de la Ley de Defensa de la Competencia) y cuya realización hubiera sido imposible en un marco competitivo[98].

Cualquier conducta que resulte beneficiosa para el interés económico general de una conducta será “incompatible con su calificación como abuso de posición dominante”[99].

## *2. Supuestos de abuso de posición dominante en el mercado*

A diferencia de la legislación comunitaria europea[100], la Ley de Defensa de la Competencia no prevé la enumeración de supuestos posibles de ser considerados abuso de posición dominante[101].

A continuación se realiza un repaso de los casos que, en base al análisis de la doctrina local, el aporte por parte de la CNDC en el Proyecto de Lineamientos y antecedentes jurisprudenciales locales y de derecho comparado, pueden ser abusos de posición dominante.

Como se ha visto, solo serán considerados tales aquéllos en los que se configura lo dispuesto en el art. 1º respecto del perjuicio al interés económico general.

Estos casos se establecen a modo de ejemplo[102].

### 1. Precios abusivos

En la práctica de “precios abusivos” (prevista en el art. 3º, inc. a) de la Ley N° 27.442) el abuso se configuraría cuando los precios determinados por el agente económico con posición de dominio en el mercado “se aparten significativamente del nivel en condiciones de competencia efectiva”[103]. Al fijar “precios excesivos” el dominante intenta explotar abusivamente a sus clientes, o indirectamente, a los consumidores[104].

El perjuicio al interés económico general se configura en la reducción del excedente del consumidor, y, al mismo tiempo, una reducción del excedente total de los agentes económicos[105].

Pueden ser considerados abusivos tanto los precios excesivamente altos (casos “General Motors” y “United Brands”) o bajos (caso “United Brands”). También aplica a la actuación como oferente o como demandante[106], siendo este último el caso de una empresa demandante que impone precios artificialmente bajos[107].

En el ámbito local, esta doctrina fue implementada en el caso “Industrias Welbers Ltda” de 1983[108]. También fue utilizada en el caso “YPF”, no sin grandes críticas por parte de la doctrina[109], acusando “más bien un velado control de precios, que una restricción a la competencia”[110] o la utilización del derecho de competencia económica para evaluar conductas que no afectan la libre competencia[111]. Más recientemente, en el caso “SADAIC”, el perjuicio al interés económico general se tuvo por acreditado por esta misma causal[112].

La aplicación de este supuesto presenta enormes dificultades, en especial el concepto de “precio normal de mercado”[113], dado que “no hay forma objetiva de establecer exactamente en qué medida un precio cubre los costos más un margen razonable de ganancias”[114] e incluso llegando a sostenerse que “es imposible saber cuál es el precio de equilibrio[115]. Por ello, la doctrina propone limitar su aplicación a casos en los que exista un apartamiento manifiesto y grave de los niveles de precios en un mercado competitivo[116].

### 2. Condiciones desiguales de trato o discriminación de precios

La práctica de discriminación de precios (prevista en el art. 3º, inc. h) de la Ley N° 27.442) consiste en “imponer condiciones discriminatorias para la adquisición o enajenación de bienes o servicios”[117].

Se trata de “la utilización del poder de mercado a fin de lograr condiciones contractuales que serían imposibles en un marco competitivo normal”[118], independientemente del precio.

Esta desigualdad puede manifestarse no solo en el precio, sino también en el plazo de entrega, suministro discontinuo de la mercadería, suministro limitado en cuanto a color, talle, materiales, tamaños[119], variación de los derechos en función del plazo de vinculación[120], etc., sin que ello obedezca a diferencias reales de costos en la provisión a distintos clientes o cuestiones de estacionalidad[121].

Ha de recordarse aquí el caso “Unión General de Tamberos v. Cooperativa Popular de Electricidad de Santa Rosa Ltda.” antes mencionado, en el que se determinó la existencia de una práctica discriminatoria.

Para medir el perjuicio al interés económico general, hay que analizar la situación que se produciría si la empresa decidiera no discriminar precios, es decir, si decidiera cobrar a todos sus clientes un precio relativamente bajo, o alto. En el caso que discriminar precio implique un precio promedio más bajo, se considerará que la misma no está generando un perjuicio al interés económico general, debido a que la no discriminación implicaría perjudicar a compradores que estaban pagando un precio más bajo, sin beneficiar a los que estaban pagando un precio más alto[122].

Ilustra esta cuestión el caso “CNDC c. El Tehuelche y PCR”[123], en el que se concluyó que, si bien la conducta representaba un caso de discriminación de precios que podía encuadrarse como un abuso explotativo de posición dominante, ello no implicaba un perjuicio al interés económico general, debido a que la misma permitía ofrecer condiciones más ventajosas a cierto grupo minoritario de clientes sin generarle un perjuicio directo al grupo mayoritario[124].

### 3. Ventas atadas

La práctica de venta atada (art. 3º, inc. f) de la Ley N° 27.442) consiste en “subordinar la venta de un bien a la adquisición de otro o a la aceptación por la contraparte de obligaciones adicionales (que no guarden relación con el objeto de la contratación principal) como la compra de otros insumos, abstención de venta de determinados tipos de productos, obligación de actuar en un determinado radio, etc.[125].

Ya la Exposición de Motivos de la Ley N° 22.262[126] mencionaba como muy frecuente el caso de empresas que “utilizan su poder de mercado respecto de un artículo determinado, para obligar a los interesados en adquirirlo a comprar otros bienes de ellas”.

Ello fue receptado en el fallo “M.S.O. Supercanal y otro v. Telered Imagen S.A. y otro”[127], en el que la jurisprudencia ha señalado que

“la imposición de productos atados que no guardan relación directa con los principales es una práctica lesiva para el adecuado funcionamiento del sistema

productivo y para el interés económico general, generando un desperdicio de recursos y una distorsión en el consumo”[128].

La práctica se presenta tanto cuando una empresa con posición dominante por lo menos en el mercado del producto vinculante (el producto subordinado a la venta de otro) vende varios bienes en bloque (bundling) y no brinda la posibilidad de comprarlos en forma separada, así como cuando la adquisición de un bien o servicio se subordina a la de algún otro[129].

Para que se configure la práctica ilícita, se requiere que los bienes del bloque sean distintos y separables (o sea, si en ausencia de la venta atada, los mismos podrían ser adquiridos separadamente por un número importante de compradores), que la venta de uno está condicionada a la del otro (o sea, que sea imposible o económicamente inconveniente adquirir sólo el primero sin adquirir el segundo), y que el vendedor tenga capacidad de utilizar su poder de mercado sobre el producto vinculante para obtener mayores beneficios en el mercado del producto vinculado[130].

Sin embargo, no todos los casos de “venta atada” constituyen prácticas ilícitas. Se requiere la inexistencia de cualquier relación de complementación entre ambos[131]. Por ejemplo, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia tuvo por lícita la contratación de un seguro junto con la compra de un automóvil a través del sistema de planes de ahorro previo, por tratarse de una “obligación accesoria” impuesta por quien está corriendo un riesgo crediticio para asegurarse la integridad jurídica y económica del bien que garantiza el cumplimiento de las obligaciones de pago[132].

#### 4. Negativa de venta de bienes o servicios

Se trata del caso en el cual una empresa con posición dominante se niega a satisfacer pedidos de sus potenciales compradores[133] (previsto en el art. 3º, inciso i) de la Ley N° 27.442) y consiste en “negarse injustificadamente a satisfacer pedidos concretos, para la compra o venta de bienes o servicios, efectuados en las condiciones vigentes en el mercado de que se trate”[134].

Dado que la negativa de venta constituye una forma de restringir la competencia en las etapas subsiguientes del proceso productivo[135], se debe analizar si la negativa de venta tiene la capacidad de generarle al cliente un perjuicio que implique su exclusión (o reduzca su capacidad de competir) en alguno de los mercados en los que opera, reduciendo así la competencia en ese mercado, que derive en un perjuicio al interés económico general[136]. Tal lo que ocurrió en la jurisprudencia local, en el caso en “A. H. Savant v. Matadero Vera” cuando se entendió que fue afectado el interés económico general al excluirse a uno de los comerciantes interesados en competir en el mercado relevante[137].

Habrán de analizarse detenidamente las justificaciones posibles para la negativa de venta, para determinar si hay motivos que dan suficiente razón a la negativa, como lograr una comercialización adecuada, incumplimiento de políticas por parte de los compradores u otros propósitos no restrictivos de la competencia[138], clientes con baja calificación crediticia o que han incumplido obligaciones de pago, restricciones de capacidad, etc.[139].

## 5. Precios predatorios

La práctica de venta de bienes y servicios a precios inferiores a su costo (el art. 3º inc. k) de la Ley N° 27.442) puede constituir un abuso exclusorio de posición dominante, ya que la venta a un precio inferior al esperable en un contexto competitivo, potencialmente genera que los competidores incurran en pérdidas, y se retiren del mercado[140].

Para que una práctica se considere predatoria debe ocurrir que los precios bajos no se deban a ventajas de costos por mayor eficiencia, que a partir de los precios bajos la empresa gane participación y poder de mercado, y que ejerza ese poder para impedir la entrada de competidores futuros[141]. El perjuicio al interés económico general consiste en que, debido a que el precio de mercado del bien se encuentra por debajo del costo marginal que tiene la sociedad para proveer dicho bien, se genera un consumo artificialmente alto del mismo y posteriormente, ya sin competencia, un consumo artificialmente bajo por aumento del precio. En ambas etapas, se estará reduciendo el excedente total de los agentes económicos[142].

Para distinguir un precio predatorio de un precio simplemente bajo, se debe comparar dicho precio con el costo de provisión del bien o servicio. Si el precio de venta cubre el costo incremental directo, se considera rentable, y por lo tanto, competitivo y no predatorio[143]. Asimismo, la Comisión prevé los supuestos que han de considerarse para determinar si la política de precios tiene la potencialidad de excluir competidores actuales o potenciales.

## 6. Estrechamiento de márgenes

La conducta prevista en inc. d) del art. 3º de la Ley N° 27.442 se configura cuando una empresa verticalmente integrada, dominante en el mercado “aguas arriba” establece el margen entre sus precios “aguas arriba” y “aguas abajo” en un nivel que impide a un competidor igualmente eficiente obtener un beneficio si opera únicamente en el mercado “aguas abajo”, mediante el aumento del precio del insumo que vende “aguas arriba”, la disminución del precio del producto que vende “aguas abajo”, o haciendo ambos simultáneamente.

