

PRECIOS EXCESIVOS Y MEDIOS PROBATORIOS, CON ESPECIAL ATENCIÓN EN EL MERCADO DE LAS SOCIEDADES DE GESTIÓN COLECTIVA DE DERECHOS DE AUTOR

Excessive prices and means of proof, with special attention to the market of copyright collecting societies

Gonzalo Nazar de la Vega¹

RESUMEN:

El análisis de la imposición de precios excesivos, en general, presenta obstáculos que llevan a que difícilmente se destinen gastos de los limitados recursos de los organismos de competencia. Entre las objeciones que se plantean, aparecen los problemas probatorios para establecer los supuestos en que se puede considerar que se ha incurrido en esa conducta. En el presente artículo se pretende analizar esta cuestión, con especial atención en las entidades colectivas de derechos de autor.

Palabras clave: Derecho de la Competencia; Abuso de posición dominante; precios excesivos; sociedades de gestión colectiva; derecho de autor; medios probatorios.

ABSTRACT:

The analysis of the imposition of excessive prices, in general, presents obstacles that make it difficult to spend the limited resources of the competition authorities. Among the objections raised are the evidentiary problems in establishing the cases in which such conduct may be considered to have occurred. This article aims to analyze this issue, with a special focus on collective copyright entities.

Keywords: Competition Law; Abuse of dominant position; excessive prices; collective management societies; copyright; evidentiary means.

¹ Abogado, Universidad de Buenos Aires. Magíster en Derecho y Economía, Universidad Torcuato Di Tella. Docente, Universidad de Buenos Aires. Affiliated Research Fellow, Instituto Max Planck para la Innovación y Competencia. E-mail: nazargonzalo@gmail.com

SUMÁRIO

I. Introducción. **II.** Posición dominante en las Sociedades de Gestión Colectiva. **III.** La imposición de precios excesivos. **IV.** El enfoque de mercado para obtener una valuación de un activo intangible. **V.** La comparación de precios como medio probatorio en el mercado de SGC. **VI.** Conclusión. Referências

I INTRODUCCIÓN

La gestión colectiva de derechos de autor y derechos conexos es un sistema por el cual los titulares de esos derechos delegan la administración de sus obras en una entidad especializada y creada a esos fines², la Sociedad de Gestión Colectiva (SGC).

Esta entidad tiene por actividad principal, conceder licencias para el uso de sus obras, recaudar el dinero y repartir la remuneración entre sus miembros –titulares de derechos–. Es a través de las licencias, denominadas *blanket licenses* o licencias globales, que una SGC pone a disposición de los usuarios todo el repertorio que administra, para que sea explotado por ellos. Los usuarios o asociación de usuarios de, por ejemplo, discotecas, hoteles y restaurantes, se comprometen a realizar el pago correspondiente por aquel uso.

Las SGC, en general, no se encuentran sometidas a una competencia sustancial en los territorios donde operan. Ello puede implicar una situación de dominio sobre el mercado y derivar en abusos que, en relación a los usuarios, podrían concretarse en la imposición de precios o tarifas excesivas al momento de negociar las licencias del repertorio que administra a través de las mencionadas *blanket licenses*.

El análisis de esta conducta, desde las leyes de competencia, es polémica. En general, presentan casos difíciles y tal vez dudosos para la

² LIPSZYC, D., **Derechos de Autor y Derechos Conexos** (reimpresión, Ediciones UNESCO/CERLALC/ZAVALLÍA, Buenos Aires 2001) 407.

aplicación de la ley, lo que lleva a que difícilmente se destinen gastos de los limitados recursos de los organismos de competencia³.

Entre las objeciones que se plantean, aparecen los problemas probatorios para establecer los supuestos en que se puede considerar que se ha incurrido en esa conducta.

En el presente artículo se pretende analizar estas cuestiones, comenzando por el análisis de la posición dominante, el abuso de la aquella posición, la conducta de imposición de precios excesivos y, por último, se describe los medios probatorios utilizados, con especial foco en las entidades colectivas de derechos de autor.

