

Buenos Aires, 4 de mayo de 2021.

Señor Presidente

COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Dr. Rodrigo Luchinsky

S _____ / _____ D:

Por este medio nos dirigimos a Ud., a los fines de denunciar a la empresa MERCADO LIBRE S.R.L. (CUIT N° 30-70308853-4) (en adelante denominada “Mercado Libre”) con relación a su solicitud de inscripción en el Registro de Agentes Institorios (RAI), en nuestro carácter de miembros integrantes del colectivo de Productores Asesores de Seguros nucleados en la Asociación Argentina de Productores Asesores de Seguros (AAPAS) (se adjunta la personería de las personas firmantes de la presente en copia certificada como **Anexo I**), constituyendo domicilio físico en la calle ***, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, así como constituyendo domicilio electrónico en ***.

La presente denuncia la realizamos por entender que la conducta que aquí se describirá constituye la comisión de varios actos anticompetitivos, así como abusos de posición dominante. Ello, por los elementos de hecho y de derecho que indicamos a continuación.

La presente denuncia se impetra ya que hemos tomado conocimiento a través de sendas notas periodísticas publicadas en el Cronista Comercial¹ y en La Nación On - Line² sobre la intención de la referida entidad de lograr la conformidad administrativa de la

¹ <https://www.cronista.com/finanzasmercados/Revolucion-en-seguros-Mercado-Pago-sumara-polizas-a-su-oferta-de-servicios--financieros-20200917-0043.html>

² <https://www.lanacion.com.ar/economia/negocios/negocios-los-planes-expansion-mercado-pago-su-nid2468130>

SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS DE LA NACIÓN (SSN) para su incorporación al RAI.

Una vez tomamos conocimiento de dicha conducta, nos presentamos por ante la SSN a los efectos de manifestarle nuestro total rechazo, así como a aportarle las justificaciones económicas, coyunturales, de hecho y de derecho en los que se asienta nuestra oposición, desde el punto de vista del Derecho de Seguros.

Sin perjuicio de que en dicha presentación ante la SSN, entre otras cosas, nosotros le sugerimos que consulte a esa Honorable COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA a los efectos que pudieren corresponder, entendemos que existen elementos suficientes como para que efectuemos -nosotros directamente- una denuncia por la cual esa COMISIÓN NACIONAL considere la iniciación de una investigación a los fines de determinar la existencia de conductas anticompetitivas y abusos de posición dominante, así como también esa COMISIÓN NACIONAL le remita a la Superintendencia de Seguros de la Nación -en virtud de sus facultades conforme el artículo 28 inciso h) de la Ley 27.442- un oficio en el cual le recomiende fundadamente no inscribir a Mercado Libre como Agente Institorio, pues de concretarse dicha inscripción existirá un posible perjuicio para el interés económico general.

I. HECHOS.

1. Antecedentes sobre el instituto del denominado Agente Institorio en el marco del Derecho de Seguros.

Teniendo en consideración que la conducta principal que aquí se imputa a la denunciada es su inscripción por ante el RAI a los fines de lograr ser reconocida como Agente Institorio (por entender que dicha conducta constituye una tentativa de actos anticompetitivos y abusos de posición dominante como se explicará con detalle más adelante), entendemos que corresponde dar, previamente, un breve panorama a esa COMISIÓN NACIONAL sobre dicho instituto del Derecho de Seguros, ya que, como se verá más adelante, resulta fundamental conocer correctamente su naturaleza jurídica a los fines de comprender por qué Mercado Libre **JAMÁS podría ser inscripta como Agente Institorio bajo el Derecho Positivo de Seguros vigente en Argentina.** De allí que en los apartados siguientes expliquemos con cierto detenimiento la naturaleza jurídica

del instituto mencionado y sus principales características bajo el Derecho argentino de Seguros.

Corresponde comenzar dichas explicaciones precisando que el Agente Institorio es un auxiliar de la actividad aseguradora previsto en los artículos 54 y 55 de la Ley de Seguros 17.418 del año 1967, cuya incorporación tuvo como objetivo invertir a personas humanas de mandato y representación de las entidades aseguradoras, facultades que resultaban necesarias si se tiene en cuenta la basta extensión del territorio nacional, así como la histórica concentración de las entidades de seguros en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y/o algunas otras pocas ciudades del interior del país. Su función coincidía con el factor de comercio.

El Código de Comercio vigente hasta la sanción de la ley 26.994 definía al factor en el artículo 132: ***“Se llama factor la persona a quien su comerciante encarga la administración de sus negocios, o la de un establecimiento particular”***.

El factor reemplazaba y representaba naturalmente la persona del principal, siendo el encargado de administrar los negocios de este último con amplias facultades, diferenciándose de los demás auxiliares que simplemente ayudan al principal o colaboran con el, pero sin sustituirlo en la gestión del comercio³.

El requisito de capacidad, las condiciones de su designación (mandato), el lugar donde estaban regulados⁴ dentro del derogado Código comercial, refieren a un factor o institorio persona física (hoy persona humana), que era un colaborador de jerarquía del empleador o principal, naturaleza jurídica que se extendió analógicamente al Agente Institorio de la Ley de Seguros 17.418 (Sección 14: Intervención de auxiliares en la celebración del contrato) donde también se lo identifica con una persona humana (no jurídica).

³ Siguiendo a Francesco Galgano, dice Martorell, que el factor de comercio es quien ha sido designado por el titular para la administración de un establecimiento secundario o de un ramo particular de empresa (arts. 2203 ap. 1 y 2 Código Civil Italiano). La etimología de la palabra *Institor* (*factor de Existe frente en castellano*) expresa la idea de anteponer o poner al frente, pues el factor de comercio (en italiano *institore* del latino *Institor*, derivado del verbo instor compuesto por in y sto) es el director que el empresario coloca en la posición más alta de la jerarquía de sus empleados (cfr. Ernesto Eduardo Martorell: Tratado de Derecho Comercial, Tomo I Parte General, Editorial La Ley, pág. 573).

⁴ Capítulo 2 De los Factores o Encargados y de los dependientes de comercio del Título 4 De los Agentes Auxiliares del Comercio del Código de Comercio vigente por ley 15 del 10 de septiembre de 1862.

1) Utilización Comercial de la figura del Agente Institorio.

No obstante su génesis la figura del Agente Institorio ya había mutado previamente a la sanción de la ley 17.418, y era usada por las entidades aseguradoras para vincular también a personas jurídicas en calidad de agentes de venta.

Cuando en 1937 la ley de creación de la Superintendencia de Seguros de la Nación (SSN) exigió, entre otras medidas, objeto exclusivo a las entidades aseguradoras, las que funcionaban bajo el tipo societario de cooperativas, y que a ese tiempo solo realizaban la actividad de seguros como una actividad complementaria de su principal objeto societario, debieron vincularse con empresas de objeto único en seguros o bien promover la creación de estas.

Todo eso significó dinamizar un proceso de integración cooperativa que llevó en la práctica a tener una trama relativamente intensa de relaciones intercooperativas en el campo del seguro.

La primera y principal manifestación de esta realidad consistió en que numerosas cooperativas de distintas clases se convirtieron en “**agencias**” de cooperativas aseguradoras, es decir, comenzaron a actuar como “productoras”. Esta situación continuó y se afianzo con el tiempo expandiéndose en forma significativa en algunos casos, al punto que algunas cooperativas de seguros nacieron para prestar servicios a los asociados de otras cooperativas (agrarias por ejemplo) que pasaban a actuar como productoras de aquellos.

Posteriormente a las cooperativas, ingresaron otros operadores, como fue el caso de las entidades bancarias⁵, lo que hizo que la intermediación de operaciones a través de agentes (institorios: ya que las entidades bancarias ingresan en todos los casos con facultades de celebrar contratos de seguros) tuvieran un significativo crecimiento.

El surgimiento de la Banca Seguros reconoce un fenómeno de expansión mundial que comienza a finales de la década de 1980 y encontró su desarrollo en la década de

⁵ A través del artículo 1º de la Circular A 2384 de. 17-10-1995 el B.C.R.A procede a: “Autorizar a las entidades financieras a actuar en la intermediación de contratos de seguros que se ofrezcan a su clientela, cumpliendo mandatos expresamente pactados con compañías de seguros mediante los que asuman el carácter de “agentes institorios”, conforme a las disposiciones legales y reglamentarias que rigen la actividad aseguradora”

La norma también autorizaba a intermediar conforme lo previsto por la Resolución SSN Nro. 23.469 del 31.8.1994.

1990, apareciendo a nivel local la primera regulación a través del dictado de la CIRCULAR del Banco Central de la República Argentina A 2384⁶.

En la actualidad la figura es utilizada por otras ramas de actividad económica tales como financieras, cadenas retail y otros.

La distribución de primas por tipo de Agente Institorio (aproximadamente un 16% del total de prima comercializada) tiene la siguiente conformación: Bancos 65%, Financieras 9%, Cooperativas y Mutuales 7%, Otros 21% (fuente Gerencia de Estudios y Estadísticas Superintendencia de Seguros de la Nación).

El cuadro a continuación describe con detalle la participación de los distintos canales comerciales:

Participación Porcentual de la Producción según Canales de Ventas y su Actividad Principal (en % sobre Canales de Ventas)

Ejercicio 2019 Cuadro Nro. 6

Canales de Venta	Riesgos del Trabajo	Daños Patrimoniales	Mixtas		Retiro	Personas	Total
			Patrimoniales	Personas			
Total	22,5	9,3	51,8	10,4	1,7	4,4	100,0
Directos	11,2	6,1	48,1	18,3	7,5	8,7	100,0
Productores + Organizadores (Persona Físicas)	23,8	9,0	59,6	4,3	0,1	3,1	100,0
Sociedades + Organizadores (Personas Jurídicas)	35,2	10,7	45,4	7,4	0,0	1,2	100,0
Agentes Institorios	13,8	13,1	42,6	23,3	0,0	7,2	100,0
- Bancos Y Entidades Financieras	9,8	7,4	46,5	27,5	0,0	8,8	100,0
- Otras Personas Jurídicas	25,2	29,2	31,6	11,2	0,1	2,7	100,0

2) Aspectos Regulatorios vinculados a la figura del Agente Institorio.

Continuando con la explicación de la figura del Agente Institorio, corresponde indicar que la Superintendencia de Seguros de la Nación ha considerado al Agente Institorio como un factor de comercio y por ello, en una de las primeras resoluciones que abordaron aspectos regulatorios, les exigió normativamente contar con mandato inscripto en los términos del artículo 36 inc. 4 del ya derogado Código de Comercio, debiendo denunciar y remitir esos instrumentos al Supervisor de Seguros⁷.

⁶ La distribución de primas por canal de ventas se compone por: Agentes Institorios 16%, Sociedad de Productores Asesores de Seguro 18%, Venta Directa 22%, Productores Asesores de Seguros 44%. Fuente Gerencia de Estudios y Estadísticas - Superintendencia de Seguros de la Nación. Estos valores no se han modificado trascendentemente a la fecha.

⁷ La Circular SSN 4420 del 29 de agosto de 2001 refería: "Tengo el agrado de dirigirme a Ud. En relación a la instrumentación e inscripción de los contratos por los cuales se designan Agentes Institorios, conforme las disposiciones del ar.- 54 de la ley 17.418.

Posteriormente, en el año 2005, el Organismo de Control dictó dos Resoluciones SSN N° 30.418 y 30.481, que solamente trataron aspectos contables y de registración.

