El abuso de posición dominante

Una herramienta indispensable para un sano Derecho Societario

José H. Sahián[1]

I. Algunos mecanismos de tutela de la empresa débil [arriba]

Existen distintas tecnologías jurídicas tendientes a la protección de la empresa, especialmente aquella que se encuentran en situación de debilidad estructural o coyuntural. Ello concierne, a su vez, a un sano funcionamiento interno de las sociedades comerciales, que son el vehículo, como se sabe, de las empresas. Algunas alternativas, sin ningún ánimo de exhaustividad, son las siguientes.

1.- Una posibilidad es tratar a la empresa como si fuera un sujeto activo de la relación de consumo y aplicarle en consecuencia el régimen tuitivo del Derecho del Consumidor. Esto acontece en diversas hipótesis: cuando se protege al "cliente" en ciertos mercados, como el financiero; cuando se tutela al empresario en aquellos aspectos en los que no detenta calidad de "profesional", lo que acontece en los modelos europeos que utilizan el criterio de profesionalidad o no a los fines de la delimitación de la relación de consumo; cuando se diseña una tutela de las "PYMES", como si fueran consumidores; cuando se equiparan a consumidores a aquellas empresas que "retiran el bien del mercado", como en nuestro sistema según la construcción doctrinal.

2.- En segundo lugar, cuando se persigue proteger a la empresa, en tanto revista carácter de "contratante adherente". Este es el diagrama de nuestro Código Civil y Comercial (en adelante CCyC) en la regulación de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, en los arts. 985 a 988.

También es usual, en el derecho comparado, la sanción de leyes de "condiciones generales de contratación". Por ejemplo, en España la Ley 7/1998, de 13 de abril, que en su art. 2.3 prevé como sujeto activo a cualquier adherente, sea o no profesional.

3.- La tercera vía es a través de leyes de protección contra la competencia desleal.

4.- Y finalmente mediante el derecho antitrust, esencialmente a través de dos institutos: el control de las prácticas restrictivas de la competencia y del abuso de posición dominante, que es el tópico sobre el que nos detendremos en el presente trabajo.

Ahora bien, esta última afirmación merece dos precisiones. La reproducción del abuso de posición dominante como principio del art. 11 del CCyC ha ensanchado sustancialmente el ámbito de aplicación del instituto.

Y, en segundo lugar, el empleo del abuso de posición dominante no es inocuo, puesto que a la tradicional función resarcitoria, el abuso de posición dominante genera funciones preventivas y sancionatorias, sin igual, como lo es la aptitud de activar los daños punitivos (art. 64 LDC[2]).

II. Dimensión constitucional de la libertad de empresa [arriba]

Ahora bien, el examen de las tecnologías de resguardo de la empresa débil, especialmente el Abuso de posición dominante y los restantes institutos de la defensa de la libre competencia, debe formulárselo en clave constitucional.

Aunque suene contradictorio, el abuso de posición dominante se representa como una aparente limitación del derecho fundamental de la libertad de empresa pero, a la vez, es una herramienta para la garantía de ésta. Es que, la libertad de empresa, aun cuanto derecho fundamental, e incluso cuando se le pueda asignar la discutible cualidad de segmento de un Ius Commune, no tiene un sentido absoluto, adolece de limitaciones que vienen dadas por las exigencias de la economía general, en cuya ponderación han de jugar los intereses económicos de los restantes integrantes del mercado.

La libre competencia, a la que el abuso de posición dominante persigue preservar, se exterioriza, entonces, tanto como una demarcación intrínseca, cuanto como un valor normativo esencial de la libertad de empresa[3]. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional español expresó que:

El reconocimiento de la economía de mercado por la Constitución, como marco obligado de la libertad de Empresa, y el compromiso de proteger el ejercicio de ésta… supone la necesidad de una actuación específicamente encaminada a defender tales objetivos constitucionales. Y una de las actuaciones que pueden resultar necesarias es la consistente en evitar aquellas prácticas que puedan afectar o dañar seriamente a un elemento tan decisivo en la economía de mercado como es la concurrencia entre empresas, apareciendo así la defensa de la competencia como una necesaria defensa, y no como una restricción de la libertad de Empresa…[4].

Tan es así que en un precedente llegado hasta la Corte Constitucional de Colombia se tacharon de inconstitucionales las disposiciones que regulan el control de los proyectos de operaciones de fusión entre empresas, por cuanto imponían restricciones supuestamente injustificadas a la libertad de empresa. Se descartó la inconstitucionalidad reclamada, con base en el convencimiento de que las garantías constitucionales propias de la libertad de empresa encuentran su verdadero sentido cuando se les comprende, no como prerrogativas sin límite y exclusivamente destinadas a la maximización del beneficio de los participantes en el mercado, sino cuando son entendidas en el marco de la protección del interés social[5].

Como acertadamente advierte Shina, en este tópico aparecen nuevamente enfrentados los principios de la seguridad jurídica y libertad contractual, por un lado, y las de la equidad que persiguen amparar a las empresas más débiles que quedan a merced de las más poderosas, por el otro[6].

El instituto sub examen se encauza afortunadamente hacia la garantía de ésta última.

Incluso, creemos que la expansión del abuso de posición dominante al sistema civil y comercial constituye un inexorable paso más, en pos de la satisfacción del mandato constitucional de los arts. 42 y 43.

III. Sistemas de protección del mercado [arriba]

Es conocido que existen dos grandes sistemas de defensa de la libre competencia, en el derecho comparado. Por un lado, el régimen estructural antitrust

norteamericano y, por el otro, el modelo de sanción al abuso de posición dominante europeo.

El primero se caracteriza por sancionar el poder de mercado o el monopolio en sí mismo, y tiene una parte significativa de impronta penal[7]. En este caso, el sistema interviene para disolver las estructuras monopolísticas aun cuando ellas sean benignas[8]. Este "principio de prohibición" nació con la sanción de la Sherman Acten Estados Unidos en 1.890, consecuencia de una circunstancia coyuntural, como fue la creación y consolidación de la Standard Oil Trust[9]. Aunque este rigor se moderó mediante la aplicación pretoriana de las rules of reason[10], la jurisprudencia norteamericana luego pareció retornar al rigorismo del criterio "per se". En el caso "Alcoa" se juzgó que bastaba con probar la posición monopólica y no su intencionalidad o propósito, como lo sostenía la jurisprudencia anterior, siendo el acusado del monopolio quien deberá demostrar que no abusó de ese poder. Este giro parece mantenerse en la más reciente jurisprudencia, aunque con bastantes críticas en la doctrina[11].

El segundo diseño, por el contrario, exhibe como rasgo más saliente, el reproche civil al "abuso" quede la posición dominante o de dichas estructuras puedan hacerse. Tuvo su origen en una ordenanza alemana de 1923, y de allí se incorporó al Tratado de la Comunidad Europea (ex art 86 y 82 TCEE, actual art. 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea[12]). Bajo esta tesitura la posición de dominio sin abuso, como consecuencia del libre juego de la competencia y por merecimientos propios, es lícita[13].

La actual Ley 27.442[14], al igual que sus dos predecesoras, siguió el modelo europeo[15]. La decisión de política legislativa de adopción del sistema europeo, a nuestro entender, deviene debatible, y no parece haber sido objeto de una discusión con una profundidad conteste con la significación que tal regulación representa.

IV. El abuso de posición dominante en el CCyC [arriba]

Como sabemos, el abuso de posición dominante es un instituto proveniente del Derecho de la Libre Competencia. Por tanto, originariamente y prioritariamente pensado en el marco de actuación de las sociedades.

Pero en nuestro régimen sustantivo se lo ha regulado novedosamente también en el art. 11 del CCyC.

No creemos que la incorporación del abuso de posición dominante en el art. 11 sea sobreabundante, como lo sostiene un sector de la doctrina[16]. Si bien no modifica la regulación en la ley especial, le agrega efectos jurídicos[17], por ejemplo en el marco de la tutela inhibitoria y resarcitoria.

En cuanto a la legitimación, la inclusión de la figura del abuso de posición dominante en el CCyC amplía el ámbito subjetivo de aplicación, porque debe interpretarse ese art. 11 en sincronía con el art. 1096, con lo que cualquier "expuesto" podría reclamar el cese o la indemnización[18].

