



COLUMNA DE OPINIÓN

Los presupuestos cautelares “olvidados”

LA APARIENCIA DE BUEN DERECHO Y EL PELIGRO EN LA DEMORA

Jorge W. Peyrano

Ante todo, debemos señalar que el uso, en la práctica y en la teoría, de la expresión “medida cautelar” ha tenido una consecuencia seguramente no querida: la pérdida de vista de que el requerimiento cautelar (*rectius*, demanda y pretensión cautelar) genera la formación de un verdadero proceso (1) dotado de todas las características propias de dicha categoría jurídica: bilateralidad, previa (2) o postergada, dictado de una resolución dirimente, posibilidad de un accionar recursivo. La referida “pérdida de vista” resulta más extraña cuando se memoria que, frecuentemente, las leyes procesales civiles argentinas se ocupan de aludir a que las “medidas cautelares” tramitan bajo el formato de una “información sumaria” (3), y ésta constituye, obviamente, un formato de índole procesal.

Ahora bien: es menester tener en cuenta que la resolución cautelar no es una providencia de mero trámite, porque encierra una declaración que, si bien no genera certeza, sí es realizada en grado de verosimilitud o de apariencia de buen derecho.

Llegados aquí, es preciso subrayar que invariablemente se consigna legalmente que los mencionados en el epígrafe son los dos presupuestos que deben concurrir para despachar favorablemente una cautelar (4). Curioso es que, pese a ello, en la praxis acontece que tanto en lo que atañe al peligro en la demora como en lo que concierne a la apariencia de buen derecho no se exige ha-

Las Guías de la CNDC para casos de abuso de posición dominante

Germán Coloma (*)

SUMARIO: I. Introducción. — II. Posición dominante y abuso de posición dominante. — III. Formas específicas de abuso. — IV. Diferencias entre la versión preliminar y la versión final de las Guías de la CNDC. — V. Consideraciones finales.

Las Guías para el análisis de casos de abuso de posición dominante de tipo exclusorio publicadas por la CNDC representan un documento muy importante como pauta para predecir los criterios a emplear en casos referidos a la aplicación de la ley 27.442 en un conjunto amplio de conductas anti-competitivas. En ese sentido las Guías de la CNDC se han transformado en un documento pionero, ya que son el primer conjunto de criterios elaborado por la autoridad antitrust argentina sobre aplicación general de la Ley de Defensa de la Competencia a casos de infracciones a dicha ley.

son el primer documento que la CNDC emite sobre el tema. En cierto modo, pueden verse como un complemento de los “Lineamientos para el control de concentraciones económicas”, publicados originalmente en el año 2001 y actualizados en mayo de 2018, a través de la res. 208 de la Secretaría de Comercio de la Nación. A diferencia de dichos Lineamientos, sin embargo, estas Guías fueron publicadas directamente por la CNDC, y no a través de una resolución o disposición, sino de un documento de carácter más informal.

El objetivo del presente artículo es analizar los principales criterios contenidos en las Guías para el análisis de casos de posición dominante de la CNDC. También se hará referencia a cómo dichos criterios se fueron modificando entre la versión preliminar, sometida a consulta en septiembre de 2018, y la versión final, publicada en mayo de 2019. Por último, el artículo contendrá una serie de conclusiones y consideraciones finales sobre el tema bajo análisis.

II. Posición dominante y abuso de posición dominante

Un elemento básico que aparece de manera prominente en las Guías de la CNDC tiene que ver con la distinción entre la existencia de posición dominante y el abuso de dicha posición por parte de una empresa o entidad que opera en algún mercado. La existencia de posición dominante representa una condición necesaria para que pueda haber un abuso, pero resulta perfectamente posible que en un determinado caso exista posición dominante sin haber abuso de ella.

La definición de posición dominante que aparece en las Guías de la CNDC parte de lo expresado en el art. 5º de la ley 27.442, por el cual la posición dominante tiene lugar cuando una empresa o agente económico es el único oferente o demandante o cuando, sin ser el único, no está expuesto a una “competencia sustancial”.