Finalmente, en diciembre de 2013, la SSN dicta la actual normativa vigente (Resolución SSN N° 38.052), regulación que ordenó el uso por las Entidades Aseguradoras de la figura del Agente Institorio, delimitando el alcance subjetivo y las notas distintivas que lo diferencian de los Productores Asesores de Seguro, en orden a lo que ordenan las leyes 17.418 y 22.400, precisando los requisitos de los instrumentos a través de los cuales intervienen en la comercialización de seguros, así como aspectos relativos a la capacitación de sus recursos humanos en la venta de seguros y normas de protección de los derechos de los asegurados y asegurables, entre otros.

3) Particularidades de Mercado Libre. Posibilidad de cumplimiento de las exigencias para desempeñarse como Agente Institorio.

A esta altura del relato, corresponde precisar que esta Asociación Argentina de Productores Asesores considera que existen elementos suficientes para que, en uso de las facultades conferidas por la ley 20.091, el Organismo de Control de Seguros deniegue la inscripción en el Registro de Agentes Institorios (RAI) a la empresa Mercado Libre.

Por ese motivo es que presentamos la denuncia correspondiente ante ese Organismo, cuya copia acompañamos a la presente como **Anexo II**. Ello, porque entendemos que es directamente ilegal que Mercado Libre sea inscripto como Agente Institorio, por las razones que daremos más adelante en el presente escrito. En lo que hace al ámbito de esa COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, nosotros entendemos que la tentativa de inscribirse y darse de alta como Agente Institorio constituye una conducta anticompetitiva y un abuso de posición dominante, por las razones y fundamentos que también daremos más adelante.

En este tren de marcha, corresponde a continuación dar nuestros fundamentos por los cuales entendemos que bajo ningún concepto procede la inscripción de Mercado Libre como Agente Institorio, siendo ello directamente ilegal:

Por la presente cumpla en recordarle que en todos los casos deberá darse cumplimiento a lo prescripto por el art. 36 inc. 4 del Código de Comercio de la jurisdicción que corresponda, y que su instrumentación deberá ajustarse a la normativa de fondo que rige la materia.”

a) **EXCEPCIONALIDAD DE LA FIGURA DE AGENTE INSTITORIO Y POTENCIAL ALTERACIÓN DE LA FINALIDAD NORMATIVA. (INCUMPLIMIENTO DE PRESUPUESTOS DE LA RESOLUCIÓN SSN N° 38.052 PARA LA AUTORIZACIÓN):**

Como se adelantó, la Resolución SSN N° 38.052 resultó una norma ordenadora del uso de la figura legal del Agente Institorio, balanceando desequilibrios que se venían dando hasta su sanción.

La norma permite una excepcionalidad: que empresas de otras ramas de actividad económica, y por consiguiente, con objetos societarios distintos a la de la actividad aseguradora y/o actividad de intermediación de seguros, puedan comercializar operaciones de seguro.

La operación de seguro solo se concibe como la actividad de una empresa científicamente organizada. Hace a la esencia de la empresa aseguradora la de disciplinar, con carácter uniforme, las relaciones contractuales cuyo objeto (materia) se halla constituido por riesgos del mismo genero.

La actividad aseguradora importa un contrato de alta complejidad en el que la técnica jurídica, la contable, la financiera y la actuarial, cada una por sí solas, son insuficientes para dotarla de vida y desarrollo.

Esa complejidad, así como la trascendencia socio – económica de la actividad aseguradora ordenan que la prestación del servicio deba ser brindada únicamente por una empresa con objeto exclusivo en seguros que reúna los requisitos y cuente con autorización de la Superintendencia de Seguros de la Nación.

Dichas exigencias, de capacitación, exclusividad de labor y objeto, se extienden a quienes resultan ser auxiliares de la actividad, como lo son los Productores Asesores de Seguro regulados por la Ley 22.400.

Son estos profesionales, los Productores Asesores de Seguros, los únicos que pueden comercializar (Promover la oferta) la contratación de operaciones de seguro **a todo el universo de asegurables, sin restricciones.**

Los Agentes Institorios en cambio, solo pueden extender su actuación a un ámbito más restringido, delimitado por el horizonte de negocios que se corresponden a su objeto social o ámbito de negocios, en razón a que la **actividad aseguradora les es extraña** y

solo intervienen “vendiendo” **como una excepción a la regla de especialidad y/o exclusividad de objeto.**

En definitiva, la reglamentación establecida por la Resolución SSN N° 38.052 es un promedio exacto, entre lo que resulta ser la exigencia de objeto exclusivo y la necesidad del sector asegurador de lograr la mayor capilaridad posible en el universo de consumidores usando para ello empresas que no tienen esa exclusividad.

En otras palabras, no obstante la importancia y trascendencia socioeconómica de la operación aseguradora, mundialmente aceptada como una práctica susceptible de ser desplegada por empresas y auxiliares con exclusividad de objeto y actividad, se permite normativamente como excepción a esa regla la intervención de otras organizaciones empresariales pertenecientes a otros sectores productivos, con la salvaguarda de que la oferta de seguros se circunscriba solo al ámbito de negocios delimitado por la cartera de clientes de la firma o comercio en cuestión, pero se sustraiga del resto del universo de asegurables.

Va de suyo que ese ámbito restringido de comercialización, y consiguiente menor exposición, justifican entre otras diferencias, las menores exigencias de capacitación y formación profesional de los dependientes/recursos humanos de los Agentes Institorios, a los que no se les exige, por ejemplo, cursar el Programa de Capacitación Para Aspirantes (PCA) de 1030 horas, que por el contrario, si se le requiere al postulante a Productor Asesor de Seguros (PAS).

Tampoco se le exige a ese personal acreditar el Programa de Capacitación Continuada (PCC) presencial con más el agregado del e-Learning, reduciéndose la formación profesional de dicho personal dependiente del Agente Institorio a un curso anual de no más de 20 horas.

En este orden de ideas, esta Asociación entiende que la autorización de Mercado Libre como Agente Institorio en los términos de la Resolución SSN N° 38.052 importaría desnaturalizar la finalidad económica, técnica y jurídica que justifica al Agente Institorio como intermediario de seguros, al tiempo de dificultar la convivencia de ambos canales comerciales (Productor Asesor de Seguros y Agentes Institorios) poniendo en crisis el argumento de “Excepcionalidad” al que hicimos referencia más arriba.

Otro tema de la mayor trascendencia que obsta al otorgamiento de la inscripción bajo escrutinio es el tópico de que la dinámica de negocios (más que significativa) de Mercado Libre, resulta transversal a todos los segmentos de la economía.

Conforme puede leerse en <https://es.wikipedia.org/wiki/MercadoLibre>:
“MercadoLibre es una empresa dedicada a compras, ventas y pagos por Internet, siendo una plataforma de comercio electrónico con operaciones en 18 países de América donde millones de usuarios compran y venden. En MercadoLibre venden productos de pequeñas y medianas empresas, productores, fabricantes, importadores, emprendedores, minoristas, mayoristas, individuos particulares, concesionarios, etc. Para vender en MercadoLibre solo es necesario registrarse en el sitio y completar un formulario de venta con todos los datos detalles y fotos del producto que se ofrece. MercadoLibre también posee un servicio llamado MercadoPago, que es una plataforma de cobro a los compradores y pagos y abonos a los vendedores. Sus oficinas centrales se encuentran en Buenos Aires, Argentina.”

En definitiva, Mercado Pago es solo un instrumento, un vehículo con un nombre de fantasía o complemento de las operaciones de Mercado Libre, por lo que deben ser analizadas como una sola empresa o unidad de negocios.

A los efectos que pudieran corresponder, esa COMISIÓN NACIONAL deberá advertir que, tal como luce en el cuadro que se adjunta debajo del presente texto, Mercado Libre S.R.L. (CUIT 30703088535) se encuentra inscripta en el Registro de Proveedores de Servicios de Pago que ofrecen Cuenta (Comunicación BCRA A 6885) habiendo denunciado a Mercado Pago S.A. como una denominación o marca comercial de aquella⁸.

⁸ <http://www.bcra.gov.ar/SistemasFinancierosYdePagos/Proveedores-servicios-de-pago-ofrecen-cuentas-de-pago.asp>

Ayuda en línea
ENG

Buscar

f i in t



BANCO CENTRAL
DE LA REPÚBLICA ARGENTINA

Institucional | Política Monetaria | Sistema Financiero | Medios de Pago | Publicaciones | Estadísticas | El BCRA y vos

Sistema financiero | Entidades no financieras | Proveedores de servicios de pago que ofrecen cuentas de pago

Proveedores de servicios de pago que ofrecen cuentas de pago



Registro de Proveedores de Servicios de Pago								
Código proveedor	Denominación persona Jurídica	Denominación o marca comercial	C.U.I.T.	Domicilio legal				
				Calle y N°	Localidad	Provincia	Código postal	Teléfono
33579	3 SM S.A.	3 SM S.A.	33716602139	BOEDO 2054 PISO 7 DTO.702 CABA (CP: C1239AAX), Buenos Aires	CABA	Buenos Aires	C1239AAX	1156916514
33535	MERCADOLIBRE S.R.L.	MERCADO PAGO	30703088534	Av. Caseros 3039, 2° piso Parque Patricios (CP: C1264AAK), CABA	Parque Patricios	CABA	C1264AAK	5168-3000

Por consiguiente, la actividad económica – comercial de Mercado Libre se emparenta con la de un intermediario o distribuidor de bienes y servicios⁹.

Esa transversalidad a otras (o todas?) las actividades económicas contradice y se opone a la delimitación normativa que exige el artículo 4 inciso f) de la Resolución SSN N°38.052 que reclama se informe la “**actividad económica principal de la empresa y**

⁹ Cfr. Mercado Libre SRL c/ Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor s/ Recurso Directo sobre Resolución de Defensa del Consumidor. SALA I - Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires – 11/06/2018.

cantidad y perfil de los clientes”, obligación que encuentra motivación suficiente en el considerando tercero de la citada resolución general¹⁰.

Son precisamente estos dos ítems de la **Nota Explicativa** del apartado f) del artículo 4 de la Res. 38.052 con los que el organismo de control verifica la existencia de la mencionada **EXCEPCIONALIDAD**.

En su condigna denuncia, esta Asociación le ha solicitado al Supervisor de Seguros que debe tener presente a la hora de evaluar su inscripción en el RAI, que Mercado Libre informa estos sorprendentes niveles de comercialización y crecimiento interanual en plena PANDEMIA del COVID 19, que expone en su propia pagina institucional)¹¹:

- 12 millones de vendedores y 55 millones de compradores activos *.
- 19 compras por segundo y 464 visitas por segundo *.
- 76 millones de usuarios activos (+92,2% interanual).
- 17 millones de nuevos usuarios registrados durante Q3 2020.
- 304 millones productos listados (al cierre de Q3 2020).
- +6800 Tiendas Oficiales.
- Más de 4,2 millones de transacciones totales de Mercado Pago promedio por día *.
- 13,7 millones de pagadores únicos en wallet.
- Mercado Crédito: 5,6M créditos en cartera por US\$ 284M otorgados en préstamos a vendedores y compradores en México, Brasil y Argentina (a Q3 2020)

(Ref *: promedio últimos 12 meses reportados)

Así las cosas, esta Asociación encuentra un **obstáculo NORMATIVO INSALVABLE** al no acreditar Mercado libre el chequeo de legalidad que exige la norma (Incumplimiento del inciso f del artículo 4 de la Resolución SSN N° 38.052), así como tampoco se verificaría con su potencial autorización, la finalidad tenida en cuenta por el

¹⁰ Considerando tres: “*Que por medio de este canal de comercialización, las entidades aseguradoras se sirven de estructuras organizadas destinadas a producir u ofrecer bienes y/o servicios en ramas de la actividad económica distintas al seguro.*”

¹¹ <https://ideas.mercadolibre.com/ar/noticias/historia-de-mercado-libre/Números generales del negocio>

Supervisor de Seguros, al permitirles a los Agentes Institorios comercializar más allá del perímetro de su objeto social y de comercio, circunstancia que en el caso de análisis se observa carente de delimitación en razón al tipo de actividad y modalidad comercial de las empresas en cuestión.