Por otra parte, las regulaciones del CCyCy de los proyectos de 1993 y 1998 (art. 397) han conectado el abuso de posición dominante con el abuso de derecho. Esto se visibiliza en el digesto civil y comercial vigente, que legisla el novedoso instituto, junto con el principio de "buena fe" (art. 9) y el "abuso del derecho" (art. 10). Pero

no obstante la cercanía metodológica y la aproximación nominal, descartamos que el abuso de posición dominante sea una especie de abuso de derecho. Indudablemente median ciertos puntos de solapamiento, ya que mientras que en el instituto del art. 10 del CCyC hay ejercicio irregular de un derecho, en el caso del art. 11 también se verifica una ejecución excesiva, de un liderazgo jurídico o esencialmente económico. Pero la divergencia estriba en el fundamento, puesto que el abuso de posición dominante constituye, a nuestro entender, una manifestación del "principio protectorio", de tutela a un vulnerable, lo que no necesariamente acontece en el abuso de derecho.

La lógica que atraviesa al abuso de posición dominante es la defensa del débil (aunque sea empresario) que se encuentra "bajo dominio" económico o jurídico de otro. Se aproxima más al raciocinio que prevalece en el microsistema de defensa del consumidor o de la contratación por adhesión (arts. 985 a 988 del CCyC), cuyos principios bien podrían yuxtaponerse. No por nada, el art. 3 de la Ley de Defensa del Consumidor impone el diálogo con las leyes de tutela de la libre competencia (ex 25.156, actual 27.442) y de lealtad comercial (ex 22802, actual Decreto 274/2019).

Las Pymes serán sujetos especialmente resguardados, aunque no exclusivos destinatarios del instituto sub análisis.

Entre algunos ejemplos de abuso de posición dominante, en su clave foránea al ámbito antitrust, propone Lorenzetti los siguientes ejemplos: las empresas que construyen y venden departamentos y, a su vez, elaboran el reglamento de copropiedad y los adherentes quedan encerrados en su libertad de contratación; también las denominadas "propiedades compartidas" en cuanto fijan pagos extra para el dueño cuando quiere utilizar su propiedad en alta temporada[19]. En rigor, estos ejemplos, bien podrían también encuadrar como supuestos de "dependencia económica o contratación obligatoria".

Como es dable anticipar, el abuso de posición dominante, en la ejemplificación dada, se emancipa, gracias al art. 11 del CCyC, de la vinculación con el dominio del mercado que lo especifica cuando actúa en el escenario del derecho antitrust. Entendemos este progreso de la figura como altamente positivo. Tal tópico amerita un debate más extenso, que no podemos abordar para no exceder los límites del presente trabajo.

V. El abuso de posición dominante en la ley de defensa de la competencia [arriba]

Concepto de posición dominante

La posición dominante es la situación económica y jurídica que le permite a una empresa conducirse en el mercado sin tener en consideración la conducta de sus competidores. Esa "independencia" de comportamiento, como criterio, fue receptada por nuestra jurisprudencia[20] y por la autoridad de aplicación[21].

Sin dudas, el Tribunal de Justicia Europeo fue el que desarrolló originariamente ese concepto[22], y de allí se difundió.

La segunda característica de la posición dominante es la innecesaridad de una total exclusión de la competencia. Efectivamente, en las primeras decisiones, el organismo comunitario, hizo hincapié en la "exclusión de la competencia" como

requisito para que haya posición de dominio, lo cual puede observase en las sentencias “Sirena” y “Deutsche Grammaphon”[23]. Este pensamiento primigenio se vio atemperado en resoluciones posteriores, hasta que se adoptara el razonamiento actual, a través de los fallos clásicos “Hoffman La Roche” y “United Brands”[24].

Los derechos nacionales europeos, lógicamente, siguieron los lineamientos jurisprudenciales comunitarios[25], los que revisten una particular gravitación habida cuenta la ausencia de conceptos legales de “posición dominante”, tanto en la regulación de la Unión Europea, como en las legislaciones nacionales. Vgr.la Ley de Defensa de la Competencia de España (Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.), en su artículo 2, se limita a definir los casos de “abuso”, mas no de posición dominante[26].

Por el contrario, el art. 66.7 del TCECA[27], antecedente del art. 82 TCE, junto con ciertas legislaciones nacionales, como las leyes alemanas, belgas y holandesas[28], establecían definiciones legales de posición dominante.

Inversamente al régimen europeo actual, el sistema argentino conceptualiza legalmente posición dominante en los arts. 5 y 6 de la regulación vigente[29], y no el abuso. Utiliza la técnica de la vieja ley española 110/1963 del 20 de Julio, de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia[30].

Ámbito subjetivo

La base de la protección anticoncurrencial en la Unión Europea gira en torno a dos artículos de su Tratado marco: el ex artículo 81 (ex 85) que refiere específicamente a los acuerdos, decisiones y prácticas “concertadas” prohibidas y el ex artículo 82 (ex 86) que legisla las “posiciones de dominio” en el mercado, tanto unilateral como la conducta colectiva de varias empresas[31].Si las empresas no gozan de una independencia patrimonial, que permita hablar de una existencia económica separada, no sería aplicable el ex artículo 81, ya que el supuesto fáctico contenido en la norma exige para su activación, una concreta una “pluralidad de partes”[32].

De lo dicho puede anticiparse una determinante divergencia con el sistema argentino, que permite que los actos anticompetitivos de los arts. 2[33]y 3 de la Ley 27.442 puedan ser consumados por empresas individuales, confundiéndose estas hipótesis con los abusos de posición dominante. En este punto, el legislador argentino se aparta del modelo europeo. Pero no se desprende de la propia legislación o de los antecedentes parlamentarios que se haya tratado de una escisión razonada, más bien parecería una inconsistencia. Pero el supuesto desacierto no sería responsabilidad del legislador de la actual Ley 27.442, en tanto su art. 3[34] solo se limitó a replicar casi literalmente lo que ya disponía el art. 2 de la Ley 25.156[35], que a su vez tuvo como antecedente parcial el art. 41 de la Ley 22.262[36].

La única discrepancia con la enumeración de la legislación anterior es el agregado del último inciso del art. 3 de la actual Ley 27.442 que añadió como practica anticompetitiva: “La participación simultánea de una persona humana en cargos ejecutivos relevantes o de director en dos o más empresas competidoras entre sí”. Desde luego que la responsabilidad de esta persona humana abre un sinnúmero de supuestos de responsabilidad que dependerán de las circunstancias del caso

concreto, y que nos vemos impedidos de tratar para no exceder los límites de este trabajo.

Retomando el tema anterior, creemos que la "pluralidad de sujetos" constituye un criterio de deslinde, entre prácticas restrictivas y abuso de posición dominante, mucho más eficiente que el esquema normativo consolidado en nuestra legislación desde hace 4 décadas.

Interés económico general

Completando lo dicho en el ítem anterior, cabe recordar que una trascendental particularidad de la legislación argentina surge de la subordinación, del abuso de posición dominante, al cumplimiento de la condición establecida en el art. 1 de la Ley 27.442, esto es, que se encuentre en juego el interés económico general.

La incorporación de la noción de "interés económico general" en la Ley 22.262 y conservado por las leyes 25.156 y 27.442 no comporta, a nuestro entender, un aporte provechoso para el desarrollo de la herramienta del abuso de posición dominante. Por el contrario, la exigencia de aquel condicionante paraliza su eficacia. La incongruencia se corrobora a poco de advertir que si el legislador comprendió que las hipótesis del art. 2[37] presumen la violación del interés económico general, cuánto más debería predicarse respecto del abuso de posición dominante.

Por tanto, el art. 1 merece ser interpretado restrictivamente, de modo que, como acontece con el art. 2, en el supuesto de abuso de posición dominante se presuma el riesgo de transgresión al interés económico general. Esto debería ser objeto de revisión legislativa.

De todos modos, la vigencia del abuso de posición dominante en el sistema (art. 11 del CCyC) y no solo en el "microsistema" antitrust (arts. 6 y 5 de la LDC) habilita su aplicación aún ante perjuicios particulares, y no solo ante casos en que se encuentren en juego el orden público genera[38]l. Tal vez esta sea uno de los más trascendentales y plausibles aportes del art. 11 CCyC.

Mercado relevante

La proporcionada delimitación del mercado relevante es la operación más trascendental para el apropiado juzgamiento de la posición de dominio, en el escenario antitrust.

Se entiende por mercado relevante la conjunción de un grupo de productos en un área geográfica en la cual se producen o venden, tal que una hipotética empresa maximizadora de beneficios, que sea la única proveedora presente y futuro en el área en cuestión, halle beneficioso imponer un incremento de precios pequeño pero significativo, y no transitorio"[39].

