

Guías para el análisis de casos de abuso de posición dominante de tipo exclusorio

Federico Rodríguez Rossi (*)

(*) Abogado, Universidad Austral. LL. M. en Derecho de la Competencia, King's College London. Asociado Senior, Allende & Brea.

Sumario: I. Introducción. El *test* de dominancia.— II. Existencia de posición dominante (primer requisito).— III. Abuso de posición dominante (segundo requisito).— IV. La conducta abusiva debe tener la potencialidad de afectar el interés económico general (tercer requisito).— V. Formas específicas de abuso.— VI. Conclusión.

El 8 de mayo de 2019, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (en adelante, “CNDC”) publicó las guías para el análisis de casos de abuso de posición dominante de tipo exclusorio (en adelante, las “Guías”) (1), un documento que establece la metodología y los criterios que utilizará la CNDC (2) para analizar casos de abuso de posición dominante de tipo exclusorio iniciados al amparo de la ley 27.442 de Defensa de la Competencia (en adelante, los “LDC”) (3).

(1) Las Guías se encuentran disponibles en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/guias_abuso_posicion_dominante_mayo_2019.pdf.

(2) Conforme la normativa vigente, durante el período de transición hasta la constitución de la Autoridad Nacional de la Competencia (en adelante, “ANC”), la Secretaría de Comercio Interior será la autoridad de aplicación de la LDC, la cual resolverá en base a la tarea de investigación e instrucción llevada a cabo por la CNDC. Una vez constituida la ANC, los casos de abuso de posición dominante serán investigados e instruidos por el Secretario Instructor de Conductas Anticompetitivas y resueltos por el Tribunal de Defensa de la Competencia. Hechas estas aclaraciones, por motivos de simplicidad, a lo largo del presente nos referiremos a la CNDC como si fuese la autoridad de aplicación de la LDC.

(3) Para una síntesis de los principales cambios introducidos por la LDC en el régimen nacional de defensa de la competencia, ver ROSSI, Federico, “Argentina’s New Competition Law: the modernisation of the Argentinean Competition law regime”, *CompetitionPolicyInternational*, 23/05/2018, disponible en <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2018/05/LatAm-Column-May-Full.pdf>.

Las Guías presentan en forma organizada, sistemática y actualizada el modo en que la CNDC interpretará la LDC en lo que respecta al abuso de posición dominante y cómo aplicará la misma a los casos concretos que le sean sometidos, sean estos iniciados de oficio o por denuncia realizada por cualquier persona humana o jurídica.

Las Guías son las primeras de su tipo a nivel nacional. A nivel internacional, por el contrario, existe una multiplicidad de agencias de defensa de la competencia de distintos países que han publicado lineamientos sobre abuso de posición dominante. La finalidad de este tipo de documentos es aumentar la transparencia y la previsibilidad en la actividad decisoria de las agencias de competencia y, paralelamente, incrementar la seguridad jurídica para las empresas, tanto para aquellas que detentan posición de dominio como para aquellas que, sin detentar tal posición, podrían ser víctimas de un abuso de posición dominante.

Las Guías se encuentran inspiradas largamente en su homólogo europeo, las “Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del art. 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes” (las “Orientaciones de la Comisión Europea”) (4). Las Orientaciones de la Comisión

(4) Comunicación de la Unión Europea (2009/C 45/02), disponible en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224(01)&from=EN).

Europea probablemente sean los lineamientos sobre abuso de posición dominante que mayor prestigio gozan a nivel internacional y que, por tanto, mayor influencia ejercen en el resto de los países (especialmente en aquellos cuyos sistemas jurídicos están basados en el *civil law*, como nuestro país). Es importante remarcar que las Orientaciones de la Comisión Europea abarcan únicamente supuestos de abusos exclusorios, no así abusos explotativos de posición dominante. Como explicaremos más adelante, idéntica postura han seguido las Guías.

En cuanto a sus efectos, las Guías no son vinculantes y no producen ningún efecto jurídico para la propia administración ni para los administrados porque el ente que las emitió, la CNDC, no es la autoridad de aplicación de la LDC, entonces mal podría un documento emitido por la CNDC ser vinculante para el Secretario de Comercio Interior —que es temporariamente la autoridad de aplicación de LDC— o para la futura ANC. No obstante, por la teoría de los actos propios, podría argumentarse que las Guías generarían una expectativa legítima en los administrados con relación al modo en el cual la administración analizará los supuestos de abuso de posición dominante. Una vez constituida la autoridad de aplicación creada por la LDC (esto es, la ANC), sería aconsejable que esta adopte las Guías por medio de un acto administrativo válido de modo que efectivamente cumplan con su cometido de aumentar previsibilidad en la actividad decisoria.

Por otro lado, desde un punto de vista institucional, el dictado de las Guías podría ser interpretado como una señal en relación con las prioridades en la aplicación de la LDC. En tal sentido, el dictado de las Guías conjuntamente con la futura puesta en funcionamiento de la ANC, presagian una mayor actividad en la investigación de abusos de

posición dominante, un área del Derecho de la Defensa de la Competencia que históricamente ha recibido escasa aplicación a nivel nacional (5).

En este orden de ideas, una agenda de aplicación proactiva por parte de la CNDC en materia de abuso de posición dominante es de vital importancia, especialmente en una economía concentrada y cerrada al comercio internacional como la Argentina, en donde la libre competencia es la excepción y los consumidores son, en muchos casos, cautivos de empresas dominantes y la competencia de productos importados es limitada (6).

Asimismo, una robusta aplicación de la LDC en materia de abuso de posición dominante es crucial para suplementar o enmendar una laxa aplicación de la LDC en materia de control de concentraciones económicas, que puede permitir la formación (con el aval estatal) de empresas con posición dominante o a estructuras de mercado poco competitivas, que luego perjudican a los competidores y consumidores.

Las Guías devienen imprescindibles por varias razones.

En primer lugar, porque la LDC es escueta en el tratamiento del abuso de

(5) Aun cuando desde el año 1980 se ha incorporado la figura de abuso de posición dominante al derecho nacional (art. 1º la ley 22.262 de Defensa de la Competencia).

(6) No es casualidad que Argentina sea uno de los países del mundo que mayor cantidad de medidas antidumping impone contra productos importados. Al respecto, ver ESPERT, José L., "La Argentina devorada", Ed. Galerna, p. 170. Las empresas nacionales que denuncian la existencia de dumping por parte de los productos importados ostentan, frecuentemente, posición de dominio en sus respectivos mercados a nivel nacional.

posición dominante(7). En este sentido, la LDC dedica únicamente dos artículos (arts. 5º y 6º) a la cuestión, los cuales meramente describen qué se entiende por posición dominante sin proveer mayores detalles sobre su aplicación. Por otro lado, la normativa se complementa con el art. 1º de la LDC, que contiene el principio general sobre la necesidad de afectación al interés económico general y con el art. 3º, que prevé un catálogo no cerrado de conductas potencialmente constitutivas de un abuso de posición dominante(8). Dicho catálogo no es exhaustivo sino meramente ejemplificativo y, en consecuencia, existen conductas unilaterales no previstas en su articulado que podrían constituir un abuso de posición dominante en la medida que puedan producir un perjuicio al interés económico general (por ejemplo, *sham litigation*)(9).