A continuación, las Guías de la CNDC mencionan también un criterio tomado de la doctrina europea (2), por el cual la posición dominante de una empresa implica la capacidad de comportarse con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, proveedores o clientes, sin que ninguno de éstos pueda ejercer una “presión competitiva eficaz”.

Las Guías de la CNDC aclaran además que la posición dominante se evalúa siempre respecto de cierto mercado relevante, y que para eso debe necesariamente definirse el mercado en cuestión (utilizándose criterios semejantes a los que se emplean para analizar las operaciones de concentración económica). También le dedican cierto espacio a la relación entre posición dominante y participación de mercado, haciendo referencia al uso de un criterio cuantitativo específico, que es el propuesto originalmente por los economistas Arie Melnik, Oz Shy y Rune Stenbacka. Dicho criterio establece que sólo puede tener posición dominante la empresa con mayor participación en cierto mercado y que, además, dicha participación debe ser mayor a un indicador (denominado “umbral de dominancia”), que depende de las participaciones de mercado de la empresa de mayor tamaño y de la segunda empresa más grande (3).

Otro criterio cuantitativo que aparece expuesto en las Guías de la CNDC es la presunción de que una empresa no tiene posición dominante si su participación de mercado está por debajo del 40%. Dicha apreciación es congruente con el criterio de Melnik, Shy y Stenbacka, puesto que de su aplicación surge que no resulta posible que una empresa pueda sobrepasar el umbral de dominancia si su *market share* se encuentra por debajo del 41,42%.

En lo que se refiere al tema del abuso de una posición dominante, las Guías de la CNDC hacen uso de una clasificación ya tradicional en la literatura sobre defensa de la competencia, que distingue entre casos de “abuso explotativo” y

COLUMNA DE OPINIÓN. Los presupuestos cautelares “olvidados”. La apariencia de buen Derecho y el peligro en la demora

Jorge W. Peyrano..... 1

DOCTRINA. Las Guías de la CNDC para casos de abuso de posición dominante

Germán Coloma..... 1

NOTA A FALLO. Sobre el resarcimiento por una discapacidad intelectual severa

Juan A. Seda..... 4

JURISPRUDENCIA

MALA PRAXIS MÉDICA. Relación de causalidad. Deficiente confección de la historia clínica. Pérdida de chance. Daño moral. Legitimación de los padres del damnificado (CNCiv.) 4

MEDIDAS CAUTELARES. Devolución de sumas percibidas en virtud de una precautoria. Rechazo de la demanda que le dio origen. Omisión de pronunciamiento sobre la cuestión (CS) 10

TERCERÍA DE MEJOR DERECHO. Adquirente con boleto de compraventa. Sentencia firme en juicio de escrituración. Pago del precio. Preferencia sobre el embargante (CNCiv.)..... 11

OBRAS SOCIALES. Demanda intentada por una obra social contra una asociación civil. Competencia federal. Aplicación del art. 38 de la ley 23.661 (CNFed. Civ. y Com.).....12

Las Guías de la CNDC para casos de abuso de posición dominante

● VIENE DE TAPA

casos de “abuso exclusorio”(4). Los primeros se refieren a situaciones en las cuales una empresa con posición dominante lleva a cabo una conducta de explotación directa de sus clientes o sus proveedores, en tanto que los abusos exclusorios tienen que ver con casos en los cuales la empresa dominante evita el ingreso de nuevos competidores, induce la salida del mercado de competidores existentes o impide que algún competidor existente se expanda.

Siguiendo el mismo criterio utilizado por la Comisión Europea en su comunicación sobre conductas abusivas de empresas dominantes, la CNDC ha optado por concentrarse de manera exclusiva en los casos de abuso exclusorio, considerando que éstos son “los más frecuentes en la jurisprudencia comprada”. El título del documento publicado, inclusive, da cuenta de dicha elección, puesto que en él se aclara que las Guías de la CNDC son para casos “de abuso de posición dominante de tipo exclusorio”. Las únicas referencias explícitas que aparecen en el texto a abusos explotativos son, por lo tanto, las que sirven para aclarar que dichos abusos no serán analizados en las Guías de la CNDC, y un par de notas a pie que citan un caso reciente en el cual se multó a una entidad por abuso explotativo de posición dominante(5) y que aclaran que la Ley argentina de Defensa de la Competencia no contiene provisiones que impliquen la regulación *ex ante* de precios en mercados potencialmente competitivos.