A los fines de un primer examen del mercado, se deberá tener en cuenta una diversidad de factores: el poder financiero de la empresa, las facilidades de éstas para acceder al mercado de capitales y materias primas, su tecnología (patentes y knowhow), el número y dimensiones de las empresas competidoras, la relación precio-costes en la empresa, la elasticidad de los precios en la demanda, el poder de fijar precios u otras condiciones económicas con plena libertad y autonomía, las condiciones de entrada al mercado, la diferenciación de los productos, la proporción

de costos fijos y costos variables en el corto plazo, la sustitución desde la oferta[40], el nivel de concentración sobre todo horizontal[41], entre otros.

El art. 6 de la Ley 27.442 precisa tres lineamientos enunciativos para comprobar la estructura del mercado: a) El grado en que el bien o servicio de que se trate, es sustituible por otros, ya sea de origen nacional como extranjero, las condiciones de tal sustitución y el tiempo requerido para la misma[42]; b) el grado en que las restricciones normativas[43] limiten el acceso de productos u oferentes o demandantes al mercado de que se trate; c) el grado en que el presunto responsable pueda influir unilateralmente en la formación de precios o restringir el abastecimiento o demanda en el mercado y el grado en que sus competidores puedan contrarrestar dicho poder.

Aunque no es exclusiva, la más acostumbrada manera de comprobar la presencia de posición dominante en un mercado relevante es indagar la "cuota de mercado".

Para ello, en principio, es conveniente tomar en cuenta las "ventas realizadas", y no la "capacidad de producción"[44].Así en la decisión "Nestlé/Perrier", la Comisión Europea consideró como más útil el concepto "valor de venta" que el criterio "volumen de venta", en la medida que expresaría mejor el "poder real" de la empresa respecto del mercado. Pero se ha esgrimido la noción del "volumen" en ciertas ocasiones, cuando las circunstancias del caso lo recomiendan, como en el asunto "France/Sabena" donde la Comisión Europea tomó en consideración el número de pasajeros transportados anualmente en cada línea y no la facturación de las compañías aéreas; y con igual criterio en "Thomsom/Fritidresor y en Accor/Wagons-Lits" donde se tuvo en cuenta el número de habitaciones de hotel contratadas.

La jurisprudencia europea ha sido profusa, mas no uniforme, sobre el estudio de los porcentajes a justipreciarse. Se ha llegado a presumir la existencia de posiciones dominantes, a partir de cuotas de mercado de un 40%[45], y en otras –con más énfasis- cuando ha superado el 50%[46]. En "Suiker Unie" se juzgó que las empresas tienen posición dominante cuando alcanzan el 80%.Con menos de esos porcentajes, no podría descartarse que haya posición dominante[47], solo que dependerá de otros elementos. En el otro extremo, en "Metro c. SABA I" se decidió que una cuota del mercado del 10% excluye, salvo circunstancias particulares, la presencia de posición dominante[48].

Es esencial, también, en el escrutinio de la posición dominante el mantenimiento de poder de mercado en el tiempo[49]. La incidencia del factor temporal, en el elemento cuota de mercado, para determinar una posición dominante se puede observar con nitidez en el caso "Rhone Poulenc Rorer/Fisons", donde la Comisión Europea, a pesar de que las demandadas poseían una cuota de entre 55-65% del mercado, no se consideró que las mismas estaban en posición dominante, ya que dichas empresas habían perdido un 10% del mercado en los últimos dos años, y sus competidores se habían reforzado en ese período[50].

Igual relevancia reviste el grado de permanencia[51]y fortaleza[52]de la franja competidora. Así, en la ya citada "Hoffmann -La Roche (vitaminas)", con una cuota del 47% del mercado de las vitaminas A, se juzgó que Hoffmann La Roche tenía posición dominante, al ser esta cuota igual a la de la suma de las de sus dos principales competidores[53]. En cambio, una cuota del 51% del mercado de las vitaminas B 3 no se valoró suficiente, al poseer un competidor el treinta por ciento de ese mercado. En "AKZO III"[54], a diferencia del anterior pronunciamiento, el

Tribunal europeo adoptó un razonamiento más cuantitativo, en el que resolvió que una cuota del mercado del 50% constituye por sí misma, y salvo circunstancias excepcionales, prueba de la existencia de una posición dominante. En cambio, en "Alcatel/AEG Kabel"[55]y "Mannesmann/Hoesch"[56], la Comisión Europea, en la aplicación de Decreto 4064/89 de fusiones y concentraciones económicas, ponderó que el solo hecho de tener el 50% del mercado no presupone posición dominante.

Otros factores a tomar en cuenta a la hora de estudiar la cuota de mercado son los siguientes:

i. la participación de una empresa sobre las que ostentan derechos de control[57];

ii. cuando el fabricante distribuye sus productos a través de cadenas propias e independientes[58];

iii. consideración de las cuotas correspondientes a las "marcas blancas"[59];

iv. productos destinados al autoconsumo de las empresas que se concentran[60],

La inexorable conclusión de lo relevado es que los porcentajes de mercado son relativos, y dependen de otros factores. Pero parecería que una cuota mayor al 50% puede ser estimada como significativa a los fines de la posición dominante, al menos lo suficiente para establecer una presunción iuris tantum. A su vez, un porcentaje superior al 90 %, podría ser ponderado como una presunción iuris et de iure. Menos del 20% no constituiría una posición dominante. Y una cuota de mercado entre 20 y 50% requiere de importante prueba complementaria.

Barreras de entrada

Como prescribe el art. 6.b de la Ley 27.442, las barreras de entrada el mercado constituye un elemento trascendente en el análisis de la posición de dominio.

Existen diversas barreras de entradas, algunas de índole legislativa o reglamentaria y otras económicas.

i. Dentro de las últimas, es dable mencionar[61]:

- Economías de escala.

- Diferenciación de productos (fidelización de los clientes a las marcas de las empresas que ya participan en el mercado[62]).

- Necesidades de capital.

- Costos cambiantes (implica el costo que tiene el comprador para cambiar el producto que está consumiendo por el producto que ofrecerá el nuevo competidor).

- Acceso a los canales de distribución (por ejemplo el limitado espacio físico en la góndola del supermercado).

- Desventajas de costos independientes de las economías de escala: tecnologías de productos patentados, acceso preferencial a materias primas, ubicación favorable, curva de aprendizaje o experiencia.

- Política gubernamental (restricciones gubernamentales para el acceso al mercado: por ejemplo las concesiones para establecer líneas de transporte público de pasajeros).

ii. A su turno, pueden constituir barreras de entrada al mercado, por razones reglamentarias:

- cuotas de producción[63],

- cuotas a la importación[64],

- tarifas y regímenes fiscales[65],

- intervención administrativa en determinados sectores[66],

- gravámenes a la importación y prácticas antidumping[67],

- decisiones referidas al medio ambiente, exigencia de autorizaciones o concesiones en determinadas actividades[68]

- ciertas especificaciones técnicas[69].

iii. La integración vertical, en rigor, no tiene influencia directa en la caracterización de una empresa como ostentadora de una posición dominante; en cambio, sí tiene injerencia indirecta, en la medida que constituya una barrera a la entrada de empresas nuevas al mercado.Así lo entendió la jurisprudencia europea en reiteradas oportunidades[70].

En una clara ilustración de lo sostenido, Baden Fuller decía: "...el hecho de que el fabricante de trampas de ratones de madera posea un bosque refuerza su poder de mercado si existen dificultades para procurarse madera en el mercado"[71].

Tipos de abuso

Hay dos clases de abuso: el anticompetitivo y el explotativo. El primero es aquel que pretende la expulsión del mercado de algún competidor o, bien, impedir la entrada de un nuevo operador o, al menos, dificultarla. El segundo constituye una agresión a los intereses de los proveedores, los clientes y los consumidores[72].

Uno de los criterios escogidos para poder determinar el abuso de una posición dominante ha sido el de la "proporcionalidad". Diversas sentencias han empleado este parámetro: "BRT c. SABAM"[73], "Suiker Unie"[74]y la señera "United Brands"[75].

Este criterio -de la proporcionalidad- es mucho más efectivo en el caso del abuso-vertical (abuso-explotación), que en el abuso-horizontal (abuso-monopolización). En este último, parece funcionar mejor el criterio de las "prestaciones", en el que habrá que determinar si la conducta tiene por fin obstaculizar la competencia actual

o potencial, sin reposar en prestaciones de calidad superior (criterios de las prestaciones pero valorando si las mismas son para la empresa valoradas per se o como medio de obstáculo a la competencia).

Casuística de formas de abuso

a. Se pueden enumerar, entre otros, los siguientes casos de abusos de posición dominante[76]:

i. En las relaciones verticales, se han considerado como abuso de posición dominante las siguientes conductas:

- La imposición de precios excesivos a la clientela (General Motors Continental, United Brands, British Leyland, Ashmed Saeed).

