

El Abuso de posición dominante

en el art. 11 del Código Civil y Comercial¹

Por Marcelo J. López Mesa 2

1) El art. 11 CCC.

La incorporación en el art. 11 del Código Civil y Comercial de la figura del abuso de posición dominante amerita un estudio particular sobre la temática, en especial, dado que la mayoría de los pocos estudios que se le han dedicado últimamente, lo enfocan desde una visión anclada fundamentalmente en la ley especial que rige este tema, descuidando el análisis de los efectos del art. 11 CCC.

Para profundizar el tópico, lo primero que debe indicarse es que el texto de la norma citada es extraño, por decir lo menos³.

Indica sencillamente que “Lo dispuesto en los artículos 9º y 10 se aplica cuando se abuse de una posición dominante en el mercado, sin perjuicio de las disposiciones específicas contempladas en leyes especiales”.

Las concordancias de la norma son los arts. 9 y 10 CCC y la Ley 27442, fundamentalmente sus arts. 1, 5 y 6.

En cuanto a su interacción normativa, es dable expresar que este art. 11 es una norma de enlace; ella empalma los contenidos de los arts. 9 (buena fe) y 10 (abuso del derecho) del Código Civil y Comercial, con los textos

¹ Artículo publicado en la revista “Temas de Derecho Civil, Persona y Patrimonio”, Editorial Errejús, Número de Febrero de 2019.

² Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNLP) – Académico correspondiente de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires - Académico correspondiente de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y de Córdoba – Académico no numerario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (Galicia, España) – Profesor Titular de Derecho Civil en la Universidad de Belgrano y en la Universidad Maimónides - Profesor visitante de las Universidades Washington University (EEUU), Rey Juan Carlos y de La Coruña (España), de París XIII (Sorbonne-París Cité) y Savoie (Francia), de Coimbra (Portugal), de Perugia (Italia), Católica del Perú, Pontificia Javeriana, Católica de Oriente y CES (Colombia), de la República (Uruguay), etc. – Ex Juez de Cámara en lo Civil y Comercial - Autor de treinta y cuatro libros en temas de Derecho Civil y Procesal Civil - Conferencista y publicista. Experto evaluador externo de carreras de postgrado de la CONEAU.

³ LÓPEZ MESA, Marcelo, comentario al art. 11 CCC, en LÓPEZ MESA, M. – BARREIRA DELFINO, Eduardo (Directores), “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Anotado. Interacción normativa, jurisprudencia seleccionada. Examen y crítica”, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2019, T. I.

normativos de leyes especiales, sancionadas en torno al eje de la posición dominante, en la actualidad, con la nueva Ley 27442, del 09 de Abril de 2018, publicada en el Boletín Oficial del 15 de Mayo de 2018, Núm. 33870, p. 3 y antes de la sanción de esta con la Ley 25156, del 20 de Septiembre de 1999, que fuera derogada por aquélla.

Se trata de una norma que carece de contenido específico y que simplemente oficia de puente entre los dos artículos anteriores a ella y los contenidos de la ley especial, que rige esta materia.

Es una norma que remite a otros contenidos y que en sí misma es una norma vacía, por lo que perfectamente podría no haber sido incorporada al Código Civil y Comercial. Pero, una vez acogida, esta recepción no tiene consecuencias neutras, sino todo lo contrario.

Si no hubiera sido receptada esta figura en el art. 11 CCC, indudablemente ella se regiría exclusivamente por la Ley especial; antes la Ley 25156 y ahora la Ley 27442, que derogó la anterior.

Pero, como fue receptada, hay que pensar que el legislador que dictó la Ley 26994 no obró con falta de previsión y que el anidar esta figura en el seno de esa norma tuvo un sentido y un propósito, por lo que no puede soslayarse esta regulación y hacer de cuenta que ella no existe o que carece de todo efecto.

Y entonces, debe uno lógicamente pensar que existen dos figuras distintas de abuso de posición dominante en el derecho argentino vigente:

- 1) una, la clásica en su visión concurrencialista, basada en la Ley especial 27442;
- 2) y otra, la que prevé el Código Civil y Comercial en su art. 11, que es distinta de la anterior y a la que no cabe exigir los requisitos y procedimientos de aquella, porque tiene otra función, en especial, proteger a los consumidores de las prácticas anticoncurrenciales.