II POSICIÓN DOMINANTE EN LAS SOCIEDADES DE GESTIÓN COLECTIVA

La “posición dominante” puede ser entendida como aquella posición de fuerza económica de la que goza una empresa que le permite impedir el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado relevante permitiéndole comportarse en una medida apreciable independientemente de sus competidores y clientes y, en definitiva, de los consumidores⁴.

Al respecto, es sabido que lo que resulta condenable no es la posición dominante en sí misma sino la conducta anticompetitiva. Para que una conducta por parte de una entidad resulte anticompetitiva es necesario que suceda un abuso de aquella posición.

Una de las normas más trascendentes en la actualidad, en tanto es una referencia en lo relativo a los abusos de posición dominante para los demás países, es el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. A nivel regional, esta figura ha sido incluida en el artículo 4° del Protocolo de Defensa de la Competencia del Mercado Común del Sur (Mercosur). Asimismo, ha sido incorporada en el artículo 3° de la decisión 285 de la Comunidad Andina de Naciones (CAN).

³ DUNNE, Niamh, **“Competition Law and Economic Regulation”** (Cambridge University Press, 1 ed., 2015), p. 129

⁴ United Brands c. Comisión [1978] asunto C- 27/76 (TJUE); Michelin c. Comisión [1983] asunto 322/81 (TJUE); entre otros.

En general, en las diferentes normas, no se establece una definición al respecto de lo que debe entenderse como “abuso de posición dominante”, sino que se establece un listado no exhaustivo de conductas que pueden considerarse abusivas⁵.

El sistema de gestión colectiva de derechos de autor implica necesariamente la concentración de cierta clase de derechos, lo que provoca que una SGC adquiera una posición de dominio en el mercado puesto que les permite actuar como la única entidad o como una de las pocas entidades con la posibilidad de otorgar las licencias y de administrar los derechos patrimoniales de los titulares que representa, sin estar expuestas a una competencia sustancial. Esta situación se agrava en virtud de las altas barreras a la entrada de esta clase de mercados.

La dominancia se incrementa respecto de los usuarios cuando el repertorio administrado por la SGC es considerado como un insumo importante para su negocio⁶. En relación a los titulares de derechos, en los sistemas de afiliación voluntarios, la dominancia se da en relación a la necesidad de gozar de los beneficios del sistema de gestión colectiva, ante la dificultosa y costosa tarea que implica la gestión individual.

Sin perjuicio de que las sociedades de gestión colectiva tienden a instituirse en organizaciones sin fines de lucro, pueden encontrar nuevos usos para los ingresos extra que hayan obtenido incrementando sus costos. Es por ello que, pese a que los objetivos varían entre las empresas comerciales con fines de lucro y las sociedades sin fines de lucro, el comportamiento anticompetitivo puede ser similar. Por esa razón, se deben aplicar las leyes de defensa de la competencia en ambos casos, sin discriminación⁷, aún en los casos que la posición de dominio sea producto de un monopolio legal⁸.

⁵ CUEVAS, Guillermo Cabanellas de las, **Derecho antimonopólico y de Defensa de la Competencia** -T II- (1st, Ed. Heliasta, Buenos Aires 2017) 205-206.

⁶ Drexl, J. (n 10), p. 81.

⁷ Tavera, José y Tilsa Oré, (n 15), 222.

⁸ WHISH, Richard; Bailey, David. **Competition Law** (7th, Oxford University Press, 2012) 181.

El interés de las autoridades de competencia sobre las SGC tiene como uno de los primeros antecedentes uno que involucraba a sociedad de gestión alemana GEMA⁹. En aquel caso, se entendió que GEMA abusaba de su posición dominante sobre los productores de discos, al extender el contenido de sus licencias en cierta clase de obras musicales, e imponer un canon a la licencia sobre grabaciones de sonido que se importaban a Alemania. La Comisión Europea entendió que aquella entidad era la única empresa que gestionaba los derechos de autor en obras musicales en aquel país. Expuso que se valió de esa posición para obtener ventajas que no hubiera podido obtener de haber habido una competencia efectiva.