Para que sea considerada conducta anticompetitiva se debe verificar, aparte del perjuicio al interés económico general, que el precio establecido por la empresa dominante genera un incremento en costos a sus competidores, aunque estos puedan sustituirlo por otro insumo (más caro, de peor calidad, etc.) y que ese incremento de costos induce a los competidores a modificar su estrategia “aguas abajo”, que resulta en un beneficio para la empresa dominante (en aumento de participación de mercado, aumento del margen, etc.)[144].

## 7. Restricciones verticales

Consisten en cláusulas que implican un compromiso entre las partes para limitar su accionar respecto de la disposición de bienes y servicios. Pueden constituir abuso si surge de una decisión de una empresa con posición dominante en un mercado, y si genera un perjuicio al interés económico general[145].

Existen cuatro modalidades, a saber:

#### - Fijación de precios de reventa

Consiste en “fijar en forma directa o indirecta el precio de venta”, según lo que un proveedor le impone a un revendedor el precio al cual deberá comercializar su producto. Para determinar la configuración del abuso se deben cumplir los siguientes requisitos:

a) la empresa que fija precio tiene dominancia “aguas arriba”,

b) el precio de reventa opera como máximo y mínimo, y la fijación es efectivamente una restricción para el revendedor (el incumplimiento con la fijación implicaría un perjuicio para él). No se considera abuso cuando se evita que los revendedores establezcan precios excesivos en perjuicio de los consumidores o cuando no se impone penalidad al revendedor por incumplimiento. Solo será abuso si con los precios mínimos está forzando un incremento de precios que perjudique a los consumidores.

c) ante un escenario de poder de mercado “aguas abajo”, la fijación puede restringir la competencia u obstaculizar la entrada de nuevos competidores.

d) la fijación de precios de reventa no supone mayor eficiencia en la distribución o comercialización de los bienes[146]. Si se genera una mayor eficiencia en el funcionamiento del mercado, no considera una práctica anticompetitiva. El posible perjuicio debe evaluarse a través de un balance entre los beneficios procompetitivos y los daños anticompetitivos que la fijación de precios puede estar generando[147].

#### - Imposición de exclusividad

Tal como lo prevé el inciso g) del art. 3° de la Ley N° 27.442, esta práctica consiste en “sujetar la compra o venta a la condición de no usar, adquirir, vender o abastecer bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero”.

Se considera abuso si la conducta es ejecutada por una empresa con posición dominante, que impone a su contraparte cláusulas de no comerciar con empresas competidoras, tanto “aguas arriba” o “aguas abajo”.

Los posibles efectos anticompetitivos de una exclusividad impuesta por una empresa dominante son el incremento en costos (dado que las competidoras no pueden comprarle o venderle a la contraparte de la dominante) y la exclusión de competidores (si la exclusividad les impide acceder al mercado).

También se debe evaluar si los daños anticompetitivos que la imposición de exclusividad puede estar generando se contrarrestan de algún modo con los beneficios procompetitivos (ahorro de costos de transacción, mayor incentivo de la dominante para realizar inversiones específicas que beneficien a su contraparte exclusiva, sin que traigan beneficios también a los competidores de ésta, mayor incentivo de la contraparte exclusiva para incrementar la calidad o mejorar el servicio, y menor incentivo para que la dominante coluda con sus competidores, dado que no comparte con ellos sus proveedores / clientes)[148].



- Asignación de clientes o territorios exclusivos

Esta práctica se verifica cuando una empresa dominante designa a un revendedor como único proveedor en un determinado segmento del mercado “aguas abajo”, lo que constituye una “asignación de clientes exclusivos”. Si se aplican criterios geográficos, se denomina “asignación de territorios exclusivos”.

Para que configure abuso debe servir para que la empresa dominante pueda ejercer su poder de mercado individual de manera más efectiva, permitiendo, por ejemplo, la discriminación de precios entre grupos de clientes en contextos donde esa discriminación no sería posible si los revendedores compitieran entre sí por esos clientes.

Sin embargo, la asignación de clientes o territorios exclusivos puede tener ventajas de eficiencia, por ejemplo, por ahorro en costos de almacenamiento, transporte, distribución y comercialización de los productos[149].

- Descuentos condicionales

Los descuentos condicionales (tanto materializados a través de un esquema de discriminación de precios según el inciso h) del art. 3° de la Ley N° 27.442, como de imposición de exclusividad según el inciso g) de la misma norma) pueden provocar un abuso exclusorio en los mismos casos que la imposición de exclusividad, dado que la condición que más comúnmente genera un posible abuso es la de comprar los productos de manera exclusiva o preponderante a la empresa dominante.

Lo anterior determina la existencia de “descuentos por exclusividad”, y también de “descuentos por lealtad”.

- Los descuentos por exclusividad implican condicionar una reducción de precios a la adquisición exclusiva de un bien o servicio a una única empresa, y no a sus competidores.

- Los descuentos por lealtad implican condicionar dicha reducción a la participación que tiene dicha empresa dentro de las compras totales de un cliente.

Para la evaluación de los descuentos condicionales como abuso exclusorio, se debe analizar la factibilidad de que los mismos puedan generar una situación de incremento de costos de los competidores de la empresa dominante, o bien la exclusión de ellos[150].

#### **IV. Tratamiento del abuso de posición dominante en el mercado en el código civil y comercial de la nación: el art. 11° del Código Civil y Comercial de la Nación [\[arriba\]](#)**

##### *1. El art. 11° del Código Civil y Comercial de la Nación*

El art. 11° del CCyC metodológicamente situado en el Título Preliminar como parte del Capítulo 3 que se refiere al ejercicio de los derechos- establece: “Art. 11. - Abuso de posición dominante. Lo dispuesto en los arts. 9° y 10° se aplica cuando se

abuse de una posición dominante en el mercado, sin perjuicio de las disposiciones específicas contempladas en leyes especiales”.

La Doctrina identifica como antecedente de este precepto al Proyecto de 1998 (art. 397) que establecía: “Posición dominante. Lo dispuesto en los dos artículos anteriores se aplica cuando se abusare de una posición dominante”, remitiéndose a dos artículos anteriores, uno ordenante de la buena fe como principio de ejecución de los actos jurídicos, y otro prohibitivo del abuso del derecho en términos similares a la fórmula del art. 1071 del Código de Vélez Sarsfield. Como se puede leer del texto, la norma proyectada en 1998 no preveía que la posición dominante de la que se trataba era la del mercado[151].

Antes de ese proyecto, el Proyecto de 1993, en su art. 584 proponía: “Lo dispuesto en el artículo anterior, se aplica cuando se abusa de una posición dominante”, y el otro párrafo decía: “El juez proveerá lo necesario para evitar los efectos del acto abusivo y, según las circunstancias, procurará la reposición al estado de hecho anterior y fijará una indemnización”. En este caso, la operatividad del abuso no se circunscribía a los daños, sino que incluía eventualmente la reposición al estado de hecho anterior[152].

Tanto en el Proyecto de 1998 como en el de 1993, era fundamental la caracterización que había de darse a la posición dominante. La doctrina se preguntaba si había que entender que ella se configuraba cuando concurrían los requisitos que establecía la ley de defensa de la competencia o si tenía un significado autónomo que incluía al abuso en la relación individual[153].

Tobías sostuvo entonces que su significado era distinto del comportamiento concurrencial en el mercado, aludiendo al abuso en la relación individual, pudiendo ser interpretado dicho instituto como “una respuesta del ordenamiento al accionar ilícito del abusador o como un nuevo vicio de la voluntad del abusado”[154]. En igual sentido, cierta doctrina propugnó considerar, en el ámbito del derecho privado, la regulación del abuso de posición dominante no solo ante la infracción a las reglas de la competencia sino en cualquier otra circunstancia cuando se reflejara un desequilibrio injusto entre las posiciones patrimoniales de las partes[155]. También hubo lugar a antecedentes jurisprudenciales al respecto[156].

El debate doctrinario[157] ha quedado superado por la fórmula del texto legal: a diferencia de su antecedente de 1998, la formulación del art. 11° del CCyC establece en su propia letra que se refiere al “abuso de posición dominante en el mercado”. Asimismo, la interpretación provista en los Fundamentos del Anteproyecto de CCyC[158] por la Comisión Redactora aclara que “se trata de la posición en el mercado”[159].

No cabe otra interpretación ya que, como se dijo,

“si se incluyera una norma que se refiera sólo a la posición dominante, perderían sentido todas las demás y las absorbería, con un gran perjuicio general del sistema, de su adaptabilidad e ignorando la doctrina y jurisprudencia, lo cual no nos parece conveniente”[160].

Tal circunstancia hubiera implicado un atropello de los institutos jurídicos tradicionales[161] de vicios del consentimiento, la lesión, el abuso del derecho, las

previsiones tutelares de la justicia contractual, las soluciones correctivas planteadas en el derecho del consumo (conjunto de normas que se ha dado en llamar el “Estatuto del Consumidor”[162]), así como las novedosas formulaciones de cláusulas abusivas en relaciones empresariales y, en general, las nuevas posibilidades de control judicial del contrato[163].

Más recientemente, tanto la doctrina civilista, al momento de comentar sobre el instituto de “abuso de posición dominante” (luego reflejado legislativamente en la disposición contenida en el art. 11° CCyC), remite a lo dispuesto en la Ley de Defensa de la Competencia[164], como la doctrina especializada en Defensa de la Competencia sostiene que el art. 11° queda circunscripto exclusivamente al abuso de posición dominante en el mercado, no comprendiendo este artículo el abuso en la relación individual[165].

## *2. Efectos de la incorporación del abuso de posición dominante en el régimen civil y comercial*

El art. 11° del CCyC implicó la incorporación al derecho civil y comercial de un concepto normativo propio del derecho público.

Dicho concepto es adoptado sin modificaciones, agregándosele, a los efectos que produce en el régimen concurrencial, aquéllos efectos jurídicos propios del derecho privado[166] en virtud de la remisión del art. 11° a los arts. 9° y 10° CCyC.

Por imperio de esta transformación, se tornan aplicables en materia de abuso de posición de dominio la tutela preventiva, la tutela resarcitoria y, si correspondiere, la reposición de las cosas al estado de hecho anterior, mediante la declaración de invalidez de actos jurídicos.

La doctrina lo ha analizado, sosteniendo que la norma permite tutelar desde el Derecho Privado bienes de incidencia colectiva, como la competencia, conforme el paradigma contemplado en la Constitución Nacional[167], que la norma resulta de gran trascendencia para mejorar la competencia entre empresas en el mercado de bienes y servicios[168], que ello implica “una ampliación de supuestos con relación a lo previsto en la norma de regulación del mercado que hasta ahora lo contenía”[169], y que este nuevo sistema de responsabilidad civil “lo hará más eficiente para resolver ciertos conflictos del área de defensa de la competencia”[170], entre otros.