Otra aclaración operativamente importante que aparece en las Guías de la CNDC tiene que ver con la idea de que es posible que una empresa tenga posición dominante en un mercado y lleve a cabo un abuso de posición dominante en otro mercado. Esto ocurre, por ejemplo, en casos en los cuales el proveedor dominante de un insumo lleva a cabo una conducta abusiva que impacta sobre el mercado del producto que se elabora con dicho insumo, y también puede acaecer en casos de “ventas atadas” (en los cuales un proveedor con posición dominante respecto de cierto bien puede usar dicha posición para excluir competidores en el mercado de otro bien vinculado con aquél por relaciones de complementariedad en el consumo o por compartir el mismo canal de comercialización).

III. Formas específicas de abuso

El capítulo más extenso de las Guías de la CNDC (que comprende 12 de las 21 ps. que tiene en total el documento) es el titulado “Formas específicas de abuso”, y en él se pasa revista a una serie de prácticas específicas que, según cómo se lleven a cabo, pueden entrar dentro de la categoría de abuso de posición dominante de tipo exclusorio. Las conductas en él analizadas son la negativa de venta de bienes y servicios, el estrechamiento de márgenes, las ventas

atadas, el empaquetamiento de productos, los precios predatorios, y tres prácticas clasificadas como “restricciones verticales” (fijación de precios de reventa, exclusividad, y descuentos condicionales).

En lo que respecta al análisis efectuado en relación con la primera de tales conductas (la negativa de ventas), las Guías de la CNDC tienen como punto más relevante la idea de que, para que dicha práctica pueda constituir un abuso de posición dominante, es necesario que tenga la capacidad de excluir de algún mercado al cliente al que se le niegan las ventas, y que eso genere a su vez una reducción de la competencia que pueda implicar la existencia de perjuicio al interés económico general. Para ello, las Guías enuncian de manera complementaria un conjunto de criterios a tener en cuenta, que tienen que ver con la participación simultánea de la empresa investigada en mercados “aguas arriba” y “aguas abajo”, con el carácter indispensable del bien o servicio respecto del cual se niega la venta, con la posible eliminación de competencia en el mercado aguas abajo y con la probabilidad de que todo esto genere un perjuicio a los consumidores del mercado aguas abajo.

Otra particularidad interesante de esta parte de las Guías de la CNDC es que ellas consideran la negativa de acceso a una instalación esencial (*essential facility*) y el estrechamiento de márgenes (*margin squeeze*) como variaciones de la conducta de negativa de venta. En el primero de tales casos, eso se debe a que una negativa de acceso a una instalación esencial puede verse como una negativa de venta de un servicio indispensable para poder competir en un mercado. En el segundo caso, se origina en el hecho de que un estrechamiento de márgenes (que es una conducta por la cual una empresa que opera tanto aguas arriba como aguas abajo fija precios en dichos mercados de modo de generarle pérdidas a un competidor) puede ser una forma indirecta de negar una venta a una empresa que tenga que comprar un insumo aguas arriba para elaborar un producto que debe vender aguas abajo.

Las Guías de la CNDC también analizan de manera conjunta los posibles abusos exclusorios de posición dominante surgidos de las ventas atadas y del empaquetamiento de productos. Si bien en este último caso (empaquetamiento de productos) es mucho menos probable que pueda producirse un abuso que en el primero (venta atada), en ambas circunstancias puede acontecer que una empresa que tiene presencia en varios mercados aproveche dicha presencia para excluir a competidores que sólo operan en uno de tales mercados(6). Para evaluar estos casos, las Guías brindan algunos criterios de análisis más o menos generales, que tienen que ver con la idea de que los productos deben ser “claramente distintos y separables”, y con la capacidad de la conducta para generar un cierre anticompetitivo del mercado.