En definitiva, autorizando a operar como Agente Institorio a Mercado Libre, se estaría dando nacimiento al MAYOR INTERMEDIARIO DE SEGUROS de la Argentina y Latinoamérica, causando a su vez el menor nivel de protección a los consumidores de seguros. A ello, se adicionan los peligros que para el régimen de mercado libre traerá dicha autorización, pues como demostraremos más adelante, mediante dicha solicitud de inscripción Mercado Libre esta cometiendo tentativa de varias conductas anticompetitivas y de abusos de posición dominante. Todo ello podría evitarse si administrativamente la SSN denegare a Mercado Libre dicha autorización. Por tal motivo, es que venimos por ante esta COMISIÓN NACIONAL a impetrar la presente denuncia con el doble fin de que se abra una investigación en contra de Mercado Libre para determinar la existencia de dichos ilícitos, así como para que esa COMISIÓN NACIONAL le remita a la Superintendencia de Seguros de la Nación -en virtud de sus facultades conforme el artículo 28 inciso h) de la Ley 27.442- un oficio en el cual le recomiende fundadamente no inscribir a Mercado Libre como Agente Institorio, pues de concretarse dicha inscripción existirá un posible perjuicio para el interés económico general.

5. Mercados de producto y geográficos relevantes.

Antes de pasar a detallar las razones y fundamentos desde el punto de vista del Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia por los cuales nosotros entendemos hay evidencia suficiente para que esa COMISIÓN NACIONAL abra una investigación contra Mercado Libre a los fines de determinar si su conducta consistente en solicitar su inscripción como Agente Institorio por ante la SSN constituyó -y sigue constituyendo- una conducta anticompetitiva y un abuso de posición dominante, corresponde delimitar los mercados de producto y geográficos relevantes. Es la tarea que se acomete a continuación.

Si bien la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia ha definido y analizado anteriormente los conceptos de mercado de producto y de mercado geográfico, sus más recientes definiciones se encuentran en sus Lineamientos para el Control de

Concentraciones Económicas de 2018, conceptos de mercado que también se aplican a las conductas anticompetitivas y a los abusos de posiciones dominantes.

a) Mercado relevante de producto.

En el contexto de la explicitación de la posición de la Comisión respecto de aspectos de dicho control, señaló que el mercado relevante del producto comprende todos aquellos bienes o servicios que son considerados sustitutos por quienes los demandan, dadas las características del producto, sus precios y el objeto de su consumo. Si el bien producido por las empresas que se concentran es sustituible por otros bienes, entonces el poder de mercado de las mismas se verá limitado por la conducta de los consumidores. Dichas empresas no podrán aumentar unilateralmente el precio de su producto sin notar un traspaso significativo de sus consumidores hacia otros bienes alternativos. Los bienes que son sustitutos entre sí compiten por captar la demanda del consumidor, con lo cual lo correcto es incluirlos dentro del mismo mercado. Agrega la Comisión que, a los efectos de considerar la posible respuesta de los consumidores ante un aumento del precio relativo del bien o servicio, se tomarán en cuenta, entre otros, los siguientes elementos:

-Indicios de que los consumidores han trasladado o pueden trasladar su consumo hacia otros bienes como respuesta a un cambio en los precios relativos o en otras variables relevantes, como la calidad.

-Indicios que los productores elaboran sus estrategias de negocios sobre el supuesto de que existe sustitución en las demandas de distintos productos ante cambios en los precios relativos o en otras variables relevantes.

-El tiempo y costo que le implica al consumidor el traslado de su demanda hacia otros bienes.

-Las características de los consumidores de estos bienes, su posible división en segmentos o nichos, y la existencia de discriminación de precios entre dichos segmentos.

Una vez recordado el concepto de mercado de producto relevante para la Comisión, pasamos a describir lo que entendemos procedente en el caso.

El mercado de producto relevante es el de los Canales de Ventas de las Entidades Aseguradoras, que comprende a los intermediarios¹² de seguro, es decir a los Productores Asesores de Seguro y los Agentes Institorios.

Conforme se observa en los cuadros a continuación, la cantidad de intermediarios y canales de ventas resultan ser más que suficientes para el mercado asegurador argentino y no se observa una barrera u obstáculo de acceso respecto a los consumidores de seguro (asegurados y asegurables), por el contrario, la oferta se evidencia suficiente, diversa, proporcionada y próxima.

Constituyen barreras para la expansión del seguro las dificultades económicas coyunturales derivadas naturalmente de la retracción del PIB, circunstancia que se vio incrementada en los últimos años (incidencia del valor de la prima/premio en el presupuesto de gastos de los asegurados/asegurable).

b) Mercado geográfico relevante.

En lo que hace a la determinación del mercado geográfico relevante, los Lineamientos de 2018 antes mencionados de la COMISIÓN NACIONAL entienden por tal mercado como la menor región dentro de la cual resultaría beneficioso para un único proveedor del producto en cuestión imponer un incremento pequeño, aunque significativo y no transitorio, en el precio del mercado. Considera particularmente importante para la definición del mercado geográfico relevante el análisis de la existencia de sustitución por el lado de la demanda. Si los consumidores del área en la cual operan las empresas evaluadas pueden adquirir el bien en un área geográfica cercana, entonces resulta correcto considerar a ambas zonas como parte de un mismo mercado.

También podrá aplicarse, de manera análoga, el criterio de sustitución por el lado de la oferta, cuando exista alguna empresa que ofrece sus productos en determinada área geográfica pero puede ingresar fácilmente con dichos productos a otra área en la que

¹² **Intermediar** significa en un sentido lato, mediar o estar entre dos personas o cosas, y más puntualmente, actuar para poner de acuerdo (-Real Academia Española 1. Intr. Mediar (Estar entre dos personas o cosas); 2. Intr. Mediar (Actuar para poner de acuerdo))-.

De esa forma, cualquiera que se encuentre entre un PROVEEDOR DE BIENES Y/O SERVICIOS y un CONSUMIDOR, es en SENTIDO AMPLIO (LATO SENSU), un INTERMEDIARIO. Por eso son intermediarios tanto los Productores Asesores de Seguro como los Agentes o los Agentes Institorios.

operan otras empresas. En estos casos puede resultar conveniente considerar ambas áreas como un único mercado geográfico relevante.

En cuanto a la información necesaria para definir el mercado geográfico relevante, la Comisión considera que deben tenerse en cuenta, entre otros, los siguientes elementos:

-Indicios de que los consumidores han trasladado o pueden trasladar su consumo hacia otras regiones geográficas como respuesta a un cambio en los precios relativos o en otras variables relevantes.

-Indicios de que los productores elaboran sus estrategias de negocios sobre la base de que existe sustitución en las demandas de distintas regiones geográficas ante cambios en los precios relativos o en otras variables relevantes.

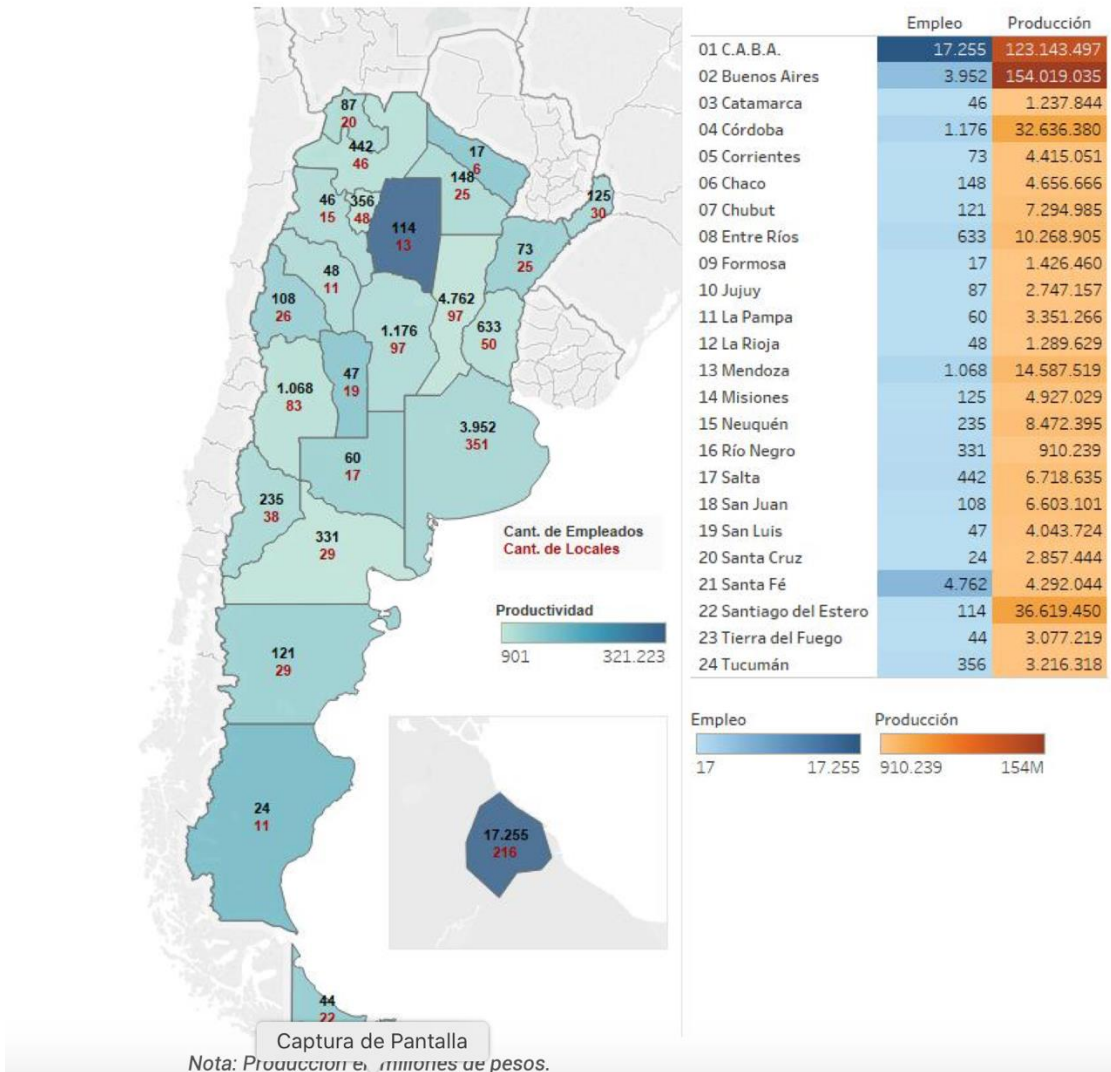
-El tiempo y costo que le implica al consumidor el traslado de su demanda hacia otras regiones geográficas.

-Los volúmenes realmente comerciados de los productos que se trasladan de una región a otra.

Una vez recordado el concepto de mercado geográfico relevante para la Comisión, pasamos a describir el que entendemos procedente en el caso. Según fuentes de la Superintendencia de Seguros de la Nación, a la fecha existen 189 entidades aseguradoras autorizadas a operar en todo el territorio de la República Argentina.