Sin embargo, creemos preciso efectuar un análisis detallado en torno a la caracterización de la figura prevista en el CCyC, a fin de clarificar su ámbito de aplicación del art. 11° del CCyC, así como la relación entre esta disposición y el régimen de competencia.

En nuestra opinión, el abuso de posición dominante en el mercado definido en la legislación civil no protege los mismos bienes jurídicos que la figura de idéntico nombre prevista en el régimen de competencia: mientras el art. 11° del CCyC tiene por finalidad la protección de derechos privados, la Ley N° 27.442 busca proteger la competencia, como bien de incidencia colectiva.

Por ello, no existe completa equivalencia entre el abuso de posición dominante en el mercado, en los términos del CCyC, y el ilícito anticoncurrencial previsto en la Ley N° 27.442 que se configura mediante las conductas de abuso de posición

dominante en el mercado que constituyen un perjuicio al interés económico general.

Es esta una cuestión nuclear para la interpretación del instituto, sus requisitos de configuración, determinación de su ámbito de aplicación, y las facultades que otorga en términos de la actuación judicial.

En efecto, si bien los elementos constitutivos del concepto previsto en el régimen civil y comercial se toman del derecho público, ello refiere exclusivamente a la posición dominante en el mercado y la conducta abusiva: la “afectación al interés económico general” no será parte constitutiva de la configuración del abuso de posición dominante previsto en el art. 11° CCyC. Derivado de ello, procederá la aplicación del art. 11 CCyC incluso ante la inexistencia de afectación de bienes colectivos, y, por lo tanto, sin que se haya configurado ilícito alguno en términos del régimen de competencia.

Como se ha dicho, los intereses susceptibles de protección en el ámbito de defensa de la competencia y en el art. 11 CCyC son distintos.

Dado que, a diferencia del régimen concurrencial, el abuso de posición dominante en el mercado previsto en el CCyC protege intereses particulares, serán aplicables los remedios previstos (acción preventiva o resarcitoria) en protección de dichos intereses independientemente de que el comportamiento haya generado efectos negativos en términos del bienestar general (a través de la noción de excedente total de los agentes económicos explicada más arriba).

Este abordaje interpretativo es compartido por la CNDC, tomando como ejemplo una práctica vertical que perjudique a un proveedor o a un revendedor (pero sin tener efectos sobre el excedente del consumidor). Se establece que “los daños generados a dichos intereses particulares podrán ser objeto de litigios encuadrables dentro del derecho privado, pero no forman parte del bien jurídico protegido por la ley argentina de defensa de la competencia”[171].

En consecuencia, el art. 11° del CCyC se convierte en una norma innovadora que habilita la pretensión cautelar o reparadora en caso de abuso de posición dominante en el mercado que, sin necesariamente afectar intereses públicos, provoque un detrimento en derechos particulares.

Derivado de dicha circunstancia, un comportamiento abusivo de posición de posición dominante en el mercado, podrá ser juzgado a través del régimen de Defensa de la Competencia, a través del régimen del CCyC o de ambos en forma concurrente, dependiendo de qué intereses se encuentren amenazados o hayan sido dañados.

### *3. Ámbito de actuación judicial en los términos del art. 11° CCyC*

#### **1. Debates en torno a la aplicación judicial del régimen de competencia[172]**

Mucho se ha analizado en torno a la aplicación judicial de la normativa de competencia, existiendo antecedentes -no unánimes- de relevancia en relación a las facultades de los jueces de ejercer medidas derivadas de conductas previstas

en la Ley de Defensa de la Competencia, así como de los particulares de iniciar acciones civiles basadas en dicha normativa.

En los algunos casos, se denegó la competencia de los jueces de establecer medidas basadas en comportamientos anticompetitivos, siendo el más relevante el antecedente que se impuso en “Equipos y Controles S.A. s/concurso preventivo”[173], donde se rechazó la aplicación judicial directa de las disposiciones de Ley N° 25.156 (en un proceso concursal), considerándose que las conductas potencialmente restrictivas de la competencia quedan sólo sujetas al análisis de la autoridad administrativa de aplicación, limitándose la intervención judicial a la revisión de dichas decisiones[174]. Se reforzó así el criterio de competencia exclusiva y excluyente a la autoridad de aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia el declarar si un acto o conducta determinada constituye un ilícito anticoncurrencial en los términos de la Ley N° 25.156[175].

El voto de la minoría, sin embargo, sostuvo que las prohibiciones de ciertos actos, procedimientos u omisiones contenidas en su articulado, proyectan sus efectos a todo el ordenamiento jurídico, por que las autoridades judiciales se encuentran habilitadas para hacer aplicación directa de la Ley N° 25.156, declarando la nulidad de actos o conductas violatorias de dicho ordenamiento y estableciendo las medidas remediales y las responsabilidades civiles pertinentes (voto en disidencia de José L. Monti).

En ese sentido, se sostuvo que las prácticas que son susceptibles de constituir ilícitos antitrust no pueden quedar fuera de la competencia de un juez[176], y que cualquier afectado “puede concurrir directamente a la jurisdicción comercial para hacer valer sus derechos, sin que esté obligado a recurrir al procedimiento administrativo previo”[177]. También se resaltó que la Ley de Defensa de la Competencia forma parte del ordenamiento jurídico general a la luz del cual se han de evaluar los actos jurídicos, “conclusión que se ve reforzada por la jerarquía constitucional del régimen de defensa de la competencia (art. 42°, Constitución Nacional)”[178].

Otros precedentes en idéntico sentido de denegar competencia a la sede judicial para la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia son Ami Cable Holdings[179] y “Federación de Centros y Entidades Gremiales de Acopiadores de Cereales c. Monsanto Argentina”[180].

Con criterio opuesto, en el caso “Medic World Mandatary S.A.”[181], se entendió competente a la justicia mercantil en una medida de no innovar interpuesta por una empresa concursada a fin de que una droguería mantenga el suministro de medicamentos a las farmacias que ella administra. En el caso se admitió una suerte de “competencia indistinta” tanto para la autoridad administrativa de aplicación de la Ley N° 25.156 como para la justicia comercial, por lo que -sin dejar de reconocerse la competencia de la CNDC para el dictado de medidas cautelares-, se habilitó la competencia concurrente de la justicia mercantil.

Otros precedentes en el mismo sentido de la admisión de la aplicación judicial directa de la normativa de defensa de la competencia son “M.S.O. Supercanal y otro v. Telered Imagen S.A. y otro”[182], y “Despegar.com.ar SA c/ American Airlines s/ medidas cautelares”[183] (en este caso, el rechazo no estuvo motivado

en una supuesta incompetencia de la sede judicial (en el caso, el fuero civil y comercial federal) para la aplicación de la Ley N° 25.156).

## 2. Alcance de la competencia judicial en los términos del art. 11°

Ahora bien, en todos estos precedentes, el debate fue en torno a la aplicación -por parte del juez- del régimen de competencia, y consideramos que son de relevancia como pauta interpretativa en relación a la interacción entre la sede administrativa y la judicial.

Sin embargo, no es ello de lo que se trata al momento de analizar la actuación judicial en los términos del art. 11° CCyC: no se estará, en este caso, frente a un supuesto de aplicación judicial del régimen de competencia, sino de aplicación judicial del régimen civil y comercial que incorpora una figura similar (y no idéntica) a otra prevista por el derecho público.

Por lo tanto, el debate relacionado a aplicación judicial de ilícitos anticompetitivos en los términos de la Ley N° 27.442 carece de relevancia en esta materia.

Es menester recordar que el art. 11° CCyC opera “sin perjuicio de las disposiciones específicas contempladas en leyes especiales”. La interpretación que se sigue de ello, entonces, impone dos posibles casos, según se encuentre afectado el interés económico general o no:

El primer caso será aquél en que el abuso de posición dominante resulte perjudicial del interés público económico (ilícito anticompetitivo), éste será siempre juzgado en los términos del régimen de Defensa de la Competencia, proveyendo a la protección del bien de incidencia colectiva[184]. Todos los efectos del comportamiento anticompetitivo serán analizados bajo la perspectiva de la Ley N° 27.442, sin perjuicio de la reparación de los daños que se deriven a los derechos privados de particulares, los que estos podrán accionar en los términos del régimen civil, sea mediante acciones stand-alone o de seguimiento[185], por estar ello habilitado por la Ley N° 27.442.

El segundo caso, por su lado, será aquél comportamiento de abuso de posición dominante en el mercado que genere afectación a intereses particulares sin que la conducta originante del daño haya tenido -adicionalmente- impacto relativo sobre el orden público económico. En dicha circunstancia, solo podrá accionarse en los términos del art. 11° CCyC (queda fuera del alcance de la sanción penal administrativa prevista en la Ley N° 27.442), ventilándose solo lo relativo a los efectos dañosos de derechos particulares.

En el marco de una acción interpuesta en ejercicio de lo dispuesto en el art. 11° no habrá -ni podrá haber- pronunciamiento alguno sobre la afectación al interés económico general.

En conclusión, el ámbito de actuación judicial emergente del art. 11° CCyC está delimitado por el daño a intereses particulares que no se derivan de un ilícito anticompetitivo, pero es generado por un comportamiento de abuso de posición dominante con afectación a intereses particulares.

## V. Los remedios dispuestos en el art. 10° del código civil y comercial de la nación y su aplicación conforme el art. 11° <sup>[arriba]</sup>

### 1. Tutela preventiva, resarcitoria y reposición al estado anterior

Por aplicación del art. 10°, tercer párrafo, del CCyC, “el juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización”.

El comportamiento reprochable, entonces, tiene como posibles efectos la responsabilidad y su consecuente obligación de reparación, “la tutela inhibitoria, la improponibilidad de la acción o el desmantelamiento de los efectos del acto”[186].

#### 1. Tutela preventiva (o tutela inhibitoria)

La primera de las facultades otorgadas al juez se trata de la “tutela preventiva” y consiste en “evitar los efectos” del abuso de posición dominante en el mercado[187] incluyendo medidas cautelares para la cesación de los efectos así como la improponibilidad objetiva de la acción.

La tutela procede en base a la sola amenaza de acto abusivo[188].

En el nuevo régimen civil y comercial, la tutela preventiva o inhibitoria se encuentra prevista como “acción preventiva del daño” en los arts. 1711 y ss.[189]. Se establece que la acción preventiva es viable “cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento”.

Las medidas cautelares deben reunir los recaudos clásicos de procedencia: verosimilitud en el derecho, peligro en la demora y contracautela.