En segundo lugar, las Guías resultan necesarias porque el abuso de posición dominante es un área del Derecho de Defensa de la Competencia, por su propia naturaleza, compleja, controversial y en la cual abundan

los claroscuros(10). La dificultad estriba en que la conducta unilateral procompetitiva y anticompetitiva, *prima facie*, son similares e incluso la misma conducta puede ser tener efectos anticompetitivos y procompetitivos. Por ello, a diferencia de los carteles(11), no existe un consenso o convergencia absoluta (en las ciencias jurídicas o en las ciencias económicas) sobre qué conductas constituyen un abuso de posición dominante y en qué casos resulta eficiente la intervención de la autoridad de competencia. Esto lo demuestra la divergencia existente entre los principales sistemas de defensa de la competencia del mundo con respecto a la aplicación de la normativa de abuso de posición dominante. Por un lado, el sistema de la Unión Europea, donde las empresas dominantes tienen una responsabilidad especial de no distorsionar la competencia, lo cual —entre otros factores— determina un mayor nivel de intervención y, por el otro, el sistema de los Estados Unidos, donde las empresas dominantes no tienen una responsabilidad especial, lo cual contribuye —entre otros factores— a un menor nivel de intervención

(7) El Cód. Civ. y Com. de la Nación contiene una lacónica referencia al abuso de posición dominante. El art. 11 establece que lo dispuesto en los arts. 9º (sobre el principio de buena fe) y 10 (relativo al abuso del derecho) “se aplica cuando se abuse de una posición dominante en el mercado, sin perjuicio de las disposiciones específicas contempladas en las leyes especiales”.

(8) El art. 3º de la LDC expresa “constituyen prácticas restrictivas de la competencia, las siguientes conductas, *entre otras...*” (el resaltado nos pertenece).

(9) Esta práctica tiene lugar cuando una empresa dominante inicia reclamos o acciones legales ante las autoridades administrativas o ante los tribunales judiciales, basadas en información falsa o incorrecta, con la finalidad de bloquear o demorar el ingreso de un competidor al mercado. Constituye un abuso del derecho a peticionar ante las autoridades previsto en el art. 14 de la CN.

(10) La propia existencia de las Guías abona esta tesis. De modo contrario, si los casos de abuso de posición dominante fueren de sencilla resolución, las Guías serían innecesarias.

(11) La LDC no utiliza el término carteles. No obstante, el art. 2º hace referencia a “prácticas absolutamente restrictivas de la competencia”. Para este tipo de conductas, taxativamente previstas en el art. 2º, la LDC crea una presunción *iuris tantum* de afectación al interés económico general, que las empresas podrán rebatir demostrando que cumplen los exigentes requisitos del art. 29 del dec. 480/2018, reglamentario de la LDC. *A contrario sensu*, cualquier conducta anticompetitiva que no se subsuma dentro de los supuestos del art. 2º de la LDC, debe ser analizada por sus efectos (utilizando la terminología de la legislación de la Unión Europea) o bajo la regla de la razón (utilizando la terminología desarrollada por la jurisprudencia de los tribunales de EE.UU.).

de sus autoridades de competencia en casos de conductas unilaterales (12).

Estas diferencias intrínsecas entre ambos tipos de conductas explican la razón por la cual la LDC presume los efectos anticompetitivos y la afectación del interés económico general con relación a los carteles, mientras que esa presunción no existe para el abuso de posición dominante (13). Como explicaremos más adelante, en todos los casos de abuso de posición dominante, la autoridad de aplicación de la LDC tiene la carga de la prueba con relación a los efectos anticompetitivos (exclusorios y/o explotativos) de la conducta abusiva y el perjuicio (actual o potencial) al interés económico general.

La regla de la razón será el sistema analítico que utilizará la CNDC para analizar los casos de abuso de posición dominante. Este sistema permite, por un lado, identificar (y cuantificar en la medida de lo posible) los efectos anticompetitivos de la conducta en cuestión, y por el otro, identificar (y cuantificar en la medida de lo posible) los efectos pro-competitivos de la conducta, para sopesarlos y determinar si, en el balance, la conducta genera un perjuicio al interés económico general.

(12) A modo de ejemplo, en el año 2013 la Federal Trade Commission de EE.UU. no encontró prueba suficiente para sancionar a Google por sus prácticas comerciales en relación con su motor de búsqueda, mientras que idénticas o similares prácticas fueron sancionadas por la Comisión Europea como abuso de posición de dominio en el año 2017.

(13) La presunción de ilegalidad aplicable a los carteles no es antojadiza o arbitraria por parte del legislador, sino que deviene de la propia naturaleza de este tipo de prácticas concertadas. De acuerdo con las enseñanzas de las ciencias económicas, confirmada por la experiencia previa de los tribunales, los carteles poseen una capacidad intrínseca para restringir la competencia y causar un perjuicio al interés económico general.

En tercer lugar, las Guías son útiles para cualquier agente económico que opere en el mercado nacional, independientemente de si son productores, distribuidores, consumidores o si tienen carácter público o privado. Principalmente, las Guías son importantes para las empresas que ostentan posición dominante, para que puedan determinar con mayor precisión qué tipos de conductas están permitidas y qué tipos de conductas están prohibidas. Asimismo, las Guías son relevantes para aquellas empresas que no detentan una posición dominante, pero que no obstante contratan con empresas que si la detentan y desean evaluar si están siendo víctimas de un abuso de posición dominante, en cuyo caso, la LDC brinda varios canales para remediar tal situación (sea a través de la presentación de una denuncia ante la autoridad de aplicación de la LDC y/o la solicitud de una medida cautelar y/o el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el abuso ante un juez).

En este sentido, son las víctimas de un abuso de posición dominante (y en general de cualquier infracción a la LDC) los agentes económicos mejores situados para detectar y denunciar un abuso de posición dominante. Los reclamos privados implican una suerte de “democratización” de la aplicación de la LDC, ya dicha tarea no es “monopolizada” por la autoridad de competencia, sino que distribuida en una multiplicidad de agentes económicos que actúan en el mercado. En tales casos, el *enforcement* privado complementa o suplanta el *enforcement* público llevado a cabo (u omitido) por las autoridades. Ello no solo aumenta la detección de conductas contrarias a la LDC sino reduce los costos de funcionamiento de la autoridad de competencia.

Finalizados estos comentarios de índole general, a continuación, haremos un breve repaso de los aspectos más relevantes de las

Guías respetando, en la medida de lo posible, su numeración.

I. Introducción. El *test* de dominancia

En su introducción, las Guías realizan tres aclaraciones de corte metodológico.