Esas entidades cuentan con más de 1324 locales comerciales propios distribuidos conforme el cuadro que se expone a continuación (Fuente: Circular IF-2020-32693526-APN-SSN#MEC de fecha 18 de mayo 2019 – Personal y Distribución Geográfica de locales – Ejercicio 2018-2019):

Gráfico N° 13: Distribución de las principales variables por Jurisdicción



Los locales comerciales expuestos en el cuadro precedente se complementan con la intervención adicional de 318 Agentes Institorios (*al número de inscriptos se le debe adicionar las descentralizaciones de esas instituciones o empresas. En este sentido, debe tenerse presente que un número significativo de instituciones bancarias o cadenas de retail han denunciado más de 200 sucursales cada una, oferta que se suma al total de locaciones donde se comercializan operaciones de seguro*), 34.573 Productores Asesores de Seguro Persona Humana y más de 770 Sociedades de Productores Asesores de Seguro con distribución geográfica en todo el territorio nacional y niveles de productividad conforme se expone a continuación:

Cantidad de Productores y Sociedades de Productores (*) por Jurisdicción

Ejercicio 2019

Cuadro Nro. 9

Jurisdicciones	Productores Asesores de Seguros			Sociedades de Productores		
	Cantidad	Var. % de la Cantidad de Productores 2019 / 2018	Part % de la Producción del Total de Productores	Cantidad	Var. % de la Cantidad de Sociedades 2019 / 2018	Part % de la Producción del Total de Sociedades
Ciudad Aut. Bs.As.	21.378	5,9	16,6	704	6,2	36,9
Buenos Aires	25.104	5,2	39,7	710	8,9	32,4
Catamarca	1.740	5,6	0,2	230	8,5	0,2
Córdoba	12.378	5,9	9,3	536	8,7	6,2
Corrientes	4.256	7,6	1,0	359	13,6	1,0
Chaco	2.826	3,4	1,2	308	10,4	0,6
Chubut	3.759	5,7	1,6	368	10,5	2,2
Entre Ríos	6.313	4,9	2,5	413	5,6	0,7
Formosa	1.573	3,5	0,4	223	8,8	0,2
Jujuy	1.902	8,9	0,4	245	7,9	0,5
La Pampa	2.633	6,0	1,0	292	6,6	0,8
La Rioja	1.495	2,5	0,3	223	13,8	0,2
Mendoza	6.575	7,6	3,9	447	6,7	1,9
Misiones	3.407	5,2	1,6	328	8,6	0,7
Neuquén	5.131	9,1	2,2	427	9,5	1,6
Río Negro	5.103	7,8	1,7	430	12,3	0,8
Salta	3.558	4,8	1,3	362	14,6	1,0
San Juan	2.397	5,0	0,7	296	7,2	0,9
San Luis	4.174	6,6	0,8	380	12,8	0,5
Santa Cruz	2.843	2,8	0,7	315	10,1	1,0
Santa Fé	10.667	4,7	10,3	519	8,8	6,7
Sgo. del Estero	3.084	8,3	0,6	292	15,0	0,5
Tierra del Fuego	1.747	8,6	0,5	274	8,3	1,2
Tucumán	3.375	7,5	1,4	323	9,9	1,1

(*) Declaradas por las entidades

Jurisdicción	Producción de seguros (En miles de Pesos)					
	Ejercicio 2018			Ejercicio 2019		
	Daños Patrim.	Personas	Total	Daños Patrim	Personas	Total
Total	279.126.830	58.447.000	337.573.830	375.839.974	74.024.579	449.864.553
Ciudad Aut.Bs.As.	68.789.110	26.597.886	95.386.996	91.851.973	31.536.893	123.388.866
Buenos Aires	102.367.029	13.329.969	115.696.998	135.490.839	18.396.657	153.887.496
Catamarca	794.981	139.001	933.982	1.060.617	176.475	1.237.092
Córdoba	21.136.329	2.735.928	23.872.257	29.049.567	3.567.878	32.617.445
Corrientes	2.852.171	541.288	3.393.459	3.731.342	672.263	4.403.605
Chaco	3.104.481	643.462	3.747.943	3.934.547	715.857	4.650.405
Chubut	4.521.151	655.055	5.176.206	6.471.105	820.643	7.291.748
Entre Ríos	6.423.861	1.185.161	7.609.022	8.763.642	1.496.264	10.259.906
Formosa	952.710	164.776	1.117.486	1.241.043	179.918	1.420.961
Jujuy	1.371.704	465.336	1.837.040	1.998.909	746.138	2.745.047
La Pampa	2.143.248	207.745	2.350.993	3.082.469	267.341	3.349.811
La Rioja	792.920	242.376	1.035.296	986.111	302.584	1.288.696
Mendoza	9.254.233	1.390.231	10.644.464	12.727.212	1.850.143	14.577.355
Misiones	3.276.966	505.823	3.782.789	4.232.003	687.152	4.919.154
Neuquén	5.415.065	650.376	6.065.441	7.643.908	822.238	8.466.146
Río Negro	4.295.276	654.566	4.949.842	5.874.628	841.090	6.715.718
Salta	3.200.500	1.431.289	4.631.788	4.587.958	2.007.397	6.595.355
San Juan	2.606.947	438.659	3.045.606	3.434.079	607.326	4.041.405
San Luis	2.009.800	193.477	2.203.277	2.638.904	216.973	2.855.877
Santa Cruz	2.260.721	396.923	2.657.644	3.787.571	501.850	4.289.421
Santa Fé	23.258.515	3.677.238	26.935.753	31.832.777	4.778.521	36.611.298
Santiago del Estero	1.486.557	759.025	2.245.582	2.041.255	1.034.692	3.075.947
Tierra del Fuego	2.166.724	247.324	2.414.048	2.895.768	318.979	3.214.747
Tucumán	4.184.072	1.194.032	5.378.104	5.571.708	1.479.104	7.050.812
Sin clasificación	461.760	54	461.814	910.038	201	910.239

A estos mercados relevantes, debe adicionársele la comercialización de seguros a través de la WEB por empresas naturales de ese entorno, tales como Segurarse, Seguros 911, Clickseguros, Compreseguros.com, Garantiasextendidas.com y Larrea Seguros, que en su conjunto, manejan primas cercanas a los 6 mil millones de pesos¹³.

6. Existencia de elementos de hecho y de derecho suficientes para que esa COMISIÓN NACIONAL inicie una investigación contra Mercado Libre por infracción a la Ley N° 27.442.

¹³ Fuente: <https://www.todoriesgo.com.ar/lanzan-la-camara-insurtech-argentina/> - CAMARA INSURTECH ARGENTINA.

Sin perjuicio de que -tal como indicamos al inicio de la presente- en su denuncia ante la Superintendencia de Seguros de la Nación, esta Asociación le sugirió a dicho Organismo que consulte a la COMISION NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA a los fines de que ese Organismo Gubernamental informe sobre la consecuencias económicas de la autorización como Agente Institorio de Mercado Libre; y para ser más precisos, sobre la potencialidad de producir daños sobre el interés económico general, la competencia y la libre concurrencia en el mercado de los intermediarios, entendemos que también correspondía presentarnos directamente por ante el Organismo que vela por el mantenimiento del régimen de competencia argentino para denunciar la situación.

Y ello, a los fines de brindar nuestros fundamentos -de hecho y de derecho- por los cuales entendemos se hace necesaria la apertura de una investigación por parte de dicha COMISIÓN NACIONAL a los efectos de determinar si la solicitud de inscripción -y en su caso la concreta inscripción- como Agente Institorio de Mercado Libre constituyen una o varias conductas anticompetitivas así como abusos de posición dominante, en infracción de la Ley N° 27.442 (en adelante “L.D.C.”) y con ello tener la potencialidad de causar perjuicio al interés económico general.

Adicionalmente, también constituye el objeto de la presente solicitar que oportunamente esa COMISIÓN NACIONAL le remita a la Superintendencia de Seguros de la Nación -en virtud de sus facultades conforme el artículo 28 inciso h) de la Ley 27.442- un oficio en el cual le recomiende fundadamente no inscribir a Mercado Libre como Agente Institorio, pues de concretarse dicha inscripción existirá un posible perjuicio para el interés económico general.

En nuestra opinión, Mercado Libre comete varias conductas anticompetitivas así como abusos de posición dominante, en todos los casos -por ahora- en grado de tentativa (siendo que bajo la L.D.C. la tentativa también es punible, cfr. al respecto, sin ninguna duda respecto a que la tentativa es punible en la L.D.C., GUILLERMO CABANELLAS DE LAS CUEVAS y DIEGO HERNÁN SREBRINSKY: *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, 3ra. edición, vol. 1 (Buenos Aires, 2017), pág. 298 y ss.).

A continuación, en los apartados siguientes, examinamos en detalle cada una de las conductas y abusos de posición dominante que entendemos Mercado Libre está cometiendo, en grado de tentativa, desde el punto de vista del Derecho de Defensa de la Competencia.

6.1. Mercado Libre es una compañía de Internet que intermedia entre múltiples mercados (*multiple sided markets Internet company*), lo que tiene como consecuencia que debe considerarse una empresa que implica un gran peligro potencial para la competencia, pues pertenece al grupo de compañías que actualmente están bajo estricta vigilancia antimonopólica en los Estados Unidos, en Europa y en multitud de países. Ello tiene como consecuencia adicional que sus acciones deben ser vigiladas con especial atención por el regulador antimonopólico, a los fines de determinar si con aquellas puede llegarse a lesionar la competencia.

Desde hace unos años, todas las empresas que se denominan como “FANGs” (Facebook, Amazon, Netflix and Google) -sigla con la que en la literatura especializada actual se hace referencia no solo a esas específicas 4 compañías sino a todas las otras gigantes de Internet que ostentan un enorme poder de mercado- han estado bajo estricto escrutinio de las autoridades de la Competencia de los Estados Unidos, Europa y Asia, y del Congreso de los Estados Unidos, bajo sospecha de estar cometiendo gran cantidad de conductas anticompetitivas y abusos de posición dominante, estar adquiriendo empresas potencialmente competidoras con el único fin de neutralizar los productos que éstas empresas están desarrollando para así evitar su competencia futura (“killer acquisitions” y “nascent acquisitions”) así como estar llevando a cabo conductas contrarias a la privacidad de los usuarios de Internet.

En especial dentro del universo de compañías FANG’s se encuentran compañías que atienden mercados de múltiples lados, como por ejemplo, AMAZON o Mercado Libre. Estas empresas están bajo hondo escrutinio en la actualidad, pues poseen un enorme poder de mercado, que les deja las manos abiertas para cometer toda clase de actos anticompetitivos y de abusos¹⁴, para lo

¹⁴ El tema ha sido estudiado por la doctrina moderna y por las autoridades antitrust. Por ejemplo, vid., ROCHET, J.C.; TIROLE, J., “Platform Competition in Two-Sided Markets”, Journal of the European

cual, además, tienen grandes incentivos. Además, es público y notorio que en tiempos recientes el Senado del Congreso de los Estados Unidos ha abierto varias investigaciones relacionadas con las posibles acciones antimonopólicas de estas empresas de Internet¹⁵, y ha hecho comparecer ante ese Senado al mismísimo Mark Zuckerberg, quien tuvo que responder duras y complejas preguntas de los senadores estadounidenses. Es más, senadores demócratas están proclamando que sería mejor dividir a estas empresas de Internet tan gigantescas como Amazon o Facebook. Por solo citar una sola, la Senadora demócrata Elizabeth Warren propuso en 2019: “Los Estados Unidos necesita volver a aplicar más duramente