La siguiente sección del capítulo de las Guías de la CNDC referida a las formas específicas de abuso trata el tema de los precios predatorios. Dicha sección es relativamente breve, pero enuncia con claridad la idea de que para que esta conducta sea sancionable resulta necesario que surja de una política de precios que no esté basada en ventajas de costos de la empresa supuestamente depredadora, que

tenga entidad como para poder excluir competidores del mercado, y que permita luego el ejercicio efectivo del poder de mercado por parte de dicha empresa (a través, por ejemplo, de un incremento de los precios en una etapa posterior). También enuncia el criterio de que, para distinguir entre un precio predatorio y un precio bajo originado en una ventaja de costos, resulta relevante llevar a cabo una comparación con el “costo incremental directo” de la empresa supuestamente depredadora, que según los casos puede estimarse a través de algún concepto contable, tal como el costo variable unitario de provisión del bien o servicio de que se trate.

La última sección del capítulo de las Guías de la CNDC sobre formas específicas de abuso es la dedicada a las restricciones verticales, que abarca la fijación de precios de reventa, la imposición de exclusividad y los descuentos condicionales. Estas últimas dos restricciones son vistas como variaciones de la misma conducta, ya que su posible carácter exclusorio tiene que ver con la misma idea. Puede así ocurrir que una empresa dominante imponga una obligación de exclusividad para que sus proveedores o clientes no comercien con sus competidores, y que sea justamente esa imposición la que implique la exclusión o el deterioro de la capacidad competitiva de tales competidores. Alternativamente, el mismo efecto puede surgir de una política de precios que condicione ciertos descuentos a la exclusividad (o a la “lealtad” de los clientes respecto de comprar a la empresa dominante), y que sea la posibilidad de acceder a tales descuentos la que opere como un incentivo para no comprar a los competidores de la empresa dominante (y que eso a su vez genere la exclusión de tales competidores del mercado).

IV. Diferencias entre la versión preliminar y la versión final de las Guías de la CNDC

Tal como hemos mencionado en la introducción al presente artículo, las Guías de la CNDC sobre casos de abuso de posición dominante de tipo exclusorio surgieron de un proceso de elaboración que contempló la consulta pública de un documento preliminar sobre el cual se basó luego la versión final publicada. Dicho documento, titulado “Proyecto de lineamientos para el análisis de casos de abuso de posición dominante”, estuvo en consulta durante los meses de septiembre y octubre de 2018, y hubo un total de 21 personas (entre profesionales independientes, estudios de abogados, entidades profesionales y organismos internacionales) que enviaron sus comentarios sobre aquél. Parte de los cambios que se introdujeron en el documento original para llegar a la versión de las Guías publicada finalmente en mayo de 2019 tuvieron obviamente que ver con los comentarios recibidos. Otra parte parece haber surgido de la discusión interna en el seno de la propia CNDC, y de un proceso de consenso entre los miembros de ella.

De la comparación entre la versión preliminar y la versión final de las Guías de la CNDC surge claramente que la última es en buena medida una versión abreviada de la primera. Esto resulta evidente por el hecho de que la versión original es un documento de 33 ps., en tanto que la versión final tiene solamente 21 ps. También se destaca el hecho de que la versión preliminar estaba presentada como un proyecto de “Lineamientos” referido a casos de abuso de

posición dominante (tanto explotativos como exclusorios), en tanto que la versión final hace referencia a “Guías” y acota su alcance a los abusos de tipo exclusorio.

La diferencia entre “Lineamientos” y “Guías” no parece ser en este caso otra cosa que un modo que eligió la CNDC para publicar el documento sin necesidad de que fuera refrendado por una resolución del secretario de Comercio Interior o por una disposición oficial de la propia CNDC. El acotar el alcance a las conductas exclusorias, en cambio, parece representar una decisión relacionada con la idea de destacar la preponderancia de dichas conductas por encima de las conductas explotativas y —quizás— con la decisión de no emitir opiniones generales respecto de estas últimas conductas.

La no inclusión de los abusos explotativos de posición dominante dentro de las Guías de la CNDC hizo también que la versión final no incluyera las secciones que aparecían en la versión preliminar referidas a precios abusivos, discriminación de precios y asignación de clientes o territorios exclusivos, que estaban básicamente enfocadas desde el punto de vista de su carácter explotativo y no de su carácter exclusorio. Otra sección que desapareció como tal es una que estaba referida al “perjuicio al interés económico general”, si bien algunos de sus párrafos fueron incluidos en el actual cap. III de las Guías de la CNDC (sobre abuso de posición dominante). Dicho capítulo incluye además una nueva sección, titulada “Eficiencias”, en la cual se establecen algunos criterios que pueden interpretarse como factores que sirven para justificar la existencia de casos de abuso que no generan perjuicio al interés económico general.