En primer lugar, las Guías solo refieren a abusos de posición dominante individuales o realizados por una única empresa, es decir, que no abarcan abusos colectivos de posición dominante realizados por un conjunto de empresas. Ello no implica que los abusos colectivos de posición dominante no sean sancionables bajo la LDC sino únicamente significa que las Guías no desarrollan tal figura (14).

En segundo lugar, las Guías clarifican que solo abarcan los abusos de posición dominante de tipo exclusorio, no así a abusos de tipo explotativo.

Los abusos de posición dominante de tipo exclusorio, explican las Guías, son aquellos que refieren a conductas que eliminan o debilitan la competencia por parte de competidores existentes o que erigen o

(14) El abuso colectivo o conjunto de posición dominante aborda situaciones de oligopolio, en la cual existe un número reducido de firmas con participaciones de mercado relativamente similares y estas, reconociendo su mutua interdependencia, replican sus movimientos sin la existencia de un acuerdo colusorio (expreso o tácito), de modo que tales conductas no pueden ser aprehendidas por la normativa de carteles. Los abusos colectivos de posición dominante son una figura utilizada principalmente en la Unión Europea. De más está decir que la figura es controvertida y por ello su uso ha sido escaso. En la normativa local, el art. 5º de la LDC reconoce la existencia de esta figura al explicar que la posición dominante es aquella de la cual goza "una o más personas" (el resaltado me pertenece).

refuerzan barreras a la entrada de nuevos competidores, mientras que los abusos de posición dominante explotativos refieren a aquellas conductas que explotan a clientes o proveedores.

La omisión deliberada de los abusos explotativos de posición dominante en las Guías no significa que estos no sean sancionables bajo la LDC. Prueba de ello es que la CNDC recientemente sancionó a la SADAIC, una entidad que detenta el monopolio legal en el territorio nacional para la percepción de los derechos económicos de autor emergentes del uso de obras musicales, por abusar de su posición de dominio mediante el cobro de aranceles excesivamente altos y discriminatorios a ciertos establecimientos hoteleros (15). No obstante, la omisión voluntaria podría ser interpretada como una señal acerca de las prioridades de la CNDC, esto es, que en primer orden de importancia serán investigados los abusos de posición dominante de tipo exclusorio y, en segundo orden, los abusos de tipo explotativo.

Asimismo, como correctamente explican las Guías, ambas categorías (esto es, abusos exclusorios y abusos explotativos) no son mutuamente excluyentes, dado que una misma conducta por parte de una empresa con posición dominante puede, simultáneamente o en distintos espacios temporales, tener efectos exclusorios de competidores y explotativos de clientes. Por ejemplo, los precios predatorios son una estrategia de precios por debajo del costo que tiene efectos exclusorios en el corto plazo y efectos explotativos en el largo plazo. Asimismo,

(15) CNDC, Dictamen 43, "FEGHRA s/ solicitud de intervención de la CNDC (C.1302)", 17/05/2018, cuyas recomendaciones fueron adoptadas por el Secretaría de Comercio mediante res. 371/2018 del 26/06/2018.

una discriminación de precios por parte del propietario de una facilidad esencial verticalmente integrado puede constituir simultáneamente un abuso explotativo y un abuso exclusorio. Por otro lado, en algunas conductas complejas, la frontera entre los efectos exclusorios y explotativos podría ser borrosa.

La decisión de la CNDC de excluir de las Guías a los abusos de posición dominante de tipo explotativo parecería ser, por varias razones, una prudente decisión de política de defensa de la competencia. En primer lugar, para sancionar un abuso de posición dominante de tipo explotativo (en particular, un supuesto de precios excesivos) es necesario que la autoridad de competencia establezca, al menos de manera aproximada, cuál sería el precio de equilibrio o competitivo en un determinado mercado, siendo ello una tarea harto difícil y más propia de un regulador sectorial que de una autoridad de competencia. En segundo orden, la sanción de precios abusivos podría generar desincentivos a la inversión por parte de las empresas (en particular, en materia de investigación y el desarrollo), dado que estas no podrían recuperar su inversión por medio del cobro del precio de su elección. En este sentido, la intervención de la autoridad de competencia podría resultar contraproducente en el largo plazo, dado que terminaría reduciendo la competencia y la innovación más que fomentándolas (16). En tercer lugar, la defensa de la competencia

(16) En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de EE.UU. en "Verizon c. Trinko", 540 U.S. 398, 2004, estableció que la mera posesión de poder de monopolio y el concomitante cobro de precios monopolísticos, no solo no es ilegal, sino que es un importante elemento del sistema de libre mercado, dado que es lo que genera la perspicacia empresarial, la asunción de riesgo empresarial que, a su turno, genera innovación y crecimiento económico.

no posee las herramientas necesarias para solucionar de manera definitiva los abusos de posición de dominio de tipo explotativo (17), dado que su finalidad no es regular o fijar precios, sino todo lo contrario. La regulación de precios es la antítesis de la defensa de la competencia. Por todos estos motivos, existe cierto nivel de consenso en que la sanción de abusos de posición dominante de tipo exclusorio protege de manera más cabal el proceso competitivo (18) y que la intervención en materia de abusos explotativos debe ser extraordinaria (19).

En tercer lugar, las Guías hacen la salvedad que, en adición a los abusos de posición dominante, existen otros actos o conductas que tienen por objeto o efecto restringir la competencia o el acceso al mercado y que pueden afectar el interés económico general. Las Guías no desarrollan el punto, pero

(17) Por esta razón, en el caso SADAIC arriba citado, el Secretario de Comercio impuso una multa y complementariamente recomendó la adopción de regulación para poner una solución definitiva a los aranceles excesivos y discriminatorios por parte de SADAIC.

(18) Ver al respecto, COLOMA, Germán, "Defensa de la Competencia", Ed. Ciudad Argentina, 2009, ps. 500-503.

(19) Los precios monopolísticos en un mercado con bajas barreras a la entrada cumplen una función de transmisión de información que atrae nuevos entrantes y el mercado se corrige con el subsiguiente aumento en la oferta. Por el contrario, en un mercado con altas barreras de entrada (especialmente, en aquellos donde existen barreras legales e insuperables como en el caso SADAIC que detentaba un monopolio legal), los precios monopolísticos no cumplen ese rol de fomentar el ingreso de competidores sino únicamente una explotación de los clientes cautivos. El rol de las barreras de entrada es fundamental en el análisis de abusos de posición dominante, por ello, las Guías lo enuncian como el primer factor de análisis (sección III.1.a).

parecería desprenderse que la CNDC refiere a conductas o actos unilaterales de restricción a la competencia o de obstaculización de acceso al mercado por parte de empresas sin posición dominante, que no obstante podrían ocasionar un perjuicio al interés económico general y ser sancionables bajo el art. 1º de la LDC (20).