Economic Association, vol. 1 (2003), págs. 990-1029; CAILLAUD, B.; JULLIEN, B., “Chicken and Egg: Competition among Intermediation Service Providers”, RAND Journal of Economics, vol. 34 (2003), págs. 309-328; EVANS, D.S., “The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets”, Yale Journal on Regulation, vol. 20 (2003), págs. 325-381; WRIGHT, J., “One-sided logic in Two-sided Markets”, Revue of Network Economics, 3 (2004), págs. 44-64; JULLIEN, B., “Two-Sided Markets and Electronic Intermediaries”, CESifo Economic Studies, vol. 51, núms. 2-3 (2005) págs. 233-260; EVANS, D.S.; SCHMALENSEE, R., “The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms”, Competition Policy International 3 (2007), págs.151-179; THÉPOT, F., “Market Power in Online Search and Social Networking: A Matter of Two-Sided Markets”, World Competition vol. 36 (2013), págs. 95–221; FILISTRUCCHI, L.; GERADIN, D.; VAN DAMME, E.; AFFELDT, P., “Market definition in two-sided markets: Theory and practice”, Journal of Competition Law and Economics 10 (2014), págs. 293-339; GLEN WEYL, E.; WHITE, A., “Let the Right ‘One’ Win: Policy Lessons from the New Economics of Platforms”, 19 Competition Policy International 2 (2014), págs. 28-51; HAUCAP, J.; HEIMESHOFF, U., “Google, Facebook, Amazon, eBay: Is the Internet Driving Competition or Market Monopolization?”, International Economics and Economic Policy, vol. 11 (2014), págs. 49-61; AUER, D.; PETIT, N., “Two-sided Markets and the Challenge of Turning Economic Theory into Antitrust Policy”, The Antitrust Bulletin, vol. 60 (2015), págs. 426-461; JULLIEN, B.; SAND-ZANTMAN, W., “Network Effects”, Institut D’Economie Industrielle (2016) pág. 9, disponible en https://idei.fr/sites/default/files/IDEI/documents/conf/trading2016/rapport/network_effect.pdf (visitado por última vez el 25 de marzo de 2018); KAHN, L.M., “The Amazon Paradox”, Yale Law Journal 126 (2017), págs. 710-805; OECD Policy Roundtables, Two-Sided Markets (2009) disponible en <https://www.oecd.org/daf/competition/44445730.pdf>; OECD: The Digital Economy (2012), disponible en <http://www.oecd.org/daf/competition/The-Digital-Economy-2012.pdf>; MONOPOLKOMMISSION, Competition policy: The challenge of digital markets (2015), disponible en http://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/s68_fulltext_eng.pdf; COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de 25 de mayo de 2016 - Las plataformas en línea y el mercado único digital. Retos y oportunidades para Europa (COM(2016)288), así como el Commission staff working document que la acompaña (SWD(2016)0172); HOUSE OF LORDS. SELECT COMMITTEE ON EUROPEAN UNION, Online Platforms and the Digital Single Market (2016), disponible en <https://publications.parliament.uk/pa/ld201516/ldselect/ldecom/129/129.pdf>; COFECE, Repensar la competencia en la Economía Digital (2018), disponible en https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2018/03/RepensarlaCompetenciaenlaEconomiaDigital_01022018.pdf.

¹⁵ Por citar solo alguna de esas Investigaciones del Congreso estadounidense como ejemplo, cfr. la investigación sobre si las leyes antimonopólicas actuales son adecuadas o necesitan ser modificadas a los fines de tratar los problemas de competencia generados en los mercados digitales, abierta en abril de 2020, por el “Subcommittee on Antitrust, Commercial, and Administrative Law” del “Committee on the Judiciary” de la “U.S. House of Representatives”

sus leyes antimonopólicas, y dividir todas esas compañías gigantescas que están dominando la “big tech”, la “big pharma”, y el “resto de ellas.”¹⁶

Como dijimos, estas empresas están bajo gran escrutinio antimonopólico en la actualidad. En este sentido, es altamente significativo que el Senado del Congreso de los Estados Unidos haya abierto varias investigaciones relacionadas con las posibles acciones antimonopólicas de estas empresas de Internet.

En un reciente artículo que ha devenido muy famoso¹⁷, LYNNA KHANN¹⁸ demuestra -a lo largo de 96 páginas- los peligros que Amazon como aplicación de Internet intermediaria de multimercados tiene para la competencia. En este sentido, vale recordar sus palabras cuando escribe: “Amazon es el titan del comercio del Siglo XXI. Además de ser un retailer, es ahora una plataforma de marketing, una red de distribución y logística, un servicio de pago, un otorgante de créditos, una casa de remates privados, una gran editorial de libros, una productora de televisión y de filmes de cine, un diseñador de modas, un fabricante de hardware, y un “host” líder de espacios de server en la “nube”. Aunque Amazon ha tenido un crecimiento asombroso, genera escasas ganancias, eligiendo fijar un precio por debajo del costo para sus ventas, y en lugar de cobrar precios más altos, eligió expandirse ampliamente. A través de esta estrategia, la compañía se ha posicionado a ella misma como el centro del E-commerce, y actualmente sirve como una infraestructura esencial para “hostear” otros negocios que dependen de ello”. Se puede hacer una muy apretada síntesis de lo que sostiene KHAN en este sentido: “... [a los fines del escrutinio antimonopólico debe prestarse atención a] el riesgo de precios predatorios y cómo la integración entre distintas líneas de negocios puede resultar anticompetitiva. Estas preocupaciones aumentan en el contexto de las plataformas en línea por dos razones. Primero, la economía de los mercados de plataformas crea incentivos para que una empresa busque el crecimiento sobre las ganancias, una estrategia que los inversores han

¹⁶ Cfr. Ted Johnson, Democratic Candidates Differ on Ways To Rein in Facebook, Other Big Tech Firms, DEADLINE (Oct. 15, 2019, 7:55 PM), <https://deadline.com/2019/10/democraticdebate-facebook-elizabeth-warren-1202761256/> [<https://perma.cc/UPF3-EXMU>].

¹⁷ Respecto a la gran influencia que alcanzó este artículo académico de KHAN, se puede consultar, por ejemplo, la nota aparecida al respecto an revista TIME: <https://time.com/collection/next-generation-leaders/5692977/lina-khan-next-generation-leaders/>

¹⁸ Cfr. L.M. KAHN: “The Amazon Paradox”, Yale Law Journal 126 (2017), págs. 710-805.

recompensado. En estas condiciones, los precios predatorios se vuelven altamente racionales, incluso cuando la doctrina existente los trata como irracionales y, por lo tanto, inverosímiles. En segundo lugar, debido a que las plataformas en línea sirven como intermediarios fundamentales, la integración a través de las líneas de negocios posiciona a estas plataformas para controlar la infraestructura esencial de la que dependen sus rivales. Esta doble función también permite que una plataforma explote la información recopilada sobre las empresas que utilizan sus servicios para socavarlas como competidores”¹⁹.

Ciertamente, si bien con algunas disimilitudes, en mucho no se diferencian -como plataformas intermediarias de multimercados- Amazon de Mercado Libre, en especial, que ambas son plataformas que intermedian entre múltiples mercados. Como hemos visto en el párrafo transcrito de KHAN, éste hecho les otorga un enorme poder de mercado al convertirlos en una facilidad esencial, así como en el hecho de dejarlos en una posición de poder de mercado sumamente gigantesca, posición que se hace muy difícil de competir para sus competidores; especialmente cuando estas plataformas utilizan la estrategia de los precios predatorios como forma de adueñarse de los mercados, tal como veremos en un apartado posterior en el presente escrito.

En resumen, lo que quiso ponerse en claro desde el mero comienzo de esta denuncia en el presente apartado, era el hecho de que Mercado Libre es una plataforma de Internet que atiende e intermedia entre mercados de múltiples lados, y que ese elemento en muchas maneras la emparenta al coloso Amazon (y al resto de las llamadas FAGS), y ello tiene una obligada consecuencia: que sus actos deben ser vigilados especialmente por el regulador de Defensa de la Competencia, y mucho más especialmente debe existir esa vigilancia cuando mediante esos actos pretenden pasar a realizar un tipo de actos jurídicos a los que no están debidamente autorizados, como entendemos se trata en el presente caso, y se explica en detalle en el apartado siguiente.

¹⁹ Cfr. LYNN KHANN, op. cit. p. 710.

6.2. Obtención por parte de Mercado Libre de ventajas significativas mediante la infracción de normas (violación del artículo 1º, segundo párrafo, L.D.C.).

El primer párrafo del artículo 1º de la L.D.C. dispone: “*Están prohibidos los acuerdos entre competidores, las concentraciones económicas, los actos o conductas, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto, limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general. Se les aplicarán las sanciones establecidas en la presente ley a quienes realicen dichos actos o incurran en dichas conductas, sin perjuicio de otras responsabilidades que pudieren corresponder como consecuencia de los mismos*”.

A su vez, el segundo párrafo del artículo 1º de la L.D.C. dispone: “*Queda comprendida en este artículo, en tanto se den los supuestos del párrafo anterior, la obtención de ventajas competitivas significativas mediante la infracción de otras normas.*”

Es que la lucha competitiva que llevan adelante los comerciantes por obtener el favor de los consumidores de sus productos o servicios, debe llevarse a cabo en un marco general de legalidad. Es decir, que los empresarios están obligados –por supuesto- a obedecer las leyes integrantes de la totalidad del sistema normativo del territorio o los territorios en los que desenvuelven sus actividades, y en especial la legislación de Defensa de la competencia. Y es que si un competidor violara una norma legal cualquiera –pongamos por caso, no pagar parte de las cargas sociales de sus empleados- contaría con un importante flujo de dinero extra para utilizar en el giro de su negocio, flujo extra con el que no contarían los comerciantes competidores que cumplen totalmente con sus obligaciones para con la seguridad social. O sea, dicho comerciante contaría con una ventaja competitiva significativa respecto de su competidor, ventaja que obtuvo mediante la violación de una norma legal²⁰.

²⁰ Cfr. G. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, P. PALAZZI, A. SÁNCHEZ HERRERO y D. SEREBRINSKY: *Derecho de la competencia desleal* (Buenos Aires, 2014), pág. 687 (si bien explicado en el contexto del Derecho de la Competencia Desleal, la explicación es totalmente trasladable y aplicable al ámbito del Derecho de Defensa de la Competencia en este contexto, en virtud de la lógica ordinaria y la lógica deóntica).

Se ha dicho que “los comerciantes están –ante el ordenamiento jurídico- en un pie de igualdad, por lo tanto, cuando uno de ellos viola esa igualdad respecto a alguna de las normas jurídicas integrantes del ordenamiento, dicha violación le permite estructurar una estrategia competitiva que el resto de los comerciantes respetuosos de dichas normas no pueden llevar adelante, contando así con una ventaja competitiva que lo eleva de la *par conditio concurrentium* establecida por las normas tuitivas de la competencia y de lealtad comercial, quebrantando la misma”²¹.

Es que la comisión de una conducta violatoria de una norma jurídica, entonces, además del efecto normal para la que está destinada (la aplicación de la sanción correspondiente que forma parte de su estructura) hace nacer en el mundo jurídico una segunda consecuencia, que consiste en la perturbación que la ventaja competitiva obtenida por la violación crea en el funcionamiento del mercado, lo que opaca la necesaria transparencia que en el mismo debe existir, y cuya consecución es uno de los fines del Derecho de Defensa de la Competencia y del Derecho de la Lealtad Comercial²².

Luego precisan que: “En el caso específico de la violación de normas que regulan la actividad concurrencial, el fundamento de la proscripción del ilícito de violación de normas no es ya la protección de la *par conditio concurrentium*, sino la defensa directa de la estructura jurídica de la competencia económica establecida por el legislador, que configuran los bienes jurídicamente protegidos en las normas legales protectoras de la competencia económica, tales como la legislación antimonopólica y de defensa de la competencia, la normativa antidumping, el régimen de inversiones extranjeras, la ley de abastecimiento, la legislación sobre transferencia de tecnología, etc”²³.