Otra diferencia consiste en la fusión de las secciones sobre “negativa de venta de bienes o servicios” y “estrechamiento de márgenes”. En la versión preliminar, si bien se mencionaba que el estrechamiento de márgenes podía ser visto como una variante de una estrategia de negativa de venta, la conducta se analizaba en una sección separada, en la cual se mencionaba que dicho estrechamiento también podía ser considerado en algunos casos como una variante de una estrategia de precios predatorios, y se enuncian algunos criterios específicos aplicables exclusivamente a los casos de *margin squeeze*.

Una última diferencia general que se aprecia entre la versión preliminar sometida a consulta pública y la versión final de las Guías de la CNDC consiste en la inclusión del empaquetamiento de productos como una posible conducta anticompetitiva separada de la venta atada (aunque tratada en conjunto con ella dentro de la misma sección). En la versión preliminar, en cambio, el empaquetamiento de productos o *bundling* era mencionado dentro de la sección sobre ventas atadas como un caso particular de esta última conducta (*bundling* puro), aclarándose que también podían existir casos de empaquetamiento sin venta atada (*bundling* mixto).

V. Consideraciones finales

La principal conclusión que puede extraerse de la lectura de las “Guías para el análisis de casos de abuso de posición dominante de tipo exclusorio” publicadas por la CNDC es que ellas representan un documento muy importante como pauta para predecir los

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)
(*) Profesor titular de la Universidad del CEMA, donde dicta cursos sobre Economía de la Organización Industrial y Análisis Económico del Derecho. Director general entre 2016 y 2019 de Estudios Económicos y Legales de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia.
(1) En rigor, dicho proceso de elaboración comenzó unos cuantos meses antes, cuando en el seno de la propia CNDC se empezó a investigar y recopilar información

sobre el tema, y a redactar la versión preliminar del documento que fue luego puesto a consulta.
(2) Véase, por ejemplo, la comunicación de la Comisión Europea sobre conducta excluyente abusiva de empresas dominantes (2009/C 45/02), de fecha 24/02/2009.
(3) El mencionado umbral de dominancia se define como igual a $0,5 \times (1 - s1^2 + s2^2)$, donde “s1” es la participación de mercado de la empresa más grande y “s2” es la participación de mercado de la segunda empresa más grande. Al respecto, véase MELNIK, Arie - SHY,

Oz - STENBACKA, Rune, “Assessing market dominance”, *Journal of Economic Behavior and Organization*, vol. 68, 2008, ps. 63-72. Véase también el documento de trabajo titulado “Innovaciones metodológicas en el análisis de concentraciones por parte de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia”, CNDC, Buenos Aires, 2017.
(4) Véase, por ejemplo, el libro de NEUMANN, Manfred, “Competition policy”, Ed. Edward Elgar, Cheltenham, 2001, cap. 3. Véase también COLOMA, Germán,

“Defensa de la competencia”, 2ª ed., Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2009, cap. 6.
(5) Dicho caso es “FEGHRA c. SADAIC”, res. 371/2018 de la Secretaría de Comercio de la Nación.
(6) Nótese que la diferencia entre ambas conductas radica en que, en una venta atada, el vendedor no le da al cliente la opción de comprar alguno de sus productos sin tener que comprar necesariamente el otro. En el caso del empaquetamiento de productos, en cambio, es usual que ambos productos puedan adquirirse por separado, y

criterios a emplear en casos referidos a la aplicación de la ley 27.442 en un conjunto amplio de conductas anticompetitivas. En ese sentido, las Guías de la CNDC se han transformado en un documento pionero, ya que son el primer conjunto de criterios elaborado por la autoridad *antitrust* argentina sobre aplicación general de la Ley de Defensa de la Competencia a casos de infracciones a dicha ley (7). Pueden, por lo tanto, verse como un complemento muy significativo de los ya tradicionales “Lineamientos para el control de las concentraciones económicas”, y ser un punto de partida para la elaboración de guías sobre otros tipos de conductas anticompetitivas (por ejemplo, de acuerdos horizontales).