Luego de las aclaraciones metodológicas arriba reseñadas, el capítulo introductorio de las Guías aborda el tema central de la temática de abuso de posición dominante, esto es, qué requisitos deben reunirse para la existencia de una situación de abuso de posición dominante sancionable bajo la LDC. Las Guías indican que deben cumplirse (de manera cumulativa, agrego) los siguientes requisitos: (a) la empresa denunciada debe tener una posición dominante en un mercado; (b) la conducta objetada debe representar un abuso de dicha posición de dominio; y (c) la conducta abusiva pueda resultar en un perjuicio para el interés económico general (en adelante, los requisitos (a), (b) y (c), conjuntamente denominados como el “*Test de Dominancia*”).

La ausencia de cualquiera de los tres requisitos del *Test de Dominancia* implica que no estaremos en presencia de un supuesto de abuso de posición dominante sancionable. Cada uno de los requisitos es una condición necesaria —pero no suficiente— para que se configure un abuso de posición dominante.

(20) Esta teoría de daño fue la adoptada por la CNDC en “*Calliera c. Embotelladora del Norte*” (1986) y en “*Refrescos del Litoral c. Frontera*” (1991), donde se sancionaron conductas de hurto, sustracción y destrucción de botellas de gaseosas por parte de empresas que no detentaban posición dominante. Es decir, se sancionaron conductas unilaterales por parte de empresas sin posición de dominio y, sin perjuicio de ello, se consideró que afectaban el interés económico general.

II. Existencia de posición dominante (primer requisito)

La existencia de posición dominante constituye el primer requisito del *Test de Dominancia*.

¿Qué significa detentar una posición dominante? El art. 5º de la LDC explica que una empresa tiene posición dominante cuando “es la única oferente o demandante en un mercado o cuando, sin ser la única, no está expuesta a una competencia sustancial”. Por otro lado, el art. 6º de la LDC brinda criterios adicionales para identificar la existencia de una posición dominante, esto es, el grado en que las empresas competidoras puedan contrarrestar el poder de mercado de la empresa dominante; la existencia de restricciones normativas que limitan el acceso de otros productos al mercado; y el grado en que la empresa en cuestión puede influir unilateralmente en la formación de precios o restringir la oferta (21).

Las Guías, basándose en la jurisprudencia de la Unión Europea (22), explican que

(21) En el art. 6º, inc. a) de la LDC, el legislador confunde y entremezcla dos conceptos distintos: por un lado, la definición de mercado relevante y, por el otro, la determinación de la existencia de una posición dominante. Ambos son ejercicios diferentes y que tienen lugar en momentos distintos. En primer orden, se debe definir el mercado relevante (y analizar, principalmente, el grado de sustituibilidad del producto ofrecido por la empresa investigada con aquellos ofrecidos por otras empresas) y, en segundo orden, corresponde analizar si existe una posición de dominio en el mercado relevante definido en primer lugar. Esta inconsistencia es detectada por la CNDC en la nota al pie 10 de las Guías.

(22) Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJEU), Caso 2/76, “*United Brands c. EC Commission*” (1978), párr. 65.

la posición dominante puede entenderse también como una situación de poder económico en la que se encuentra una empresa en un mercado y que le permite comportarse con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, proveedores y clientes. Cuanto mayor sea el grado de independencia de una empresa, mayor será su poder de mercado.

La posición dominante es un concepto jurídico, el cual, en términos económicos podría ser traducido como poder de mercado sustancial, esto es, la capacidad efectiva de una empresa de aumentar en forma significativa y sostenida (esto es, durante un período no insignificante de tiempo) el precio de un producto de manera rentable (23).

Para determinar la existencia de una posición dominante, resulta ineludible definir el mercado relevante a los efectos de delimitar las fronteras de la competencia entre empresas. Una posición dominante no se detenta en abstracto sino en relación con un mercado relevante concreto. El mercado relevante tiene dos dimensiones principales: el mercado del producto y el mercado geográfico.

A los efectos de la definición del mercado relevante en casos de abuso de posición dominante, las Guías remiten a los Lineamientos para el Control de Concentraciones Económicas (24), haciendo la salvedad que, si bien los criterios allí consagrados

resultan aplicables en términos generales, en ciertas circunstancias el análisis de casos de abuso de posición dominante podrá requerir la utilización de criterios específicos, dado que ambos análisis tienen un alcance distinto. En las concentraciones económicas, la evaluación de los efectos es prospectiva (es decir, la intención es presagiar los efectos futuros y probables de una concentración en las condiciones de competencia en un mercado relevante determinado) (25), mientras que con relación a las conductas anticompetitivas la evaluación de los efectos es retrospectiva (es decir, se analizan los efectos de una conducta ya acaecida en un mercado relevante determinado).

A continuación, siguen algunas notas sobre la importancia de la tarea de la definición del mercado relevante:

a) La tarea de definir el mercado relevante no es un fin en sí mismo sino solo una herramienta para determinar si una empresa detenta poder de mercado. En consecuencia, la definición del mercado relevante es crucial para aquellas conductas analizadas por sus efectos o bajo la regla de la razón, una de las cuales es el abuso de posición de dominio. Por el contrario, esta tarea no resulta insoslayable para el análisis de aquellas conductas que constituyen restricciones a la competencia por su objeto (26) o que subsuman bajo la regla *per se*.

(23) El ejercicio de poder de mercado sustancial no solo puede reflejarse en la capacidad de elevar los precios, sino también en la capacidad de afectar otras variables de la competencia, por ejemplo, por medio de la reducción de las cantidades ofrecidas, reducción en la innovación, calidad o variedad de los productos o servicios.

(24) Secretaría de Comercio, res. 208/2018.

(25) Excepto en la Argentina, donde a diferencia de la gran mayoría de los países, el análisis de concentraciones económicas es *ex post*. La LDC modifica esta situación y prevé la implementación de un sistema *ex ante* de control de concentraciones económicas, el cual entrará en vigencia 1 año después de la puesta en funcionamiento de la ANC.

(26) WHISH, Richard - BAILEY, David, "Competition Law", Oxford, 8ª ed., p. 122.

b) Existe una tensión natural entre los agentes económicos investigados y las autoridades de competencia en relación con la definición del mercado relevante. Por un lado, las empresas desean ineludiblemente que los mercados relevantes sean lo más amplios y abarcativos posibles de modo que su poder de mercado se diluya y relativice, mientras que, por el otro, las autoridades de competencia inexorablemente buscan definir estos de la manera más acotada posible, de modo que les permita afirmar que la empresa investigada tiene poder de mercado y, por ende, su conducta goza de la capacidad de distorsionar la competencia. Por ello, los casos de abuso de posición dominante frecuentemente se pierden o se ganan en la etapa de definición del mercado relevante afectado.

c) Toda investigación de abuso de posición dominante requiere una definición de mercado *ex novo*, teniendo en cuenta las condiciones particulares de competencia existentes al momento en que ocurrió la conducta sospechada. En otras palabras, la CNDC debe analizar y definir el mercado relevante nuevamente, sin remitirse, sin más, a la definición de mercado adoptada en decisiones previas relativas a la misma industria (27). Esta necesidad deriva del hecho que los mercados y el proceso competitivo son dinámicos y, por tanto, fluctuantes en el tiempo. No obstante,

las definiciones de mercado previamente adoptadas por la CNDC sirven como una aproximación a la definición del mercado relevante que la CNDC podría adoptar en un nuevo caso que sea sometido a su análisis.