Corresponde aquí aclarar, ya que citamos una obra sobre Derecho de la Lealtad Comercial, citas que son totalmente aplicables y correctas al caso que nos ocupa, que esta específica conducta de Mercado Libre que describimos en este apartado, además de constituir una infracción al ilícito establecido en el segundo párrafo del artículo 1° de la L.D.C., TAMBIÉN constituye -en concurso ideal- el

²¹ Cfr. op. cit. nota anterior pág. 689.

²² Cfr. op. cit. nota precedente págs. 689 y 690.

²³ Cfr. op. cit. nota precedente pág. 690.

ilícito de Lealtad Comercial establecido en el artículo 10 inciso c) del Decreto 248/2019 de Lealtad Comercial que dispone que constituye un acto de competencia desleal: “c) *Violación de normas: Valerse efectivamente de una ventaja significativa derivada de competir mediante el incumplimiento de normas legales*”. No obstante, el hecho de que una misma conducta encuadre al mismo tiempo en una figura del Derecho de Defensa de la Competencia y en una de la Lealtad Comercial, no obsta a la actuación e intervención de esa Comisión Nacional en la presente Denuncia, pues con claridad absoluta el artículo 7° del mencionado Decreto 248/2019 de Lealtad Comercial dispone: “*Concurrencia de figuras. Un acto podrá ser calificado como acto de competencia desleal y sancionado conforme a las disposiciones de este Título sin perjuicio de la aplicación de las sanciones establecidas por otras normas. En las formas y condiciones que establezca la reglamentación, quedan exceptuados de lo previsto en el párrafo anterior los actos alcanzados por la Ley N° 27.442 de Defensa de la Competencia, que no podrán ser juzgados ni sancionados en virtud del presente Decreto*”. Queda claro, entonces, que si bien la conducta de Mercado Libre que estamos describiendo en el presente apartado 6.1, además de configurar el ilícito del artículo 1°, segundo párrafo de la L.D.C., configura -en concurso ideal- el ilícito del artículo 10 inc. c) del Decreto 248/2019, la jurisdicción para intervenir en el caso es de esa COMISIÓN NACIONAL, y no de los organismos de aplicación del mencionado Decreto de Lealtad Comercial.

Enfocándonos ahora específicamente al ámbito del Derecho de Defensa de la Competencia, lo que se sostiene en este apartado es que Mercado Libre al solicitar su inscripción como Agente Institorio por ante la SSN está cometiendo una tentativa de la conducta prohibida por el segundo párrafo del artículo 1° de la L.D.C., pues pretende ser inscripto como Agente Institorio, cuando en rigor dicha inscripción no es legalmente posible en aplicación de la normativa aplicable, tal como se explicó en los apartados precedentes.

Es decir, que Mercado Libre pretende obtener una ventaja significativa (ser inscripto como Agente Institorio) para poder así pasar a poder comercializar seguros -actividad que hoy día legalmente está impedido de hacer-, pero mediante la infracción de la normativa aplicable. **Y decimos que -por ahora- la conducta de Mercado Libre está en grado de tentativa porque aún la SSN no la ha**

inscripto; pues bien puede ocurrir que dicho Organismo, por error o inadvertencia, proceda a su inscripción. Dicha tentativa, en dicho caso, quedará en grado de consumación.

No hay dudas de que la tentativa también está incluida entre las prohibiciones de la L.D.C. Por solo citar a la más calificada doctrina argentina de Defensa de la Competencia, la misma escribe sobre el tópico: *“Respecto de las conductas prohibidas por la L.D.C. el principal aspecto que concierne a la configuración de tentativas es el relativo a la lesión de la libre competencia. Respecto de la posibilidad de perjuicio para el interés económico general, podría considerarse que implicando la tentativa de restringir la competencia una probabilidad de tal posibilidad, el análisis de los actos anticompetitivos no consumados no diferiría, en lo que atañe al citado perjuicio, del correspondiente a los ilícitos perfectos. En los casos en que ha tenido lugar una conducta anticompetitiva, pero no ha resultado perjuicio efectivo para el interés económico general, habría igualmente un ilícito consumado si tal perjuicio fue probable, en forma concreta y sustancial”*²⁴.

Otra derivación que tiene el hecho de que la conducta de Mercado Libre se trate de una tentativa, como también escriben CABANELLAS y SEREBRINSKY, consiste en que: *“En relación con las infracciones contra la competencia, previstas en el artículo 1º de la L.D.C., la posibilidad de tentativa se da aún en los casos en que no existe relación de causalidad entre la conducta tenida en vista por el sujeto y la restricción de la competencia. Así, en el caso de un acuerdo de fijación de precios, el perfeccionamiento de éste supone de por sí una limitación de la competencia, prohibida por el artículo 1º, antes mencionado. Una vez que se ha llegado a tal punto no habría ya posibilidad de tentativa. Ésta puede existir, sin embargo, cuando en casos como el precedentemente descripto una de las partes propone a las demás la realización del acuerdo mencionado, sin que éste se llegue a concretar. Existe en este caso marcada univocidad respecto del delito propuesto, así como un peligro concreto y significativo de que éste tenga lugar”*²⁵.

²⁴ Cfr. G. CABANELLAS y D. SEREBRINSKY: *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, vol. 1, op. cit. p. 299.

²⁵ Cfr. G. CABANELLAS y D. SEREBRINSKY, op. cit. nota anterior.

Esto, trasladado a nuestro caso, significa que Mercado Libre **ya ocasiona el peligro concreto para el interés económico general en virtud del cual se concreta la violación del artículo 1° de la L.D.C.** Ello, pues el sólo hecho de que Mercado Libre **INTENTE** convertirse en Agente Institorio produce dicho peligro concreto. Recuérdese que la L.D.C. no exige bajo ningún concepto que exista un daño efectivo al interés económico general, sino que lo que exige es que exista la POSIBILIDAD de ese daño, es decir, un daño posible. Por lo tanto, se trata en los casos de todos los ilícitos de la L.D.C. **de delitos de peligro concreto.** De allí, la irrelevancia de la producción del daño efectivo, con la consecuente importancia que a su vez adquieren las tentativas.

Como resumen del presente apartado, entonces, nosotros sostenemos que Mercado Libre comete la conducta, punible en grado de tentativa, proscripta por el segundo párrafo del artículo 1° de la L.D.C. que dispone: “Queda comprendida en este artículo, en tanto se den los supuestos del párrafo anterior, la obtención de ventajas competitivas significativas mediante la infracción de otras normas.”, consistiendo dicha conducta en su solicitud de inscripción como Agente Institorio por ante la Superintendencia de Seguros de la Nación; ello, pues en rigor Mercado Libre no cumple con los requisitos normativamente exigibles para poder ser inscripto como tal.

6.3. Si se permite que Mercado Libre sea inscripto como Agente Institorio, estará en condiciones de trasladar su posición dominante hoy existente en el mercado del comercio electrónico, al mercado de la intermediación del seguro (“leverage power”).

Es de público y notorio conocimiento que Mercado Libre ostenta al día de hoy una posición de dominio gigantesca en el mercado del comercio electrónico. Mercado Libre tiene aproximadamente el 80,7 por ciento de dicho mercado en la Argentina²⁶ (sin mencionar el porcentaje de dicho mercado que ostenta en otros países del mundo en el que tiene presencia comercial).

²⁶ Según datos extractados de “El futuro ya llegó: la necesidad de regulación de Mercado Libre y el comercio electrónico” en el sitio web Sociedad Futura, cfr. en <https://sociedadfutura.com.ar/2020/05/22/el-futuro-ya-llego-la-necesidad-de-regulacion-de-mercado-libre-y-el-comercio-electronico/>, visitado el día 20 de abril de 2021. En dicho artículo se puede observar

En tal sentido, la L.D.C. en su artículo 5° prohíbe el abuso de posición dominante. Esta metodología viene desde antiguo en el Derecho de Defensa de la Competencia argentino. La Ley 22.262 incluía en su artículo 2° una definición del concepto de posición dominante dirigida, según se indica en la Exposición de Motivos²⁷, “*a evitar posibles dudas emergentes de la introducción de un concepto relativamente novedoso en nuestra legislación*”. Desde este punto de vista se siguió la metodología adoptada por las legislaciones alemana y española, debiéndose observar que la definición incluida en el artículo 2° de la Ley 22.262 se basa en la empleada en el artículo 2°, inciso 2 de la hoy derogada Ley española sobre Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia.

Por su parte, la hoy derogada ley 25.156 retuvo la metodología empleada por la Ley 22.262, profundizando la definición de posición dominante originada en ésta. El artículo 4° de la Ley 25.156. establecía que, a los efectos de esta Ley, se entiende que una o más personas gozan 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. El artículo 5° de la Ley 27.442, que es la vigente Ley de Defensa de la Competencia argentina, mantiene esta definición.

El artículo 5° de la L.D.C. prevé tres distintos casos de posición dominante:

- i) La derivada de la existencia de un único oferente en el mercado relevante.
- ii) La derivada de la falta de competencia sustancial en el mercado relevante.
- iii) La derivada de la posibilidad de excluir a un competidor del mercado.

Por su parte, el artículo 6° de la L.D.C. establece diversos criterios adicionales para determinar la existencia de una posición dominante en un mercado, siguiendo en tal sentido lo antes dispuesto por el artículo 5° de la Ley 25.156.:

también la posición de dominio que Mercado Libre ostenta en Brasil, Colombia y Mexico. En el market share global de Latinoamérica tiene un 54,8 % de dicho market share.

²⁷ Análisis del Articulado, 2.

- 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 ésta²⁸.
- 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 poder²⁹.

No caben dudas, por ser de público y notorio conocimiento, que Mercado Libre goza en la actualidad, en el mercado del comercio electrónico, de la posición dominante descripta en el punto ii) precedente.

Este hecho incontrastable permite llegar a la conclusión altamente probable de que en caso que la SSN le otorgue a Mercado Libre la inscripción como Agente Institutorio, Mercado Libre utilizará su gigantesco poder de mercado existente en el mercado del comercio electrónico, para “pasarlo” –“transferirlo”- al mercado de la intermediación del seguro, y así conseguir ventajas que no podría haber conseguido en un mercado que hubiera funcionado bajo una dinámica competitiva. Corresponde que nos extendamos algo más sobre la explicación de este supuesto, cosa que hacemos en los párrafos siguientes.

Es muy conocida en el Derecho de Defensa de la Competencia la teoría del “leverage market power”³⁰ en virtud de la cual una compañía que tiene gran poder de mercado en un mercado³¹, se aprovecha del mismo para a su vez adquirir poder en un mercado en el que no tiene dicho poder. El caso típico de esta forma de transferencia de poder de una posición dominante de un mercado a otro mercado es la figura de imposición de prestaciones u operaciones suplementarias. Estas

²⁸ Este criterio se orienta a la determinación del mercado en que se ejercerá la posible posición dominante.

²⁹ Este criterio se relaciona con el ejercicio del poder de mercado, característico del abuso de posición dominante.

³⁰ Esta teoría se encuentra explicada en muchísimas obras y artículos estadounidenses de Derecho antimonopólico. Por todos, se puede consultar, para una explicación básica, HERBERT HOVENKAMP: "Tying and the Rule of Reason: Understanding Leverage, Foreclosure, and Price Discrimination" en Faculty Scholarship at Penn Law, 2011, pp. 1864 y ss.

³¹ Con perdón del retruécano.

imposiciones son también llamadas “cláusulas atadas” o “tying arrangements”. Un ejemplo sería que una empresa A que vende un reloj muy apreciado X solo lo acepte vender si el comprador está dispuesto a adquirir, al mismo tiempo, un champagne de su misma marca. Aquí, la empresa A está trasladando su poder en el mercado de los relojes al mercado de los champagnes, pues la única forma que tiene un consumidor deseoso de adquirir el reloj marca X, es adquirir TAMBIÉN el champagne de la misma marca, champagne que no le interesaba adquirir o directamente no quería comprar, pero resulta obligado a hacerlo por A, si quiere comprar el reloj X.

