



Poder Judicial de la Nación

Cámara Federal de Apelaciones de General Roca

"Grisú S.A. y otro c/ Estado Nacional – Ministerio de la Nación s/ apel resol Comisión Nac. Defensa de la Compet." (FGR 24217/2019/CA1) Comisión Nacional de Defensa de la Competencia.

General Roca, 27 de diciembre de 2019.

VISTO:

Los recursos de apelación interpuestos por Grisú S.A. y Alliance S.A.S. a fs.15/34 y 35/40 respectivamente, contra la resolución de la Secretaría de Comercio N° 389/18 de fs.12/14;

Y CONSIDERANDO:

Que de acuerdo con lo establecido en el art.26 del decreto-ley 1285/58, es facultad de las cámaras de apelaciones dictar sus resoluciones por voto de los magistrados que las integran, por lo que en esta ocasión cada uno de los miembros de este tribunal emitirá su opinión en la forma que sigue.

El doctor Richar Fernando Gallego dijo:

1. A fs.12/14 la Secretaría de Comercio ordenó a Alliance S.A.S, Cerebro S.A., Cadehsur S.A. y Grisú S.A.:
a) abstenerse de comercializar las entradas a sus discotecas de forma conjunta, debiendo hacerlo cada una de ellas por sus propios servicios, de forma individual y por cada noche, de conformidad con lo dispuesto en el art.44 de la ley 27.442; **b)** a la primera de las nombradas, además, con precios determinados por noche por cada una de aquéllas; asimismo, **c)** a todas, abstenerse de subordinar la venta de entradas a sus discotecas a la comercialización de cualquier otro producto o servicio, debiendo ofrecerlos de forma separada con precios individualizados para cada uno de ellos.

USO OFICIAL



Para decidir de ese modo, la resolución hizo mérito del dictamen de la ex Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, órgano que consideró acreditada la verosimilitud del derecho en orden a la posible comisión de las infracciones regladas en los arts.1 y 2, incisos a), b) y c), de la ley 27.422 y, por ello, estimó que correspondía adoptar medidas tendentes a evitar los daños que el accionar de las denunciadas pudieran infligir al denunciante, a la comunidad, al régimen de competencia y al interés económico general, entendido como la eliminación del único potencial competidor actual de las discotecas dominantes, el cercenamiento de la oferta de actividades de esparcimiento para el turismo joven y estudiantil, como el aumento anticompetitivo de precios.

En cuanto concierne a la verosimilitud del derecho, la Secretaría de Comercio aludió a la existencia de un "Memorándum de entendimiento" suscripto el 20 de diciembre de 2004, por el que se habrían fijado las condiciones comerciales de Powerlink -denunciante en estos obrados- en cuanto atañe a la oferta y control de las Fiestas de Bienvenida (Snowred, Bizafest y Danceclub Bariloche) al grupo dominante, en desmedro de la autonomía Powerlink y limitando la oferta a fiestas matiné (17 h a 19 h), impidiéndole competir en horario nocturno.

Señaló que las empresas dominantes fijaron: 1) una retribución de \$ 3 más IVA por estudiante a la "Fiesta de Bienvenida" ofrecida por Powerlink, 2) la comercialización en conjunto con las noches de discoteca, 3) el método de actualización de ese importe, que se mantendría, 4) la liquidación de las sumas a percibir por la denunciante, de





Poder Judicial de la Nación

Cámara Federal de Apelaciones de General Roca

manera unilateral y sin control en relación al cálculo de ajuste y cantidad de estudiantes asistentes a esas fiestas y, 5) que el control de la totalidad del turismo estudiantil que ingresaba a Bariloche le confería la potestad de determinar dónde se realizarían las fiestas de bienvenida, en competencia desleal con la denunciante y en franco incumplimiento del memorándum que las propias denunciadas habrían impuesto.

Indicó que la ejecución y vigencia de aquél estaría demostrada por el intercambio epistolar entre Powerlink y las denunciadas, por cuya virtud estas últimas no le habrían liquidado los importes correspondientes a las fiestas de bienvenida realizadas durante 2017, reclamo que fue efectuado, también, por cartas documento.