Respecto de la entidad colectiva belga SABAM¹⁰, la Comisión Europea entendió que ostentaba una posición dominante en un caso en el que se decidió que aquella SGC explotaba de forma abusiva su posición al exigir para la afiliación, la cesión en bloque de todos los derechos de autor, sin distinción de determinadas categorías entre los mismos. También, indicó que significaba un abuso de posición dominante el requerir la reserva del ejercicio exclusivo de los derechos cedidos durante un período de cinco años después de que el socio perdiera su condición de tal. En aquel caso, se sostuvo que se produce un abuso cuando una sociedad impone a sus miembros obligaciones que no son necesarias para el logro de los objetivos de la sociedad pertinente. Se entendió que esas estipulaciones eran excesivas e invadían injustamente las libertades de los miembros.

De igual manera lo entendió el mismo organismo europeo cuando expuso que SACEM¹¹ había abusado de esa posición dominante, al impedir en sus estatutos que los autores gestionen ellos mismos ciertos derechos, por lo que imponían compromisos que no eran indispensables para el logro de su objeto social.

⁹ Decisión 71/224/CEE – GEMA I, de 2 de junio de 1971.

¹⁰ Belgische Radio en Televisie y société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs c. SV SABAM y NV Fonior [1974] asunto 127/73. (TJUE).

¹¹ Banghalter & Homem Christo v SACEM [2002] e.g. 1. COMP/C2/37.219 e.g. 280 (CE).

En el ámbito latinoamericano, la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia entendió que SAYCO¹² tenía una posición de dominio frente a sus asociados, de la cual se había valido para establecer como condición para asociarse a los titulares de derechos la de entregar la totalidad de los usos del derecho de comunicación pública, lo que impedía a estos titulares gestionar individualmente los usos que decidiera conveniente reservarse.

III LA IMPOSICIÓN DE PRECIOS EXCESIVOS

El grupo de actividades categorizadas como abuso de posición dominante incluyen los casos de “abuso exclusorio” así como los casos de “abuso explotativo”. Los abusos exclusorios refieren a conductas que impactan primariamente en la posición competitiva de otros competidores, mientras que los abusos explotativos consisten en las prácticas que afectan directamente a los consumidores de la empresa dominante.

Entre los abusos explotativos se encuentra la imposición de precios excesivamente altos. Técnicamente, esta conducta consiste en el aumento de precios de manera unilateral por quien se encuentra en una posición dominante en un mercado con el objeto de incrementar sus beneficios, pero a costa de una disminución del excedente de los compradores y de una reducción del excedente total generado.

En Estados Unidos no se considera que la imposición precios excesivos constituya una infracción a sus normas anticompetitivas, salvo que forme parte de otra conducta sancionable¹³. Se entiende que será el propio mercado quien va a corregir en la práctica, dado que el hecho de fijar precios abusivos genera incentivos a la entrada de nuevos participantes en el mercado, lo que da como resultado una baja en los precios.

¹² Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Superintendencia de Industria y Comercio [2016]. Res. 76278 (SIC). Dicha resolución fue confirmada por la Corte Constitucional, Sala segunda de revisión, el 16 de agosto de 2018 (sentencia T-332).

¹³ *Berkey Photo Inc. v. Eastman Kodak Company*, 603 F.2d 263; S.D.N.Y. (1978); *Verizon Communications Inc. v. Law Offices Of Curtis V. Trinko, LLP* 540 U.S. 398 (2004); entre otros.

De manera diferente se aborda el tema en el derecho de la Unión Europea, donde la imposición de regalías excesivas puede ser considerados un abuso explotativo de posición dominante en el marco del artículo 102, inciso a, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFEU). Aquella norma establece que constituye una práctica abusiva “imponer directa o indirectamente precios de compra, venta u otras condiciones de transacción no equitativas”¹⁴.