La imposición de prestaciones u operaciones suplementarias constituye un típico caso de abuso de posición dominante. Así lo contempla expresamente el artículo 86, inciso d), del Tratado de Roma; el artículo 3º, inciso f) de la Ley 27.442 contempla la figura consistente en “subordinar la venta de un bien a la adquisición de otro o a la utilización de un servicio, o subordinar la prestación de un servicio a la utilización de otro o a la adquisición de un bien” como una de las conductas unilaterales anticompetitivas que pueden cometerse; pero por supuesto también puede cometerse como un abuso de posición dominante, como es el caso que estamos analizando.

La Exposición de Motivos de la Ley 22.262 preveía explícitamente esta forma de abuso de posición dominante, indicando que el caso más usual de imposición de prestaciones u operaciones suplementarias resulta en los supuestos de “empresas que utilizan su poder de mercado respecto de un artículo determinado, para obligar a los interesados en adquirirlo a comprar otros bienes de ellas”.

Así la más calificada doctrina argentina de Derecho de Defensa de la Competencia ha dicho al respecto: *“La configuración del abuso de posición dominante aquí previsto no requiere que la imposición de operaciones vinculadas tenga efectos negativos sobre la libre competencia en el mercado correspondiente a tales operaciones. Indudablemente, tal será el efecto que normalmente tendrá la imposición, al impedir que una parte de la demanda dirigida al mercado elija libremente su proveedor, pero aun en caso de faltar el efecto, por ejemplo, debido a la escasa significación de la demanda desviada mediante las cláusulas atadas, se configurará la explotación abusiva prevista en*

el inciso f), antes mencionado, si se dan las restantes condiciones propias de esa figura, y si faltan las posibles causales de justificación características de este tipo de caso. Los compradores perderán, al menos parcialmente, la posibilidad de dirigir libremente su poder de compra, lo cual implica privarlos de uno de los beneficios esenciales derivables de una economía que opera en condiciones de competencia efectiva. Asimismo, la imposición de prestaciones suplementarias sólo es posible cuando se goza de un poder de mercado incompatible con una situación de competencia efectiva, sea que tal poder derive de una posición dominante o de alguna forma de concertación o convenio restrictivo de la libre concurrencia”³².

No puede haber ninguna duda de que la intención de Mercado Libre, al intentar convertirse en Agente Institorio, es -entre otras conductas- imponer a su gigantesca base de clientes como una prestación obligatoria la contratación de seguros, seguramente a precios depredatoriamente bajos, a la manera en que lo hacen los bancos, es decir en letra pequeña y sin que casi los clientes lleguen a darse cuenta de que están contratando un seguro. Se den o no se den cuenta los clientes, es fácil sacar como conclusión -en utilización de la regla de la razón- que con el gigantesco poder de mercado que su posición dominante en el mercado del comercio electrónico le otorga, Mercado Libre podrá obligar a sus clientes a que, en caso de que quieran usar la plataforma de Mercado Libre, deberán obligatoriamente contratar con ellos los seguros que ellos les impongan. Esta conclusión se impone no como un mero ejercicio de imaginación literaria, sino -como hemos dicho- en aplicación de la regla de la razón, la “rule of reason” que se aplica en el Análisis Económico del Derecho de Defensa de la Competencia.

Un argumento adicional para demostrar que la conducta anticompetitiva que está cometiendo Mercado Libre constituye una tentativa punible, viene dada por el hecho de que Mercado Libre se encuentra en cualquier momento en condiciones de desistir de su tentativa conforme el artículo 43 del Código Penal -que resulta aplicable a su vez por lo dispuesto por el artículo 79³³ de la L.D.C. Es decir, si

³² Cfr. G. CABANELLAS y D. SEREBRINSKY: *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, op. cit., vol. 2, pág. 241.

³³ El artículo 79 de la L.D.C. dispone: “Serán de aplicación supletoria para los casos no previstos en esta ley, el Código Penal de la Nación y el Código Procesal Penal de la Nación, en cuanto sean compatibles

Mercado Libre decidiera arrepentirse de su conducta, y retirar o de cualquier forma cancelar su solicitud de inscripción como Agente Institorio por ante la SSN, habrá hecho utilización del instituto penal del desistimiento, regulado por el mencionado art. 43 del Código Penal, con la muy importante consecuencia de no quedar sujeto a pena por la realización de la tentativa³⁴.

Como resumen del presente apartado, nosotros sostenemos que la conducta de Mercado Libre de inscribirse ante la Superintendencia de Seguros de la Nación a los efectos de ser tenida como Agente Institorio, constituye también una tentativa de cometer la conducta proscripta en el artículo 3° inciso f) Ley N° 27.442, cometida en abuso de posición dominante de su mercado en el comercio electrónico, a los fines de transferir dicho poder al mercado de la intermediación del seguro.

6.4. Existencia en el presente caso de posible perjuicio al interés económico general.

Bajo el derecho argentino, para que una conducta resulte violatoria de la L.D.C. no es necesario que efectivamente cause un daño efectivo al interés económico general, sino que tan solo basta con que ***pueda*** causarlo. Así, el primer párrafo del artículo 1° de la L.D.C. establece: “Están prohibidos los acuerdos entre competidores, las concentraciones económicas, los actos o conductas, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que ***pueda*** resultar perjuicio para el interés económico general” (el énfasis es nuestro).

Es decir que bajo el Derecho argentino de la Competencia los actos anticompetitivos son delitos de peligro concreto, no son delitos de resultado, haciendo alusión a la clasificación de delitos del Derecho Penal respecto de delitos de resultado y delitos de peligro. Por lo tanto, lo relevante a la hora de la configuración de la violación de la norma por parte del agente que comete el ilícito

con las disposiciones de la presente. No serán aplicables a las cuestiones regidas por esta ley las disposiciones de la ley 19.549”.

³⁴ El artículo 43 del Código Penal dispone: ARTICULO 43.- “El autor de tentativa no estará sujeto a pena cuando desistiere voluntariamente del delito”.

anticompetitivo es que produzca el acto con dolo y que con ello cause una probabilidad concreta³⁵ de perjuicio al interés económico general.

El elemento del perjuicio posible al interés económico general es uno de los conceptos esenciales de la L.D.C. pues limita el marco de las prohibiciones de ella, relacionando a las figuras previstas en su artículo 1º con el sistema económico en su conjunto.

Una de las dificultades que enfrenta todo régimen regulatorio de la competencia es el hecho de que no todas las conductas lesivas de ésta son contrarias a los intereses económicos de la comunidad.

Se debe tener en cuenta, a fin de evaluar el impacto de una acción sobre el interés económico general, que la competencia en un sector es uno de los elementos que conciernen a dicho interés. Una vez averiguados los efectos de una conducta sobre la competencia, tales efectos deben ser comparados con los posibles beneficios y perjuicios adicionales que se cause al interés económico general.

Pese a la amplitud del concepto, debe tenerse en cuenta que éste, como surge de los términos utilizados por la L.D.C., sólo contempla los aspectos económicos del interés general. En este sentido, la legislación argentina se diferencia de la estadounidense, la cual está dirigida al logro de metas que exceden de las

³⁵ En los Estados Unidos el requerir solo la potencialidad de lesión a la competencia también se ha utilizado respecto a las concentraciones económicas. En dicho país, mediante el artículo 7º de la Ley Clayton, se utiliza un criterio específico para las fusiones y otras concentraciones, caracterizado por la prohibición de esos actos en cuanto “puedan” afectar la competencia o tiendan a crear un monopolio. Este criterio de potencialidad llevó, en el pasado, a una tendencia fuertemente expansiva de las prohibiciones sobre las concentraciones económicas. Este criterio se conoció en su época como doctrina de la “incipiency” (incipiency), que durante largo tiempo fue Derecho positivo en Estados Unidos, y más adelante se fue flexibilizando. No obstante, hoy en día existen voces muy autorizadas en la doctrina estadounidense que solicitan su aplicación nuevamente dando interesantes fundamentos y estadísticas. Con esto queremos decir que la exigencia a la potencialidad de lesión de la competencia no es exclusiva del régimen de conductas anticompetitivas, sino que también se aplica al régimen de concentraciones. Entre esas voces de la doctrina estadounidense a las que hicimos referencia precedentemente, puede consultarse, por ej., P. C. CARTENSEN y R. H. LANDE: “The merger incipency doctrine and the importance of redundant competitors” en: *Wisconsin Law Review* 2018, p.783; también, si bien poniéndole algunos límites a dicha doctrina en la actualidad, cfr. H. HOVENKAMP: “Prophylactic merger policy” en: *Hastings Law Journal* , 2018, t. 70, p.45. Como nota de interés, vale destacar que el artículo recién citado de P. C. CARTENSEN y R. H. LANDE ganó el célebre premio estadounidense a los mejores artículos de Derecho antimonopólico “Jerry S. Cohen Award for Antitrust Scholarship” del 2018 correspondiente a la categoría “Best Horizontal Mergers Article”. En este artículo Cartensen y Landen directamente indican que no hace falta ninguna reforma legislativa para aplicar nuevamente la doctrina de la insipiencia para prohibir las fusiones sospechadas en su mero comienzo de poder ser lesivas de la competencia, sino que el texto actual de la Sección 7 de la Ley Clayton ya es suficiente.

puramente vinculadas al sistema económico. En consecuencia, aspectos tales como el impacto político de determinado acuerdo entre productores, o su influencia sobre las relaciones internacionales, son totalmente ajenos a la figura descripta en el artículo 1° de la L.D.C.³⁶.

Respecto de la voz “general”, utilizada para calificar el interés económico previsto en el artículo 1° de la L.D.C., no debe entenderse que aquella hace necesario que un acto tenga un impacto sustancial sobre toda la economía del país, para que resulte prohibido bajo el citado artículo. Su sentido es que los efectos de las conductas anticompetitivas deben evaluarse no en relación con un aspecto aislado del sistema productivo, sino considerando en conjunto las consecuencias de esas conductas sobre los valores económicos reconocidos por la comunidad.

El método adecuado para evaluar en qué medida se perjudica o beneficia el interés económico general consiste en computar por una parte los beneficios que puede derivar la comunidad, o un sector de ésta, y por otra los perjuicios que resulten, considerados en forma similar, teniéndose en cuenta, en ambos casos, únicamente las consecuencias de índole económica. Obviamente este cálculo no tiene el carácter de un cómputo expresable en términos cuantitativos exactos³⁷.

Respecto al elemento de potencialidad de perjuicio al interés económico general del artículo 1° de la L.D.C., citamos a CABANELLAS-SEREBRINSKY cuando escriben: “A efectos de la aplicación del concepto de interés económico general debe tenerse en cuenta que la condición necesaria para que se configure la ilicitud prohibida por el artículo 1° de la L.D.C. es que un acto anticompetitivo o que constituya abuso de posición dominante “pueda resultar” perjudicial para dicho interés económico. Como se menciona en la Exposición de Motivos de la Ley 22.262 “se hace referencia a un peligro concreto razonablemente determinado en cada caso particular y no a la mera posibilidad lógica y abstracta de lesión”. En consecuencia, si bien no es necesario demostrar, en cada hipótesis concreta que se plantee, el daño ya sufrido por el interés económico general, con motivo de la conducta analizada, sí se hace necesario acreditar la posibilidad de perjuicio para ese interés que deriva de dicha hipótesis”³⁸. Más adelante en el presente escrito,

³⁶ Cfr. G. CABANELLAS y D. SEREBRINSKY: *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, vol. 1, op. cit., pp. 233 y ss.