Así también del intercambio de correos electrónicos surgía que: a) las reservas/ingresos para las fiestas de bienvenida realizadas en Puerto Rock -por la denunciante-, las informaba Alliance, b) que en cumplimiento del memorándum Puerto Rock no podía abrir en horarios nocturno y competir con Alliance y Grisú S.A., c) que Alliance le informaba a Powerlink qué cantidad de pax debía contabilizar, a qué precio y en qué proporción debía distribuir la facturación entre Alliance y Grisú y, d) que el precio de las entradas para las fiestas de bienvenida llevadas a cabo en Puerto Rock, lo fijaba Alliance.

Agregó que de las facturas emitidas por Powerlink surgía que la distribución por las fiestas de bienvenida entre Alliance, Grisú S.A. y Cadehsur S.A. eran del 60%, 20% y 20%, respectivamente, durante el período 2005 a 2009

USO OFICIAL



inclusive; pero a partir de 2010, cuando la última de las nombradas se incorporó al grupo conformado por Alliance, la distribución de Powerlink varió y se implementó en un 80% en favor de Alliance y el 20% a Grisú.

El dictamen agregó que las fiestas de bienvenida serían brindadas de acuerdo a reservas previas operadas por las denunciadas con una antelación de 24 horas, sus horarios serían a las 17:00 y/o a las 19:00, según la disponibilidad de cada día, entre el 15 de junio y el 31 de octubre, y desde el 10 de diciembre y el 15 de enero de cada año, asumiendo las primeras el compromiso de no realizar aquéllas en sus locales ni en ningún otro, mientras que Powerlink se comprometió a no prestar ningún servicio en el local donde realiza la "Fiesta de Bienvenida" a partir de las 22:00 horas, pero que en un determinado momento se produjo una modificación del horario del aludido evento permitiendo que se realizara a partir de la hora 22.00, de acuerdo a la copia de *vouchers* enviados por Alliance a Powerlink informándole al respecto.

El dictamen valoró, asimismo, la evolución de los precios de las entradas a las discotecas y las fiestas ofrecidas por Powelink, cuyos valores eran similares hasta antes de la firma del memorándum, bien que luego de suscripto este último las denunciadas dejaron de bonificar entradas al 100% y comenzaron a incluir como promoción "adicional 2 entradas" y "adicional 3 entradas", es decir el valor por dos y tres noches más y en forma conjunta, sin posibilidad de adquirirlas individualmente por una





Poder Judicial de la Nación

Cámara Federal de Apelaciones de General Roca

sola noche para, luego, incorporar el servicio de disfraz nocturno, sin costo.

También refirió que a partir del tarifario 5/15 se comenzaron a ofrecer paquetes por 5, 6, 7 y 8 noches, incluyendo servicio de disfraz por una noche con la restricción de repetir la discoteca a voluntad; luego volcó en un cuadro la evolución del valor de las entradas desde febrero de 2014 a marzo de 2018, de lo que derivó que si bien la información del expediente respecto de los tarifarios era parcial, el aumento constante en los precios de los paquetes sugería el efecto de una conspiración, dado que estos cambios no podían ser justificados, en principio, de otra manera.

Forma parte de la valoración, asimismo, la venta de entradas en paquete por cinco noches como mínimo, que habría tenido su origen en la cartelización de las denunciadas y en su intención de excluir a Powerlink, su único competidor, al limitar su actividad a las "Fiestas de Bienvenida" y luego, a realizar las "previas" en horario impuesto, anulando todo tipo de competencia.

Agregó, sobre este punto, que esta modalidad se traduciría en una forma de disciplinar a las agencias de turismo estudiantil pues adquirirían como mínimo las cinco noches o nada, en tanto si ofrecieran servicios nocturnos en competencia con las denunciadas, no se les vendería entradas.

La resolución apreció también la respuesta brindada por una agencia de turismo estudiantil referido a la oferta que Powerlink le habría hecho (fs.728) y, para

USO OFICIAL



culminar, se efectuó una comparación entre las precios de las entradas a Puerto Rock durante las temporadas 2014/2015, 2015/2016, 2016/2017 y 2017/2018 (fs.728, numeral 85).