Si bien ha habido cierto debate en torno a la procedencia de la aplicación de los requisitos dispuestos en el régimen procesal civil y comercial a las medidas cautelares dictadas para prevenir práctica lesiva o potencialmente lesiva del régimen de competencia[190], ello no es de interés en nuestro caso, dado que, como se viene sosteniendo, no se trata de la prevención de un daño al interés económico general, sino a un interés particular. Por lo tanto, ninguna duda cabe respecto de que aplican plenamente las disposiciones del régimen procesal correspondiente.

No obstante lo anterior, encontramos un lugar común en las medidas tendientes a prevenir la afectación del interés económico general, y aquéllas protectorias de intereses particulares. En ambos casos, las medidas han de ser “minimalistas”: ello implica limitar la medida a lo estrictamente necesario para alcanzar el objetivo[191]. En el régimen civil, ello está dispuesto en el art. 1713° del CCyC que ordena que la sentencia pondere los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia de la prevención.

En relación al requisito *Fumus bonis iuris*, si estuviéramos en el marco del régimen protectorio del buen funcionamiento del mercado, el comportamiento cuyo cese se persigue debe configurar *prima facie* una infracción a las normas vigentes en

materia de defensa de la competencia[192]. En la jurisprudencia, ello se reflejó sosteniéndose que “para que prospere la pretensión cautelar no basta con acreditar prima facie la existencia de la conducta denunciada, ésta debe implicar una violación actual o potencial del interés económico general (conf. art. 2° de la LDC)”[193].

Sin embargo, en el caso de aplicación del art. 11° del CCyC, en cumplimiento del requisito *fumus bonis iuris* no habrá de requerirse la acreditación de una posible amenaza al interés económico general, sino sólo la verosimilitud de un derecho particular potencialmente afectado por un comportamiento abusivo de posición dominante en el mercado.

Entonces, en nuestra materia, ¿qué ha de acreditarse? Creemos que la viabilidad de la obtención de una medida cautelar debe basarse en la acreditación de los siguientes extremos:

- la posición de dominio en el mercado del agente económico cuya conducta tiene la potencialidad de generar el daño que se busca prevenir;
- el comportamiento abusivo de la posición dominante en el mercado- conforme alguno de los supuestos previstos en el régimen de defensa de la competencia-; y
- la verosimilitud del derecho particular pasible de ser afectado y la amenaza que se cierne sobre él derivado del comportamiento abusivo de posición dominante en el mercado.

No se requiere factor de atribución, sino que la tutela preventiva queda habilitada por la sola ilicitud objetiva que resulta del ejercicio irregular del derecho[194] (en nuestro caso, el comportamiento abusivo de la posición dominante en el mercado).

Por su parte, en relación al requisito de “peligro en la demora”, de tratarse de la protección de la competencia económica, el peligro en la demora se presenta ante el riesgo de un perjuicio grave a la economía general[195]. Ello se pudo ver en el caso “Despegar.com.ar SA c/ American Airlines s/ medidas cautelares”, donde se estableció que

“el examen sobre la concurrencia del peligro en la demora exige una apreciación atenta de la realidad comprometida, con el objeto de establecer cabalmente (...) los distintos efectos que provoca la conducta atacada, entre ellos su gravitación económica, tanto en la esfera individual del peticionario, como así también para el mercado relevante involucrado”[196].

Sin embargo, ello no ha de ser requerido en caso de medidas cautelares tendientes a evitar la afectación de derechos particulares, sino sólo se habrá de probar que el potencial daño a los intereses particulares que se pretende prevenir no podrá ser evitado pese a una resolución definitiva favorable.

El requisito de “contracautela” en el ámbito del derecho público ha sido controversial. En el fallo de la causa “Telefónica de Argentina S.A. c/ Comisión Nacional de Defensa de la Competencia” la Cámara ordenó a la CNDC que fijara una contracautela suficiente para asegurar el eventual crédito de resarcimiento de



los daños que pudieran resultar de la ejecución de la medida, a cargo del denunciante[197]”.

No obstante, puesto que en nuestro caso no se encuentra en juego el interés económico general, por aplicación del régimen procesal civil, es claro que el cumplimiento del requisito no puede ser omitido. El particular que solicite una medida cautelar en protección de un derecho propio, deberá garantizar el interés del agente económico afectado por la medida. Considerando que así se decidió en un caso en que estaba en juego el interés económico general, no puede llegarse a una distinta conclusión tratándose de medidas cautelares protectoras de derechos particulares.

## 2. Tutela resarcitoria

Otra de las facultades que el art. 11° del CCyC, por remisión al art. 10°, reconoce al juez es la fijación de una indemnización[198]: si como consecuencia de un comportamiento de abuso de posición dominante se produjeron daños, ello dará origen a la tutela resarcitoria[199], mediante la fijación de una indemnización en los términos de los arts. 1716 y siguientes del CCyC.

En el ámbito de los ilícitos anticompetitivos, la doctrina distingue entre “daños a la competencia o concurrenciales generales” y “daños concurrenciales particulares o privados”. Los primeros serán aquéllos que afectan a la libre competencia y los segundos se producen como consecuencia de un ilícito anticompetitivo pero tienen impacto en los derechos personales de particulares (agentes económicos actuantes en el mercado)[200].

Sin embargo, a dichos daños se agrega una tercera posibilidad, cual es el daño a intereses particulares que no se deriva de un ilícito anticompetitivo, pero es generado por un comportamiento de abuso de posición dominante. Tal, el ámbito de aplicación del art. 11° CCyC.

En uno de los dos casos, los presupuestos de configuración de la responsabilidad civil serán distintos.

En el “daño concurrencial”, la antijuridicidad requerirá que se viera afectado el interés económico general, por lo que la víctima del ilícito anticompetitivo debería probar ante el juez competente “que el interés económico general, bien jurídico protegido por las normas de defensa de la competencia, ha sido lesionado”[201].

Sin embargo, en nuestro caso de análisis, la antijuridicidad viene dada por la mera afectación de intereses privados.

En cualquiera de los casos, conforme el art. 1726° del CCyC, se habrán de indemnizar aquéllas consecuencias dañosas que tengan un nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño: consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles.

## 3. Reposición al estado anterior (nulidad de actos)

En materia negocial, la reposición al estado de hecho anterior supone lisa y llanamente la facultad de declarar la invalidez del acto de que se trata[202].

En la jurisprudencia local, en el fallo de la causa “M.S.O. Supercanal y otro v. Telered Imagen S.A. y otro”[203], elogiado por autorizada doctrina[204], se anuló una cláusula contractual contenida en un contrato comercial con basamento en el orden público económico del derecho de la competencia. Se trataba de una acción de aplicación directa de la Ley de Defensa de la Competencia, y se basó la facultad revisora de cláusulas contractuales en lo dispuesto por el art. 37° de la Ley de Defensa del Consumidor, siendo dicha norma aplicada por analogía en un conflicto entre dos empresas[205] ya que la anulación de cláusulas contractuales no se encontraba expresamente prevista.

Más recientemente, se ha entendido que los términos del art. 1° de la Ley de Defensa de la Competencia son fundamento suficiente para causar las nulidades dispuestas en el régimen civil con relación a dichos actos[206], interpretación que resulta necesaria por imperio del “precepto general del derecho civil que dispone la nulidad de los actos y negocios jurídicos contrarios a las normas imperativas”[207].

Sin perjuicio de todo ello, en nuestra materia no es necesario echar mano de la aplicación analógica del estatuto del consumidor, ni de una interpretación flexible de la Ley de Defensa de la Competencia, dado que las facultades son claramente otorgadas al juez -en virtud de lo dispuesto en el art. 11° del CCyC- para determinar la nulidad de los actos jurídicos que constituyan un abuso de posición dominante dañoso de derechos privados de terceros.

Esto también es consecuencia del principio de “reparación plena” del art. 1740° del CCyC, por el cual ella consiste en “la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie”.

## *2. Legitimación activa y pasiva*

Tratándose el caso bajo análisis de un comportamiento abusivo con afectación de derechos privados, la legitimación activa estará determinada por los intereses particulares que se consideran amenazados o que fueron dañados, no siendo procedente la legitimación emergente de la defensa de bienes de incidencia colectiva.

Por un lado, en materia de tutela cautelar, así lo establece el art. 1712° del CCyC que otorga legitimación a “quienes acrediten un interés razonable en la prevención del daño”, lo que en nuestra consideración debe ser interpretado en el sentido de un interés razonable en la protección de un derecho particular.

En virtud del art. 11° del CCyC, serán legitimados al respecto los sujetos que hayan padecido un daño en sus intereses particulares, incluyendo:

- empresas competidoras que pudieron ser afectadas por comportamientos abusivos exclusorios, y
- empresas proveedoras o consumidoras (consumidor directo “aguas arriba” o “aguas abajo”) que pudieron ser afectadas por comportamientos abusivos explotativos.

Se encuentran antecedentes de ello en el caso “Medic World Mandatary S.A.”[208], donde se reconoció la legitimación de una concursada administradora de farmacias para solicitar medidas cautelares en representación de sus administradas, a fin de asegurar el suministro de productos por parte de una droguería[209].

Evidentemente, no será de aplicación aquí la legitimación amplia en los términos del art. 43° de la Constitución Nacional, que aplicará sólo cuando el abuso de posición dominante en el mercado pueda ser calificado en los términos de una infracción a la normativa de defensa de la competencia[210].

Por otro lado, en materia de resarcimiento de daños, tratándose de ilícitos anticompetitivos, la legitimación corresponde a agentes concurrentes afectados (por ejemplo, competidores excluidos), proveedores o clientes, así como a compradores indirectos[211]. En el emblemático fallo “Auto-O-Gas SA c/YPF SA y otro s/ordinario” se resolvió la indemnización a favor del damnificado del ilícito anticompetitivo determinado por condena firme contra YPF (en el caso, se trataba de una acción de seguimiento)[212].

Sin embargo, en una acción de daños en los términos del art. 11° del CCyC, el comportamiento dañoso ha de producir perjuicios en competidores, clientes y proveedores con quienes el infractor tiene una relación, y no así al colectivo de consumidores y usuarios del mercado o incluso de otros mercados (los llamados “compradores indirectos”, que son terceros indirectamente afectados por la conducta) debido a la inexistencia de afectación al interés económico general. En tal caso, los compradores indirectos no tendrán acción para reclamar daños y perjuicios.

En relación a la legitimación pasiva, consideramos que ello incluye a cualquier agente económico (entes particulares o públicos, tanto sea una agente particular como una pluralidad actuando en forma coordinada, con o sin fines de lucro) que, contando con posición dominante en el mercado, adopte un comportamiento de abuso de dicha posición dominante, tal que pueda generar un daño a intereses particulares (en la tutela preventiva) o que lo haya generado (en la tutela resarcitoria).