En el ámbito latinoamericano, la situación es un tanto dispar. En México¹⁵ y Perú¹⁶, por ejemplo, no son considerados ilegales. En Brasil, la autoridad de competencia entiende que los precios excesivos, si bien se encuentran previstos en la Ley 12.529/2011, sólo deben ser considerados una infracción si tienen un componente exclusorio¹⁷. En otros países, como Argentina¹⁸ y Colombia¹⁹, estos actos se encuentran prohibidos por las normas de competencia.

En general, hay cierta aversión en aceptar que se puede otorgar a la agencia de competencia la facultad de control de precios. Dunne explica que las normas que prohíben los precios excesivos suelen exigir que la autoridad de la competencia determine un precio „razonable“ para el futuro y, posiblemente, que supervise las prácticas futuras de fijación de

¹⁴ “Artículo 102 (antiguo artículo 82 TCE). Será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo. Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en: a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas; (...)”. *United Brands v Commission* [1978] Caso 27/76; *British Leyland Public Limited Company v Commission of the European Communities*, [1984] Caso 226/84; entre muchos otros.

¹⁵ La Ley Federal de Competencia no contiene una previsión al respecto.

¹⁶ Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas 1034, artículos 10.2 y 10.5.

¹⁷ Una revisión de casos comparados en: Eduardo Saavedra y Javier Tapia, *El control de los precios excesivos en el derecho de la libre competencia: análisis y propuesta*, (Estudios Públicos, Centro de Estudios Públicos, 153, 2019), 95-140.

¹⁸ Ley de Defensa de la Competencia 27.442, al igual que su antecesora 25.156.

¹⁹ Ley 155 de 1959, artículo 1°.

precios del demandado para verificar su cumplimiento. En función de ello, suelen mostrarse reacios a asumir esa función reguladora²⁰.

David Evans y Jorge Padilla entienden que la evaluación de los precios excesivos está sujeta a importantes dificultades conceptuales y prácticas, y que cualquier política que trate de detectar y prohibir los precios excesivos es probable que dé lugar a predicciones incorrectas en numerosos casos. No obstante, encuentran una posible excepción. Para estos autores, en algunas „circunstancias excepcionales“ puede ser apropiado recurrir a las políticas públicas para interferir con las políticas de precios de los monopolios que gozan de la protección de las barreras legales de entrada, cuyas acciones pueden impedir el lanzamiento de nuevos productos o la aparición de nuevos mercados adyacentes. Sin embargo, señalan que aún en esos casos, no resulta clara la razón por la cual no es mejor simplemente confiar sobre la regulación *ex ante*, estableciendo órganos reguladores específicos para cada sector con más información sobre los fundamentos de los mercados en cuestión y una mejor capacidad para supervisar el cumplimiento²¹.

Al respecto, Whish indica que una regulación sobre precios requiere obtener una cantidad de información sobre un mercado, lo que podría ser de muy costosa o imposible obtención para la autoridad de competencia o un tribunal judicial²².

De modo análogo, Motta y Streeel sostienen que solo en algunos pocos casos, prohibir los precios excesivos puede ser deseable. En concreto, entienden que para que sea condenable un acto de imposición de precios excesivos se deben cumplir varios factores. En primer lugar, deben existir barreras de entrada elevadas y permanentes. Por otro lado, el poder de mercado de la entidad debe haberse originado en privilegios especiales concedidos a dicha empresa, cosa que no se cumpliría en el caso de que ese poder haya sido producto como resultado de la competencia. Por último, debe tratarse de un sector en el cual no exista una

²⁰ DUNNE, Niamh, op. cit. p. 84.

²¹ EVANS, David; PADILLA, Jorge ' Excessive prices: Using economics to define administrable legal rules' [2004] **Journal of Competition Law and Economics** 97-122, Vol. 1.

²² Whish, R. y Bailey, D. (n 26), 720.

entidad regulatoria específica que lo discipline. Sin perjuicio de ello, estos autores se encuentran en contra de aplicar los precios excesivos en casos de derechos intelectuales, salvo que exista un derecho otorgado por parte de la autoridad administrativa de manera manifiestamente injustificada²³.