La resolución impugnada refirió que, en materia de defensa de la competencia, el peligro en la demora se identificaba con la urgencia en evitar o hacer un daño, concreto o potencial, al interés económico general y, con particular referencia a Powerlink, que habían desplazado a éste del horario nocturno, limitaron su actividad a la realización de las "Fiestas de Bienvenida", luego le permitieron comercializar espectáculos en horario de 22.00 a 00.00 h ("Snowred", "Bizafest" y "Danceclub Bariloche"), para "compensar" (textual del original) de alguna manera el incumplimiento de aumentar el precio de las entradas a las fiestas de bienvenida en la misma proporción que las entradas a las discotecas y, por último, intentaban excluirla definitivamente del mercado ante las desavenencias comerciales en relación a la liquidación de las entradas de las fiestas de bienvenida respecto del precio y cantidad, y la potencial competencia que implicaría que éste decidiera comenzar a funcionar en el mismo horario que las denunciadas.

Agregó que para lograr la exclusión de Powerlink, las denunciadas habrían comenzado a ofrecer dichas fiestas en sus respectivos locales, en apariencia gratuitas, las que eran una fuente importante de ingresos para el denunciante y, por otro lado, al encontrarse las agencias de turismo estudiantil conminadas a adquirir las entradas





Poder Judicial de la Nación

Cámara Federal de Apelaciones de General Roca

en "paquete" con exclusión de cualquier otro servicio nocturno.

Por último, se consideró que la amenaza cierta o potencial de que las agencias continúen comercializando las entradas de las fiestas ofrecidas por Powerlink o comiencen a comercializar los servicios de discoteca estudiantil con el objetivo de disciplinar a la nombrada y por el solo hecho de haber realizado la denuncia, era una posibilidad que la CNDC y la autoridad de aplicación debían valorar para que esas posibles consecuencias: 1°) no desincentiven a futuros denunciantes en desmedro del eficaz funcionamiento del régimen de defensa de la competencia, 2°) no se elimine del mercado al único potencial competidor actual de las denunciadas y, 3°) se logre, a través del restablecimiento de la competencia, la fijación de precios de mercado más accesibles para los usuarios y sin imposición de compras mínimas de cinco noches y de servicios adicionales.

2. Contra esa decisión se alzaron Grisú S.A. y Alliance S.A.S.

2.1. Grisú S.A. se agravió de la aplicación de la ley 27.422 para el análisis de las conductas denunciadas pues conforme al principio de la ley penal más benigna aquéllas debían regirse por la ley 25.156, de acuerdo a la reglamentación efectuada por el decreto 480/2018, reglamentario del capítulo III de la ley.

Agregó que la resolución pretendía impedir que Grisú ejerciera los derechos que legítimamente le correspondían bajo el texto constitucional y la normativa

USO OFICIAL



vigente, la que en ningún momento le prohibía fijar libremente el precio del servicio que proveía, acto que no implicaba por sí solo un abuso de posición dominante.

Señaló que el sistema implementado desde hacía ya muchos años por las agencias de turismo, sin participación de empresas de entretenimiento, es ofrecer los paquetes turísticos en el combo descripto.

Expresó que el art.44 fue empleado para evadir al juez competente pues lo correcto hubiera sido que la CNDC emitiera el dictamen y luego el Secretario de Comercio, en uso de las facultades que le otorgaba la ley de Defensa de la Competencia -reconocidas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia- solicitara a un juez competente las medidas cautelares que estimara pertinentes.

Refirió que actuando como "juez y parte" ambos organismos -la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia y el Secretario de Comercio- analizan, investigan, requieren información, deciden y justifican las decisiones que toman, sin tener que rendir cuentas a nadie de ello, lo que se trataba de una anomalía que contradecía la garantía de defensa en juicio, la que siempre debía ser respetada, incluso en un procedimiento administrativo como éste.

Dijo que la resolución recurrida era ilegítima porque no había aportado elementos que permitieran justificar la acreditación de los requisitos propios de cualquier medida de esta naturaleza, pues fue dictada en base a una serie de suposiciones: a) inexistencia de abuso de posición dominante porque no tenía la más mínima injerencia en las actividades de Alliance o el resto de





Poder Judicial de la Nación

Cámara Federal de Apelaciones de General Roca

sus competidoras, ya que las decisiones referidas a precios se tomaban en virtud de su propia estructura de costos y planificación de rentabilidad, de modo que no podía sancionarse por conductas en las que no participó.

