

Medida Cautelar Innovativa Defensa De La Competencia Contrato De Agencia De Venta De Pasajes Rescisión Unilateral Del Contrato

JURISPRUDENCIA

Buenos Aires, 28 de febrero de 2014.-

VISTO: el recurso de apelación interpuesto a fs. 137, fundado a fs. 140/145, contra la resolución de fs.135/136; y

CONSIDERANDO: 1º) Despegar.com.ar S.A. solicitó el dictado de una medida cautelar innovativa en contra de American Airlines Inc. a fin de que se le ordene: a) cesar en las conductas restrictivas de la competencia previstas en los arts. 1 y 2, incisos k), l) y ll), de la ley 25.156 -en adelante LDC-; y b) habilitar la venta de servicios aéreos, restableciendo las autorizaciones que fueron canceladas para los servicios BSP -Bank Settlement Plan- y GDS -General Distribution Systems-, brindando toda la información que se le requiera al efecto. En apretada síntesis, la peticionaria sostuvo que desde el año 2001 se encontraba vinculada con la mencionada transportista mediante un contrato de agencia de ventas de pasajes, en virtud del cual actúa como intermediaria frente a los pasajeros a quienes les cobra un cargo mínimo por el servicio prestado. Adujo que el 31 de agosto de 2013 tomó conocimiento mediante un mail de la Asociación Internacional de Transporte Aéreo -IATA por sus siglas en inglés- que American Airlines le había quitado la autorización para emitir sus billetes aéreos, sin indicar los motivos ni la fecha de entrada en vigencia de tal conducta, omisión que estimó contraria a la resolución IATA 824 que regula el contrato. Manifestó que guardó silencio frente a los requerimientos efectuados mediante carta documento y que el único motivo que esgrimió su contraria surge de un comunicado publicado en su página web en la cual le imputa de manera genérica e imprecisa la utilización de una política desleal e imprecisa en materia de precios. Por otro lado, la actora argumentó que American Airlines tiene una posición dominante en el mercado y que su conducta resulta abusiva. En especial, entiende que la decisión de impedirle la venta de pasajes comporta una negativa de venta unilateral de parte de un prestador de servicios públicos y trato discriminatorio respecto de sus competidores. Finalmente, aduce que la conducta de American Airlines afecta a los usuarios, lo que dio lugar a la intervención del Ministerio de Turismo de la Nación, órgano que le requirió un informe sobre la relación comercial entre las partes de esta contienda. 2º) En el pronunciamiento de fs. 135/136 el señor juez de grado desestimó la medida solicitada por estimar que la cuestión excede el limitado marco cautelar, razón por la cual la decisión de American Airlines de rescindir el contrato no podía, en principio, ser tachada de ilegítima y arbitraria. Y agregó que si la peticionaria considera que la ruptura fue intempestiva los daños que podrían derivarse encontrarían reparación en un juicio de conocimiento posterior. 3º) Esta decisión fue apelada por la actora por las razones que se exponen a continuación: a) la cancelación de la habilitación que tenía para poder emitir billetes de la aerolínea demandada no puede entenderse, sin más, como una mera rescisión de un contrato entre privados puesto que está en juego la defensa de la competencia en el mercado de un servicio público y, además, se trata de una conducta contraria a las previsiones de la ley 19.030; b) los daños que la conducta de American Airlines le ocasiona son mucho más severos que los que podría producir una ruptura intempestiva de un contrato privado. 4º) Así planteada la cuestión, teniendo en cuenta que la actora alega la comisión de conductas anticompetitivas tipificadas por el legislador, parece indudable que su pretensión debe ser encuadrada en el art. 35 de la LDC. En lo que aquí importa, la norma establece que el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia -organismo que todavía no ha sido constituido por el Poder Ejecutivo Nacional- en cualquier estado del procedimiento de investigación de conductas puede imponer el cumplimiento de condiciones que establezca, ordenar el cese o la abstención de la conducta lesiva o bien disponer las medidas que según las circunstancias fueren más aptas para prevenir una grave lesión al régimen de la competencia?. Tales medidas tienen, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, carácter típicamente cautelar y como tales deben reunir los recaudos clásicos de procedencia: verosimilitud en el derecho, peligro en la demora y contracautela (conf. Martínez Medrano, Gabriel, Control de los monopolios y defensa de la competencia, Depalma, 2002, págs. 205/206; Cabanellas de la Cuevas, Guillermo, Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia, Heliasta, 2005, t.2, págs. 365/366; García Menéndez, Sebastián, ¿Defensa de la competencia: medidas cautelares de la autoridad de aplicación y en su contra. Breve revisión de fallos recientes?, La Ley, 31.3.10; De la Riva, Ignacio, ¿Medidas cautelares en materia de defensa de la competencia?, El Derecho Administrativo, 2005, pág. 393/399). Así también lo han entendido las tres Salas de esta Cámara al ejercer la jurisdicción apelada que le reconoce la LDC y su decreto reglamentario (conf. Sala I, in re ¿Cooperativa Villa Urquiza y otros?, n° 9.601/02, del 20.3.03; esta Sala, in re ¿Cablevisión SA y otros?, del 21.9.11; Sala III, in re ¿Primera Red Interactiva de Medios Argentinos S.A.?, n° 11.344/06, del 21.3.07, entre otras. 5º) En orden a los recaudos formales de procedencia de las medidas cautelares, conviene precisar que el examen sobre la concurrencia del peligro en la demora exige una apreciación atenta de la realidad comprometida, con el objeto de establecer cabalmente si las secuelas que lleguen a producir los hechos que se pretenden revertir pueden restar eficacia al ulterior reconocimiento del derecho en juego, originado por