Por otro lado, Whish señala que existen otras dificultades en poder iniciar y finalizar un proceso por esta clase de actos²⁴. Particularmente respecto de las SGC, la dificultad se encuentra en establecer el supuesto en que un precio resulta excesivo. En general, establecer simplemente que un precio sería razonable por agregar un margen de beneficio aceptable para el costo de producir el bien o proveer un servicio no se encuentra libre de dificultades o establecerse una relación respecto de su valor real²⁵, lo que se complejiza aún más en lo relativo a las licencias de derecho de autor, dada la información y la difícil estimación que conlleva su valuación.

Sin perjuicio de las diferentes posturas acerca de la aplicación correcta de esta figura, en general, se considera que resulta necesario su control desde la defensa de la competencia cuando se trata de un mercado con altas barreras a la entrada y sin un regulador específico que los analice. En ese sentido parece orientarse la mayoría de los autores.

En cuanto al mercado de las SGC, aun si se quisieran eliminar las barreras legales que existen en los mercados de muchos países, existen barreras a la entrada que son endógenas al sistema. La intermediación que ejerce una SGC tiende a provocar un efecto de red en tanto los usuarios van a valorar la licencia más abarcativa de repertorio, es decir, la que incluya la mayor cantidad de derechos o titulares en la licencia. De igual manera, la sociedad colectiva con mayor repertorio va a atraer a la mayor cantidad de titulares de derechos. Estos efectos de red, que son endógenos al sistema, sumado a la economía de escala crean además, ventajas

²³ MOTTA, Massimo, DE STREEL, Alexandre, Excessive Pricing in Competition Law: Never say never?, en The Pros and Cons of High prices, (Swedish Competition Authority, Kalmar 2007), 14-46.

²⁴ WHISH, R.; BAILEY, D. (n 26) 718-721.

²⁵ FRENZ, Walter, “**Handbook of EU Competition Law**”, Springer Verlag Berlin Heidelberg, 2016, p.710

para las SGC que se encuentran funcionando en el mercado, debido también a los grandes costos hundidos que requiere para las nuevas entidades ingresar en el mercado, lo que provoca una baja desafiabilidad²⁶, al menos al corto y mediano plazo.

Asimismo, se ha incluso entendido que, bajo estas condiciones, el monopolio natural de las SGC debe ser aceptado como una solución eficiente de mercado²⁷. También se indicó que, en principio, dado que se trata de un monopolio natural, no debería intentar imponérsele competencia debido a que podría cancelar las eficiencias propias de los monopolios naturales²⁸.

En ese sentido, la concentración del sistema en una o pocas entidades de gestión colectiva es por un lado una situación que sucede de manera endógena al sistema y, al mismo tiempo, es deseable dado que ofrece eficiencias al sistema, a los titulares de derechos y a los usuarios y, mediante ellos, a la sociedad.

Sobre esa base, es posible la aplicación del derecho de la competencia, cuando no exista un regulador dirigido a analizar estas conductas, en el mercado de las SGC.

IV EL ENFOQUE DE MERCADO PARA OBTENER UNA VALUACIÓN DE UN ACTIVO INTANGIBLE

Las normas de competencia en general no describen el estándar para una evaluación en detalle. Un parámetro puede encontrarse en una comparación que demuestre si ciertos precios son justos.

²⁶ Ruth Towse and Christian Handke 'Regulating Copyright Collecting Societies: current policy in Europe' presented at the Society for Economic Research in Copyright Issues (SERCI) conference at Humboldt University Berlin, July 2007, p. 8 y 12.

²⁷ Vale recordar que el término monopolio natural no se refiere al número real de vendedores en un mercado, sino a la relación entre la demanda y la tecnología de la oferta. Si toda la demanda dentro de un mercado relevante puede ser satisfecha al menor costo por una empresa en lugar de dos o más, el mercado es un monopolio natural, cualquiera que sea el número real de empresas en él (Richard, P, Natural Monopoly and its Regulation, Cato Institute, Washington DC 1999, 1).