Es también muy importante que, en su elaboración, el documento se haya puesto primero a consulta pública, y que por lo tanto se haya podido beneficiar de los comentarios recibidos en dicha consulta. Esto puede verse como un procedimiento que ya ha adquirido un carácter relativamente estándar en la CNDC, puesto que la actual versión de los “Lineamientos para el control de concentraciones económicas” (de mayo de 2018) también se puso a consulta pública en agosto de 2017, y más recientemente (en marzo de 2019) la CNDC puso a consulta pública un proyecto de guías sobre notificación de concentraciones económicas (que probablemente se publique en el futuro como un documento al respecto).

{ NOTAS }

también en un paquete conjunto que los incluya a los dos.
(7) La CNDC tenía ya publicados con anterioridad algunos otros documentos con criterios y lineamientos más específicos, como lo son las pautas sobre mercados

En relación con las diferencias entre la versión preliminar y la versión definitiva de las Guías de la CNDC, cabe resaltar el carácter más acotado de esta última, y su intento de evitar interpretaciones que puedan resultar controvertidas o discutibles. Eso ha hecho perder cierto grado de coherencia interna al documento, pero sin duda le ha posibilitado ganar consenso. Un ejemplo claro de esto último surge de observar algunas partes que estaban en la versión preliminar de las Guías y que fueron omitidas de la versión final, tal como la que establecía un procedimiento general de tres pasos para evaluar la posible existencia de un abuso de posición dominante (8). Dicho procedimiento general era usado luego de manera más o menos sistemática para analizar las distintas formas específicas de abuso, que en la versión actual carecen de ese marco analítico previo.

La eliminación del capítulo sobre perjuicio al interés económico general también genera un efecto parecido sobre el resto del documento, puesto que omite un criterio que aparecía de manera prominente en la versión preliminar, basado en la idea de que, a efectos de evaluar si un abuso de posición dominante podía provocar perjuicio al interés económico general, se pondría “especial énfasis en considerar si la conducta en cuestión es capaz de generar una reducción del excedente total de los agentes económicos y del excedente del consumidor”. La supresión de este criterio general de evaluación

(que luego era empleado de manera recurrente en el análisis de los distintos tipos de abuso) le resta obviamente coherencia interna al análisis llevado a cabo, pero sin duda permite que muchas de las afirmaciones que se realizan luego, y que están basadas en dicho criterio, sean suscriptas por personas que no necesariamente concuerdan con el criterio general en sí.

No se entiende en cambio muy bien por qué, dentro del capítulo sobre restricciones verticales, se mantuvo la sección sobre fijación de precios de reventa y se eliminó la sección sobre asignación de clientes o territorios exclusivos. Si la causa de la eliminación de esta última conducta fue (como suponemos nosotros) que ella se refería preponderantemente a casos de abuso explotativo y no exclusorio, entonces idéntico criterio debería haber sido utilizado para suprimir la sección sobre fijación de precios de reventa (que es una práctica que, en las escasas circunstancias en las cuales puede constituir un abuso de posición dominante, también es básicamente explotativa y no exclusoria).

Otro punto que llama un poco la atención es la supresión de una importante cantidad de citas de casos resueltos en el pasado por la autoridad *antitrust* argentina. En la versión preliminar de las Guías había dieciseis referencias a casos argentinos de defensa de la competencia, contra solamente seis referencias que aparecen en la versión final. Inversamente, la

versión preliminar no incluía ninguna referencia explícita a los lineamientos europeos sobre abuso de posición dominante, en tanto que la versión final los cita siete veces. Este cambio quizás tenga que ver con un intento de darle a los criterios enunciados una visión más global y menos localista, dando a entender que en este punto la principal fuente de doctrina debe ser la práctica internacional de las agencias *antitrust* más importantes, y no la jurisprudencia de la propia CNDC.