En caso de pluralidad de agentes, habrá responsabilidad conjunta y múltiple de todas las partes involucradas[213], quienes podrán iniciar acciones de contribución entre ellas.

## **VI. Conclusión** [\[arriba\]](#)

La regulación del abuso de posición dominante en el mercado pertenece al derecho público. A partir de 2016, en la unificación del régimen civil y comercial, el art. 11° del CCyC adoptó dicha figura, aunque con matices.

Como sostiene autorizada doctrina, el CCyC no modifica el concepto normativo que toma de la Ley de Defensa de la Competencia, sino que agrega efectos jurídicos a los que se producen en el ámbito del derecho de competencia.

No existe una completa identidad de conceptos entre el abuso de posición dominante en el mercado del régimen civil y comercial y el ilícito anticompetitivo, ya que el abuso de posición dominante previsto en el derecho privado no ha de ser aquél que infrinja el orden público económico (por generar un perjuicio al interés

económico general), sino que basta la conducta abusiva de un agente económico con posición dominante que genere perjuicios a derechos privados.

En efecto, los elementos constitutivos del abuso de posición dominante previsto en el régimen civil y comercial son la posición dominante en el mercado y la conducta abusiva, sin requerirse que el comportamiento genere una afectación al interés económico general.

Derivado de ello, procederá la aplicación del art. 11 CCyC incluso ante la inexistencia de afectación de bienes colectivos, y, por lo tanto, sin que se haya configurado ilícito alguno en términos del régimen de competencia.

Es encuadre lleva a determinar, entonces, que los derechos susceptibles de ser protegidos en forma preventiva o resarcitoria mediante la aplicación del art. 11° del CCyC son los intereses particulares afectados por un comportamiento abusivo de posición dominante en el mercado en los términos del régimen civil y comercial.

Los damnificados (o potenciales damnificados) por las conductas abusivas mencionadas gozan ahora de las acciones pertinentes tendientes a la prevención del daño, su reparación o la reposición de cosas a su estado anterior, en los términos del art. 10° del CCyC.

El sistema de derecho privado ha adoptado la figura de abuso de posición dominante en el mercado al solo efecto de proteger intereses particulares, por lo que no corresponde que sea aplicado a la protección del orden público económico.

Los bienes de incidencia colectiva se habrán de proteger no mediante esta norma sino a través de tantos otros distintos resortes previstos en la regulación de derecho público, en otras normas del derecho privado (tanto propias del régimen civil y comercial -por ejemplo a través del concepto de “situación jurídica abusiva”- o del régimen protectorio del consumidor que se ha dado en llamar “estatuto del consumidor”) e incluso mediante la operatividad directa de la Constitución Nacional (art. 43°).

Una conducta prohibida por el régimen protectorio de buen funcionamiento del mercado resultando en una afectación al interés económico general será gobernada por la Ley N° 27.442, con competencia de la Autoridad Nacional de Competencia (en ejercicio de sus funciones propias) o mediante la posibilidad de aplicación judicial directa del régimen de competencia, siendo que en dicho sistema de aplicación privada, el juez común estará haciendo aplicación de dicha normativa (y no así de la norma del art. 11° del CCyC).

En ningún caso, la disposición del art. 11° del CCyC aplicará para prevenir, resarcir o sancionar las consecuencias de un ilícito anticompetitivo.

El art. 11° CCyC resulta una norma innovadora que permite la protección de intereses privados afectados por comportamientos de mercado incluso en caso que no se genere perjuicio al interés económico general, dotando así a los particulares, de los mecanismos conducentes a la protección de sus derechos.

Directora: Lorena Fabris - Tribunal: Sebastián Balbín- Federico Polak- Ricardo Cony Etchart - Nota: 10 Año: 2019

### **Bibliografía** [\[arriba\]](#)

Alterini, Atilio Aníbal; Ameal, Oscar José; López Cabana, Roberto M., Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995.

Alterini, Jorge H. (Director General), Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tratado Exegético, 2º edición actualizada y comentada. Tobías, José W. (Director del Tomo), Alterini, Ignacio E. (Coordinador). Tomo I y Tomo VIII, La Ley, Buenos Aires, 2016.

Bouzat, Gabriel, “El abuso de posición dominante. Un comentario al fallo Y.P.F. S.A.”, LA LEY (2003-B).

Bugallo, Beatriz, “Abuso de Posición Dominante: Derecho comparado y derecho Uruguayo vigente”, Revista de derecho, Universidad de Montevideo: Facultad de Derecho. Número 1 (2002).

Cabanellas de las Cuevas (h.), Guillermo, Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia, Heliasta, Buenos Aires, 1983.

Cabanellas (h.), Guillermo, “Comentario y valoración general de la nueva Ley de Defensa de la Competencia”, Sup. Esp. Com. Ley de Defensa (2018).

Cabanellas (h.), Guillermo, “Efectos de la ley de defensa de la competencia sobre los procesos concursales”, LA LEY (2003-C).

Cabanellas (h.), Guillermo, “Aplicación judicial y administrativa de la Ley de Defensa de la Competencia”, JAJA (1983-IV) pág. 755. Cita online: 0003/1001533-1.

Cassagne, Bernardo, “Derecho Administrativo de la defensa de la competencia: ¿aplicación administrativa o judicial de la Ley N° 25.156? Interrogantes y planteamientos”, El Derecho Administrativo (2003).

Coloma, Germán, “El abuso explotativo de posición dominante y la nueva Ley de Defensa de la Competencia”, Sup. Esp. Com. Ley de Defensa (2018). Cita Online: AR/DOC/2101/2018.

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, “Breve análisis económico de la ley argentina de defensa de la competencia”, 1997.

De la Riva, Ignacio, “Medidas Cautelares en materia de Defensa de la Competencia”, El Derecho Administrativo (2005).

Gherzi, Carlos Alberto, “El abuso de posición dominante”, LA LEY 2016-B, 1157. Cita online: AR/DOC/1134/2016.

Lambert, Ariel D., “El abuso de Posición Dominante en la Defensa de la Competencia”, Revista Argentina de Derecho Empresario-1 (2005).

Lorenzetti, Ricardo Luis, “Nuevas fronteras del abuso de derecho (Situaciones jurídicas lesivas de libertades. Tutela del mercado y amparo)”, LA LEY (1995-E). Cita Online: AR/DOC/13585/2001.

Lorenzetti, Ricardo L., Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Tomo I, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2015.

Martínez Medrano, Gabriel, “Licencias atadas sobre derechos intelectuales y defensa de la competencia”, JA (2003-III). Cita Online: 20032450.

Medina, Graciela, “Efectos de la ley con relación al tiempo en el Proyecto de Código”, LA LEY (2012).

Otamendi, Jorge, “El interés general y la eficiencia económica en la ley de defensa de la competencia” LA LEY (1999-F). Cita Online: AR/DOC/873/2001.

Paolantonio, Martín Esteban y Bergel, Salvador Darío, “Abuso de posición dominante y Abuso de derecho”, Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 16 (1998).

Richard, Efraín Hugo; Muiño, Orlando Manuel, Derecho Societario, Astrea, Buenos Aires, 2000.

Richard, Efraín H., “El Código Civil y Comercial y contratos asociativos. Negocio en participación y agrupamiento de colaboración”, Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos en particular (2015).

Roitman, Horacio, Aguirre, Hugo y Chiavassa, Eduardo, “Las sociedades en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (2014).

Rossi, Federico, “La Nueva Ley de Competencia en Argentina: Modernización del régimen de competencia argentino”, Competition Policy Internacional (2018).

Stiglitz, Rubén S. (director). Contratos Civiles y Comerciales. Parte General. Tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

Tobías, José W., “La protección de la voluntad en la contratación contemporánea”, LA LEY (2010-B). Cita Online: AR/DOC/3682/2009.

Trevisán, Pablo, “Acción preventiva de daños y defensa de la competencia”, RCCyC (2016). Cita Online: AR/DOC/916/2016.

Trevisán, Pablo, “Reparación de daños por conductas anticompetitivas a la luz de la nueva Ley de Defensa de la Competencia”, Sup. Esp. Com. Ley de Defensa (2018). Cita Online: AR/DOC/2120/2018.

Trevisán, Pablo, “Reparación de daños por infracciones a las normas de competencia. La Unión Europea y la Argentina”, LA LEY (2015-A). Cita Online: AR/DOC/526/2015.

Vergara del Carril, Angel D., “Nuevo régimen de Defensa de la Competencia. Introducción del control de concentraciones”, El Derecho.

## Notas [\[arriba\]](#)

[1] Merecerán también atención los Lineamientos para el análisis de casos de abuso de posición dominante que la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia ha sometido a consulta pública, sin que hayan sido emitidos a la fecha de preparación de este trabajo.

[2] Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, “Breve análisis económico de la ley argentina de defensa de la competencia”, 1997. Allí, se define poder de mercado como “la capacidad de un agente económico individual (o de un grupo de agentes que actúan coordinadamente) de influir sobre los precios del mercado”.

[3] Cabanellas de las Cuevas (h.), Guillermo, Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia, Heliasta, 1983, pág. 672.

[4] Cfr. Coloma, Germán, La ley argentina de defensa de la competencia, Destaca que “si una empresa puede fijar sus propios precios pero sus decisiones no tienen influencia sobre los precios de sus competidores), entonces tampoco puede hablarse de posición dominante en el mercado en cuestión”.

[5] Trevisán, Pablo, “Acción preventiva de daños y defensa de la competencia”, RCCyC (abril 2016) pág. 63, Cita Online: AR/DOC/916/2016, si bien escrito respecto del art. 2º de la Ley N° 25.156, sigue siendo doctrina vigente por la identidad conceptual del art. 3º de la Ley N° 27.442 con el mencionado.

[6] Cabanellas (h.), Guillermo, “Aplicación judicial y administrativa de la Ley de Defensa de la Competencia”, JAJA (1983-IV) pág. 755. Cita online: 0003/1001533-1. El listado ejemplificativo surge en base a los antecedentes jurisprudenciales locales a dicha fecha.

[7] Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, “Breve análisis económico de la ley argentina de defensa de la competencia”, 1997.

[8] Martínez Medrano, Gabriel y Soucasse, Gabriela M., “El abuso de posición dominante en la ley de defensa de la competencia”, JAJA (2002-III) pág. 877; Cita Online: 0003/009002.