En cuanto a las "barreras a la entrada" aludidas en los puntos 19 y 99 del dictamen de la CNDC la recurrente afirmó que se trataban de regulaciones exclusivas del poder administrador municipal, totalmente ajenas a ella y, por lo demás, tampoco de aplicación a Powerlink, dado que ya contaba con las habilitaciones necesarias para brindar servicios similares.

Afirmó la inexistencia de discriminación anticompetitiva de precios pues conforme al inc.k, del art.2 de la LDC -y doctrina que citó-, no tenía efectos anticompetitivos sino que tenía por objeto: i) ampliar el espectro de consumidores que demandaban esos servicios, en particular, eran ofrecidos fuera del ámbito temporal requerido localmente por los estudiantes/agencia de viajes, ii) amortizar las inversiones realizadas ya que los descuentos se ofrecían en épocas del año en las cuales la infraestructura estaba subutilizada y iii) generaba una mayor actividad laboral en todos los rubros relacionados con el turismo estudiantil.

Luego de comparar el supuesto en examen con lo resuelto por la comisión en "Comisión c/ YPF" del año 2002, reiteró que no tenía posición de dominio en el mercado y, como consecuencia directa de ello, no podría ser punible por un supuesto abuso de posición dominante.

USO OFICIAL



Dijo que los descuentos ofrecidos a los estudiantes extranjeros no constituían una discriminación de precios anticompetitiva sino que, por el contrario, tenían por objetivo estimular la demanda de estos servicios en períodos de baja demanda por parte de estudiantes/agencias de viaje de Argentina, circunstancia que aumentaba la producción de estos servicios, incrementaba el bienestar agregado de los agentes económicos y promovía el sector turístico en la localidad de Bariloche, con lo cual no generaba ningún efecto exclusorio y, por tanto, no era anticompetitivo.

Cuestionó el peligro en la demora en cuanto éste se identificó con el riesgo en la provisión del servicio de la denunciante y más aún, prosiguió, cuando de la documentación aportada por aquélla se demostraba un incremento notorio y progresivo en la facturación anual proveniente de las fiestas que comercializaba a las agencias de turismo estudiantil.

Adujo que, en realidad, el fundamento de esta denuncia era un tema comercial no resuelto entre Powerlink y las sumariadas, lo que quedaba patentizado con el reclamo judicial que aquélla hizo por \$ 104.000.000 y, por el otro, en el que se demandaba el cese de conductas anticompetitivas vinculadas con la relación comercial en la que aquél decía estar inmerso.

Dijo que Powerlink alegó que Alliance imponía temor a las agencias de turismo y que ello había hecho mermar las ventas de sus fiestas "Snowred" y "Bizzafest", cuando de las facturaciones podía predicarse justamente lo contrario, por el incremento reflejado en los últimos





Poder Judicial de la Nación

Cámara Federal de Apelaciones de General Roca

años, de modo que debía descartarse que un asunto netamente comercial pudiera afectar al interés económico general y, por lo tanto, era ajeno al ámbito de defensa de la competencia.

Narró que el conflicto comercial con Powerlink se inició el 8 de enero de 2018, mediante una misiva que éste le envió intimándola a hacer cumplir el memorándum que aquí denunciaba por anticompetitivo; el 24 de enero de ese mismo año hizo la denuncia ante la CNDC, que ratificó el 6 de marzo, pero no fue sino hasta el 13 de abril que solicitó la medida, una vez concluida sin éxito la etapa de mediación prejudicial el 19 de marzo de 2018.

Aclaró que en tal solicitud requirió únicamente que se ordenase a Alliance y a su parte la abstención de realizar aquellas conductas que ya había denunciado en febrero, de modo que si realmente hubo algún peligro en la demora no había motivo para que no lo hubiera solicitado en aquella oportunidad.

En ese orden de ideas, recordó que la medida fue dictada el 5 de julio de 2018, es decir, tres meses después de requerirla, con lo cual la comisión emitió una resolución sin tener los datos correspondientes a cada una de las partes investigadas, la realidad del mercado ni el fenómeno del turismo estudiantil.