Esta visión dualista de la figura no ha sido correctamente enfocada por la doctrina, que no parece haber advertido los efectos y consecuencias de las nuevas regulaciones del abuso de posición dominante, la nueva ley especial que rige la defensa de la competencia y el mentado art. 11 CCC.

Curiosamente el art. 11 CCC no define qué es una posición dominante, deja ese y otros detalles a la regulación específica comercial. Es decir que el art. 11 mantiene separados dos ámbitos de regulación disociada: por un lado la normativa concurrencial, que el art. 11 CCC no afecta, lo que queda claro del in fine de la norma: “sin perjuicio de las disposiciones específicas contempladas en leyes especiales”.

Y, por otro lado, él recepta esta figura de una manera particular y que se aplica solo al ámbito de vigencia del nuevo Código, básicamente la protección del consumidor, en cuanto a esta temática concierne.

En ese plano, la única regla importante que establece el art. 11 es la extensión de la aplicación de los principios cardinales de buena fe y de abuso del derecho a la figura del abuso de posición dominante, dejando el resto de la regulación a la normativa especial, que en la actualidad es la Ley 27442, sancionada no hace mucho tiempo.

No debe soslayarse que esta norma es un puente entre contenidos de derecho privado y la nueva norma de defensa de la competencia, cuya sustancia es publicística y orientada no ya a la defensa de personas o empresas perjudicadas por la conducta abusiva, sino a la defensa de un interés público, como es el buen funcionamiento mercado y evitar sus distorsiones artificiales, en especial, tutelando a los consumidores que pudieran verse perjudicados por estas maniobras.

2) La posición dominante.

Liminarmente procede señalar que para la doctrina en general, la posición dominante es considerada como una posición de fuerza económica de la cual se vale una empresa, la cual le da facultades para impedir el mantenimiento de una competencia efectiva en un mercado relevante, posibilitándose un comportamiento independiente tanto de sus competidores como de sus clientes⁴.

Pero la posición dominante “per se”, no es deslegitimada por el derecho; la propia norma bajo análisis señala que lo condenable es el “abuso” de esa posición dominante. Efectivamente, la [ilicitud](#) no se halla en el simple presupuesto económico de sostener una posición privilegiada, conforme la cuota de mercado representada, sino en el hecho de aprovechar tal situación para cometer excesos que vulneren el principio de libertad de competencia. Por ello, debe entenderse a fin de despejar eventuales confusiones, que la normativa no castiga al monopolio en sí mismo, sino a las conductas que implican un abuso de tal situación.

El dictado de la Ley 27.442, nueva ley de defensa de la competencia, que por medio de su art. 80 derogara diversas normas anteriores, como las leyes 22.262, 25.156 y los artículos 65 al 69 del título IV de la ley 26.993 ha producido en la materia una importante modificación⁵.

⁴ BELLAMY, Christopher y CHILD, Graham, “Derecho de la competencia en el mercado común”, Cívitas, Madrid, 1992, p. 508.

⁵ Ver MARZORATI, Osvaldo J., “El abuso de posición dominante (algunas reflexiones sobre el interés económico general)”, Sup. Esp. La Ley Ley de Defensa 2018 (octubre), pp. 199 y ss.

La principal innovación producida por el art. 11 CCC es de tratamiento, y atañe a los efectos de la comprobación de la configuración de esta figura, en un caso determinado. La doctrina comercialista en buena medida sostenía que el abuso de posición dominante era una figura diferente, autónoma, respecto del abuso del derecho. Eso sigue siendo así, en el terreno de la normativa concurrencial, pero no, en el ámbito del derecho privado.

Es que por más que ahora la solitaria regla del art. 11 CCC deba conjugarse –en lo que a ella le falte– con lo arts. 5 y 6 de la Ley 27442; a los efectos del derecho privado que el nuevo CCC determina, existe una equiparación completa de efectos entre ambas figuras.

El art. 11 equipara los efectos de ambas, pese a ni siquiera definir qué es el abuso de posición dominante. En este tópico no se brinda una definición, a diferencia de lo que ocurre en muchos otros casos, ni se describe a la figura y se remite a las disposiciones específicas contempladas en leyes especiales, que –hablando con precisión– en este caso es sustancialmente una sola, la Ley 27442, que ha derogado a dos leyes anteriores y modificado a otra.

La normativa especial es trascendente para darle carnadura a esta institución. Pero no en lo concerniente a los efectos de ella, que están contenidos en la remisión que el artículo en comentario hace al anterior, que en su *in fine* establece las consecuencias de la comprobación de la existencia de abuso del derecho.