²⁸ DREXL, J., HILTY, R. S. Nüerisson, y F. Trumplke (n 8).

El precio no tiene por qué relacionarse necesariamente con los costos de producción o suministro, sino que también puede compararse con los precios de otros mercados. Por consiguiente, el valor del producto pertinente puede derivarse de esta comparación.

Entre las distintas maneras de valorar un activo intangible, encontramos al enfoque de mercado. Según este enfoque, el valor de la propiedad intelectual puede determinarse considerando los precios de mercado pagados por propiedades similares como parte de transacciones de terceros.²⁹

El enfoque estima el valor de un activo intangible basándose en los precios de mercado de activos intangibles comparables que han sido comprados, vendidos o licenciados entre partes independientes. En otras palabras, proporciona indicaciones de valor mediante el estudio de las transacciones de propiedades similares a la propiedad para la que se busca una conclusión de valor³⁰.

La clave para realizar un enfoque transaccional satisfactorio es garantizar la comparabilidad entre las pruebas externas y el activo en cuestión. Los factores de comparabilidad a considerar se basan en los factores discutidos en el nivel de perfil de la pirámide de valoración.

Típicamente, hay dos pasos para una valoración de método transaccional - selección y ajustes. El filtrado se refiere al proceso de selección de transacciones de terceros candidatos con suficiente información sobre el precio, el alcance y los términos y condiciones para que se consideren comparables al activo intangible en cuestión. Los ajustes se refieren a un cambio cuantificable explícito en la valoración debido a una justificación específica. Los ajustes suelen basarse en una transacción (o transacciones) de referencia suficientemente cercana al activo intangible en cuestión, y para la cual se dispone de información suficiente para analizar las condiciones técnicas, jurídicas, comerciales y financieras.

Los precios establecidos a la luz de la competencia normal pueden entonces determinarse sobre esta base.

²⁹ **Revista de la OMPI, La propiedad Intelectual:** Motor del crecimiento económico. Valoración de la Propiedad Intelectual, septiembre-octubre de 2003, p. 7.

³⁰ PARR, Russell, **Intellectual Property.** Valuation, exploitation and infringements damages, Wiley, 5^o edition, p. 87/88.

V LA COMPARACIÓN DE PRECIOS COMO MEDIO PROBATORIO EN EL MERCADO DE SGC

Una de las técnicas probatorias utilizadas en el derecho comunitario europeo para determinar cuándo un precio es excesivo consiste en comparar el rendimiento de una empresa con las demás³¹.

El TJUE indicó en el caso “United Brands”³² que hay maneras de probar que un precio es excesivo. En “Corinne Bodson contra Pompes Funèbres”³³, una pregunta que se planteó ante el Tribunal de Justicia fue si Pompes Funèbres, que había recibido una concesión exclusiva para prestar „servicios externos“ para los funerales en una ciudad francesa determinada, era culpable de cobrar precios excesivos. El Tribunal de Justicia dijo que, dado que más de 30.000 municipios de Francia no habían otorgado concesiones exclusivas como la de Pompes Funèbres, sino que habían dejado el servicio sin regular o lo explotaban ellos mismos, debía ser posible hacer una comparación entre los precios cobrados por las empresas con concesiones y otras empresas. Al respecto entendió que esa comparación podría servir de base para evaluar si los precios cobrados por los concesionarios son justos.

Esta técnica probatoria fue considerada aplicable para las SGC en el ámbito europeo en el caso “Lucazeau y otros c. SACEM y otros”³⁴, donde el TJCE expuso que, cuando una SGC en posición dominante impone tarifas que son notablemente más elevadas que las que se aplican en los restantes Estados miembros, de acuerdo a una base de comparación homogénea, dicha diferencia deberá ser considerada como el indicio de la explotación abusiva de una posición dominante.