Concluyó en que el dictado de la resolución fue innecesaria para preservar el interés económico general, de modo que se asistía así a una desviación de poder porque el obrar de la administración debía conformarse siempre al interés público y no, como en el caso, que

USO OFICIAL



aquella fue dictada en el contexto de una denuncia formulada por un competidor que manifestó verse perjudicado por una práctica comercial que no afectaba en absoluto el interés económico general y procuraba la seguridad de los estudiantes, lo que denotaba el interés comercial detrás de la denuncia.

Introdujo la cuestión federal.

2.2. De su lado, Alliance señaló que en la contestación del traslado reglado en el art.38 de la ley 27.442 aclaró que vendía conjuntamente las entradas de sus discotecas solo a nivel mayorista, cuando se vendía a las agencias, que son las que movían la inmensa mayoría del volumen del servicio, pero la venta minorista al consumidor final, aunque residual, no se hacía en forma conjunta y que la cotización a las agencias era a precio individual, por noche y por discoteca.

Concluyó, así, que antes de que se ordenara la medida apelada ya estaba cumpliendo con la orden de que las entradas fueran adquiridas de modo individual y por noche en cada una de las discotecas, de lo que se seguía que aquella resultó completamente inconducente y nada aportaba al mercado concreto, clara señal de que no existía verosimilitud del derecho en el caso concreto.

Afirmó que los operadores del mercado sobre los que recayó la medida son realmente dos (Alliance y Grisú) ya que Cadehesur S.A., Cerebro S.A. y Ese S.A. (Empresa de Servicios y Espectáculos S.A.) son titulares de dominio de inmuebles, los cuales eran locados por Alliance quien es la que efectivamente opera el negocio de discotecas Genux en el inmueble de Cadehesur S.A., Cerebro en el de Cerebro





Poder Judicial de la Nación

Cámara Federal de Apelaciones de General Roca

S.A. y en los ESE S.A. las discos Bypass y ROKET, de modo que estas últimas empresas no eran competidores u operadores del mercado de servicio de discotecas y, así, debía ser revocada la medida respecto de éstas.

Expuso que la decisión adoptada por la Secretaría de Comercio no servía en absoluto para modificar la estructura de competencia en el mercado y sí generaba un problema de dimensiones incalculables que podía hacer disminuir la seguridad de los estudiantes y podía afectar sensiblemente el turismo estudiantil en Bariloche (hoteles, restaurantes, museos, etcétera) y al bienestar económico de la ciudad y de la provincia.

En cuanto a la verosimilitud del derecho, Alliance dijo que por la abismal diferencia entre las denunciadas y Powerlink, éste nunca fue un competidor y estaba desarrollando su actividad en el horario nocturno sin ningún tipo de problemas, además de que el servicio no tenía nada que ver con el que brindaba ella, en tanto denunciada, y quería hacer aparecer ante la Secretaría una mera disputa comercial como una práctica anticompetitiva cuando, en realidad, alentaron su negocio.

Insistió en que no había indicios ni pruebas de que hubiera intentando una negociación exclusiva o *exclusive dealing* porque simplemente era mentira que lo hiciera, pero no obstante ello, la medida fue concedida sobre este fundamento.

Reiteró que no había ninguna evidencia que pudiera llevar a la conclusión de que existiera apariencia de buen derecho por parte del denunciante ni probabilidad de que

USO OFICIAL



alguna práctica anticompetitiva se llevara a cabo de manera inminente.

Refirió que la venta conjunta o separada de las entradas a las discotecas bajo ningún aspecto podía solucionar el ingreso de otros jugadores al mercado.

En cuanto al peligro en la demora, el recurrente refirió que la denuncia involucraba prácticas que supuestamente se habían llevado a cabo por muchos años, cuando en realidad estaba fundada exclusivamente en un reclamo comercial que nada tenía que ver con el funcionamiento de este particular mercado.

3. Los recursos fueron contestados por el Estado Nacional a fs.41/72.

4. De la competencia

Antes de ingresar a la cuestión sustancial del recurso, en mi opinión debería aceptarse la competencia atribuida por la sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal en la medida en que las conductas denunciadas tendrían lugar en San Carlos de Bariloche, provincia de Río Negro, conforme lo señaló el señor Fiscal General ante esta alzada (fs.75/76).