Una vez agotado el estadio de definición del mercado relevante, es necesario determinar si la empresa investigada goza de posición de dominio en el mercado relevante identificado. Para ello, es necesario cuantificar el grado de independencia de la empresa investigada y la presión competitiva ejercida por sus competidores. Al respecto, las Guías expresan que una posición dominante puede determinarse utilizando criterios cuantitativos basados en la concentración del mercado y, en particular, las participaciones o cuotas de mercado de la empresa en cuestión y sus competidores (28). No obstante, las cuotas de mercado son tan solo uno de los indicadores para analizar la existencia de poder de mercado, el cual, debe ser completado con otros factores, principalmente, la existencia de barreras de entrada y de poder de compra compensatorio.

Con relación a los criterios cuantitativos, las Guías establecen cuatro principios generales de suma utilidad, a saber: (i) se puede descartar la existencia de posición

(27) Esta fue la postura de la CNDC en “Petroquímica Comodoro Rivadavia s/ infracción Ley 25.156 (C. 1489)”, Dictamen 1098, 04/11/2016, en donde en el marco del análisis de un potencial abuso de posición dominante, se apartó —con debido fundamento— de una definición de mercado adoptada previamente por el organismo en un caso de colusión del año 2005. Similar postura existe en la Unión Europea, ver Tribunal General de la Unión Europea, “The Coca-Cola Company c. Commission”, Caso T-125/97 (2000).

(28) Uno de esos criterios es el *test* del “umbral de dominancia”, que utiliza las participaciones de mercado de las dos firmas con mayor cuota de mercado. Recientemente, este criterio ha ganado preponderancia en el análisis económico de la CNDC, en particular, en el marco de las concentraciones económicas. Para una explicación del umbral de dominancia, ver CNDC, “Herramientas cuantitativas para el análisis de concentraciones económicas”, mayo de 2017, disponible en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/herramientas_cuantitativas_para_el_analisis_de_concentrac_2.pdf.

dominante cuando la empresa investigada tiene una cuota de mercado inferior a la de otros competidores que operan en el mismo mercado; (ii) en situaciones en las cuales la empresa investigada tiene una cuota menor de 40% del mercado relevante, resulta poco probable que la misma pueda tener una posición dominante, aun cuando sea la empresa con mayor participación en el mismo(29); (iii) una elevada participación de mercado durante un tiempo prolongado es una condición necesaria, pero no suficiente para determinar la existencia de una posición dominante (por ejemplo, en mercados dinámicos o en aquellos con bajas barreras de entrada, donde las participaciones de mercado son inestables y volátiles)(30); y (iv) cuanto menor sea la diferencia entre la cuota de mercado entre la empresa investigada y su competidor más cercano, menor la probabilidad que la

primera sea capaz de detentar una posición de dominio.

Para concluir, es importante destacar que la existencia de una posición dominante opera como un criterio binario(31). Esto implica que si una empresa tiene posición de dominio existen ciertas prácticas comerciales que se encontrarán —en principio— prohibidas, mientras que idéntica práctica comercial llevada a cabo por una empresa sin posición de dominio no resultará —en principio— punible. Como señaló el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, “independientemente de las razones por las cuales detente esa posición de dominio, la empresa en cuestión tiene una responsabilidad especial de no permitir que su conducta altere la competencia genuina y sin distorsiones” (32), ya sea en el mercado donde es dominante o en un mercado distinto. Las Guías receptan el concepto de la responsabilidad especial de las empresas que detentan una posición dominante de no distorsionar la competencia, la cual ya se encuentra debilitada por la sola presencia de la empresa dominante. A modo de ejemplo, si una empresa no tiene posición dominante (por ejemplo, tiene un 10% de participación en un mercado relevante determinado) y adopta una política de precios por debajo del costo, la conducta en cuestión no será sancionable bajo la LDC dado que la empresa no cumple con el primer requisito del *Test* de Dominancia, esto es, detentar una posición dominante en el mercado en cuestión. Tal política de precios será pro-competitiva dado que beneficiará a los consumidores con precios bajos y desafiará la posición del resto de los oferentes.

(29) Este principio es tomado de las Orientaciones de la Comisión Europea (consid. 14). No obstante, existen excepciones a tal principio. Por ejemplo, a nivel europeo se determinó que una firma gozaba de una posición dominante con una participación de mercado de 38% (ver Tribunal General de la Unión Europea, “British Airways c. Comisión”, Caso T-219/99, 17/12/2003). A nivel nacional, no existen casos en los cuales se haya sancionado una empresa por abuso de posición dominante con una cuota inferior al 40% del mercado relevante. No obstante, las Guías no excluyen tal posibilidad y hacen referencia a una concentración económica en la cual se determinó que una participación conjunta post-transacción de 39,42% del mercado, podría dar lugar a la creación de una posición de dominio (ver res. 74/2001, Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor, 24/07/2001).

(30) Las Guías no detallan qué debe entenderse por un tiempo prolongado. Las Orientaciones de la Comisión Europea (consid. 11) establecen que dependerá del producto y del mercado en cuestión, pero que normalmente un período de dos años será suficiente.

(31) WHISH, Richard - BAILEY, David, ob. cit., p. 190.

(32) TJEU, “Michelin c. Comisión”, Caso 322/81 (1983), párr. 57.

tes en ese mercado. Por el contrario, una política de precios por debajo del costo adoptada por una empresa con posición de dominio en el mismo mercado relevante será sancionable, excepto que concurra una justificación legal o comercial o que se demuestre que no existe afectación al interés económico general.

III. Abuso de posición dominante (segundo requisito)

El segundo requisito del *Test* de Dominancia consiste en la existencia de una conducta o práctica (puede ser una acción o una omisión) por parte de una empresa que detente una posición de dominio, que implique un abuso de dicha posición de dominio.

Una de las conclusiones más elementales del Derecho de la Defensa de la Competencia es que la mera tenencia de una posición dominante no es sancionable, por el contrario, lo que resulta sancionable es el abuso que se haga de dicha posición⁽³³⁾. Las Guías confirman esa noción: “Una posición dominante no es ilegal”.

Detentar una posición dominante no se encuentra prohibido ni es sancionable en sí mismo, dado que tal posición en el mercado puede derivar (y así sucede en la mayoría de las ocasiones) de prácticas comerciales legítimas, relacionadas con el ofrecimiento de “un producto superior,

perspicacia empresarial o por un accidente histórico”⁽³⁴⁾ o lo que en la jurisprudencia de la Unión Europea se conoce (y las Guías aceptan) como “competencia en los méritos”⁽³⁵⁾. El ofrecimiento de productos a precios menores, de mayor calidad o innovadores constituyen claros ejemplos de competencia en los méritos. Si bien el referido concepto ayuda a transmitir una idea, esto es, la existencia de ciertos medios de competencia que son legítimos y aceptables y otros que no lo son, no deja de ser un concepto ambiguo y, por ello, ha sido objeto de crítica⁽³⁶⁾.