- La imposición de condiciones no equitativas a la clientela (Tetra Pak II).

- La discriminación de los usuarios en función de su nacionalidad o la residencia (GEMA y GVL).

- La negativa de vender a un cliente existente (Comercial Solvents, United Brands, ABG, Hugin, BBI/BOOSEY & HAWKES).

- La decisión de no producir más piezas de un determinado modelo de vehículo cuando todavía circulaban numerosos vehículos de ese modelo (CICRA/Renault, Volvo/Veng).

- El hecho de imponer precios o condiciones diferentes a compradores que se encuentran en una situación equivalente, imponiéndoles así una desventaja en la competencia (Hoffmann-La Roche, United Brands, Michelin).

- La compartimentación de los mercados (Industria Europea de Azúcar, United Brands).

- Las presiones sobre los clientes para obligarles a sumarse a la política comercial deseada por la empresa dominante (Industria Europea de Azúcar, United Brands).

ii. En las relaciones horizontales se han considerado como abuso de posición dominante las siguientes conductas:

- La negativa a admitir el acceso a un competidor a una instalación esencial, es decir, a una instalación o infraestructura sin la cual los competidores no pueden ofrecer sus servicios (Sstena/Sealink, Puerto de Realby y Sea Containers/Sealink).

- La negativa a entregar un insumo a una empresa que es competidora en el mercado del producto derivado a un precio que no reserva a ésta un margen suficiente de transformación, “efecto tijeras” (British Sugar).

- El hecho de subordinar el suministro de un producto o servicio a la aceptación de otro producto o servicio que no tiene ningún nexo con el primero, “práctica de vinculación” (Hilti, London European/SABENA, Tetar Pak II).

- El hecho de vincular a los compradores mediante compromisos de exclusividad, la concesión de descuentos de fidelidad o de lealtad o de bonificación por objetivos (Industria Europea de Azúcar, Hoffmann la Roche, Michelin, British Sugar, BPB Industries, CEWAL, COWAC, UKWAL).

- La venta a precios inferiores al coste con el fin de eliminar a un competidor (ECS/AKZO, Tetra Pak II).

- La adquisición de una licencia sobre un procedimiento de fabricación con el fin de impedir o retrasar el acceso al mercado de un competidor (Tetra Pak II).

- La negativa de una compañía aérea a retomar los horarios de un competidor en un sistema de reservas informatizado (London European/SABENA) o a celebrar un acuerdo de combinación de pasajes con un competidor (British Midlands v. Aer. Lingus).

- El hecho de imponer la celebración de acuerdos de reparto de mercados a nuevos competidores en el mercado con el fin de limitar su penetración en éste (Racal-Decca).

- La negativa, en determinadas circunstancias excepcionales, de conceder una licencia de derecho de propiedad intelectual (Magill).

b. Bellamy y Child realizan otra enunciación de actos abusivos, distinguiendo entre "abusos anticompetitivos" y "explotación desleal"[77].

i. Entre los casos de "abusos anticompetitivos" podemos citar los siguientes:

- "Negativa de suministro": Por ejemplo en el caso Polaroid/SSI. Una empresa en posición dominante debe demostrar una justificación objetiva a su negación de suministro. En diversos fallos se hizo referencia a este supuesto[78].

- "Precios Ruinosos": generalmente se caracteriza por conductas de: i) rebajas selectivas de precios, ii) nivel de precios no rentable o escasamente rentable, iii) políticas de precios dirigida a un competidor específico. "AKZO c. Comisión" es un ejemplo de esta hipótesis[79].

- "Primas de fidelidad y prácticas similares". Es el caso de rebajas especiales o descuentos a cambio de asegurarse la totalidad de pedidos o excluir a terceros. "Hoffman La Roche" y "Michelin" son algunos ejemplos de ello; aunque el primer caso donde se hizo aplicación de estos principios fue "Suiker Unie c. Comision"[80].

- "Discriminación de precios". Consiste en tratar casos iguales de manera distinta, siempre que no haya una razón objetiva y económica para la diferencia. En "United Brands"-varias veces citado en este trabajo- el Tribunal Europeo de Justicia se expidió al respecto.

- "Otras condiciones anticompetitivas". Entre otras: imponer condiciones anticompetitivas a sus clientes, restricción a las exportaciones, restringir las importaciones, restricciones en la reventa de productos, o subordinaciones ilegales[81].

- “Concentraciones de empresas”

II. Ejemplos de abusos por explotación desleal pueden ser:

- “Precios y condiciones desleales”. Según las circunstancias, precios demasiado bajos, pueden constituir una práctica anticompetitiva, pero precios demasiado altos puede constituir un caso de explotación. Así lo estableció la Comisión Europea en varias oportunidades: “General Motors”, “United Brands”, entre otros. La forma de determinar los precios demasiado altos no es difícil y proviene de considerar elementos como costos y precios por productos similares, en iguales o distintos mercados.

- “Discriminación”. Un caso típico de ello es “GEMA”[82] donde se diferencia entre nacionales y extranjeros.

- “Abusos de derecho de propiedad industrial e intelectual”.

- “Vida fácil”. Este es un llamativo ejemplo, traído por Bellamy y Child, que se refiere a los casos de ineficiencia, pereza, falta de dirección o negligencia voluntaria como forma de abuso[83].

c. Finalmente, si bien en el derecho argentino no contamos con una enunciación de actos abusivos como el modelo europeo, los actos anticompetitivos delos arts. 2 y 3 de la Ley 27.442 componen muy buenas pautas de “abusos”.

VI. Dependencia económica o teoría del contratante obligatorio [arriba]

La problemática de la dependencia económica o teoría del contratante obligatorio trata de un instituto especialmente relevante en las relaciones entre sociedades.

Mientras la posición dominante responde al cuadro macroeconómico, a una noción de “hegemonía estructural”; la “dependencia económica” es más propia de la “debilidad contractual”, del “monopolio relacional”, o sea de un aspecto microeconómico.

En la primera hipótesis hay necesariamente ilícito concurencial; no así en la segunda. Los casos de confusión se darían, sobre todo, en los supuestos de abuso de posición dominante vertical.

Generalmente hay dependencia económica cuando una persona es contratante obligatorio de otra[84].

La Comisión Europea ha recurrido en varias oportunidades al concepto de “dependencia económica”[85]; mientras que el Tribunal de Justicia lo hizo pero con mayores reservas.

Para desentrañar la conexión entre abuso de posición dominante y dependencia económica deviene atrayente la evolución de la legislación en España. La Ley 16/1989 del 17 de Julio de Defensa de la Competencia implantó, en su art. 6, la reglamentación de la posición dominante. Dicha norma fue modificada por la Ley 52/1999 de 28 de Diciembre. La reforma legislativa de mayor impacto fue, precisamente, la incorporación de la figura de la “explotación abusiva de la situación de dependencia”, tomada de la Ley 3/1991 de 10 de Enero de Competencia Desleal.

Así el apartado 1 del art. 6 quedó redactado de la siguiente manera: "Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas: a) De su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional. b) De la situación de dependencia económica en la que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Esta situación se presumirá cuando un proveedor además de los descuentos habituales, debe conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares".

El art. 6 (en su apartado 2) después de la reforma de la Ley 52/1999 instauraba7 hipótesis de abuso[86]. Cinco de ellos ya estaban incluidos en el texto de la Ley 16/1989; y de esos cinco supuestos, cuatro (a, b, c y e) duplicaban el texto comunitario del ex art. 82 (86) TCEE, ut supra transcripto. La Ley 16/1989 había introducido un supuesto más (inc. d). Y la Ley 52/1999 había aumentado dos inciso (f y g). Estos dos últimos incisos eran más semejantes a hipótesis de "dependencia económica" que de posición dominante strictu sensu.

Este paradigmático dispositivo del derecho nacional español, que incluía la "dependencia económica" como causal de posición dominante, fue derogado por la reforma introducida mediante la Ley 15/2007. La cardinal motivación de la abrogación fue la consideración, por parte de la doctrina, de que la "dependencia económica" constituía -en realidad- un supuesto de competencia desleal y no de protección de la libre competencia, por lo que se la excluyó de la segunda, permaneciendo ya no como modalidad de abuso de posición dominante, sino como un antecedente a tener en cuenta por el Derecho de la Competencia Desleal. Actualmente, la norma vigente ha mantenido la originaria redacción del art. 6 (ahora el art. 2), suprimiendo -además del caso de abuso de posición dominante por dependencia económica-los dos últimos incisos de la norma antes transcripta (incisos f y g), que respondían también a la lógica de la "teoría del contratante obligatorio".