En cuanto a la competencia territorial debe agregarse, al igual que en lo resuelto por esta cámara en *"Asistencias Integrales SA c/ Comisión Nacional de Defensa de la Competencia s/ apel resol comisión nacional defensa de la competencia"* (FGR17835/2013/CA1, sent. int.C473/16 del 6 de octubre de 2016), que en la decisión adoptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con remisión al dictamen de la Procuración General en Fallos, 330:1610, se





Poder Judicial de la Nación

Cámara Federal de Apelaciones de General Roca

sostuvo que a fin de establecer la competencia territorial en las materias regladas por la ley 25.156, de análoga índole a la aquí en trato (27.442), cabe atender al mercado y comunidad presuntamente afectados por la conducta anticompetitiva imputada que, como en el caso, estaría dada, según los términos de la resolución cuya revocación se pretende en: 1) impedir el acceso al mercado de servicios de entretenimiento nocturno a otras empresas, mediante abuso de posición dominante "exclusoria", en tanto las firmas Alliance S.R.L. (propietaria de las discotecas Bypass y Roket), Cerebro S.A. (propietaria de la discoteca Cerebro), Cadehsur S.A. (propietaria de la discoteca Genux) y Grisú S.A. (propietaria de la discoteca Grisú) sujetan la venta de sus servicios a las agencias de viajes estudiantil a la no adquisición por parte de esta últimas de ningún tipo de servicio turístico ofrecido por terceros; 2) cartelización para acordar precios y condiciones de venta de las entradas a las discotecas denunciadas; 3) venta atada: las denunciadas comercializan sus noches en paquetes de cinco días -como mínimo-, incluyendo una noche en cada discoteca, en conjunto con otros servicios como alquiler de disfraces, aunque si bien se venderían entradas, aparentemente, en cada una de las discotecas al turismo en general, su precio sería excesivamente elevado, 4) discriminación entre agencias de turismo estudiantil pues las denunciadas reconocen a Travel Rock S.A. mejores precios y un servicio de uso exclusivo de las discos, sin mezclarse con estudiantes de otras agencias.

USO OFICIAL



5. De las cuestiones propuestas en los recursos de las sumariadas

Debe atenderse el primer cuestionamiento introducido por Grisú S.A. en torno a la ley aplicable, el que debería ser desestimado, en mi opinión.

En efecto, la medida fue adoptada en el marco del art.44 de la ley 27.442, cuyo texto transcribo aquí:

“En cualquier estado del procedimiento, el Tribunal de Defensa de la Competencia podrá imponer el cumplimiento de condiciones que establezca u ordenar el cese o la abstención de las conductas previstas en los capítulos I y II, a los fines de evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud, su continuación o agravamiento. Cuando se pudiere causar una grave lesión al régimen de competencia podrá ordenar las medidas que según las circunstancias fueren más aptas para prevenir dicha lesión, y en su caso la remoción de sus efectos”.

Fácilmente se advierte, entonces, que la discusión en torno a bajo qué ley deben juzgarse las conductas denunciadas excede por completo este ámbito cautelar, en el que sólo deben examinarse los agravios vinculados a la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora apreciados en la resolución apelada -típicos recaudos de estos despachos provisionales-, siempre en el sentido asignado por el precepto antes recordado en función del régimen cuya protección procura la ley de Defensa de la Competencia.

Ya en lo sustancial del recurso, recuerdo que a lo largo de los respectivos memoriales, tanto Grisú S.A. como Alliance S.A. controvirtieron la existencia misma del





Poder Judicial de la Nación

Cámara Federal de Apelaciones de General Roca

"memorándum" al que aludió Powerlink en su denuncia, y por cuya virtud éste habría transferido la oferta y control de las fiestas de bienvenida, en particular en cuanto al régimen de sus horarios y costos ("Snowred", "Bizafest" y "Danceclub Bariloche").

También se puso en crisis la posibilidad de perjuicio al interés económico en general pues las apelantes arguyeron que, en definitiva, Powerlink seguía brindando los servicios de entretenimiento nocturno en horarios distintos de las discotecas operadas por aquéllas y que, en realidad, esta denuncia obedecía a una diferencia comercial relativa a la liquidación de entradas en el ámbito de un memorándum que, a la postre, se reputó anticompetitivo.