¿Entonces qué conductas constituyen un abuso de posición dominante? Responder esta pregunta en abstracto es difícil, sino imposible, dado que, como explicamos, los abusos de posición dominante deben ser analizados por sus efectos en el mercado (o bajo la regla de la razón) y no por su objeto (o bajo una regla *per se*). Al respecto, las Guías establecen probablemente el principio más trascendental de todo el documento: los efectos probables de una conducta en los consumidores y en el proceso competitivo son más importantes que la forma específica de la conducta en

⁽³³⁾ Esta conclusión es común al derecho de EE.UU. (Corte Suprema de Justicia, “Verizon c. Trinko”, 540 U.S. 398, 2004, “*The mere possession of monopoly power, and the concomitant charging of monopoly prices, is not only not unlawful, but is an important element of the free-market system*”) y al derecho de la Unión Europea (Orientaciones de la Comisión Europea, consid. 1, “*it is not in itself illegal for an undertaking to be in a dominant position...*”).

⁽³⁴⁾ Corte Suprema de Justicia de EE.UU., “United States c. Grinnell Corp.”, 384 U.S. 563, 1966.

⁽³⁵⁾ TJEU, “Deutsche Telekom c. Commission”, Caso C-280/08, 14/10/2010, párr. 177. Anteriormente, el TJEU hacía referencia a “medios diferentes de los que rigen una competencia normal”, ver “Hoffman-La Roche c. Commission”, Caso 85/76, 1979, párr. 91.

⁽³⁶⁾ OECD, “Policy Roundtables, Competition on the Merits”, 2005, ps. 47 y 134, donde muchos autores critican el concepto de “competencia en los méritos” por ser una frase vacía cuyo uso debería ser abandonado.

cuestión (37). En otros términos, a los fines de determinar si una conducta constituye un abuso de posición dominante, se debe analizar —considerando las particularidades del caso concreto—, si la misma distorsiona el proceso competitivo afectando a los consumidores de manera directa (por ejemplo, generando precios altos o productos de menor calidad) o indirecta (por ejemplo, reduciendo la innovación). De modo contrario, un enfoque estrictamente formalista de una conducta comercial podría derivar en conclusiones erróneas y en la sanción de conductas que no afectan negativamente la competencia (38). A modo de ejemplo, un

(37) En el derecho nacional, esta conclusión encuentra sustento también en el principio de la realidad económica o de primacía de la sustancia sobre la forma prevista en la LDC (art. 4º, párr. 2). Un corolario de este principio es la primacía del análisis económico por sobre el análisis jurídico para determinar con mayor rigurosidad qué conductas tienen efectos exclusorios en el mercado.

(38) En general, las reglas de defensa de la competencia (y en particular, aquellas de abuso de posición dominante) deben, por un lado, permitir a las autoridades la adopción de decisiones correctas (desincentivar conductas anticompetitivas y fomentar las competitivas) y, por el otro lado, ser claras de modo de generar seguridad jurídica para los agentes económicos y ser fácilmente administrables para la autoridad. Naturalmente, existe una tensión entre el logro de todos estos cometidos de manera simultánea y eso genera un dilema de política de defensa de la competencia. Un enfoque formalista del abuso de posición dominante (esto es, por referencia a la forma de la conducta, pero no a sus efectos) lograría reglas claras, seguridad jurídica y sería fácilmente administrable, pero estaría dissociado del análisis económico y podría llevar a sancionar conductas potencialmente procompetitivas (conocidos como falsos positivos o errores tipo 1). Por el otro lado, un enfoque puramente por referencia a los efectos de la conducta permitiría la adopción de soluciones correctas, pero no crearía seguridad jurídica para los agentes económicos, sería lento y de costosa

sistema analítico que priorice (o considere exclusivamente) la forma de una conducta podría entender el mero empaquetamiento de productos como una venta atada ignorando sus probables efectos pro-competitivos (por ejemplo, ganancias de eficiencia derivadas de la distribución conjunta de distintos productos). Por otro lado, un sistema analítico que considere únicamente los efectos de una conducta, omitiendo su forma, podría igualmente arribar a soluciones erradas y, por ejemplo, considerar el rechazo de una empresa dominante en continuar suministrando a un cliente moroso como una negativa de venta sancionable. Tal conducta evidentemente podría tener efectos exclusorios y negativos en la competencia, pero la negativa de venta posee una justificación legal que impide catalogar la conducta como un abuso de posición dominante. Por ello, un sistema mixto como el propuesto por las Guías, que evalúe tanto la forma como los efectos de una conducta, pero que confiera preeminencia a los efectos, para determinar si existe un abuso de posición dominante, pareciera ser una solución ajustada.

A los efectos de evaluar la probabilidad que la conducta investigada tenga efectos exclusorios, la sección III.1 de las Guías (39) establece ciertos factores que deben ser considerados: a) la existencia de barre-

implementación, lo que podría llevar a ciertas conductas anticompetitivas no sean finalmente sancionadas (conocidos como falsos negativos o errores tipo 2). En función de los *tradeoffs* comentados, reiteramos que la adopción de un modelo mixto como el receptado en las Guías (esto es, donde el foco sean los efectos, pero sin ignorar la forma de la conducta) luce conveniente para conciliar todos los valores en juego.

(39) En este punto, las Guías replican lo expresado en las Orientaciones de la Comisión Europea (consid. 30).

ras de entrada al mercado; b) la posición en el mercado de los competidores de la empresa dominante y la factibilidad que estos puedan replicar o contrarrestar la conducta investigada; c) la posición en el mercado de los clientes o proveedores de la empresa dominante (esto es, poder de compra o venta compensatorio), incluyendo la posible selectividad de la conducta (por ejemplo, que la práctica tenga como blanco particular los clientes de un determinado competidor que se intenta excluir del mercado); d) el alcance de la conducta investigada, en términos de proporción de las ventas del mercado relevante afectadas por la conducta y su duración; e) evidencia de efectos exclusorios, esto es, datos empíricos que demuestren que la conducta de la empresa con posición dominante ha generado la salida del mercado de un competidor o que su salida es probable; y f) evidencia de una estrategia exclusoria, como documentos internos de la empresa dominante investigada que prueben el plan o estrategia exclusoria.

Relacionado con el factor f), es importante recordar que el abuso de posición dominante es un concepto objetivo (40). En otras palabras, no resulta necesaria la existencia de un factor de atribución subjetivo (dolo o culpa) para generar la responsabilidad de la empresa dominante. Sin perjuicio de ello, la evidencia con relación a la intencionalidad será uno de los tantos factores que la CNDC considerará a los fines de determinar la existencia de efectos exclusorios (por ejemplo, documentos internos de la empresa dominante en los cuales sus directivos manifiesten la intención de excluir del mercado a los competidores por medio de la

conducta investigada para así monopolizar el mismo) (41).