Es así que, a los fines contemplados en el Código Civil y Comercial, los efectos del abuso del derecho serán los mismos que los de este abuso particular, al existir una equiparación por remisión a la norma anterior.

3) Abuso de posición dominante: concepto.

Pero ¿qué es el abuso de posición dominante?

Conforme el art. 5° de la Ley 27442, 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.

Y, de acuerdo al art. 6° de la Ley 27442, 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.

De tal modo, existen distintos supuestos que pueden configurar una posición dominante en el mercado:

- a) **La situación de monopolio:** cuando para un determinado tipo de producto o servicio es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional o en una o varias partes del mundo;
- b) **El supuesto de ausencia de competencia verdadera: cuando sin ser única, no está expuesta a una competencia sustancial; o,**
- c) **El caso de la empresa-pulpo:** 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.

Y cabe indicar que estos supuestos mencionados son solo indicativos, pudiendo adoptar tal abuso diversas configuraciones.

Es así que, para determinar la existencia de abuso de posición dominante, primero deberá analizarse con particular cuidado cómo se forma o compone el mercado concreto en que interviene el individuo o empresa reputado como abusador.

Si ese mercado es regional, nacional o internacional, en primer término; en segundo, cuál es la circunstancia que hace que la competencia haya sido suprimida en él o reducido a su mínimo; luego, si existen factores perturbadores de esa concurrencia y si ellos son fácticos, jurídicos, políticos o económicos.

Podría pasar, por ejemplo, que por una norma provincial de compra prevalente (por ejemplo “compre neuquino” o “compre marplatense”), esa norma local estableciese determinadas ventajas o favoritismos para la producción local, por sobre competidores de otras zonas.

En dicho caso debería analizarse la legitimidad de esa medida, su razonabilidad, a la luz de las razones dadas para adoptarla (por ejemplo, fomentar la producción local y evitar la salida de circulante del circuito de ese medio). Y habría que comparar el sobrecosto que ella pudiera implicar y las limitaciones a la concurrencia de ciertos competidores, a la luz de los fines tenidos en mira al adoptarla. Si hubiera irrazonabilidad entre medios y fines, podría ser un serio indicio de una posición dominante, que para encajar en la norma tuitiva debiera, además, sumar otra variable complementaria: que el proveedor beneficiado abusase de esa posición de privilegio, pues la posición en sí misma no es punida, sino su abuso.

O el factor perturbador podría ser económico; una predominancia rotunda de un determinado actor económico en una región determinada, que ha establecido algún mecanismo distorsivo en su favor, con la anuencia de terceros o no.

O la negativa a incluir a un agente económico, como una empresa de un mantenimiento de sistemas, por parte de un fabricante, sin dar razón valedera para ello. En un caso así, el Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia sancionó a una empresa fabricante de aparatos taxímetros por abuso de posición de dominio y fijación de precios. Se tuvo por acreditado, de conformidad con lo actuado en el expediente 78/2016 que la empresa Interfacom, S.A.U. realizó una conducta infractora de abuso de posición de dominio, consistente en la negativa injustificada de suministrar a un taller de reparación y mantenimiento de taxímetros el software (patrones tarifarios) necesario para la actualización de las tarifas de los servicios de taxi y las piezas de recambio correspondientes a los taxímetros fabricados por esta empresa⁶.

Pero debe quedar claro que si no se determina con nitidez una posición dominante definida en cabeza del sujeto reputado abusador, allí termina la cuestión, dado que lo que se busca es establecer la configuración de un supuesto complejo que tiene dos términos: posición dominante y abuso.

Si cualquiera de los dos faltara o no estuviera presente, el tema debe ser dejado ahí mismo. Pero claramente la posición dominante debe establecerse primero, pues sin ella, el otro elemento queda fuera de juego, directamente. Ello ya que no se puede abusar de una posición que no se ostenta.

Incluso si persistieran dudas sobre la existencia de una posición dominante, no se podría avanzar en el paso siguiente, dado que ante la duda no se podría aplicar una norma sancionatoria, como la Ley 27.442, norma de claro fin represivo de conductas distorsivas del funcionamiento del mercado y de naturaleza publicística.