Además, Grisú arguyó especialmente la inexistencia del peligro en la demora pues debía valorarse el tiempo transcurrido entre el inicio de este conflicto comercial con Powerlink el 8 de enero de 2018 y el dictado de la resolución impugnada el 5 de julio de 2018 para, luego de una semana, presentar una nueva solicitud de medidas que solo la beneficiaban exclusivamente a ella y sin explicar en qué se vería amenazada la competencia o el interés económico general.

Veo, así, que la fundamentación sobre este particular aspecto (numerales 96 en adelante, a fs.7) en el dictamen se refirió que al denunciante Powerlink "lo desplazan" del horario nocturno y le "limitan" la actividad a las fiestas de bienvenida; luego, le "permitían" vender espectáculos en el horario de 22 a 00

USO OFICIAL



hs. para "compensar" (textualmente en el original) de alguna manera el incumplimiento de aumentar el precio de las entradas de aquéllas en la misma proporción que las entradas a las discotecas; y, por último, intentaban "excluirla definitivamente del mercado" ante las desavenencias comerciales en relación a la liquidación de las entradas de las fiestas de bienvenida en relación a precio y cantidad, y la potencial competencia que importaría que Powerlink organizara estas fiestas durante los mismos horarios que las apelantes.

Pero también se dijo, allí mismo, que las demás fiestas eran comercializadas directamente por éste a las agencias de turismo estudiantil individualizadas, en donde fijaban libremente el precio de las entradas, bien que más económicas que las de las discotecas: entre \$ 300 y \$ 400 para la temporada 2017/2018 contra \$ 650, en promedio de las apelantes.

De modo que, con ello, entiendo que no está siquiera mínimamente satisfecho el recaudo establecido en el art.44 de la LDC: *"Cuando se pudiere causar una grave lesión al régimen de competencia"*.

En efecto, las circunstancias antes reseñadas autorizan a predicar, siempre en el marco de la provisionalidad propia de estas medidas, que Powerlink no importa una verdadera competencia para las denunciadas, pues los servicios de éstos en nada se vinculan con los de las apelantes: por un lado, se tratan de fiestas específicas a precios sensiblemente inferiores, según lo allí valorado.





Poder Judicial de la Nación

Cámara Federal de Apelaciones de General Roca

Por el otro, la naturaleza de esas actividades recreativas, siempre según los términos de la denuncia -reseñados en el dictamen que precedió a la decisión apelada-, distan de ser análogos: Powerlink dijo explotar comercialmente el predio conocido como Puerto Rock y que se caracterizaba por presentar bandas en vivo y *disc jockey* destacados; de ningún modo se atribuyó a Grisú y Alliance organizar este tipo de espectáculos, sino que además no competían en horarios ni en precios, según la referencia que ya efectuó.

Así, tal como lo he resumido, las conductas denunciadas ninguna trascendencia ostentan como para justificar el dictado de la medida apelada, pues sólo redundan en moderar o suprimir, acaso, una mengua en la rentabilidad de la actividad de Powerlink, netamente individual, y no para el interés económico general.

Nótese, en este sentido, que aun cuando pudiera estimarse mínimamente acreditada la verosimilitud del derecho a obtener la sanción de las conductas denunciadas, no ocurre lo mismo con el peligro en la demora: el abanico de obligaciones impuestas a las recurrentes e, incluso, a las titulares de los inmuebles en donde éstas explotan el servicio antes aludido, ninguna consecuencia puede acarrear sobre futuros competidores de ese mismo servicio, ya que, justamente, la modalidad de comercialización de las entradas a las discotecas a través de las agencias de turismo parten, precisamente, de establecer el valor por unidad y por noche, sin ninguna consideración de la actividad comercial de Powerlink.

USO OFICIAL



Luego, los restantes fundamentos empleados en la decisión recurrida, están en el numeral 107, cuyo texto dice: *"...Por ello, la amenaza cierta o potencial de que ello ocurra en caso de que las agencias continúen comercializando las entradas de las fiestas ofrecidas por Powerlink, o comiencen a comercializar los servicios de discoteca estudiantil, con el objetivo de disciplinar a la denunciante y por el sólo hecho de haber realizado esta denuncia, es una posibilidad que esta CNDC y la Autoridad de Aplicación deben merituar, para que esas posibles consecuencias: 1° No desincentiven a futuros denunciantes en desmedro del eficaz funcionamiento del régimen de defensa de la competencia; 2° No se elimine del mercado al único potencial competidor actual de las denunciadas; y 3° Se logre, a través del restablecimiento de la competencia, la fijación de precios de mercado más accesibles para los usuarios y sin imposición de compras mínimas de cinco noches y de servicios adicionales"*.