[9] Proyecto de lineamientos para el análisis de casos de abuso de posición dominante emitido por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, que fue sometido a consulta pública, disponible en <https://www.argentina.gob.ar/noticias/la-comision-nacional-de-defensa-de-la-competencia-somete-consulta-un-proyecto-de> (en adelante, el “Proyecto de Lineamientos”). Se utiliza como pauta de la visión de la autoridad administrativa sin que pueda tomarse como definitiva dado su status de “proyecto”.

[10] Ver, por todos, Paolantonio, Martín Esteban y Bergel, Salvador Darío, “Abuso de posición dominante y Abuso de derecho”, Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 16 (1998) pág. 14.

[11] En virtud de la identidad conceptual entre la vigente Ley N° 27.442 y sus antecesoras N° 25.156 y N° 22.262. Sobre dicha identidad conceptual del régimen de defensa de la competencia argentino desde la Ley N° 22.262 hasta estos días, véase: Cabanellas (h.), Guillermo, “Comentario y valoración general de la nueva

Ley de Defensa de la Competencia”, Sup. Esp. Com. Ley de Defensa (octubre 2018) 3.

[12] Cabanellas de las Cuevas (h.), Guillermo, Derecho Antimonopólico..., págs. 74 y 75.

[13] El Tratado de Roma fue sucedido por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (última versión conforme el Tratado de Lisboa (2009)). Cualesquiera referencias a sus arts. 85 y 86 (o a los arts. 81 y 82 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea), debe ser considerada hecha a los arts. 102 y 103 del actual “Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”.

[14] Dada la identidad conceptual del art. 2º de la Ley N° 22.262 con el art. 5º de la Ley de Defensa de la Competencia N° 27.442, en el presente trabajo se remite a las afirmaciones doctrinales sobre dicho art. 2º de las Ley N° 22.262 derogada, como explicativas del art. 4º de la Ley N° 25.156 (también derogada) y el art. 5º de la Ley de Defensa de la Competencia vigente. En general, en este trabajo han de interpretarse las remisiones doctrinarias a los artículos de la legislación derogada como a los artículos sustancialmente idénticos de la legislación vigente.

[15] Cabanellas de las Cuevas (h.), Derecho Antimonopólico..., págs. 74 y 75.

[16] Ídem, pág. 646.

[17] Ídem, pág. 648.

[18] Cabanellas de las Cuevas (h.), Derecho Antimonopólico..., pág. 672.

[19] Ídem, pág. 654.

[20] Cabanellas de las Cuevas (h.), Derecho Antimonopólico..., pág. 88.

[21] Bouzat, Gabriel, “El abuso de posición dominante. Un comentario al fallo Y.P.F. S.A.”, LA LEY (2003-B) pág. 228.

[22] Cabanellas de las Cuevas (h.), Derecho Antimonopólico..., pág. 651. El autor destaca que “la existencia de una pluralidad de empresas, aun en un mercado local, no implica que no exista una posición dominante imputable a ellas, si no existe competencia efectiva entre las mismas”, pág. 652.

[23] Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, “Breve análisis económico de la ley argentina de defensa de la competencia”, 1997.

[24] Cabanellas de las Cuevas (h.), Derecho Antimonopólico..., pág. 654.

[25] Caso “United Brands” citado en Bouzat, pág. 228.

[26] Cabanellas de las Cuevas (h.), Derecho Antimonopólico..., pág. 647.

[27] Caso “Continental Can” citado en Cabanellas de las Cuevas (h.), Derecho Antimonopólico..., pág. 653.

[28] Dictamen de la CNDC en expediente 106.213/81 citado en Martínez Medrano, Gabriel y Soucasse, Gabriela M., pág. 877.

[29] Cám. Nac. Apel. Pen. Econ., sala II, 5-7-83, “Comisión Nacional de la Competencia v. S.A. Industrias Welbers Ltda.”, E. D. 107-549 citado en Cabanellas de las Cuevas (h.), “Aplicación...”, pág. 755. En el caso, un ingenio azucarero, demandante de caña de azúcar a los productores de la zona, había establecido condiciones de compra más ventajosas para el deudor que las de mercado. La sentencia confirmó la decisión sancionatoria de la CNDC.

[30] “Unión General de Tamberos v. Cooperativa Popular de Electricidad de Santa Rosa Ltda.”, Resolución SC 178 del 9/6/1982 confirmada por Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, sala II, 19/8/1982 citado en Cabanellas (h.), Guillermo, “Aplicación...”. En el caso, se determinó que la planta procesadora de productos lácteos (con posición dominante) incurría en prácticas discriminatorias entre sus distintos abastecedores y que se abstenía arbitrariamente de operar con alguno de ellos.

[31] En el caso, el abuso de posición dominante se consideró acreditado por la venta del producto en el mercado interno a un precio mayor que su precio de exportación, práctica que se consideró nociva al interés económico general por la depresión de la demanda interna. “La CNDC identificó el interés económico



general como el de los agentes económicos y sostuvo que el perjuicio a ese interés estuvo dado por el hecho que si el precio de GLP hubiera sido menor la cantidad demandada por los consumidores finales hubiera sido mayor. Esta disminución de la cantidad consumida es lo que se identificó como el perjuicio al interés económico general”. Bouzat, Gabriel, pág. 228.

[32] Bouzat, pág. 228.

[33] Martínez Medrano y Soucasse, pág. 877.

[34] Los dos primeros casos estaban ya previstos en la Ley N° 22.262 aunque no en idénticos términos (se refería exclusivamente al mercado nacional, y se omitía la posibilidad de abuso de posición dominante conjunto).

[35] No obstante, la doctrina ha señalado que “puede existir un mercado geográfico relevante constituido por una parte del territorio nacional, e inclusive una localidad”. Martínez Medrano y Soucasse, pág. 877.

[36] Martínez Medrano y Soucasse, pág. 877.

[37] Ibid.

[38] Molina Sandoval, Carlos A., Defensa de la Competencia, Errepar, Buenos Aires, 2006, pág. 136.

[39] Cabanellas de las Cuevas (h.), Derecho Antimonopólico..., pág. 651.

[40] Paolantonio y Bergel, pág. 10.

[41] Cabanellas de las Cuevas (h.), Derecho Antimonopólico..., pág. 651.

[42] Ídem, pág. 660.

[43] Vergara del Carril, Angel D., “Nuevo régimen de Defensa de la Competencia. Introducción del control de concentraciones”, El Derecho, 186-1062.

[44] Martínez Medrano y Soucasse, pág. 877.

[45] Ibid.

[46] Ibid.

[47] Lambert, Ariel D., “El abuso de Posición Dominante en la Defensa de la Competencia”, Revista Argentina de Derecho Empresario-1 (2005).

[48] Bouzat, Gabriel, pág. 228.

[49] Ibid.

[50] Resolución 208/2018 de la Secretaría de Comercio.

[51] CNDC. Lineamientos para el Control de las Concentraciones Económica (Resolución 208/2018 de la Secretaría de Comercio).

[52] Cabanellas de las Cuevas (h.), Derecho Antimonopólico..., pág. 307; Bugallo, Beatriz, “Abuso de Posición Dominante: Derecho comparado y derecho Uruguayo vigente”, Revista de derecho, Universidad de Montevideo: Facultad de Derecho. Número 1 (2002) pág. 9.

[53] Cabanellas de las Cuevas (h.), Derecho Antimonopólico..., pág. 307.

[54] Idem, pág. 308. El autor destaca que “La jurisprudencia estadounidense, enfrentada con la necesidad de definir el marco en que se configura la monopolización punible bajo la legislación antitrust, ha procedido en general a describir un mercado relevante, en términos de producto y territorio, restando por lo común trascendencia al hecho de que tales elementos dependen, según se expuso precedentemente, del marco temporal que se adopte”.

[55] Bouzat, pág. 228.

[56] Resolución 208/2018 de la Secretaría de Comercio.

[57] Martínez Medrano y Soucasse, pág. 877.

[58] Resolución 208/2018 de la Secretaría de Comercio.

[59] Cabanellas de las Cuevas (h.), Derecho Antimonopólico..., pág. 312.

[60] Resolución 208/2018 de la Secretaría de Comercio.

[61] Cabanellas de las Cuevas (h.), Derecho Antimonopólico..., pág. 312.

[62] Bajo la legislación argentina (y europea) la posición dominante puede resultar de la situación de una empresa como demandante única. Cabanellas de las Cuevas (h.), Derecho Antimonopólico..., pág. 319.

- [63] Cabanellas de las Cuevas (h.), Derecho Antimonopólico..., pág. 320.
- [64] Martínez Medrano y Soucasse, pág. 877.
- [65] Comunicación de la Comisión de la CE. relativa a acuerdos de menor importancia (DOCE. serie C n. 231 de 12/9/1986) citada en Martínez Medrano y Soucasse, pág. 877.
- [66] Martínez Medrano y Soucasse, pág. 877.
- [67] Resolución 208/2018 de la Secretaría de Comercio.
- [68] Martínez Medrano y Soucasse, pág. 877.
- [69] Ibid.
- [70] Ibid.
- [71] Ibid.
- [72] Ibid.
- [73] Coloma, Germán, "La ley argentina de defensa de la competencia", Presentación en la XXII Reunión Anual de la Asociación Argentina de Economía Política, Bs. As., (1997) [https://aaep.org.ar/espa/anales/pdf\\_97/Coloma.pdf](https://aaep.org.ar/espa/anales/pdf_97/Coloma.pdf).
- [74] Paolantonio y Bergel, pág. 13.
- [75] "Proyecto de Lineamientos".
- [76] Cám. Nac. Apel. Com., sala D, M.S.O. Supercanal y otro v. Telered Imagen S.A. y otro, 10/10/2002, JA (2003-III) pág. 502; Cita Online: 20032450. En el caso, empresas consumidoras directas de la empresa cuyo comportamiento se acusaba de anticoncurrencial accionaron por encontrarse forzadas a consumir señales que no necesitaban (automovilismo, box y básquet), a costa de la imposibilidad de transmitir otras señales de las que la demandada tenía el monopolio de comercialización (fútbol argentino).
- [77] Se agregó que: "Si se sancionara este monopolio en tanto tal, se produciría seguramente una afectación directa en el nivel de invenciones que hacen al avance de la técnica y la tecnología de cualquier nación".
- [78] Cabanellas de las Cuevas (h.), Derecho Antimonopólico..., pág. 660.
- [79] Ver por todos, Trevisán, Pablo, "Acción preventiva de daños y defensa de la competencia", RCCyC (abril 2016) pág. 63, Cita Online: AR/DOC/916/2016.
- [80] Cabanellas de las Cuevas (h.), Derecho Antimonopólico..., pág. 664.
- [81] Cabanellas (h.), "Aplicación...", pág. 755.
- [82] "Proyecto de Lineamientos".
- [83] Martínez Medrano y Soucasse, pág. 877.
- [84] Paolantonio y Bergel, pág. 20, citando a Reyes Oribe, Aníbal M. e Iraola, Francisco J., "Defensa de la Competencia: síntesis del sistema argentino actual y proyectos de reforma", Revista de Derecho Industrial (enero-abril 1993).
- [85] Caso "Ifrisa S.A. c. Y.P.F. y Ecsal S.A.", Resolución SC 106 del 112/4/1982 citada en Cabanellas (h.), "Aplicación...", pág. 755.
- [86] "Proyecto de Lineamientos".
- [87] Cabanellas de las Cuevas (h.), Derecho Antimonopólico..., pág. 671.
- [88] Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, "Breve análisis económico de la ley argentina de defensa de la competencia", 1997.
- [89] Cabanellas (h.), "Aplicación...", pág. 755.
- [90] Martínez Medrano y Soucasse, pág. 877.
- [91] "Proyecto de Lineamientos".
- [92] Ibid.
- [93] Coloma, Germán, "El abuso explotativo de posición dominante y la nueva Ley de Defensa de la Competencia", Sup. Esp. Com. Ley de Defensa (octubre 2018) pág. 187. Cita Online: AR/DOC/2101/2018.
- [94] Exposición de Motivos, Ley N° 22.262.
- [95] "Proyecto de Lineamientos".
- [96] Res. 387/2017, Secretaría de Comercio.
- [97] citado en Coloma, pág. 187.