⁶ Ver <https://www.osservatorioantitrust.eu/es/taxímetros-abuso-de-posicion-dominante/>

Determinada entonces la posición dominante de un prestador o proveedor o simple comerciante, se pasa al segundo paso que es el análisis de la existencia de abuso de ella. Recién cuando se suman estos dos aspectos y ellos no presentan dudas razonables, puede considerarse configurado el tipo del art. 11 CCC.

En un caso, se rechazó el amparo intentado por abuso de posición dominante pues la problemática relativa a la compra de granos de soja requiere una mayor amplitud de debate y prueba. Se confirmó allí el rechazo *in limine* de la acción intentada, dispuesto en primera instancia, a fin de obtener el cese inmediato de la concertación de compras de grano de soja implementada en forma compulsiva mediante acuerdos entre los accionados toda vez que, determinar si existe una imposición de cláusulas contractuales como consecuencia de un abuso de la posición dominante de la demandada o de una cartelización o concertación con los exportadores o industriales que compran granos de soja a las acopiadoras, entendiéndose que se requería para su procedencia la precisión del mercado relevante y la verificación de las circunstancias que permitirían establecer una posición dominante en el mercado involucrado⁷. La complejidad de tales indagaciones se entendió que era impropia de un marco procesal acotado, como el amparo.

A lo que apuntan los arts. 5 y 6 de la Ley 27.442 es a fomentar la competencia real en el mercado, por lo que por sobre la competencia aparente, debe privilegiarse la real concurrencia de competidores, de modo de evitar distorsiones, tales como cartelizaciones, acuerdos espurios de cuotas de mercado, aprovechamiento de medidas corruptas de gobierno, que supriman el acceso igualitario a ciertos bienes o servicios, etc.

El inc. a) del art. 6 menta el supuesto de la sustitución del producto o servicio de insuficiente competencia, así como sus condiciones y tiempos, que es uno de los aspectos a considerar para saber si efectivamente se configura en el caso un supuesto de posición dominante.

La industria argentina ha crecido en algunos períodos a partir del llamado modelo I.S.I. (industria por sustitución de importaciones). Desafortunadamente no han faltado situaciones de corrupción en que el gobierno creaba la escasez del producto a través de una prohibición de importar ciertos bienes o a través de licencias exclusivas para importar o exportar a cargo de ciertas entidades o personas. Ello fue el motivo de notorios sobrecostos, que encarecieron ciertos productos artificialmente y enriquecieron, también artificialmente, a algunos aventureros disfrazados de empresarios.

⁷ CNCCF, Sala III, 2/6/2016, “Federación de Centros y Entidades Gremiales de Acopiadores de Cereales c/ Monsanto Argentina S.A. y otros s/ amparo”, en Microjuris, registro MJJ99441.

Esa es la segunda pauta a analizar, a los efectos de comprobar si se configura un supuesto de posición dominante: el grado en que las restricciones normativas limiten el acceso de productos u oferentes o demandantes al mercado de que se trate.

Y finalmente, la otra pauta complementaria del art. 6 de la Ley citada, 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.

Las conductas aptas para configurar un abuso de posición dominante pueden ser colectivas o grupales de un elenco de individuos o empresas que se ponen de acuerdo para beneficiarse ellos y perjudicar a otros, que pueden ser consumidores o competidores, o ambos.

O pueden ser conductas individuales, como las conductas unilaterales de tipo exclusorio, que “son aquellas que pueden afligir a los consumidores de manera indirecta, mediante la afectación del proceso competitivo ocurrida como consecuencia de la exclusión de determinados agentes económicos o la generación de una desventaja competitiva artificial respecto de los mismos. Dicho vocablo se utiliza en contraposición al abuso unilateral de tipo explotativo, conducta que se excluye del presente análisis, la cual implica la afectación directa de los consumidores, como ocurre por ejemplo con la imposición de precios excesivos”⁸.

4) El abuso de posición dominante y el abuso del derecho.

En el marco del nuevo Código, el abuso de posición dominante puede ser visto como una especie del género abuso del derecho, como existen otras en él (arts. 1973, 1982, 2047 inc. b) CCC, etc.).

Se ha postulado que se trata de un género independiente del abuso del derecho⁹, criticándose que sea visto como una especie del género, vistas las diferencias que existen entre ambos. Esa idea es correcta en lo que atañe a la normativa de defensa de la competencia, pero inaplicable a la regulación del CCC.