El punto 1, es de una generalidad que en nada se condice con el bien jurídico que intenta proteger la LDC, pues de una cosa no se deriva la otra: ciertamente luce loable el propósito de estimular a concitar la CNDC en su función de sancionar y prevenir prácticas anticompetitivas pero ello no puede sustentar el dictado de una medida de la gravedad aquí reflejada, pues ninguna vinculación guarda con el específico recaudo de procedencia de la decisión adoptada.

Luego, está mínimamente acreditado que Powerlink explota una actividad que si bien aparece vinculada con las demandadas, en la medida que revisten naturaleza





Poder Judicial de la Nación

Cámara Federal de Apelaciones de General Roca

recreativa, se tratan de muy distintas entre sí, tal como expuse en este voto.

En cuanto al último de los puntos reseñados, es notoriamente paradójico el propósito fijado con el resultado al que se arribaría: "*fijación de precios de mercado más accesibles para los usuarios*", cuando, en realidad, Powerlink pretende que el precio de las entradas a las fiestas que organiza esté en cierta equiparación con la de las entradas a las discos y no, justamente, que el valor de estas últimas sea reducido a esa misma proporción.

Tal como lo he referido las medidas cautelares en materia de derecho de la competencia tienen una finalidad inmediata especial que excede el exclusivo interés particular que pasa a plano mediato. En efecto, miran o abarcan su protección en el mercado y el interés económico general; esto último es el elemento necesario para adoptar una medida precautoria al amparo de este específico ámbito legal.

La lesión debe afectar el régimen de competencia, la economía general, que es el bien jurídico tutelado por este derecho, resultando insuficiente la invocación exclusiva de un perjuicio personal padecido por el requirente. Es también necesario que dicha parte sea quien aporte los elementos de prueba y convicción para que *prima facie* pueda advertirse y corroborarse -aún dentro del limitado marco de conocimiento cautelar- aquel presupuesto específico y propio; extremo éste que, tal lo analizado, no resulta acreditado en mi entender.

USO OFICIAL



En suma, en razón de no hallar configurado el requisito especial a que alude el art.44 de la ley 27.442 de (*grave lesión al régimen de competencia*), entiendo que debería dejarse sin efecto la medida apelada, sin perjuicio de que, de alterarse las circunstancias aquí valoradas, otra pueda ser la decisión de esta cámara en función de su atribución revisora.

Las costas de alzada deberían imponerse al Estado Nacional, que resulta vencido con el responde de fs.41/72. Los estipendios, teniendo en cuenta que la medida cautelar objeto de análisis no se encuentra vinculada a un proceso principal en trámite ante la instancia jurisdiccional y que carece de contenido patrimonial directamente ponderable, corresponde aplicar las pautas generales para su cuantificación. Por ello, para los letrados de las recurrentes, en mérito a la cantidad, calidad y eficacia de las labores, deberían establecerse en 30 UMA para cada uno de ellos (art.16, incs.b), e) y g); art.20, ley 27.423).

El doctor Mariano Roberto Lozano dijo:

Adhiero a las conclusiones del voto que antecede y me expido en idéntico sentido.

Por lo expuesto, **EL TRIBUNAL RESUELVE:**

I. Aceptar la competencia atribuida por la sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal;

II. Admitir los recursos interpuestos a fs.15/34 y fs.35/40 y revocar la resolución de la Secretaría de Comercio N° 389/18 de fs.12/14;



Poder Judicial de la Nación

Cámara Federal de Apelaciones de General Roca

III. Imponer las costas al Estado Nacional y regular los honorarios profesionales de acuerdo a lo consignado en el párrafo final del primer voto;

IV. Registrar, notificar, publicar y, oportunamente, devolver. El doctor Ricardo Guido Barreiro no suscribe la presente (Acordada 9/92).

USO OFICIAL