Recientemente, el TJUE expresó que resulta adecuado comparar las tarifas con las aplicables en los estados vecinos y con las aplicables en otros Estados miembros, corregidas mediante el índice de paridad del

³¹ WHISH, R.; BAILEY, D. (n 26) 723.

³² Case 27/76 United Brands v Commission [1978] ECR 207, [1978] 1 CMLR 429, para 253.

³³ Case 30/87 [1988] ECR 2479, [1989] 4 CMLR 984.

³⁴ Asunto 110/88 y sus acumulados, 241/88 y 242/88, sentencia del 13 de julio de 1989, apartado 25.

poder adquisitivo, siempre que los estados de referencia hayan sido seleccionados según criterios objetivos, apropiados y comprobables y que la base de las comparaciones efectuadas sea homogénea³⁵. Indicó también que la diferencia entre las tarifas comparadas debe considerarse si es significativa y persistente. Aclaró que tal diferencia constituye un indicio de abuso de posición dominante e invierte la carga de la prueba al poner en cabeza de la sociedad de gestión de derechos de autor en posición dominante la carga de demostrar que sus precios son equitativos, basándose en elementos objetivos relativos a los costos de gestión o en la remuneración de los titulares de los derechos.

Esta técnica fue utilizada por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia argentina³⁶, aunque luego fue desechada por la Cámara Federal por considerar que los casos citados por la agencia de competencia argentina en su dictamen no resultaban extrapolables. Al respecto, el tribunal expresó que, si bien el método comparativo resulta posible desde el punto de vista teórico, es sumamente difícil encontrar mercados que sean cotejables en todas las dimensiones relevantes, sin aportar elementos que deberían ser tomadas para una comparabilidad entre países³⁷.

Un interesante caso se da en la regulación de Malta, país en el que se trata de resolver el problema de la definición de precios excesivos mediante la inclusión de una lista no exhaustiva de factores, tomada en su mayor parte de la jurisprudencia europea, que la Comisión de Malta está obligada a examinar³⁸, que pueden ser tomados como parámetros probatorios. Entre ellos incluyen los precios que cobran otros productores en el mercado local o las mismas empresas en mercados extranjeros análogos.

³⁵ Autortiesību un komunicēšanās konsultāciju aģentūra/Latvijas Autoru apvienība (AKKA/LAA) v Konkurences padome (Consejo de la Competencia, Letonia), [2017], Asunto C-177/16 (TJUE), apartado 72, punto 2.

³⁶ Federación Empresaria Hotelera Gastronómica de la República Argentina c/ SADAIC y otro s/ apel. res. Comisión Nacional de Defensa de la Competencia [2019], Causa Nro. 7971/2018/CA1, CCYCFed –Sala III–.

³⁷ GRECCO, Esteban; VIECENS, Fernanda. Defensa de la competencia, propiedad intelectual y la figura de precios excesivos en la Argentina, **Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones**, Abeledo Perrot, Julio-Agosto 2020, 303.

³⁸ Capítulo 379, apartado 9.3, Ley de Competencia de Malta.

En general, estas evaluaciones comparativas están concebidas para emular un mercado competitivo, por eso pueden ser útiles en mercados monopólicos. Este medio probatorio de valuación de los precios por comparación, se destaca por su simplicidad, pero requiere ser cuidadoso con la elección de las entidades que sean “comparables” para que sea útil. La “comparabilidad” depende de la homogeneidad de mercados y estructura de costos que puedan tener las entidades.

Puede resultar eficiente en tanto produce una inversión en la carga de la prueba, poniendo en cabeza de quien tiene mayor información –en este caso, la organización colectiva– la carga de comprobar que las tarifas fueron fijadas razonablemente.

Esta modificación en la carga de la prueba implica una regla de juzgamiento ante la insuficiencia demostrativa. Se distingue en su eficiencia, lo que produce que se desarrolle a un menor costo el proceso de acumulación de pruebas, produciendo que posiblemente haya una menor predisposición al error al momento de decidir.³⁹

De ese modo, genera incentivos en las agencias de competencia de perseguir esta clase de conductas toda vez que la decisión de invertir recursos en una investigación, está en la probabilidad de ser exitosos en la investigación.