Cita on line: AR/DOC/1766/2019

① MÁS INFORMACIÓN

Del Río, Santiago - Mora, Ignacio C., “Defensa de la competencia y lealtad comercial, ¿destinos comunes, caminos diferentes?”, Sup. Esp. Comp. Desleal. DNU 274/2019 2019 (agosto), 501; AR/DOC/2852/2019
Rubín, Miguel E., “Acción “de clase” para demandar la modificación de cláusulas de grupos de contratos nacidas del abuso de la posición dominante”, RCCyC 2019 (agosto), 99; AR/DOC/1958/2019.
Bertazzi, Juan C., “Publicidad comparativa en la nueva legislación de Defensa de la Competencia. Interpretación y juego de normas”, LA LEY, 2019-C, 706; AR/DOC/1487/2019
González Stier, Daniel, “La nueva Ley de Defensa de la Competencia”, DPyC 2019 (marzo), 11; Sup. Penal 2019 (abril), 5; AR/DOC/23/2019.

COLUMNA DE OPINIÓN

Los presupuestos cautelares “olvidados”

❖ VIENE DE TAPA

bitualmente ni tan siquiera una demostración mínima de su existencia, reemplazándola por el empleo de clichés o directamente por la falta de toda mención sobre el particular.

Cabe acotar que los arts. 277 del Cód. Proc. Civ. de Santa Fe (5) y 466 del Cód. Proc. Civ. de la Provincia de Córdoba establecen que para obtener una cautelar preventiva (es decir, ni ejecutiva ni ejecutoria) es bastante con prestar contracautela. Forman así excepción respecto de lo que representa ser la regla legislativa en materia de recaudos cautelares.

En cuanto a la apariencia de buen derecho —también denominada *fumus boni iuris*, y no *bonis*, como erróneamente suele emplearse—, es preciso llamar la atención respecto de que debería ser materia de una actividad pro-

batoria mínima pero exigible. Sobre el punto, se ha dicho lo siguiente: “Para la procedencia de una medida cautelar no se requiere un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida, sino tan solo uno periférico o superficial, encaminado a obtener un pronunciamiento de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido; pero es necesario comprobar, al menos, la apariencia o verosimilitud de los hechos fundantes del derecho invocado por el actor, de forma tal que, de conformidad con un cálculo de probabilidades, sea factible prever que en la cuestión principal pueda declararse la certeza de ese derecho” (6). Compartimos la tesis acerca de que debe hablarse de verosimilitud de los hechos y no de verosimilitud del derecho que se pretende asegurar (7).

Pondérese, además, que la verosimilitud en análisis “...no se acredita de cualquier manera, así, por ejemplo, no puede emplearse el recurso de la teoría de la penetración para acreditar la verosimilitud del derecho, es necesario que del planteo y de las pruebas iniciales arrimadas surja la convicción preliminar de la posibilidad del reclamo, pues la verosimilitud se comprue-

ba analizando los hechos referidos y la documentación acompañada, y las particularidades de cada caso” (8); y también debe tenerse en cuenta que la referida verosimilitud debe estar influida por la índole del reclamo principal (9).

En otro orden de cosas, cabe aclarar que las hipótesis de procedencia cautelar reseñadas legalmente (por ejemplo, por los arts. 209/12 del Cód. Proc. de la Nación) no constituyen *numerus clausus*, pero, claro está, pueden servir de pista para acoger otros supuestos (10).

Respecto del presupuesto cautelar “peligro en la demora” (*periculum in mora*), importa consignar ante todo que se trata de un concepto jurídico indeterminado de muy difícil encapsulamiento en una fórmula (11), lo que a su turno obstaculiza la formación de supuestos de hecho de “peligro en la demora”. Nieva Fenoll ha asumido la tarea de formalizar algunos de los *casus* de peligro en la demora. Veamos: “insuficiencia patrimonial del deudor, pendencia de otros procesos de reclamación de deudas, disgregación patrimonial, constitución artificiosa de nuevas sociedades, paradero desconocido del deudor, pagos arbitrarios selectivos” (12).