la sentencia dictada como acto final y extintivo del proceso. Ese extremo debe resultar en forma objetiva del examen sobre los distintos efectos que provoca la conducta atacada, entre ellos su gravitación económica, tanto en la esfera individual del peticionario, como así también para el mercado relevante involucrado.

5.1) Pues bien, a juicio de la Sala el argumento brindado por el a quo sobre la posibilidad de que los daños ocasionados por la conducta de American Airlines encuentren respuesta en una ulterior acción ordinaria, resiste incólume a las críticas ensayadas por la actora en su memorial. Naturalmente, en esta etapa inicial de la contienda no es exigible una prueba acabada sobre el perjuicio económico invocado, pero a los efectos de conceder la medida precautoria sería menester, al menos, algún tipo evidencia sobre su ocurrencia y entidad, sobre todo si la interesada sostiene que en el caso están juego ?daños mucho más severos que los que pueda producir una simple ruptura intempestiva? (conf. fs. 142, último párrafo). Empero, la recurrente lejos estuvo de brindar algún sustento fáctico a sus afirmaciones. No acreditó, por caso, cuál era el volumen de ventas de pasajes aéreos para viajes entre nuestro país y los Estados Unidos antes y después de que cesara la relación comercial con la transportista aérea. Tampoco si ha visto reducido el tráfico de consultas para esos destinos. Y estas pruebas, entre muchas otras que pudo ofrecer, no parecían de difícil producción, tratándose de información que presumiblemente se encuentra en su poder. Lo mismo cabe respecto de las remuneraciones que habría dejado de percibir al perder la posibilidad de vender pasajes de American Airlines, sobre lo cual nada ha dicho en concreto. Y para poder siquiera comenzar con un examen de la cuestión sería menester conocer con un mínimo grado de detalle cuáles eran las reglas contractuales que regían la relación jurídica. Si bien la existencia del vínculo puede tenerse por acreditado con la documental obrante en la causa (conf. fs. 85/86 y 88/90), la actora no ha acompañado copia de los acuerdos que celebró con la transportista; sólo adjuntó una reproducción de la resolución IATA 824 que aprobó un formulario que contiene las condiciones generales del contrato de agencia de ventas de pasaje. Se desconocen, entonces, las condiciones particulares que rigieron el vínculo bilateral, sobre todo las que fijan la remuneración de la agencia por la venta de pasajes y servicios auxiliares en beneficio de la aerolínea (ver lo previsto en el punto 9 de la citada resolución). De ahí, pues, que el agravio planteado sobre la falta de concurrencia de peligro en la demora debe ser desestimado porque las alegaciones no superan, de momento, el umbral de la mera conjetura.