Con relación al concepto de abuso, las Guías subrayan que una empresa puede tener posición de dominio en un mercado y llevar a cabo un abuso de posición dominante que impacte en otro mercado. En otros términos, el abuso no debe darse necesariamente en el mercado en el cual la empresa detenta posición dominante, sino que el abuso puede generar efectos exclusorios en otros mercados relacionados. Esto sucede en los casos de venta atada, que es uno de los supuestos de *extensión* de poder de mercado. A modo ejemplificativo, pensemos en una empresa con posición de dominio en el mercado de dentífricos (suponiendo, por vía de hipótesis, que constituye un mercado relevante del producto), que subordina o condiciona su venta a la adquisición simultánea, conjunta de un cepillo de dientes ofrecido también por la misma empresa. En este caso hipotético, la empresa en cuestión detenta una posición de dominio en el mercado de dentífricos, pero los efectos exclusorios se generan en el mercado de cepillos de dientes.

Sin perjuicio del análisis casuístico de los abusos y sus probables efectos en la competencia utilizando los factores de la sección III.1 de las Guías, el art. 3º de la LDC prevé un listado no taxativo de conductas potencialmente abusivas. Al respecto, la sección IV de las Guías referente a “formas específicas de abuso”, desarrolla las formas o tipos

(41) Por otro lado, la existencia de intencionalidad será un agravante y su inexistencia un factor mitigante al momento de la graduación de las multas conforme el art. 56 de la LDC. Esto refuerza la tesis que el concepto de abuso de posición dominante es objetivo y que la intencionalidad no es *conditio sine qua non* para generar responsabilidad.

(40) TJEU, “Hoffman-La Roche c. Commission”, Caso 85/76, 1979, párr. 91.

de abusos exclusorios de uso más extendido en la práctica comercial.

IV. La conducta abusiva debe tener la potencialidad de afectar el interés económico general (tercer requisito)

El tercer requisito del *Test* de Dominancia establece que un abuso de posición dominante solo será sancionable si tiene la potencialidad para afectar el interés económico general (42), concepto vernáculo consagrado (pero no definido) en el art. 1º de la LDC.

Las Guías realizan dos observaciones con relación al interés económico general. En primer lugar, que resulta necesario distinguir aquellas conductas que afectan únicamente los intereses particulares de los agentes económicos involucrados, mas no el interés económico general, en cuyo caso la LDC no será aplicable, sin perjuicio de los reclamos que pudieran corresponder bajo el derecho privado (43). En segundo lugar, que la LDC protege el proceso com-

petitivo y no a uno o más competidores en forma específica. De esta manera, la exclusión del mercado de un competidor como consecuencia de actos que impliquen “competencia en los méritos” por parte de una empresa dominante (por ejemplo, a causa del lanzamiento de un producto novedoso), no afectará el interés económico general. La idea subyacente es que un competidor no tiene un derecho irrestricto a permanecer en el mercado y puede, por lo tanto, ser legítimamente excluido del mercado por empresas más eficientes y/o que ofrezcan productos que satisfacen en mayor medida las preferencias de los consumidores (44). En función de ello, es que se distinguen situaciones de exclusiones competitivas (que no serían sancionables bajo la LDC porque justamente aumentan la competencia) y exclusiones anticompetitivas (que serían sancionables dado que restringen la competencia o no constituyen supuestos de “competencia en los méritos”).

De conformidad con las Guías, no es necesaria la cuantificación de la afectación al interés económico general sino únicamente probar que la conducta analizada tiene la potencialidad de generar dicho perjuicio. No resulta indispensable que la

(42) No es necesaria la efectiva afectación del interés económico general, sino solo una conducta que tenga la aptitud para producirlo. No la mera posibilidad lógica y abstracta de lesión, sino un perjuicio, peligro concreto, razonablemente determinado. Ver CS, “A. Gas SA y otros c. AGIP Argentina SA y otros s/ inf. ley 22.262”, 23/11/1993, CS, Fallos: 316:2561.

(43) Para cubrir los supuestos en los que se encuentran ausentes los requisitos de existencia de posición dominante (primer requisito del *Test* de Dominancia) y/o de afectación del interés económico general (tercer requisito del *Test* de Dominancia), se ha modificado el régimen de Lealtad Comercial mediante el dec. 274/2019, en particular, mediante la incorporación de una multiplicidad de actos de competencia desleal que solo afectan los intereses particulares de agentes económicos concretos.

(44) Una explicitación de esto es el concepto del “competidor igualmente eficiente” recogido por las Guías y tomado de las Orientaciones de la Comisión Europea. Si bien la LDC no busca la protección de competidores en particular sino del proceso competitivo, la eliminación de un “competidor igualmente eficiente” a la empresa dominante podría ser una manifestación de una exclusión anticompetitiva y por medio de la utilización de prácticas que no constituyen “competencia en los méritos”. La LDC no protege a los competidores que son desplazados del mercado por motivos de eficiencia de la empresa dominante, lo cual, como dijimos, es normal y deseable que así suceda.

CNDC mensura de modo exhaustivo, acabado y completo todos y cada uno de los efectos negativos de la conducta en el proceso competitivo, sino que basta con la elaboración de una teoría de daño razonable al interés económico general y que, por el contrario, no exista del lado de la empresa investigada, una teoría alternativa, plausible desde la teoría económica, que excluya la afectación al interés económico general. Exigir lo primero, sería elevar el estándar de la carga probatoria a un nivel de cumplimiento imposible, lo que tendría como correlato la imposibilidad de la CNDC de sancionar abusos de posición dominante y de cumplir con su mandato constitucional de defender la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados (45).

Una conducta no afectará el interés económico general y, por tanto, no implicará un abuso de posición dominante sancionable, si diera lugar a eficiencias suficientes que hicieran altamente probable que los consumidores no reciban un perjuicio en términos netos. Al respecto, la sección III.2 de las Guías (46), establece que las eficiencias deben cumplir conjuntamente los siguientes requisitos para excluir la afectación al interés económico general: a) deben surgir directamente de la conducta y que no puedan ser alcanzadas mediante alternativas menos restrictivas de la competencia; b) ser de probable concreción, específicas (esto es, no vagas o especulativas) y verificables;

c) demostrar que superarán cualquier probable efecto negativo sobre la competencia y sobre el bienestar de los consumidores; y d) no eliminar la competencia efectiva suprimiendo todas o la mayor parte de las fuentes de competencia actual o potencial existentes.