Insistimos en que no es suficiente con afirmar la existencia de apariencia de buen derecho o de peligro en la demora. Tampoco la referencia a circunstancias no probadas que pudieran justificar la procedencia de la cautelar requerida. Igualmente, tampoco será bastante utilizar fraseología de reemplazo, carente de todo respaldo probatorio. Es que en el marco de las previsiones legales prevaecientes debería exigirse, como ya hemos expresado, aunque más no fuere una actividad probatoria mínima, suficiente no para decir dónde está (o no está) el derecho, sino para permitir aquí y ahora declarar que deviene posible que el requirente cautelar resulte victorioso en el principal.

La actividad probatoria desarrollada en una cautelar no persigue identificar al que lleva razón, sino a quien puede resultar triunfante en el principal, lo que puede o no llegar a coincidir con la persona del requirente.

La actividad probatoria en el principal culmina con un diagnóstico; la cumplida en la cautelar, con un pronóstico; pronóstico provisorio que puede ser revertido por lo dicho y hecho en el marco del principal. De ahí que no exista

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)
(*) Abogado de la Universidad Católica de Rosario (Facultad de Derecho). Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales (UNL). Presidente honorario de la Asociación Argentina de Derecho Procesal. Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Miembro correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Ex profesor titular de Derecho Procesal Civil (UNR, UNL y UCA).
(1) LOUTAYF RANEA, Roberto, “Tratado de las medidas cautelares”, Ed. Jurídica Panamericana, t. I, ps. 15 y ss.
(2) PEYRANO, Jorge W., “Tendencias pretorianas en materia cautelar”, en AA.VV., *Medidas cautelares*, obra colectiva del Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Ro-

sario, Rubinzal-Culzoni Edit., t. I, p. 64. Se está abriendo paso la tesis de que en ciertos supuestos corresponde escuchar previamente al destinatario de la cautelar.
(3) FALCÓN, Enrique, “Tratado de derecho procesal civil y comercial”, Rubinzal-Culzoni Edit., t. IV, p. 124.
(4) *Ibidem*, p. 107. “Normalmente se señalan dos presupuestos de las medidas cautelares que regula el Código en esta parte. La jurisprudencia y la doctrina es conteste en señalar que la viabilidad de las medidas precautorias se halla supeditada a que se demuestre la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora. Estos presupuestos funcionan como vasos comunicantes, de manera que cuando uno es mayor, menos requisitos se requiere del otro”.
(5) CARBONE, Carlos, “Revisión de los presupuestos de la teoría cautelar y su repercusión en el nuevo con-

cepto de los procesos subcautelares o infra o mini diferenciados”, en *Medidas cautelares*, ob. cit., p. 128.
(6) LEGUISAMÓN, Héctor, “Derecho procesal civil”, Rubinzal-Culzoni Edit., t. II, p. 543.
(7) *Ibidem*, p. 542.
(8) FALCÓN, Enrique, “Tratado...”, ob. cit., p. 111.
(9) ARAZI, Roland - ROJAS, Jorge, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado y anotado y concordado con los Códigos provinciales”, Ed. Rubinzal-Culzoni, t. I, p. 749.
(10) KIELMANOVICH, Jorge, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado y anotado”, Ed. LexisNexis - AbeledoPerrot, t. I, p. 326. “Conviene destacar que la procedencia del embargo preventivo no se agota en los supuestos enumerados en los arts. 209 a 212, Cód. Proc., sino que cabe decretarlo en todos aquellos casos

en que concurran los presupuestos comunes a las medidas cautelares, esto es, la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y la prestación de contracautela”.
(11) NIEVA FENOLL, Jordi, “Inteligencia artificial y proceso judicial”, Ed. Marcial Pons, p. 61. “El *periculum* de las medidas cautelares y la inteligencia artificial. Uno de los temas más enigmáticos que concierne a las medidas cautelares ha sido elevado por la doctrina, a mi juicio indebidamente, a la categoría de presupuesto. Se trata del *periculum in mora*, habitualmente en el proceso civil, y *libertatis*, en el proceso penal. Sin duda, estamos ante un asunto enigmático porque ni jueces ni doctrina aciertan, no tanto en su definición, que es bastante evidente, sino en su concreción práctica, que es lo auténticamente relevante”.
(12) *Ibidem*, p. 64.