Pese a las diferencias sustanciales entre ambas figuras, en cuanto al Código Civil y Comercial respecta, la equiparación tiene rango legal, de

⁸ YBAR ABAD, Mario, “Comprendiendo el abuso de posición de dominio: revisión de la doctrina y jurisprudencia nacional y comparada sobre las principales conductas exclusorias”, en Revista de Derecho Económico, <https://revistas.uchile.cl/index.php/RDE/article/view/39410>, p. 14.

⁹ ACOSTA, Miguel Ángel, “Abuso de posición dominante en el Código Civil y Comercial de la Nación”, JA 2017-II, 1031.

momento que el art. 11 CCC establece que “lo dispuesto en los artículos 9° y 10 se aplica cuando se abuse de una posición dominante en el mercado...”.

Para que se entienda bien: lo sean conceptualmente o no, normativamente el abuso de posición dominante está caracterizado como una especie del género abuso (art. 11 CCC). La extensión de los efectos del art. 10 CCC a esta figura no puede ser interpretado de otra manera que la de que el legislador los entendió como figuras parientes.

No ignoramos que existen importantes diferencias conceptuales y tipológicas entre ambas figuras: una fundamental es que en el abuso de derecho se parte de una premisa contraria a la de la institución contemplada en el art. 11 CCC: existe un derecho subjetivo, legítimo en su origen, que es desvirtuado en su ejercicio, creando un supuesto de antijuridicidad sobreviniente o de ejercicio, al chocar contra un interés ajeno, excediendo el límite del uso permitido por la funcionalidad del derecho.

En el abuso de posición dominante del mercado, el punto de partida es inverso, el ejercicio del derecho por el sujeto pasivo de la aplicación de la norma no es lícito pero antifuncional, sino ilícito desde un comienzo. No se trata ya del ejercicio de un derecho, sino de la comisión de un ilícito anticoncurrencial, sancionado por una norma legal que tutela la preservación del mercado.

Habría una segunda diferencia que otros autores no han advertido: el acto abusivo es antijurídico, pero no ilícito (como explicamos en el comentario del art. 10 CCC); mientras que el abuso de posición dominante sí es un hecho ilícito, que tiene severas sanciones, conforme la Ley 27442, arts. 55 y sstes.

BERGEL Y PAOLANTONIO han analizado este tema hace largos años, expresando que la diferencia medular entre ambas figuras es la fuente de la ilicitud. En el abuso del derecho no hay un estándar determinado de ilicitud mientras que en el abuso de posición dominante él sí existe¹⁰.

Esto es exacto, más aún cuando la Ley 27.442 tipifica las conductas que configuran el abuso de posición dominante. En ellas, el juez deberá analizar si se cumple o no el tipo establecido por la norma. En cambio, en el abuso del derecho, la apreciación por el juez debe partir de una matriz general, no tipificada, que debe partir de ciertos sobreentendidos o acuerdos generales sobre qué es abusivo y qué no.

También se ha dicho acertadamente que “desde otra mirada el abuso de posición dominante afecta un interés público de carácter general (esto es, la

¹⁰ BERGEL, Salvador D. - PAOLANTONIO, Martín E., "Abuso de Posición Dominante y Abuso de Derecho", Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal-Culzoni, n. 16, año 1998, pp. 9 a 20.

competencia y el buen funcionamiento del mercado) mientras que el abuso de derecho tutela un interés privado: el del sujeto perjudicado por la conducta antifuncional. Por último, el abuso de derecho presupone un daño actual y cierto, de modo tal que no procede el remedio si el daño alegado es escaso, eventual o hipotético, siendo diferente para el caso de abuso de posición dominante pues el daño no debe necesariamente haberse producido, bastando con la lesión potencial, razonablemente previsible, del bien jurídico tutelado”¹¹.

Y cabría agregar una diferencia más: el procedimiento especial de la Ley 27442, que debe ser seguido por los competidores que deseen impugnar o accionar contra un abuso de posición dominante, no es un requisito que el Código Civil y Comercial establezca; nada dice al respecto ni autoriza a presumir su art. 11. Y, de entenderse lo contrario, carecería de sentido la propia norma, pues sería una regla vacía de sustancia y de efectos, ya que todo en ella sería equivalente a la normativa concurrencial, lo que implica una desinterpretación del art. 11 CCC y, a la par, un desatino hermenéutico.

Pero todas estas diferencias ontológicas, si se quiere, no pueden empañar el hecho de que el art. 11 CCC extiende los efectos del abuso del derecho a esta figura, que aquí analizamos, con lo que la equiparación de efectos, en el seno de este código, es total e indisimulable. El legislador que dictó la Ley 26994 ha querido que sean figuras equivalentes en cuanto a sus efectos reglados por él, aún cuando no lo sean conceptualmente.