- [98] Cabanellas de las Cuevas (h.), Derecho Antimonopólico..., pág. 672.
- [99] Cabanellas de las Cuevas (h.), Derecho Antimonopólico..., pág. 671.
- [100] Ver: Art. 102 (antiguo art. 82 TCE).
- [101] Cabanellas de las Cuevas (h.), Derecho Antimonopólico..., pág. 662.
- [102] "Proyecto de Lineamientos".
- [103] Cabanellas de las Cuevas (h.), Derecho Antimonopólico..., pág. 679.
- [104] "Proyecto de Lineamientos".
- [105] *Ibíd.*
- [106] Cabanellas de las Cuevas (h.), Derecho Antimonopólico..., pág. 677.
- [107] "Proyecto de Lineamientos". En ese caso, existe la posibilidad de que no se esté generando un perjuicio al interés económico general, si los precios bajos están siendo trasladados de algún modo a los consumidores del bien o servicio afectado. Así, el interés económico general no se vea adversamente afectado, y - por lo tanto- el abuso de posición dominante que se configure no constituya una infracción.
- [108] Cám. Nac. Apel. Pen. Econ., sala II, 5-7-83, "Comisión Nacional de la Competencia v. S.A. Industrial Welbers Ltda.", E. D. 107-549 citado por Cabanellas de las Cuevas (h.), "Aplicación...", pág.755. En el caso, la modalidad de financiamiento exigida por la empresa dominante suponía un mecanismo de imposición de un precio inferior al reglamentario (fijado por la autoridad de aplicación de la Ley del Azúcar).
- [109] Otamendi, Jorge, "El interés general y la eficiencia económica en la ley de defensa de la competencia" LA LEY (1999-F) pág. 1087. Cita Online: AR/DOC/873/2001 y Bouzat, pág. 228.
- [110] Otamendi, pág. 1087.
- [111] Bouzat, pág. 228.
- [112] Citado por Coloma, pág. 187. Se consideró afectado el interés económico general al reducirse directamente los beneficios de los demandantes del servicio provisto por SADAIC, sin tener ninguna justificación basada en costos o en algún otro argumento que no tuviera que ver con el ejercicio del poder monopólico del oferente de dicho servicio.
- [113] Paolantonio y Bergel, pág. 16.
- [114] Cabanellas de las Cuevas (h.), Derecho Antimonopólico..., pág. 678.
- [115] Otamendi, pág. 1087 agregando dicho autor que es imposible que se dé un precio de equilibrio, ya que no se conoce mercado que funcione perfectamente.
- [116] Cabanellas de las Cuevas (h.), Derecho Antimonopólico..., pág. 677.
- [117] "Proyecto de Lineamientos".
- [118] Cabanellas de las Cuevas (h.), Derecho Antimonopólico..., pág. 683.
- [119] Paolantonio y Bergel, pág. 17.
- [120] Cabanellas de las Cuevas (h.), Derecho Antimonopólico..., pág. 682 en base a una resolución de la Comisión de las Comunidades Europeas.
- [121] "Proyecto de Lineamientos".
- [122] *Ibíd.*
- [123] Res. 387/2017, Secretaría de Comercio. Se acusaba una discriminación de precios en dos distintas provincias del país: la bolsa de cemento se vendía a un precio mayor en la zona de Río Gallegos (Santa Cruz) y a un precio menor en la zona de Viedma (Río Negro), a pesar de que el producto se fabricaba en una planta que estaba localizada más cerca de la primera ciudad que de la segunda.
- [124] Coloma, pág. 187.
- [125] Paolantonio y Bergel, pág. 17.
- [126] En la Ley N° 22.262, el inciso d) del art. 41 era conceptualmente igual al actual inciso f) del art. 3° de la Ley de Defensa de la Competencia.
- [127] Cám. Nac. Apel. Com., sala D, M.S.O. Supercanal y otro v. Telered Imagen S.A. y otro, 10/10/2002, JA 2003-III-502; Cita Online: 20032450.

- [128] *Ibíd.*
- [129] "Proyecto de Lineamientos".
- [130] *Ibíd.*
- [131] Lambert, cit.
- [132] "Ferrari, Néstor Donato c. Plan Ovalo S.A. de Ahorro para Fines Determinados y Otros", disponible en <http://www.mecon.gov.ar/cndc/conductas.htm> (consulta del 22.2.2005) citado en Lambert, cit.
- [133] Cabanellas de las Cuevas (h.), *Derecho Antimonopólico...*, pág. 683.
- [134] "Proyecto de Lineamientos".
- [135] Cabanellas de las Cuevas (h.), *Derecho Antimonopólico...*, pág. 683.
- [136] "Proyecto de Lineamientos".
- [137] Cabanellas (h.), "Aplicación...", pág. 755. En el caso, un establecimiento faenador que era el único que operaba en su localidad se negaba a abastecer a una carnicería, determinando su exclusión del mercado (Resolución SC 78 del 11/3/1982).
- [138] Cabanellas de las Cuevas (h.), *Derecho Antimonopólico...*, pág. 684.
- [139] "Proyecto de Lineamientos".
- [140] *Ibíd.*
- [141] *Ibíd.*
- [142] *Ibid.*
- [143] *Ibid.*
- [144] *Ibid.*
- [145] *Ibid.*
- [146] *Ibid.*
- [147] *Ibíd.*
- [148] *Ibíd.*
- [149] *Ibíd.*
- [150] *Ibíd.*
- [151] Alterini, Jorge H. (Director General), *Código...*, pág. 69.
- [152] *Ídem*, pág. 75.
- [153] *Ídem*, pág. 79.
- [154] Tobías, José W., "La protección de la voluntad en la contratación contemporánea", *LA LEY* (2010-B) pág. 966. Cita Online: AR/DOC/3682/2009.
- [155] Cfr. Alterini, Jorge H. (Director General), *Código...*, pág. 73.
- [156] Juzgado Nac. 1º inst. N° 3. Mar-tra S.A. c. Carrefour Argentina S.A. 08/07/2010. Cita Online: AR/JUR/75486/2009, en el cual se ventiló el reclamo de daños y perjuicios derivados de un comportamiento abusivo en el mercado, invocando los textos proyectados en 1998. El reclamo fue rechazado.
- [157] Para profundizar nos remitimos a Tobías, pág. 966; Alterini, Jorge H. (Director General), *Código...*, pág. 69; Goldenberg, Isidoro H. y Tobías, José W., "Abuso de posición dominante", *LA LEY* (2005-D) pág.1002, Cita Online: AR/DOC/1949/2005.
- [158] Fundamentos del Anteproyecto de CCyC disponibles en <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf> (en adelante, "Fundamentos del Anteproyecto de CCyC").
- [159] "Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación".
- [160] *Ibíd.*, aclarando la Comisión Redactora que: "las reglas a través de las cuales se aplica dicho principio de política legislativa son diversas y cada una tiene su fundamento específico: buena fe, abuso del derecho, etc."
- [161] La doctrina indica que hubiera despojado de casi toda vigencia práctica la institución de la lesión, supuestos comprendidos en los vicios de voluntad tradicionales y casos de temor reverencial. Alterini, Jorge H. (Director General), *Código...*, pág. 81. Lorenzetti, "Nuevas fronteras ...", pág. 593. Un enfoque contrario puede verse en Garrido Cordobera, Lidia, *Los límites al abuso de posición*

dominante y los principios generales del derecho. SJA 03/10/2018. Cita online AP/DOC/533/2018: “La posición dominante en el mercado es la que posibilita que un determinado prestador o conjunto de prestadores se abuse de su situación de fortaleza en la relación establecida con un sujeto que se encuentra en situación de debilidad jurídica, social o económica, abarcando desde las negociaciones, la invitación a contratar, las prácticas y las propias condiciones del contrato”.

[162] En base a lo dispuesto en el art. 3° de la Ley N° 24.240, que establece que las disposiciones de la ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular las de defensa de la competencia y de lealtad comercial. La doctrina indica que ello ha consagrado el principio de integración normativa: Darcy, Norberto Carlos. “La nueva ley de defensa de la competencia: otra buena razón para designar al Defensor del Pueblo”, eDial DC260E.

[163] Alterini, Jorge H. (Director General), Código..., pág. 69; Lorenzetti, “Nuevas fronteras ...”, pág. 593.

[164] Lorenzetti, “Nuevas fronteras...”, pág. 593, quien remitió a la Ley N° 22.262 por la época del comentario doctrinario; Alterini, Jorge H. (Director General), Código..., pág. 74.

[165] Trevisán, “Acción...”, pág. 63.

[166] Lorenzetti, Ricardo L., Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Tomo I, Rubinzal Culzoni, 2015, pág. 66; Trevisán, “Acción...”, pág. 63. Idéntico criterio es adoptado en la obra de Alterini, donde sostiene que “el Código Civil y Comercial recepta la noción proveniente del derecho público y le agrega la regulación de efectos en el sector del derecho privado, que se agregan a los que producen en el ámbito del derecho de la competencia”. Alterini, Jorge H. (Director General), Código..., pág. 81.