5.2°) Desde la óptica del derecho de la competencia, la peticionaria tampoco ha demostrado por ahora que la situación fáctica actual pueda llegar a comprometer el interés económico general, bien jurídico tutelado por la LDC. En ese orden, no puede obviarse que los pasajes de American Airlines se siguen vendiendo en nuestro país por diversos canales de comercialización, extremo fáctico reconocido por la propia actora al acompañar impresiones de páginas webs de empresas competidoras. Naturalmente, dada la importancia que tendría Despegar.com.ar en el mercado argentino es de esperarse cierto desconcierto en los usuarios habituados a utilizar su plataforma, circunstancia a la que hace una alusión genérica el requerimiento informativo que le remitió el Ministerio de Turismo (ver fs. 110/112). Pero aquí nuevamente el sustrato fáctico del planteo de la recurrente resulta incierto, pues no precisa, siquiera en forma aproximada, la cantidad de consultas realizadas en su portal por vuelos entre nuestro país y los Estados Unidos de Norteamérica. Y esto impide establecer, mínimamente, la magnitud del perjuicio para el interés económico general, elemento necesario para adoptar una medida cautelar como la que se peticiona (arg. art. 35 de la LDC).

5.3) Lo dicho hasta aquí es suficiente para desestimar la medida precautoria solicitada pues no se advierte el peligro en la demora, tanto en la faz individual de la actora, como así también a luz de las reglas de la LDC.

6°) Sólo a mayor abundamiento, esta Sala entiende que por el momento no hay elementos para afirmar, prima facie, que American Airlines incurrió en las conductas anticompetitivas denunciadas en la pieza inicial.

6.1) En su escrito inicial, la actora no ha invocado que la negativa de venta adjudicada a American Airlines haya sido producto de una concertación entre diversos actores del mercado, que en muchas legislaciones constituye un ilícito per se a las reglas de la competencia. Se trataría, entonces, de un acto vertical y unilateral que debe ser juzgado bajo la regla de la razón: su ilicitud requiere determinar las condiciones del mercado en que la práctica tuvo lugar y el impacto que produjo (conf. Cabanellas de la Cuevas, Guillermo, op. cit., Ed. Heliasta, 2005, t. 1, págs. 695/696). Sin embargo, la actora no ha aportado, al menos en esta etapa inicial del pleito, elementos que permitan analizar los efectos de la decisión adoptada por su contraria en el mercado relevante involucrado, informando, por caso, cuántos viajes entre Argentina y Estados Unidos opera American Airlines y cuántos sus competidores. Y a simple vista, contrariamente a lo insinuado en el escrito inicial, ese mercado relevante no estaría circunscrito a la venta de pasajes de esa compañía sino al transporte aerocomercial entre esos destinos. Esta conclusión, provisoria desde ya dada la fase del proceso, es consistente con el ámbito de aplicación definido por la LDC -conf. art. 3, primer párrafo- y con los Lineamientos para el Control de Concentraciones Económicas, que establecen que el mercado relevante de producto comprende todos aquellos bienes y servicios que son considerados sustitutos por el consumidor, teniendo en cuenta sus características, precio y objeto del consumo (conf. resolución n° 164/01 de la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor, Anexo I, apartado II.1).

6.2) En análogo pero afín orden de ideas, conviene precisar que en la jurisprudencia argentina se ha sostenido que la configuración de una negativa de venta unilateral requiere que haya sido perpetrada por quien goza una situación predominante en el mercado (conf. en este sentido: Cámara Nacional en lo Penal Económico, Sala II, in