Y a tal punto ha equiparado el legislador a ambas figuras, que el art. 11 CCC carece de previsiones acerca de los efectos que la comprobación del abuso de posición de mercado apareja, remitiendo a los arts. 9 y 10 CCC. Especialmente el in fine de este último, será la clave de bóveda, en lo que a la aplicación de esta figura en el ámbito del derecho privado importa, para establecer los efectos de estos actos abusivos, distorsivos del mercado.

Como bien dice MOLINA SANDOVAL, “La generalización de este principio ("abuso de posición dominante") requiere de enfoques frescos que no se tiñan exclusivamente de conceptos económicos y competitivos. Requiere de un análisis detallado y puntual para analizar no solo los grandes efectos jurídicos [entre ellos, la responsabilidad, sino las específicas consecuencias que tiene la aplicación de la figura en otros temas de las obligaciones y los contratos. Es necesaria una mirada transversal que incorpore la figura no solo en su especialidad histórica sino en una "proyección" relacional y contractual, en las relaciones con consumidores (en las que siempre está implícita la figura) sino también entre empresarios, profesionales e incluso el Estado”¹².

¹¹ ACOSTA, Miguel Ángel, “Abuso de posición dominante en el Código Civil y Comercial de la Nación”, JA 2017-II, 1031.

¹² MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Abuso de posición dominante”, RDCO 288 – 25.

5) El abuso de posición dominante: su rol.

Para entender correctamente esta figura debe tenerse presente que ella no pena la primacía en el mercado por parte de una persona o empresa, sino el abuso de esa situación de privilegio.

Lo que sancionada la figura no es la situación de prevalencia en el mercado, sino el abuso de esa situación por parte de un individuo o empresario, que actúa ilícitamente para amañar su participación en el mercado y optimizar su beneficio. Los que se penan son hechos concretos de abuso, no situaciones de ventaja.

Y no debe soslayarse tampoco que la norma comentada tutela el buen funcionamiento del mercado, esto es, la existencia de una efectiva competencia, la invalidez de los acuerdos anticoncurrenciales, la posibilidad de competir de todos los operadores económicos que estén en condiciones de hacerlo y el acceso de los consumidores a un mercado sano, es decir, a un ámbito de libre competencia, no distorsionado por arreglos espurios o actos abusivos.

Se ha expuesto en un artículo extranjero, que “existe a nivel comparado cierto consenso en cuanto a que la finalidad última del derecho de la competencia es la protección de los consumidores y no de los competidores particulares”¹³.

Sea consensual o no esta opinión, es la de un importante segmento de la doctrina del derecho de la libre competencia; con mayor razón el interés predominante que persigue el art. 11 CCC será el bienestar de los consumidores y su protección frente a abusos, por encima de la tutela de los otros competidores, que cuentan con una ley especial y un mecanismo específico determinado por ella, al efecto. Por ello pensamos que el uso de los procedimientos específicos de la Ley 27442 no son exigibles a los consumidores que actúen esgrimiendo la herramienta del art. 11 CCC.

Sentado eso, cabe decir seguidamente con MOLINA SANDOVAL que “el abuso de posición dominante antes de ser castigado como tal, lo será como “acto unilateral restrictivo” de la competencia. Si bien dependerá de los efectos y la importancia de la restricción, lo que la ley castiga es el efecto del acto, bastando con que se demuestre la restricción para que se aplique la ley...La posición dominante es un estado que importa la posibilidad de comportarse de manera independiente a los restantes competidores. Es un estado y no un hecho, aunque usualmente dicho estado se acredita mediante hechos o conductas que permiten vislumbrar un grado de influencia superior al de la generalidad de participantes en el mercado. Como estado que es, no es

¹³ YBAR ABAD, Mario, “Comprendiendo el abuso de posición de dominio: ...”, cit, <https://revistas.uchile.cl/index.php/RDE/article/view/39410>, p. 13.

inmutable: puede variar en el tiempo. Pero a diferencia de otros estados, no depende exclusivamente de la configuración económica interna, sino que depende de la estructuración del mercado”¹⁴.