Al igual que en la anotada legislación vigente de España, en Argentina ahora se regula la dependencia económica como supuesto de competencia desleal en el art. 10 inc. d del Decreto 274/2019[87]. La norma es idéntica al art. 16.2 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal española[88].

En Italia, en igual sentido, el abuso de dependencia económica no requiere evaluar la posición del abusador en el mercado[89].Para que se configure aquella bastará que una empresa obtenga, en su relación con la otra, de un "excesivo desequilibrio de derechos y obligaciones" (art. 9º de la Ley 192[90]), hipótesis llamativamente reglada en una norma de "subcontratación en actividades productivas".

En Estados Unidos, una figura semejante a la tratada es la denominada "unconscionability", que se verifica cuando media un contrato cuyos términos son extremadamente injustos o abrumadoramente en favor de una de las partes, por el poder superior de negociación de una de las partes. El leading case fue "Williams c. Walker-Thomas Furniture Co.", en el que el demandado (un vendedor minorista de muebles) vendió diversos muebles a un cliente desde el año 1957 al 1962. En el contrato de concesión de crédito se escribió que ningún mueble podía ser considerado como vendido hasta tanto no haya sido pagado. Cuando el actor incumplió y no realizó los pagos de la última partida de muebles, el vendedor intentó recuperar todos los muebles desde 1957 y no solo la última partida. La Corte de Apelación del Distrito de Columbia señaló que el contrato no podía cumplirse si esto importaba una gruesa inequidad del poder de negociación.

En nuestra opinión, la recepción de la figura de la dependencia económica importa un cambio de paradigma protectorio. Esta figura tiene una naturaleza híbrida entre el Derecho de los Contratos y el Derecho de la Competencia. La prohibición se dirige preferentemente a la tutela contractual de la empresa dependiente, con prescindencia que la conducta puede quedar tipificada en el régimen de la concurrencia, sin perjuicio de que pueda serle aplicable la legislación antitrust, como expresamente lo autoriza el art. 9 de la Ley 192 italiana.

En nuestro país, la utilización de la figura de la dependencia económica se hacía difícil desde el instituto del abuso de posición dominante, debido a que su estructura metodológica se ubicaba de manera exclusiva en el Derecho de la Competencia. Esto ha mutado con la acertada introducción del art. 11 del CCyC.

Podemos concluir que una forma conveniente de proteger al empresario débil sería la aplicación de la teoría de la dependencia económica, mientras que el abuso de posición dominante generalmente funcionará mejor para la tutela del mercado. No obstante que no media identidad absoluta entre "abuso de posición dominante" y "dependencia económica", la regulación de aquel como principio en el art. 11 permitiría una exégesis extensiva de ésta, tal que habilitaría el uso de la figura de la dependencia económica, fuera del marco de la Ley de Competencia Desleal.

Molina Sandoval sostiene que "la incorporación del abuso de posición dominante en el sistema privado se independiza de su estructuración originaria para abarcar nuevos horizontes que deben analizarse de una manera integrada en el sistema general"[91].Pensamos que entre esas noveles perspectivas merece incluirse la teoría de la dependencia económica, que también resultará útil para el juzgamiento de cláusulas y prácticas abusivas.

VII. Conclusiones [arriba]

1) El abuso de posición dominante constituye un instituto indispensable para el juego leal entre empresas, y una técnica insoslayable con miras a un derecho societario más sano[92] (teniendo en cuenta, además, la eventualidad de acciones contra administradores societarios pasibles de ser ejercidas, en su caso, en este contexto); no obstante lo cual, los operadores jurídicos encuentran resistencias para su progreso.

2) La decisión de política legislativa de mantener el sistema europeo de abuso de posición dominante, aunque nos parece acertado, no fue objeto de debate suficiente.

3) Para la viabilidad del abuso de posición dominante es innecesaria una total exclusión de la competencia.

4) El criterio diferenciador entre los actos anticompetitivos y el abuso de posición dominante no anclado en el número de agentes presuntamente infractores, sino en la lógica de vulneración al interés económico general, no resulta suficientemente claro. Este parámetro de distinción debería reverse.

5) El interés económico general es un concepto demasiado difuso y se encuentra inconvenientemente inserto en la Ley de Defensa de la Competencia. Por ejemplo,

en el caso de abuso de posición dominante debe presumírselo, como apropiadamente se reguló en el art. 2.

6) Aun cuando los criterios cuantitativos solo tienen un valor relativo, no puede prescindirse de ellos. Podría entenderse que una cuota de mercado de más de un 50% implica una presunción iuris tantum de posición dominante en el mercado de referencia, siempre que la franja de competencia tenga por lo menos tres competidores, y lleve un período de 5 años. Esa presunción se invierte con una participación en el mercado de menos del 20%. Sería iuris et de iure si el porcentaje es de 90%.

7) No solo existen barreras "reglamentarias" de entrada al mercado que deben evaluarse a la hora de determinar la posición de dominio en el mercado. Las barreras económicas, aunque no mencionadas en el art. 6 de la Ley 27.442, son igualmente significativas en orden a la ponderación de la posición de dominio.

8) En nuestro sistema se sanciona tanto el abuso explotativo como el exclusorio.

9) Los actos anticompetitivos de los arts. 2 y 3 de la Ley de Defensa de Competencia constituyen modelos de "abusos" de posición dominante.

10) La recepción del abuso de posición dominante en el art. 11 del CCyC ha sido un gran acierto del codificador que, entre otros aspectos ampliatorios, admite la extrapolación al sistema general, de la figura de la dependencia económica, solo regulada a nivel microsistémico.

11) La regulación en el CCyC del abuso de posición dominante implica un acercamiento al cumplimiento del imperativo de los arts. 42 y 43 de la Constitución Nacional; y más que limitar, colabora con la garantía del derecho fundamental a la libertad de empresa.

Notas [arriba]

[1] Doctor en Derecho (U. Complutense de Madrid). Post Doctor en Derecho (U. de Zaragoza).). Profesor Asociado de Derecho del Consumidor y Encargado de la Cátedra de Defensa de la Competencia (U.N. Tucumán). Académico Correspondiente Academia Nacional de Derecho de Córdoba. Relator (Civil) Corte Suprema de Justicia de Tucumán.
[2] Art. 64 de la Ley 27.442: "Las personas que incumplan las normas de la presente ley, a instancia del damnificado, serán pasibles de una multa civil a favor del damnificado que será determinada por el juez competente y que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan".
[3]GARCÍA VITORIA, Ignacio, La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 193.
[4] Sentencia Tribunal Constitucional de España 88/1986 del 1 de julio.
[5] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-228/10, del 24/03/2010.
[6] SHINA, Fernando, "El abuso de posición dominante", 12 de Mayo de 2020, www.saij.gob.ar, Id SAIJ: DACF200091.

[7] La sección 2 de la Sherman Act establece: “Toda persona que monopolice, o intente monopolizar, o se combine, o conspire con cualquier otra persona, o personas, para monopolizar cualquier parte del comercio o de la industria entre los diversos Estados, o con naciones extranjeras, será considerado culpable de una falta, y convicto de la misma será penado con una multa (...) o con prisión hasta un año o con ambas penas a discreción del tribunal”.
[8]CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, Derecho Antimonopólico y Defensa de la Competencia, Buenos Aires, 2° ed. Heliasta, 2005, t. II, p. 177.
[9] “En Estados Unidos, luego del crecimiento de ciertas ramas industriales bajo la dirección de los que se conocieron como los capitanes de industria, comenzó la lucha por la eliminación y absorción de los competidores a través de distintos nexos orgánicos – fusiones, pactos y acuerdos de variada índole – Así, después de que en 1870 Rockefeller fundara la Standard Oil Companny, que absorbió numerosas empresas del ramo petrolero, ya en 1879/1882, por iniciativa de su abogado Doll, creó el Standard Oil Trust, construido sobre la transferencia fiduciaria del dominio de otras empresas petroleras que eran administradas conjuntamente y respondiendo a una política común, pero por cuenta de cada uno de sus propietarios. Esto sumado a prácticas desleales, como las tarifas diferencialmente bajas que una filial de Standard Oil, la SothImprovement Co. aplicaba a los transportes ferroviarios de petróleo hacia las refinerías controladas por el grupo, contravenía principios enraizados en el Common Law y sentidos por la comunidad, como la equidad y la libre competencia. Y ello determinó que en distintos estados comenzaran a dictarse fallos e, incluso dictarse leyes locales, procurando contener los abusos. A partir de 1890 el Estado Federal tomó el tema en sus manos y, en ese mismo año, dictó la conocida Ley Sherman...” (Manóvil, Rafael M., Grupos de Sociedades en el derecho comparado, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1998, pp. 80-81.) Como consecuencia de esta ley nacida por el proyecto del Senador Sherman del estado de Ohio (la cual fue aprobada con un solo voto en contra) se disolvieron varios trust y las empresas buscaron otras formas de “asociarse” y muchas recurrieron a los holdings, incentivadas por las decisiones de la Corte Suprema (sobre todo en los casos “U.S. vs. E.C. Knight” y “People vsNorth RiverSugarRefining Co” de los años 1895 y 1890 respectivamente.) y sobre todo, por la interpretación que se hizo en dichos pronunciamientos en los que se entendió que la Ley Sherman no se aplicaba a los holdings ni tampoco a la producción, sino sólo al comercio. Esto fue así por lo menos hasta comienzos del siglo XX cuando la Corte Norteamericana cambió su posición y disolvió holdings en los casos “U.S. vs. NothernSecurities Co...” y en 1911 “Standard Oil Company of New Yersey vs. United State”. Como consecuencia de ello, en 1914 se dictó la Ley Clayton, que tipificó cuatro figuras como prácticas restrictivas de la competencia: discriminación en los precios, contratos de vinculación exclusiva, inter locking directorates, o sea vinculación a través de miembros comunes en los directorios y, en su artículo 7, la adquisición directa o indirecta de participación accionaria de una sociedad con actividad comercial en otra.
[10]Vid. PASCUAL Y VICENTE, Julio, “El abuso de posición dominante”, en RDM, Madrid, Julio-Septiembre, 2002, núm. 245, p. 1296.
[11]Cfr. CARBAJALES, Mariano O. y MARCHESINI, Dardo, Teoría y Práctica de la defensa de la competencia, Buenos Aires, ed. Ad Hoc, 2002, pp. 59-60.
[12] “Será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo. Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en: a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas; b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;