[167] Lorenzetti, Código Civil..., pág. 67.

[168] Ghersi, Carlos Alberto, “El abuso de posición dominante”, LA LEY 2016-B, 1157. Cita online: AR/DOC/1134/2016.

[169] Garrido Cordobera, cit.

[170] Trevisán, “Acción...”, pág. 63. El autor incluso sostuvo que hubiera sido más apropiado extender la misma solución “también a otros tipos de actos anticompetitivos que pudieran implicar un abuso del derecho y que podrían tener lugar entre particulares que, como consecuencia de este tipo de conductas o actos, se apropiaren ilegítima y conjuntamente de una posición de dominio en determinados mercados”.

[171] “Proyecto de Lineamientos”. Se agrega que: “el proveedor o revendedor afectado por la conducta de la empresa dominante podría demandar a dicha empresa por los daños y perjuicios que ella pueda haberle ocasionado como consecuencia de la práctica vertical adoptada, pero dichos daños y perjuicios tendrán un carácter estrictamente privado (y que no depende de la posición dominante de la empresa demandada), y no surgirán de una infracción a la Ley N° 27.442”.

[172] Debe notarse que ello se analiza en general y no circunscripto al concepto de abuso de posición dominante.

[173] “Equipos y Controles SA s/concurso preventivo”, Cám. Nac. Com. C, 27/12/2002.

[174] En el caso, la Cámara Comercial denegó el petitorio de exclusión del voto de un competidor de la concursada con base en las disposiciones de la Ley de Defensa de la Competencia. El fallo fue respaldado por un sector de la doctrina que sostuvo que admitir que un juez civil o comercial pudiese declarar a un acto o conducta como prohibido por la Ley N° 25.156 podría implicar una violación al reparto de competencias judiciales establecido en la ley. La instancia judicial únicamente estaría habilitada por vía de recurso de revisión de la decisión administrativa,

siendo competencia de las Cámaras de Apelaciones que correspondan determinar finalmente si ha existido o no una conducta prohibida susceptible de alterar el orden público económico. Cassagne, Bernardo, “Derecho Administrativo de la defensa de la competencia: ¿aplicación administrativa o judicial de la Ley N° 25.156? Interrogantes y planteamientos”, *El Derecho Administrativo* (2003) pág. 281.

[175] Cassagne, Bernardo, “Derecho Administrativo de la defensa de la competencia: ¿aplicación administrativa o judicial de la Ley N° 25.156? Interrogantes y planteamientos”, *El Derecho Administrativo* (2003) pág. 281.

[176] Trevisán, Pablo, “Reparación de daños por conductas anticompetitivas a la luz de la nueva Ley de Defensa de la Competencia”, *Sup. Esp. Com. Ley de Defensa* (octubre 2018) pág. 427. Cita Online: AR/DOC/2120/2018: “las sutiles prácticas orientadas a procurar una posición dominante en un mercado mediante la supresión de una competencia significativa no pueden quedar al margen de la evaluación que el juez (en este caso, el juez del concurso) debe hacer”.

[177] Martínez Medrano, Gabriel, “Licencias atadas sobre derechos intelectuales y defensa de la competencia”, *JA* (2003-III) pág. 502; Cita Online: 20032450.

[178] Cabanellas (h.), Guillermo, “Efectos de la ley de defensa de la competencia sobre los procesos concursales”, *LA LEY* (2003-C) pág. 720 - Derecho Comercial - Concursos y Quiebras - Doctrinas Esenciales Tomo I, 01/01/2008, 569. Cita Online: AR/DOC/1424/2001.

[179] Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Ami Cable Holding LDT y otros s/ incidente”, 25 de febrero de 2014.

[180] Cám. Nac. Apel. Civ. Y Com. Fed., sala III, Federación de Centros y Entidades Gremiales de Acopiadores de Cereales c. Monsanto Argentina S.A. y otros s/ amparo. 2/06/2016, Cita online: AR/JUR/34691/2016.

[181] Cám. Nac. Apel. Com., sala D, Medic World Mandatary S.A. s/conc. prev. s/inc. de apel. 11/10/2001, *La Ley* 2002B, 613, Cita online: AR/JUR/60/2001.

[182] Cám. Nac. Apel. Com., sala D, M.S.O. Supercanal y otro v. Telered Imagen S.A. y otro, 10/10/2002, *JA* 2003-III-502; Cita Online: 20032450.

[183] Cám. Nac. Civ. y Com. Fed. “Despegar.com.ar c/ American Airlines s/ medidas cautelares”. 28/02/2014.

[184] Por ejemplo, acuerdos restrictivos de la competencia que no lleguen a materializarse en el mercado y, en consecuencia, no produzcan un daño particular. *Ibíd.*

[185] Una acción de resarcimiento de daños por conductas anticompetitivas en sede judicial sin el previo pronunciamiento de la autoridad administrativa de aplicación del régimen competencial se denomina “stand-alone” y una acción de daños derivada de un pronunciamiento (firme) por parte de la autoridad de competencia se denomina “follow-on” o “de seguimiento”. Trevisán, Pablo, “Reparación de daños por infracciones a las normas de competencia. La Unión Europea y la Argentina”, *LA LEY* (2015-A) pág. 1048, Cita Online: AR/DOC/526/2015.

[186] Lorenzetti, “Nuevas fronteras...”, pág. 593.

[187] Alterini, Jorge H. (Director General), *Código...*, pág. 69.

[188] Lorenzetti, *Código Civil...*, pág. 64.

[189] Trevisán, “Acción...”, pág. 63. El autor menciona que más que acción sería “pretensión”.

[190] Dicho debate se ha centrado en cuáles reglas aplican al dictado de medidas cautelares en materia de defensa de la competencia y cómo se configuran los requisitos. Ver por todos, De la Riva, pág. 393.

[191] De la Riva, pág. 393.

[192] *Ibíd.*

[193] CNFedCivCom, Salall, 21/06/2016. Molinos Río de La Plata SA s/ resol.

Comisión Nac. Defensa de la Competencia, LA LEY (2016-D) pág. 577. Cita Online: AR/JUR/45828/2016.

[194] Alterini, Atilio Aníbal; Ameal, Oscar José; López Cabana, Roberto M., Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales, Abeledo Perrot, 1995, pág. 740.

[195] De la Riva, pág. 393.

[196] Cám. Nac. Civ. y Com. Fed. “Despegar.com.ar c/ American Airlines s/ medidas cautelares”. 28/02/2014.

[197] En el caso, la Sala I de la Cámara Federal de Apelaciones en lo Civil y Comercial confirmó la medida cautelar dictada por la CNDC por la cual se ordenó a Telefónica que dejara preventivamente sin efecto nuevas instrucciones impuestas citado en De la Riva, pág. 393. Un sector de la doctrina rechazó la idea de que quepa imponer una contracautela al denunciante de la práctica anticompetitiva “toda vez que dicha exigencia se convertiría en una barrera o incentivo negativo a la formulación de denuncias de prácticas anticompetitivas, viéndose en ese caso perjudicado el interés económico general”; Padilla, Roberto, “Las medidas cautelares en el derecho de la competencia”, LA LEY (2003-F) pág. 934.

[198] Alterini, Jorge H. (Director General), Código..., pág. 69.

[199] Lorenzetti, Código Civil..., pág. 57.

[200] Trevisán, “Reparación de daños por conductas anticompetitivas...”, pág. 427.

[201] Trevisán, “Reparación de daños por conductas anticompetitivas...”, pág. 427.

[202] Alterini, Jorge H. (Director General), Código..., pág. 70.

[203] Cám. Nac. Apel. Com., sala D, M.S.O. Supercanal y otro v. Telered Imagen S.A. y otro, 10/10/2002, JA 2003-III-502; Cita Online: 20032450.

[204] Martínez Medrano, “Licencias...”, pág. 502.

[205] Ibid.

[206] Trevisán, “Reparación de daños por conductas anticompetitivas...”, pág. 427, quien cita en este punto a Cabanellas de las Cuevas (h.), Derecho Antimonopólico..., pág. 797 donde menciona que “La L.D.C., a diferencia de otras legislaciones extranjeras, no incluye disposiciones expresas relativas a la nulidad de los actos jurídicos por ella prohibidos. No obstante, los términos de la prohibición incluida en el art. 1° de la L.D.C. son suficientemente amplios como para dar lugar a la nulidad prevista en los arts. 953 y 1044 del Código Civil, en forma congruente con lo dispuesto en el art. 18 del mismo Código”.

[207] Trevisán, “Reparación de daños por conductas anticompetitivas...”, pág. 427.

[208] Cám. Nac. Apel. Com., sala D, Medic World Mandatary S.A. s/conc. prev. s/inc. de apel. • 11/10/2001, La Ley 2002B, 613, Cita online: AR/JUR/60/2001.

[209] “La concursada, administradora de farmacias, posee legitimación para peticionar una medida de no innovar tendiente a que una droguería mantenga el suministro de medicamentos a sus administradas, pues si bien en principio éstas últimas serían quienes están autorizadas a peticionar lo conducente para la mejor defensa de sus derechos, al formar un conjunto económico y constituir la administración de aquellas su principal actividad, resulta evidente el interés directo e inmediato en el suministro oportuno de los productos que comercializan las citadas farmacias”.

[210] Incluyendo a consumidores directos e indirectos, los competidores, proveedores, distribuidores y todos aquellos que, estando “aguas arriba” o “aguas abajo” del mercado relevante en el que participe el destinatario de la tutela preventiva, pudieren acreditar fehaciente y suficientemente tener un interés razonable en la prevención del daño, las Asociaciones de consumidores, el Defensor del Pueblo, Cámaras Empresariales, y la propia Autoridad de aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia. En el caso del Defensor del Pueblo y las asociaciones que tengan por objeto la defensa de estos derechos, tendrán legitimación tanto para la acción individual como para la acción colectiva o proceso de clase (acción colectiva en los términos del art. 43° de la Constitución

Nacional).

[211] Rossi, Federico, “La Nueva Ley de Competencia en Argentina: Modernización del régimen de competencia argentino”, *Competition Policy Internacional* (mayo 2018) <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2018/05/LatAm-Column-May-Full-1.pdf>. Aunque lo relativo a los compradores indirectos es más discutido en el derecho comparado, siendo que en Estados Unidos se le negó la legitimación activa pero en antecedentes comunitarios europeos se reconoció dicha legitimación (Trevisán, “Reparación de daños por conductas anticompetitivas...”, pág. 427).

[212] Cám. Nac. Com. Sala E., *Auto-O-Gas SA c/YPF SA y otros*/ordinario. 30/09/2013.

[213] Rossi, “La Nueva...”.