Se ha puntualizado también que “dentro de dicha categoría, por su parte, resulta posible distinguir entre casos de "abuso explotativo" y casos de "abuso exclusorio", los cuales son considerados de manera diferente en algunas legislaciones. La diferencia más importante tiene sin duda que ver con la distinción entre un enfoque que considera que ambos tipos de abuso pueden infringir las normas de defensa de la competencia, y otro que considera que solo los abusos exclusorios pueden ser considerados como prácticas anticompetitivas (y que, por lo tanto, no existe tal cosa como un "abuso explotativo de posición dominante"). La interpretación más frecuente de las normas argentinas de defensa de la competencia ha sido tradicionalmente la que considera que tanto los abusos exclusorios como los explotativos son susceptibles de constituir infracciones, en tanto se cumplan algunos otros requisitos adicionales”¹⁵.

Ambas conductas caben dentro el amplio paño del art. 11 CCC, el que puede utilizarse para tutelar los abusos de posición dominante que se produzcan al excluir a ciertos competidores del mercado, como podría ser la conducta de algunos supermercados, que por decisión suya no ponen en las góndolas productos inferiores a cierto nivel de precio; o también los abusos de posición dominante que consistan en emplear esa preeminencia en el mercado para obtener lucros desmedidos o condiciones ventajosas artificiales, como comprar casi al costo para vender con enormes márgenes de ganancia o vender a precios excesivamente altos, que no conciben con los costos de producción, simplemente por contar con una red de distribución cuasi monopolística o cartelizada.

Constatada alguna de las conductas abusivas, “el juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización” (art. 10 CCC in fine, aplicable por la remisión efectuada por el art. 11 CCC).

El abuso de posición dominante es un concepto objetivo y, por lo tanto, no influye si su autor incurre en culpa o en dolo. Para determinar su existencia no gravita la voluntad o la intención de la empresa cuestionada, sino que basta con que las conductas analizadas tengan capacidad para modificar en forma sustancial la estructura o el funcionamiento de un mercado a través de métodos que no son los que normalmente se utilizan para competir.

¹⁴ MOLINA SANDOVAL, “Abuso de posición dominante”, RDCO 288, pp. 25 y ss.

¹⁵ COLOMA, Germán, “El abuso explotativo de posición dominante y la nueva Ley de Defensa de la Competencia”, Sup. Esp. Com. Ley de Defensa 2018 (octubre), pp. 187 y ss.

6) La prevención del abuso.

Como el art. 11 CCC está ubicado dentro del Título preliminar, él puede y debe ser conjugado junto con cualquier otra norma del mismo ordenamiento, integrando con ella una norma compleja.

No escapa a esta posibilidad el art. 1711 CCC y las normas que establecen la función preventiva de la responsabilidad civil, motivo por el cual podría presentarse una persona o empresa que está a punto de sufrir un abuso de posición dominante o que lo viene sufriendo, como persona portadora de un interés razonable en la prevención del daño (art. 1712 CCC), a fin de evitar que continúe éste, quien amparándose en las normas del art. 1711 CCC y cctes., actúe solicitando que el abuso no se produzca o, si ya se viene produciendo, que no siga haciéndolo.

7) Recapitulación.

En definitiva, es preciso tener presente que el principal motivo que lleva a que los capitales se canalicen hacia determinada actividad, es la rentabilidad que ésta genera, impulsando a las empresas a invertir. En función de ello, las empresas motorizan su participación en los mercados, con el propósito de incrementar su presencia, perseguir mayores volúmenes de producción y, por consiguiente, obtener mayores utilidades.

En este punto es donde surge lo que se ha denominado como el dilema de la competitividad, ya que si bien es necesario controlar las prácticas que puedan afectar el funcionamiento de los mercados a través del abuso del poder económico, también lo es incentivar la inversión, la cual se ve desmotivada con la existencia de límites a su expansión. Quienes analizan este dilema, recomiendan establecer regímenes flexibles que confíen en las fuerzas del mercado para corregir algunas de las prácticas que puedan llegar a distorsionar la competencia¹⁶.

En este tesitura, el art. 11 del CCCN amalgamado con los arts. 1, 5 y 6 de la ley 27.442, constituyen un marco legal adecuado y flexible con herramientas efectivas para que las autoridades en el control y la prevención de

¹⁶ LAMBERT, Ariel D., "El abuso de posición dominante en la Defensa de la Competencia", en Revista Argentina de Derecho Empresario. IJ Edit., N° 1, IJ-XLIII-361.

concentración de capitales, puedan afrontar las situaciones distorsionantes de la dinámica de los mercados.