c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos".

[13]FONT GALÁN, Juan I., La libre competencia en la Comunidad europea, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1986, pp. 247 y 248.

[14] BO 15/05/2018.

[15]CHRISTENSEN, Roberto, "La Nueva Ley de Monopolio", en Revista del Derecho Comercial, 1980, Año 13, ed. Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 526

[16] FRICK, Pablo, "Comentario al art. 11", Curá, José M. (dir.), Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, 2da. Edición, La Ley, Buenos Aires, 2016, p. 100.

[17] En ese sentido puede verse: LORENZETTI, Ricardo, "Comentario al art. 11", en Lorenzetti, Ricardo (dir.), Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, RubinzalCulzoni, Santa Fe, 2015, t. I, p. 66.

[18] Así SANTARELLI, Fulvio, Contrato y Mercado, La Ley, Buenos Aires, 2018, pp. 234 y 235.

[19]LORENZETTI, Ricardo L., "Nuevas fronteras del abuso de derecho", LA LEY, 1995-E, 593

[20] Cámara Nacional Penal Económico, Sala II, Julio 5-1983. ED, 107-459. punto 163.

[21] La Comisión Nacional de Defensa de la Competencia en los siguientes pronunciamientos administrativos ha admitido el mismo criterio: "Asociación de Ayuda Mutual El Dorado c. Centro Médico Alto Paraná" (12/07/00), SADIT c. Massalin Particulares S.A. y otro (4/12/00); "A. Lafalla c. Juan A. Minetti S.A. (22/12/00), "Odima S.A. c. Repsol YPF (4/01/01).

[22] TJCE: "United Brandsc. Comisión", asunto 22/76, Rec. 1978, p. 286; "Hoffmann-La Roche (Vitaminas) c. Comisión", asunto 85/76, Rec. 1979 p. 520; "L' Oréal", asunto 31/80, Rec. 1980, p. 3793; "Michelin c. Comisión", asunto 322/81, Rec. 1983, p. 3505; "Bodson /Pompas Fúnebres", asunto 30/87, Rec. 1988, p. 2514; "Alsatel/Novasam", asunto 247/86, Rec. 1988 p. 6008.

[23] TJUE: sentencias: "Sirena" del 18 de Febrero de 1971 y "Deutsche Grammophon" del 8 de Junio de 1971.

[24] "No es necesario que una empresa haya eliminado toda posibilidad de competencia para estar en situación de posición dominante" (Considerando 113 de la sentencia UnitedBrands. Ídem considerando 70 de la sentencia Hoffmann-La Roche –Vitaminas-).

[25] Ver TAJÁN, Guillermina, El abuso de la posición dominante y el control de las concentraciones económicas, en "Boletín Latinoamericano de Competencia n° 10", Junio 2.001, p. 45; SÁNCHEZ CALERO, Fernando. Instituciones de Derecho Mercantil, Madrid, 22° ed. McGrawHill, 1999, t. 1, p. 120. Idem: Tribunal de Defensa de la Competencia de España en "Tecnotrón" del 3 de Febrero de 1992; "Cofradía de Pescadores Nuestra Sra. del Carmen" del 29 de Julio de 1993. Ídem Supremo Tribunal Español, resoluciones: "Aluminios Navarra" de 10 de Mayo de 1999; Electra Avellana de 7 de Julio de 1999; Baccardídel 30 de Septiembre de 1999; Propiedad Intelectual Audiovisual de 27 de Julio de 2000.

[26] "1. Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional. 2. El abuso podrá consistir, en particular, en: a) La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos. b) La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores. c) La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios. d) La

aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio no guarden relación con el objeto de dichos contratos. 3. La prohibición prevista en el presente artículo se aplicará en los casos en los que la posición de dominio en el mercado de una o varias empresas haya sido establecida por disposición legal".

[27] El art. 66.7 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón disponía que mediaba posición dominante si: la empresa de hecho o de derecho, en el mercado de uno de los productos de su competencia tiene una posición que la sustrae a una competencia efectiva en una parte importante del mercado común. El TCECA es el antecedente normativo y político del Tratado de la Comunidad Europea.

[28] La ley alemana de 27 de Julio de 1957, en el art. 22.1, prescribía que una empresa está en posición dominante cuando: "para un cierto género de productos o servicios comerciales o industriales no tiene competidores o no está expuesta a una competencia sustancial". En similar sentido, la ley belga de 27 de Mayo de 1960 y la francesa de 2 de Julio de 1963.

[29] Art. 5°- "A los efectos de esta ley se entiende que una o más personas goza de posición dominante cuando para un determinado tipo de producto o servicio es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional o en una o varias partes del mundo o, cuando sin ser única, no está expuesta a una competencia sustancial o, cuando por el grado de integración vertical u horizontal está en condiciones de determinar la viabilidad económica de un competidor participante en el mercado, en perjuicio de éstos".

Art. 6°- "A fin de establecer la existencia de posición dominante en un mercado, deberán considerarse las siguientes circunstancias: a) El grado en que el bien o servicio de que se trate es sustituible por otros, ya sea de origen nacional como extranjero; las condiciones de tal sustitución y el tiempo requerido para la misma; b) El grado en que las restricciones normativas limiten el acceso de productos u oferentes o demandantes al mercado de que se trate; c) El grado en que el presunto responsable pueda influir unilateralmente en la formación de precios o restringir el abastecimiento o demanda en el mercado y el grado en que sus competidores puedan contrarrestar dicho poder".

[30] La ley española de 20 de Julio de 1963 transcribía, casi en su totalidad, el texto de la antigua ley alemana, al decir en su art. 2.2. a): "una empresa goza de posición de dominio cuando para un determinado tipo de producto o servicio es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional, o cuando sin ser la única, no está expuesta a una competencia sustancial. b) Que dos o más empresas gozan de posición de dominio, para un determinado tipo de producto o servicio, cuando no existe competencia efectiva entre ellas o sustancial por parte de terceros en todo el mercado nacional o en una parte de él".

[31]La posición dominante colectiva es aceptada en sentencia del Tribunal de la Unión Europea del 31/03/1998 (Asuntos: C-68/94 y C39/95 Rec. 1998, Pág. I-1375).

[32]Así CABANELLAS, Guillermo (h) y HEWKO, John P., Las empresas conjuntas y la legislación de defensa de la competencia, en "Revista de Derecho Comercial", Año 19, Buenos Aires, ed. Depalma, 1986, p. 686.

[33] Uno de los mayores aciertos de la novel Ley 27.442 viene dado por la consideración de 4 "prácticas absolutamente restrictivas de la competencia", respecto de las cuales se presume que producen perjuicio al interés económico general.

[34] Art. 3°- Constituyen prácticas restrictivas de la competencia, las siguientes conductas, entre otras, en la medida que configuren las hipótesis del artículo 1°

de la presente ley: a) Fijar en forma directa o indirecta el precio de venta, o compra de bienes o servicios al que se ofrecen o demanden en el mercado, así como intercambiar información con el mismo objeto o efecto; b) Fijar, imponer o practicar, directa o indirectamente, de cualquier forma, condiciones para (i) producir, procesar, distribuir, comprar o comercializar sólo una cantidad restringida o limitada de bienes, y/o (ii) prestar un número, volumen o frecuencia restringido o limitado de servicios; c) Concertar la limitación o control del desarrollo técnico o las inversiones destinadas a la producción o comercialización de bienes y servicios; d) Impedir, dificultar u obstaculizar a terceras personas la entrada o permanencia en un mercado o excluirlas de éste; e) Afectar mercados de bienes o servicios, mediante acuerdos para limitar o controlar la investigación y el desarrollo tecnológico, la producción de bienes o prestación de servicios, o para dificultar inversiones destinadas a la producción de bienes o servicios o su distribución; f) Subordinar la venta de un bien a la adquisición de otro o a la utilización de un servicio, o subordinar la prestación de un servicio a la utilización de otro o a la adquisición de un bien; g) Sujetar la compra o venta a la condición de no usar, adquirir, vender o abastecer bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero; h) Imponer condiciones discriminatorias para la adquisición o enajenación de bienes o servicios sin razones fundadas en los usos y costumbres comerciales; i) Negarse injustificadamente a satisfacer pedidos concretos, para la compra o venta de bienes o servicios, efectuados en las condiciones vigentes en el mercado de que se trate; j) Suspender la provisión de un servicio monopólico dominante en el mercado a un prestatario de servicios públicos o de interés público; k) Enajenar bienes o prestar servicios a precios inferiores a su costo, sin razones fundadas en los usos y costumbres comerciales con la finalidad de desplazar la competencia en el mercado o de producir daños en la imagen o en el patrimonio o en el valor de las marcas de sus proveedores de bienes o servicios; l) La participación simultánea de una persona humana en cargos ejecutivos relevantes o de director en dos o más empresas competidoras entre sí.

[35] BO 20/09/1999.

[36] BO 06/08/1980.

[37] Art. 2°- Constituyen prácticas absolutamente restrictivas de la competencia y se presume que producen perjuicio al interés económico general, los acuerdos entre dos o más competidores, consistentes en contratos, convenios o arreglos cuyo objeto o efecto fuere: a) Concertar en forma directa o indirecta el precio de venta o compra de bienes o servicios al que se ofrecen o demanden en el mercado; b) Establecer obligaciones de (i) producir, procesar, distribuir, comprar o comercializar sólo una cantidad restringida o limitada de bienes, y/o (ii) prestar un número, volumen o frecuencia restringido o limitado de servicios; c) Repartir, dividir, distribuir, asignar o imponer en forma horizontal zonas, porciones o segmentos de mercados, clientes o fuentes de aprovisionamiento; d) Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en licitaciones, concursos o subastas. Estos acuerdos serán nulos de pleno derecho y, en consecuencia, no producirán efecto jurídico alguno.

[38] ALBANESI, M. V., “El abuso de posición dominante en el mercado conforme el art. 11 del Código Civil y Comercial de la Nación y su régimen de aplicación privada”, Revista Argentina de Derecho Empresario - Número 21, IJ Editores, del 29-09-2021Cita:IJ-MDCCCLII-634. Dice la autora: “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".
[39] Concepto tomado de las pautas para la evaluación de fusiones horizontales del Departamento de Justicia y de la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos de 1992. Ver COLOMA, Germán, Defensa de la Competencia, Ciudad, Buenos Aires – Madrid, 2003, p. 69. Una definición similar de mercado relevante encontramos en la Resolución 164/2001 de la Secretaría de la Competencia (Lineamientos para el control de concentraciones económicas, capítulo 2). En un sentido más sencillo y con una orientación más funcional para entender la relación entre "mercado relevante" y "posición dominante" se ha definido al primero como: "El espacio comercial en cuyo interior debe evaluarse la potencia económica de la empresa en cuestión en relación con sus competidores" (MARTÍNEZ MEDRANO, Gabriel, Control de los Monopolios y Defensa de la Competencia, Lexis Nexis Depalma, 2002, Buenos Aires, p. 123).
[40]La Comisión Nacional de Defensa de la Competencia ha establecido cuáles son los indicadores que deben tenerse en cuenta a la hora de analizar productos sustitutivos importados: "...aranceles aduaneros, costos de transporte, regulaciones que implican estándares de calidad, problemas logísticos o de distribución, problemas de obtención de repuestos o servicios postventa, leyes de propiedad intelectual, leyes de «compre nacional», incertidumbres sobre fluctuaciones del tipo de cambio, contratos de licencia o franquicia y en general cualquier característica del mercado interno que desincentive las importaciones"(Ver CNDC, "Lineamientos para el control de concentraciones económicas", 1999, p. 24, en www.cndc.gov.ar).
[41]Vid. QUEVEDO, María V. G., "Apuntes sobre el régimen de notificación obligatoria de concentraciones", Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Depalma, Buenos Aires, 2000, pp. 273 y siguientes.
[42]Se utiliza un método denominado SSNIP (de sus siglas en inglés "Small but Significant Non-Transitory Increase in Price"). Utilizado por primera vez en 1982 en las Directrices de Fusión del Departamento de Justicia de los Estados Unidos. La prueba SSNIP busca identificar el mercado más pequeño dentro del cual un hipotético monopolista podría imponer un pequeño aumento significativo no transitorio en el precio. Generalmente se define como un aumento de precio del 5% durante al menos 12 meses.
[43]Vg."... las habilitaciones municipales, los derechos de patentes, los títulos universitarios habilitantes, las leyes de compre nacional en cuanto a empresas extranjeras, las concesiones o licencias administrativas para explotar..." (MARTÍNEZ MEDRANO, Gabriel A. y SOCASSE, Gabriela, "El abuso de posición dominante en la ley de defensa de la competencia", Jurisprudencia Argentina,Lexis Nexis, Buenos Aires, 03/07/2002, (JA 2002-III, fascículo n. 1, p. 30).
[44]WAELBROECK, M. y FRIGNANI, A, Derecho Europeo de la Competencia, trad Saenz-Cortabarría Fdez Ignacio y Morales Isasi Marta, t. I, Bosch, Barcelona, 1998, p. 309.
[45]TJUE, "United Brands", asunto 27/76 Rec., 1978, p. 207. Aunque, en rigor, se aclaró que la cuota de mercado de entre 40 y 45 por ciento del mercado "... no permite la conclusión de que UBC controle automáticamente el mercado..." La prueba de la fuerza preponderante de United Brands provino de la relación de ésta con sus competidores.
[46]TJUE, "Akzo Chemiec. Comisión", asunto C-62/86, Rec., 1991, p. 3359.
[47] La Comisión Europea en el Décimo Informe sobre Política de competencia ha dejado abierta la posibilidad de que una posición dominante se constituya con una cuota de entre 20 y 40 por ciento (1981) punto 150, y en igual sentido en el Noveno informe (1980) punto 22.
[48] TJUE, del 25 de Octubre de 1977, considerando 17.

[49]BRIONES, Juan y otros, El control de concentraciones en la Unión Europea, Madrid-Barcelona, ed. Marcial Pons, 1999, p. 162.
[50]Comisión Europea en “Rhone Poulenc Rorer/Fisons”, decisión de 21-9-1996, asunto IV/M. 632.
[51] La constante entrada y salida de competidores es un elemento que le permite a una empresa “domesticar” más fácilmente el mercado. Ver Informe de Política de Competencia de 1991, Anexo III, p. 395.
[52]Cuanto más numerosos, débiles y de menores dimensiones sean los competidores, menos importante debe ser la cuota de mercado de una empresa para que sea considerada que detiene una posición dominante (TJUE, sentencia “United Brands”, considerandos 40 a 112).
[53] TJUE, considerandos 51 y 58.
[54] TJUE, considerando 60.
[55]Del 18 de Diciembre de 1991.
[56]Del 12 de Noviembre de 1992.
[57] Al respecto pueden verse los siguientes asuntos de la Comisión Europea: “Texaco/Norsk Hydro”, decisión de 9-1-1995; Fortis/CGER, decisión de 15-11-1992; UAP/Vinci, decisión de 1-12-1996; Varta/Bosch, decisión de 31-7-1991; entre otros.
[58] En esta inteligencia, puede confrontarse con los pronunciamientos de la Comisión Europea en Ciba-Geygi/Sandozdecisión de 17-7-1996; Kesho/Tuko decisión de 20-11-1996, entre otros.
[59] La Comisión Europea ha utilizado este discernimiento en: “Unilever France/Ortiz Miko”, decisión de 15-3-1994; “BSN/Euralin”, decisión de 7-6-1994; y especialmente “Kimberley-Clark/Scott”, decisión de 16-1-1996 y “McCormick/CPC/Rabobank/Ostermann”, decisión de 29-10-1993.
[60]Vg. de la Comisión Europea: “Cable & Wireless/Schlumberger”, decisión de 21-11-1994; “Rhone-Ppoulenc/SNIA/Nordfaser”, decisión de 3-2-1994; “Solvay-Laporte/Interox”, decisión de 30-4-1992, entre otros.
[61]Según PORTER, M., Estrategia Competitiva. Técnicas para el análisis de los sectores industriales y de la competencia, 2000, Cía. Editorial Continental México; citado por MARTÍNEZ MEDRANO, Gabriel A. y SOCASSE, Gabriela, ob. cit., JA 2002-III, fascículo n. 1, p. 28-29.
[62] En “Nestlé/Perrier” de fecha 22 de Julio de 1992, la Comisión consideró que la “notoriedad de las marcas” de los productos franceses constituía un obstáculo al acceso de nuevas empresas.
[63] Ver “Eridania/ISI” decisión de 30-7-1991, de la Comisión Europea.
[64] Ver “Elf/BC/Cepsa”decisión de 18-6-1991, de la Comisión Europea.
[65] Ver “Orkla/Vvolvo”decisión de 20-9-1995, de la Comisión Europea.
[66] Ver en materia de telecomunicaciones la decisión de la Comisión Europea en “GTS-Hermes Inc/HIT Rail BV” decisión de 5-3-1996, asunto IV/M.683.
[67]Ver“Saint Ggobain/Wacker-Chemie/NOM”decisión de 4-12-1996
[68]“Accor/Wagons-Lits” decisión de 28-4-1992 DOCE 1992 L 204/1, donde se determinó que la concesión previa necesaria para explotar los peajes de la carretera constituía una barrera de entrada.
[69]BRIONES, Juan y otros, op. cit., p. 256-257
[70] Entre otras de la Comisión Europea: “Viag/EB Bruhl”, decisión de 19-12-1991; “ICI7Tioxide” decisión de 22-11-1991, “Metallgesellshaft/Feldmuhlek”decisión de 23-9-1991.
[71]BADEN FULLER, C.W.F., Article 86: Economic Análisis of theExistence of a Dominant Position, en “ELR”, 1979, p. 423.
[72]VÍTOLO, Daniel R., Manual Económico Jurídico de la Empresa y de las Inversiones Extranjeras, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, p. 322.
[73] En esta sentencia, de fecha 27 de Marzo de 1974, el Tribunal de Justicia Europeo afirmó que las cláusulas de los contratos entre una sociedad de gestión

colectiva de derechos de autor y sus miembros eran abusivas cuando restringían la libertad de los miembros más de lo que exigía una gestión eficaz de sus derechos.
[74] En esta sentencia se condena el hecho de que una empresa dominante imponga a sus representantes comerciales una cláusula de no competencia de un alcance que "va más allá de lo que corresponde a la naturaleza de la relación jurídica y económica de que se trata".
[75] El tribunal de Justicia Europeo en este fallo ha reconocido que la búsqueda de una política de calidad, en especial mediante la selección de los revendedores, es legítima si no establece obstáculos cuyo resultado supere el objetivo a alcanzar.
[76] Seguimos en el tema la enumeración de: WAELBROECK, M. y FRIGNANI, A, op. cit., p. 365.
[77] Ver Bellamy, Christopher y Child, Graham, Derecho de la Competencia en el Mercado Común, trad. Picañol, Enric, Madrid, ed. Civitas, 1992, p. 533-556.
[78] Por ejemplo pueden verse del TJUE, los ya mencionados: "Comercial Solvens", "United Brands", "Hugin y Telemarketing".
[79]DOCE 1985 L 374/1.
[80] (1975) Rep. 1663,2003.
[81]Vg. "Eurofix-Bauco/Hilti", DOCE 1988 L 65/19.
[82]DOCE 1971 l 134/15.
[83]BELLAMY, Christopher y CHILD, Graham, op. cit., p. 554.
[84] PASCUAL Y VICENTE, Julio, "El abuso de posición dominante", en RDM, Madrid, Julio-Septiembre, 2002, Núm. 245, p. 1318.
[85] En la decisión "General Motors" de 19 de Diciembre de 1974, la Comisión estimó que la empresa en cuestión ocupaba una posición dominante en la medida en que todo importador paralelo de un vehículo General Motors en Bélgica estaba legalmente obligado a dirigirse a ella para obtener el certificado de conformidad necesario para que tal vehículo pudiera circular por la red de carreteras belgas. Con idéntico criterio, la Comisión, en el asunto "Hugin/Lipton" de 8 de Diciembre de 1977, declaró que Hugin ostentaba una posición dominante en sus relaciones con las empresas especializadas en el mantenimiento y la reparación de sus máquinas, al no disponer tales empresas de otra fuente de abastecimiento de piezas de recambio destinadas a esas empresas que la propia Hugin. En la decisión "Magill TV Guide" de 21 de Diciembre de 1988, la Comisión estima que la situación de dependencia económica existente entre las empresas deseosas de publicar guías de programación televisada y las organizaciones de televisión, lo que le confería a cada una de estas últimas una posición dominante respecto a los editores de guías.
[86] "El abuso podrá consistir en: a) La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativas. b)La limitación de la producción o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores. c) La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios. d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. e)La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de los contratos. f) La ruptura, aunque sea de forma parcial, de una relación comercial establecida sin que haya existido preaviso escrito y preciso con una antelación mínima de seis meses, salvo que se deba a incumplimientos graves de las condiciones pactadas por el proveedor o en caso de fuerza mayor. g) Obtener o intentar obtener, bajo la amenaza de ruptura de las relaciones comerciales, precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pago de cargos adicionales y otras condiciones de cooperación comercial no recogidas en las condiciones generales de venta que se tengan pactadas".

[87] “d) Abuso de situación de dependencia económica: Explotar la situación de dependencia económica en que pueda encontrarse una empresa cliente o proveedora que no disponga de una alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad en el mercado. Esta situación se presumirá cuando un proveedor, además de los descuentos o condiciones habituales, deba conceder a su cliente, de forma regular, otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares”.
[88] Nacida de la norma alemana de 1957; pasó también a Francia, Portugal e Italia.
[89] La regulación italiana del abuso de posición dominante sigue exactamente el modelo comunitario (art. 3º, Ley 287).
[90]“Abuso de dependencia económica.1. El abuso por parte de una o más empresas del estado de dependencia económica en el que, en sus respectivas, en un respecto o en su caso, se prohíbe una empresa cliente o proveedor. La situación económica en la que una empresa puede determinar, en las relaciones comerciales con otra empresa, un desequilibrio excesivo de derechos y obligaciones se considera una dependencia económica. La dependencia económica se evalúa también teniendo en cuenta la posibilidad real de que la parte que ha sufrido el abuso encuentre alternativas satisfactorias en el mercado.2. El abuso también puede consistir en la negativa a vender o en la negativa a comprar, en la imposición de condiciones contractuales injustificablemente gravosas o discriminatorias, en la interrupción arbitraria de las relaciones comerciales en curso.3. El pacto a través del cual se realiza el abuso de la dependencia económica es nulo. El juez ordinario competente conoce acciones en materia de abuso de dependencia económica, incluidas las inhibitorias y de indemnización por daños.3-bis. Sin perjuicio de la posible aplicación del artículo 3 de la ley de 10 de octubre de 1990, n. 287, la Autoridad Antimonopolio puede, si considera que un abuso de dependencia económica tiene relevancia para la protección de la competencia y el mercado, también por recomendación de terceros y tras la activación de sus poderes de investigación y experimentación. de la investigación preliminar, proceda con las advertencias y sanciones previstas en el artículo 15 de la ley de 10 de octubre de 1990, no 287, con respecto a la empresa o empresas que han cometido dicho abuso. En caso de una violación generalizada y reiterada de las regulaciones establecidas en el Decreto Legislativo del 9 de octubre de 2002, n. 231 (+), puesto en detrimento de las empresas, con especial referencia a las pequeñas y medianas, el abuso toma forma independientemente de la determinación de la dependencia económica”.
[91]MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Abuso de posición dominante”, RDCO 288, 21/02/2018, 25 (cuya íntegra lectura se recomienda).
[92] Es que, en definitiva, todo ello concierne, a su vez, a un más transparente y ajustado a derecho funcionamiento interno de las sociedades comerciales, que son el vehículo, como se sabe, de las empresas.