³⁷ Op. cit. nota anterior, p. 236.

³⁸ Cfr. op. cit. nota precedente, p. 241.

veremos cuáles son los efectos negativos para el interés económico general que las conductas aquí denunciadas de Mercado Libre ocasiona y ocasionará. Además, también comprobaremos que no se presenta ningún efecto positivo para dicho interés que pueda neutralizar alguno o algunos de los efectos negativos, y que, por lo tanto, justifique la conducta aquí denunciada.

En cuanto a lo que la jurisprudencia ha interpretado como concepto de posible perjuicio para el interés económico general, se advierten dos tendencias fundamentales, que no son contradictorias entre sí. Por una parte, desde el inicio de la aplicación de la Ley 22.262, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia y los fallos de alzada han venido sosteniendo –reflejando así lo ya indicado en la Exposición de Motivos de la Ley 22.262 – que las conductas anticompetitivas tienden a crear un perjuicio para el interés económico general, por cuanto el funcionamiento de los mercados en competencia efectiva es el mecanismo económico adecuado para promover el bienestar general. Por otra, el interés económico general se identifica con la utilidad que la comunidad deriva de cierta conducta.

La primera línea de casos encuentra múltiples manifestaciones. Así, en *Ifrisa S.A. c. YPF y otra* (Dictamen CNDC 11-03-82) se sostuvo que *“el interés económico general está preservado cuando está preservado el funcionamiento del mercado, ya que de este modo se obtienen todos los beneficios que resultan de la competencia; de manera que en el caso contrario, cuando se viene a conspirar contra ella, se afecta el interés económico general amparado por la norma”*.

En *Colegio Oficial de Farmacéuticos y Bioquímicos de la Capital Federal* (27-4-82) la Comisión entendió que una conducta anticompetitiva tiene virtualidad para afectar el interés económico general, *“que puede resentirse cuando se resiente el funcionamiento del mercado”*.

En *Refrescos del Litoral c. Frontera S.A.*, dictamen del 27/12/91, la Comisión sostuvo que *“la ley 22.262 vela por el adecuado funcionamiento del mercado por lo que la maniobra de un competidor de sustraer envases de otro, pretendiendo desplazarlo del mismo introduce en dicho mercado reglas desleales que distorsionan su buen funcionamiento y al mismo tiempo obligan al damnificado a una necesaria reposición de envases, que lógicamente incrementa*

sus costos y precios, lo que en definitiva constituirá un perjuicio al interés económico general”.

La segunda línea jurisprudencial tiende a identificar el interés económico general con la utilidad que la comunidad recibe de la conducta a ser evaluada. Esta interpretación es examinada aprobatoriamente y utilizada en el caso Editorial Amfin (C.Nac. en lo Pen. Econ., Sala II, 12/3/92) donde se sostiene que el interés económico general, en esta acepción, *“debe ser entendido como el interés de la comunidad, y no el de determinados agentes económicos. Esto resulta así pues la expresión ‘de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general’ se refiere a las expectativas o derechos de contenido económico de una multiplicidad o pluralidad de personas que son las que constituyen el sector de los consumidores”.*

En Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas c. Great Lakes Carbon Corporation, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia dictaminó: *“Desde el punto de vista del análisis económico, el interés económico general es equivalente a la utilidad que la comunidad recibe de la conducta a ser evaluada. Y evidentemente, hablar de economía de divisas y otros beneficios como ocupación de mano de obra argentina, abastecimiento de insumos, etc., sin haber descuidado el abastecimiento de los compradores locales tradicionales, a través de un contrato que le aseguró a YPF la ubicación de un volumen importante de carbón residual de petróleo en el mercado interno, con saldos productivos destinados a la exportación, que además ha posibilitado el autoabastecimiento y la exportación de coque calcinado, relacionado este hecho con un aprovechamiento más racional, útil y ganancioso de los recursos, es hablar consecuentemente de un beneficio recibido por la comunidad y no de un perjuicio al interés económico general”.*

En Repsol YPF Gas S.A. y otras, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, revocó un fallo que había entendido que no existía perjuicio al interés económico general debido a que las prácticas consideradas no dañaban a quienes operaban en el mercado considerado, al menos comparados con la situación previa a estas prácticas; la Corte entendió que lo que se busca resguardar es el *“bien de la comunidad”* (Fallos t. 330, p. 2192).

Respecto a estas dos líneas jurisprudenciales, CABANELLAS-SEREBRINSKY escriben que no existe contradicción entre una y otra línea de casos. La segunda interpretación jurisprudencial explicita en forma abstracta el concepto de interés económico general, identificándolo con el interés económico de la comunidad o de sus integrantes. La primera línea jurisprudencial no sostiene lo contrario, sino que, precisando más el concepto y facilitando su aplicación a casos concretos, entiende que cuando se configura una conducta anticompetitiva se presenta un elemento inicial contrario al interés económico de la comunidad, pues la regla general es que la comunidad se beneficia en la medida en que sus mercados operan en forma competitiva. Pero esa primera línea jurisprudencial no niega que puede haber conductas anticompetitivas que, en circunstancias especiales, creen beneficios para la comunidad que compensen los perjuicios que para ella tengan los aspectos anticompetitivos de tales conductas.

Como resumen de lo visto precedentemente hasta aquí en este apartado, puede decirse que la metodología de interpretación del artículo 1° de la L.D.C. respecto del elemento de perjuicio al interés económico general en la jurisprudencia argentina, ha sido la siguiente. La existencia de una restricción a la competencia –que se debe evaluar tomando en cuenta todos los efectos anticompetitivos y procompetitivos de una conducta– crea un efecto negativo sobre el interés económico general, entendido éste como el interés económico de la comunidad en su conjunto; sólo demostrando efectos positivos mayores, imputables a la misma conducta, sobre la comunidad, será posible tener a la conducta como justificada.

En nuestro caso, no pueden caber dudas de que el interés económico general puede llegar a resultar perjudicado grandemente en caso de que Mercado Libre llegue a ser inscripto como Agente Institorio, y que absolutamente ningún efecto positivo mayor se puede imputar a dicha conducta sobre el interés económico general. Los efectos negativos que acaecerán con una alta probabilidad serán los que indicamos a continuación:

a) seguramente una vez que Mercado Libre logre dicha inscripción, y teniendo en cuenta su poder de mercado en el mercado del comercio electrónico, pasará a comercializar sus productos en un mercado en el que hasta ahora no participaba y era ajeno: el mercado de la intermediación de los seguros; y ello lo

hará con una alta probabilidad mediante la imposición de la obligación de compra de seguros adicionales a los usuarios de sus plataformas, produciendo así la transferencia de su poder de mercado (el famoso “*leverage*”) al del mercado de la intermediación de seguros;

b) además de la transferencia de poder de mercado a un mercado en el que hasta ahora no disponía de poder alguno, Mercado Libre también causará los efectos negativos que trae la comisión misma de los actos anticompetitivos consistentes en las ventas con cláusulas atadas por sí mismas consideradas;

c) otro efecto negativo para el interés económico general será que un coloso del comercio electrónico -incluso un titán comercial no solo nacional sino con presencia internacional en varios países- pasará a comercializar seguros a sus cientos de miles de usuarios, con la muy segura nociva consecuencia para el mercado argentino de la intermediación del seguro de que muchísimos agentes institorios, agentes de seguro, agencias de seguro, sociedades de productores asesores y productores asesores personas humanas, deberán presentarse en concurso de acreedores, directamente pedir su quiebra, perder sus trabajos y en todos los casos, dejar de operar; con la gravísima y nefasta consecuencia para el interés económico general de que el mercado dejará de tener una gran cantidad de jugadores, para pasar a ser cada vez más reducido, con la omnipresente presencia de Mercado Libre siempre amenazante; y

d) es altamente probable que una vez que Mercado Libre sea inscripto como Agente Institorio, salga al mercado ofreciendo seguros con precios depredatorios (artículo 3° inciso k) de la L.D.C. y como conducta de obstaculización del mercado (artículo 3° inciso d), es decir ofrecer los seguros por debajo del costo, a precios excesivamente bajos. Ello, como ha estudiado la ciencia económica y el Derecho de la Competencia, es una conducta que suelen cometer los nuevos entrantes a un mercado a los fines de eliminar a la competencia existente en el mercado previo a su entrada. El segundo de los fines de la estrategia de los precios depredatorios consiste en que una vez que se eliminó la competencia gracias a la utilización de los mismos, se procede a elevar los precios, y -además de “llevarse” el premio de destruir a la mayoría de los intermediarios de seguros preexistentes a su ingreso- se recupera toda la ganancia que Mercado Libre haya perdido mientras utilizó la estrategia de ventas depredatorias.

Hemos descripto algunos de los posibles efectos que sobre el interés económico general podrá tener -con alta probabilidad- la inscripción de Mercado Libre como Agente Institorio. En cuanto a encontrar UN SOLO efecto positivo, queremos ser honestos intelectualmente y manifestar que después de meditar hondamente el asunto, no hemos encontrado un solo efecto positivo para el mercado de intermediación de los seguros para el caso en que Mercado Libre pase a actuar en el mismo. Bueno, de hecho, sí encontramos un solo y único efecto positivo: el efecto positivo que resultará para el propio Mercado Libre, que en caso de resultar inscripto como Agente Institorio, tendrá acceso a un banquete gigantesco de potenciales clientes para venderles seguros a precios tan bajos a los que el resto de los *players* no podrán igualar, causando la quiebra de miles de ellos.

Como conclusión del presente apartado, puede afirmarse que en caso que la Superintendencia de Seguros de la Nación inscriba a Mercado Libre como Agente Institorio, se producirán posiblemente efectos negativos sobre el interés económico general, mientras -a su vez- no se producirá posiblemente ningún efecto positivo sobre el mismo que pueda compensar los efectos negativos antes descriptos, con lo que resulta entonces que quedará posiblemente perjudicado el interés económico general, con lo que dicho elemento del artículo 1° de la L.D.C. se encuentra presente en la conducta aquí denunciada.

II. DERECHO.


Las normas jurídicas que resultan aplicables a la presente denuncia son aquellas que han sido mencionadas y explicadas a lo largo del presente escrito, así como todas aquellas que también resulten aplicables; pero someramente enunciadas son: los artículos 1° , 3° incisos d), f) y k), 5°, 6°, 18, 28 inc. h), artículos 55, 56, 57, 58, 59 y todas otras normas concordantes de la Ley N° 27.422; así como los artículos 7° y 10° inciso c) del Decreto 248/2019.

III. PETITORIO.

Por las razones de hecho y de derecho precedentemente expuestas, es que les solicitamos:

- 1) Se nos tenga por presentados, por parte denunciante y por constituidos los domicilios arriba indicados, tanto el físico como el electrónico.
- 2) Se haga lugar a la presente denuncia contra Mercado Libre, y se investiguen las conductas descriptas a lo largo de ella, abriéndose el correspondiente expediente administrativo.
- 3) Se le remita a la Superintendencia de Seguros de la Nación un oficio en el cual esa COMISIÓN NACIONAL le recomiende fundadamente no inscribir a Mercado Libre como Agente Institorio, pues de concretarse dicha inscripción existirá un posible perjuicio para el interés económico general que afectaría el mercado de los intermediarios de seguros y de esta forma también a los consumidores de seguros (Asegurados y asegurables).

Finalmente, solo precisarles que quedamos a vuestra entera disposición, con el fin de complementar o ampliar lo expuesto en la presente, así como aprovechamos la ocasión para saludarlos con nuestra consideración más distinguida.



SEBASTIÁN DEL BRUTTO
PRESIDENTE



RODRIGO JAVIER PUÉRTOLAS
SECRETARIO