De igual modo, establece un parámetro para que los administrados tengan cierta percepción acerca de cuándo están incurriendo en esta conducta abusiva.

Además, genera incentivos en las empresas al momento de incurrir en una práctica abusiva de esta clase. En este aspecto cabe tener presente que, en cualquier proceso, las reglas de distribución de carga probatoria deben ser incluidas por las partes en el análisis de riesgos propios de los procesos judiciales o administrativos.

³⁹ PARR, Russell, **Intellectual Property**. Valuation, exploitation and infringements damages, Wiley, 5° edition, 2018, p. 87-88.

VI CONCLUSIÓN

La fijación de precios excesivos, como conducta explotativa, desde la defensa de la competencia encuentra obstáculos en la práctica y desde un punto de vista teórico que llevan a que su aplicación sea muy limitada.

En cuanto a los medios probatorios, la técnica de valuación de precios por comparación, si bien no es perfecta, puede aminorar los costos de investigación de esta clase de conductas lo que puede generar incentivos a las agencias de competencia, quienes pueden ver que la sanción de esta clase de conductas sea posible. Asimismo, genera mejores incentivos a los particulares quienes tendrán que establecer una estructura de precios que se mantenga en parámetros razonables.

De esa manera, implica una mejora en términos de eficiencia y eficacia para la investigación y sanción de esta clase de conductas.

BIBLIOGRAFÍA

AKMAN, Pinar; GARROD, Luke. *“When are excessive prices unfair?”* **Journal of Competition Law & Economics**, Oxford University Press, 2011.

D’AMORE, Marcelo R. **Defensa de la competencia y propiedad intelectual**, Montevideo-Buenos Aires, Ed. B de F, 2015.

DREXL, Joseph, **Copyright, Competition and Development**, Report by the Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law, Munich to the World Intellectual Property Organization, Munich, 2013.

DUNNE, Niamh, **Competition Law and Economic Regulation**, Cambridge University Press, 1 ed., 2015.

EVANS, David; PADILLA, Jorge, *Excessive prices: Using economics to define administrable legal rules*, **Journal of Competition Law and Economics**, Oxford University Press, 2005.

FICSOR, Mihály, **La Gestión Colectiva del Derecho de Autor y de los Derechos Conexos**, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Ginebra, 2002.

FRENZ, Walter, *“Handbook of EU Competition Law”*, Springer Verlag Berlin Heidelberg, 2016.

GRECCO, Esteban y Viencens, Fernanda, *Defensa de la competencia, propiedad intelectual y la figura de precios excesivos en la Argentina*, **Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones**, Abeledo Perrot, Julio-Agosto 2020, 303.

HANDKE, Christian, 'Collective administration' in WATT, R., **Handbook on the Economics of Copyright**, UK, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2014.

LIPSYC, Delia, **Derechos de Autor y Derechos Conexos**, Buenos Aires, Ediciones Unesco/Cerlalc/Zavalía, 2001.

MOTTA, Massimo; DE STREEL, Alexandre, **Excessive Pricing in Competition Law: Never say never?**, en *The Pros and Cons of High prices*, Swedish Competition Authority, Kalmar, 2007.

Revista de la OMPI, **La propiedad Intelectual: Motor del crecimiento económico. Valoración de la Propiedad Intelectual**, septiembre-octubre de 2003.

PARR, Russell, **Intellectual Property. Valuation, exploitation and infringements damages**, Wiley, 5° edition, 2018.

POSNER, Richard, **Economic Analysis of Law**, Wolters Kluwer, 1986.

TAVERA, José; TILSA Oré, *Gestión Colectiva de Derechos de Autor: Una Mirada al caso peruano*, **Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual del INDECOPI** n° 5, 2007.

WHISH, Richard; BAILEY, David, **Competition Law**, Oxford University Press, 2012.

Recibido: 17/02/2021

Aprovado: 03/04/2021