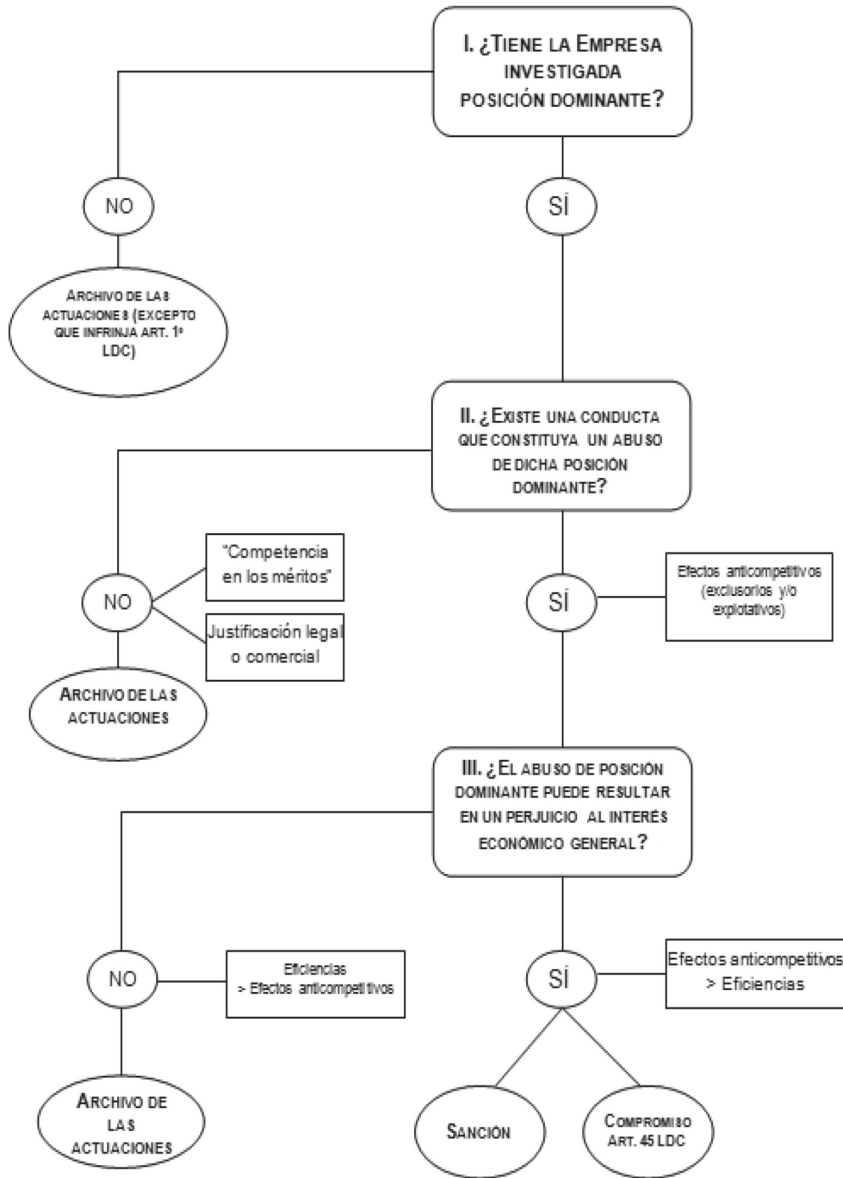
En conclusión, en el marco de una imputación por abuso de posición dominante, la empresa dominante podrá alegar y, en su caso, deberá demostrar que los efectos pro-competitivos generados por la conducta en el proceso de competencia y en los consumidores son mayores que sus efectos anticompetitivos y que, en el balance, los efectos de la conducta investigada son neutros o incluso pro-competitivos, de modo tal que excluyen la afectación al interés económico general (47).

Habiendo analizado en detalle los tres requisitos del *Test* de Dominancia, en el cuadro que sigue ilustro, de manera resumida, lo que a mí entender constituyen los pasos metodológicos del análisis de un caso de abuso de posición dominante:

(45) Art. 42, CN.

(46) En lo relativo a las defensas de eficiencia que puede alegar la empresa dominante, las Guías replican el consid. 30 de las Orientaciones de la Comisión Europea (el que a su vez está basado en los principios del art. 101 [3] TFEU).

(47) La carga de la prueba está en cabeza de la CNDC, que, como explicamos, deberá demostrar que la empresa en cuestión tiene posición de dominio, que ha abusado de tal posición y que ello ha ocasionado un perjuicio al interés económico general. Por su parte, la empresa imputada podrá en el marco de su defensa, alegar y probar que la conducta genera eficiencias y que ello excluye el elemento de afectación del interés económico general.



V. Formas específicas de abuso

El listado de conductas potencialmente abusivas del art. 3º de la LDC es meramente enunciativo de manera tal que existen otras conductas no previstas en su articulado que constituyen formas de abuso.

Las Guías analizan la negativa de venta de bienes o servicios y estrechamiento de márgenes (sección IV.1), la venta atada y empaquetamiento de productos (sección IV.2), precios predatorios (sección IV.3) y restricciones verticales tales como la fijación de precios de reventa, exclusividad y descuentos

condicionales (sección IV.4). El desarrollo de cada una de las formas específicas de abuso excede el objeto de este trabajo.

Sin perjuicio de que cada forma específica de abuso de posición dominante tiene sus propias características, elementos, justificaciones y potenciales ganancias de eficiencias, estas deben ser analizadas aplicando, *mutatis mutandis*, el *Test* de Dominancia enunciado previamente.

A modo de recapitulación, en primer lugar, se debe determinar si una empresa detenta posición dominante en un mercado relevante. Superado este requisito, en segundo lugar, se debe analizar si existe un abuso posición dominante (a través de la realización de una forma específica de abuso), analizando prioritariamente los efectos de la conducta en la competencia y los consumidores conforme los factores de la sección III.1 de las Guías. Superado este requisito, en tercer y último lugar, se debe examinar si el abuso de posición dominante afecta (actual o potencialmente) el interés económico general o si, por el contrario, de la conducta en cuestión se derivan ganancias de eficiencia (debidamente constatadas y de aquellas admitidas en la sección III.2 de las Guías) que neutralizan o exceden los efectos anticompetitivos de modo que no existe un perjuicio a los consumidores en términos netos.

VI. Conclusión

Las Guías cumplen con su cometido de crear previsibilidad sobre los criterios que la CNDC utilizará para evaluar los futuros casos de abuso de posición dominante. Su contenido es de suma utilidad para que las empresas que detentan posición de dominio puedan ajustar su conducta a la LDC, así como para aquellas empresas que, sin detentar tal posición, podrían ser víctimas de un abuso.

El ingreso de nuevos competidores en el país (derivado de desregulaciones sectoriales como la operada recientemente en la industria aerocomercial local, la firma de tratados de libre comercio con naciones extranjeras, la adopción de nuevas tecnologías, entre otras), presagian un aumento en los niveles de competencia en los distintos mercados nacionales, lo cual, a su turno, podrá dar lugar a empresas que abusen de su posición de dominio mediante prácticas contrarias a la LDC. En paralelo al desarrollo de la economía, ciertos cambios institucionales (en particular, la futura puesta en funcionamiento de la ANC y la concomitante creación de una Secretaría especializada en Conductas Anticompetitivas), presagian un aumento en los casos de abuso de posición dominante, para lo cual las Guías resultan fundamentales.