re ?Tejeduría del Chubut?, del 26.12.90, publicada en La Ley, 1992 - C - 470, precedente en el que además se sostuvo que debía existir abuso en dicha posición para tener por configurada la conducta; ver también: Martínez Medrano, Gabriel, op. cit., Depalma, 2002, pág. 113). Sin embargo, más allá de algunas alegaciones genéricas la peticionaria no ha dado argumentos concretos que permitan afirmar que American Airlines goza de una posición dominante en el mercado relevante investigado (ver cap. III, apartados 1 y 4 del escrito inicial, en fs. 113 y 121/122, respectivamente). No ha invocado que su contraparte sea un prestador monopólico del servicio de transporte en el mercado relevante involucrado, siendo público y notorio que diversas compañías cubren trayectos similares. Tampoco ha dado precisiones sobre la participación de la demandada en dicho mercado, de acuerdo con lo expuesto en el punto anterior. Y estas aristas objetivas y subjetivas resultarían insoslayables para determinar la existencia de posición dominante (conf. arts. 4 y 5 de la LDC). Sobre todo, ponderando que la actora ha invocado la existencia de abuso, extremo que debe ser juzgado dentro del mercado relevante donde se concreta la conducta denunciada (conf. Martínez Medrano, Gabriel, op. cit., pág. 122).

6.3) Finalmente, tampoco se advierte de qué modo los pasajes de American Airlines pueden llegar a comportar una facilidad esencial para la recurrente. Aun dando por cierto que la actividad que realiza la demandada comporta un servicio público, y hasta conjeturando que ostenta una posición dominante en el mercado de transporte aerocomercial, a simple vista no se trataría de un servicio monopólico. La actora tampoco ha demostrado, por el momento, que la decisión de American Airlines haya dificultado su acceso al mercado relevante involucrado, ni que la venta de pasajes de esa empresa sea indispensable para competir o que tampoco puede comercializar pasajes de otras compañías que cubran destinos similares. Y estas circunstancias, de acuerdo con la norma legal aplicable, impediría que se tenga por configurada la conducta denunciada (conf. art. 2, inc. II) de la LDC; ver también: Cervio, Guillermo J. y Rópolo, Estaban P., Ley de defensa de la competencia comentada y anotada, La Ley, 2010, pág. 170 y siguientes).

6.4) En suma, a juicio de la Sala no hay motivos que justifiquen el dictado de una medida cautelar como la que pretende la actora. De momento, pues, cabe atenerse al principio general que rige en la materia: un comerciante aislado tiene derecho a negarse a operar con un tercero por razones que son suficientes para él mismo (conf. Corte Suprema de los Estados Unidos, ?US v. Colgate & Co.?, 250 US 300 -1919-). O como se ha expresado en el ámbito de la Comunidad Europea, cualquier empresa debe tener el derecho de elegir a sus co-contratantes y de disponer libremente de su propiedad (conf. Comisión Europea, Comunicación del 3.12.2008, Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings, párrafo 74, citado por: Cervio, Guillermo J. y Rópolo, Estaban P., op. cit., La Ley, 2010, pág. 200). Y aunque esta regla admite múltiples modulaciones, el Tribunal estima que debe prevalecer en la especie puesto que no se ha demostrado, liminarmente, el impacto en el mercado de la conducta cuestionada ni la existencia de posición dominante, y el servicio que presta American tampoco sería una facilidad esencial.

7°) No obstante ello, teniendo en cuenta que la actora ha denunciado la existencia de conductas anticompetitivas imputables a American Airlines, corresponde ponerlas en conocimiento de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia a los efectos del capítulo VI de la ley 25.156. Por todo lo expuesto, este Tribunal RESUELVE: 1°) confirmar la resolución apelada; y 2°) librar oficio por Secretaría al organismo mencionado en el punto 7°), al que se le adjuntarán copia fiel de este pronunciamiento y las copias para traslado acompañadas por la actora en su presentación inicial. Hágase saber a los letrados la vigencia de las acordadas CSJN n° 31/11 y 38/13, en materia de notificaciones electrónicas. El doctor Ricardo Víctor Guarinoni no suscribe por hallarse en uso de licencia (art. 109 del R.J.N.). Regístrese, notifíquese, al señor Fiscal General en su despacho, cúmplase con el punto 2°) de la parte dispositiva, y devuélvase.

GUSMAN GRACIELA MEDINA

Correlaciones: Ley 25156 - BO: 20/9/1999

Cita digital: