



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA III

Causa Nro. 7971/2018/CA1 “Federación Empresaria Hotelera Gastronómica de la República Argentina c/ SADAIC y otro s/ apel. res. Comisión Nacional de Defensa de la Competencia”

Buenos Aires, 20 de agosto de 2019.

Y VISTO:

El recurso directo interpuesto a fs. 1537/1581 por la Sociedad de Autores y Compositores de Música (en adelante, SADAIC) contra la Resolución N° 371/2018 de la Secretaría de Comercio, cuyo traslado fue contestado a fs. 1689/1706 por el Estado Nacional y;

CONSIDERANDO:

I. El 16 de octubre de 2009 la Federación Empresaria Hotelera Gastronómica de la República Argentina (en adelante, FEHGRA) presentó una denuncia contra SADAIC en la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (en adelante, CNDC o “la Comisión”). En esa oportunidad, indicó que en el mes de abril de 2009 SADAIC elevó de forma unilateral, infundada y arbitraria los aranceles que cobra al sector hotelero por la utilización secundaria de obras musicales y literarias musicalizadas.

Arguyó que no existe un mecanismo directo de control de tarifas sobre el monopolio legal que tiene SADAIC en la percepción de los derechos económicos de autor. Explicó que el arancel se calcula sobre una base irreal ya que contempla la cantidad y costo de las habitaciones de los establecimientos (junto al uso presunto del repertorio protegido) y no su nivel de ocupación y/o estacionalidad. De este modo, se agudiza la desproporción entre el precio pretendido y el valor de las prestaciones subyacentes. Aclaró que los incrementos cuestionados, significativos y desmesurados (superando cualquier índice de inflación y eventualmente trasladados a los consumidores), no existirían en circunstancias normales de mercado.

Agregó que la denunciada, además de abusar de su posición dominante con los aumentos, impuso condiciones discriminatorias entre los



distintos usuarios al celebrar acuerdos con algunas Asociaciones de hoteles por cuestiones de estacionalidad. En este contexto, concluyó que SADAIC había violado los artículos 1 y 2 k) de la Ley de Defensa de la Competencia 25.156 (en adelante, LDC) (v. fs. 2/11).

II. El 27 de septiembre de 2010, teniendo a la vista las explicaciones brindadas por la denunciada (v. fs. 275/285), la Comisión determinó la apertura del sumario (v. fs. 681/693). Posteriormente, se solicitaron diversos informes a SADAIC (v. fs. 696, 717, 719 y 159, contestados a fs. 698/715, 720/723, 729/731 y 764/822, respectivamente) y a FEHGRA (v. fs. 759, respondido a fs. 762) y se realizó una pericia contable (v. fs. 825, cuyo informe fue presentado a fs. 861/923).

El 9 de octubre de 2014, después de analizar las defensas interpuestas y la prueba producida en el expediente administrativo, la CNDC dio por concluida la instrucción sumarial y corrió el traslado previsto en el artículo 32 de la LDC para que la denunciada se pronuncie *“sobre la conducta imputada consistente en abuso de posición dominante de carácter exclusorio por parte de...SADAIC a través del aumento y discriminación de los aranceles determinados por el uso presunto del repertorio protegido de las obras incluidas en el ámbito de su gestión colectiva sin elementos objetivos, económicos y/o legales que lo sustente...con el objeto de restringir la competencia y potencial perjuicio al interés económico general, conforme lo dispuesto en los artículos 1 y 2, inc. k, de la ley 25.156”* (v. fs. 928/952).

Una vez presentado el descargo por SADAIC (v. fs. 955/1016), se ordenó la producción de las probanzas ofrecidas (v. fs. 1018/1024 y 1031/1032): informativa al Ministerio de Turismo de la Nación, al Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC) y a los hoteles Hilton, Intercontinental, Meliá Recoleta, Bisonte y Etoile Recolecta (cuyas respuestas obran a fs. 1044/1049, 1052, 1054/1055, 1068/1071, 1076 y 1081) y pericial contable (ver dictamen de fs. 1084/1140, que tuvo observaciones a fs. 1150). Asimismo, luego de los alegatos (v. fs. 1157/1163 y 1164/1168), como





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA III

medida para mejor proveer, se requirieron nuevos informes a SADAIC y FEHGRA (v. fs. 1170, contestados a fs. 1180/1181 y 1183).

El 26 de junio de 2018 el Secretario de Comercio Interior, con basamento en el Dictamen N° 43/2017 de la CNDC (al que consideró parte integrante del pronunciamiento), dictó la Resolución N° 371 mediante la cual impuso a SADAIC una multa de pesos cuarenta y dos millones setecientos treinta y dos mil setecientos setenta y uno (\$42.732.771). Para así decidir, sostuvo como argumentos sustanciales que:

a) Los actos de las sociedades de gestión colectiva de derechos de autores y compositores se encuentran alcanzados por las leyes de defensa de la competencia. SADAIC desarrolla una actividad comercial en los términos del artículo 3 de la ley 25.156, tiene el monopolio legal en la percepción de los derechos económicos y goza de una posición dominante de mercado conforme al artículo 5. Asimismo, puede fijar libremente y con un amplio margen sus aranceles.

b) El mercado relevante es el otorgamiento de autorizaciones para la reproducción de música en los hoteles de la República Argentina, no habiendo posibilidades de sustitución de oferta ni de demanda dentro del territorio. Los establecimientos se encuentran obligados a abonar las tarifas fijadas por SADAIC. Incluso, además del imperativo comercial, existen regulaciones sectoriales como el decreto 659/07 del Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires que exigen a los hoteles de cierta categoría tener televisores en las habitaciones. En estos escenarios de demanda cautiva, la posición dominante de la denunciada se ve fortalecida.

c) La reproducción secundaria de las obras no está exenta del pago a SADAIC ya que es considerada pacíficamente por la jurisprudencia como una ejecución pública. El artículo 4 del decreto 5146/69, que establece los aranceles a percibir, no es operativo ya que no contempla específicamente entre sus supuestos este tipo de reproducción. Prueba de ello es que el límite de tarifa del 20% de los ingresos no guarda ningún tipo de relación con los



valores que se cobran a los hoteles (sustancialmente inferiores). En definitiva, se trata de un mercado sin una regulación concreta.

d) SADAIC incrementó los aranceles a los hoteles, que ya eran elevados, entre un 33% y un 70% promedio según se hubiere fijado el monto en base a una habitación single o doble, llegando en algunos casos al 359%. El impacto más significativo fue la eliminación del tope de 7 habitaciones o el 70% del precio por noche de siete habitaciones dobles para los hoteles de más de 51 habitaciones. La modificación introducida implicó una conducta de discriminación de precios característica de un monopolista ya que estuvo destinada a extraer de cada usuario el máximo de renta. Los beneficios más grandes se percibieron de los establecimientos más cautivos.

e) SADAIC fijó tarifas desproporcionadas en comparación con la efectiva utilización económica del repertorio y que son 16.27 veces más altas que el promedio de las aplicadas por las sociedades que gestionan los mismos derechos en otros países de Iberoamérica y entre 5 y 6 veces superiores a las fijadas por otras entidades que administran otros derechos de autor en el país. El precio excesivo es un indicio del abuso en la posición dominante.

f) SADAIC establece los aranceles sobre ingresos presuntos, de acuerdo a las habitaciones disponibles en los hoteles, sin contemplar el porcentaje de ocupación. En las habitaciones vacías no hay ejecución de obras por lo que no hay fundamento alguno para el pago. Asimismo, basado en la capacidad económica de cada usuario, se apropia de su excedente sin tomar en cuenta el valor de sus prestaciones: la reproducción secundaria de los derechos de los autores tiene una mínima incidencia en la generación de ingresos de los establecimientos hoteleros.

g) En algunas regiones SADAIC celebró convenios con ciertos hoteles o cámaras que los agrupan, proporcionando hasta un 75% de descuento en función de la estacionalidad y el nivel de ocupación. Esto significa, que la denunciada discriminó entre usuarios similares ya que estos acuerdos excepcionales eran solamente para los miembros de las asociaciones que los suscribieron y bajo determinadas condiciones.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA III

h) SADAIC abusó de su posición de dominio fijando aranceles excesivos, irrazonables, trasladables a los precios, y discriminatorios en relación con la ejecución secundaria de obras en los hoteles. Ello resulta suficiente para considerar afectado al interés económico general.

i) La multa debe establecerse en un 10% de los ingresos provenientes de las tarifas cobradas durante el período en que la denunciada incurrió en la conducta, actualizados a la fecha del dictamen.

Por otra parte, la Secretaría de Comercio recomendó al Poder Ejecutivo Nacional que propicie: **a)** el dictado de una normativa a los fines de establecer un nuevo régimen de fijación de los aranceles que puede exigir SADAIC a los hoteles por todo concepto en base a criterios de razonabilidad, no discriminación, transparencia, equidad y alcance acotado, **b)** una modernización integral del sistema de gestión de cobros que permita ampliar los usuarios y reducir los aranceles a niveles razonables, sin perjudicar sustancialmente los ingresos en concepto de ejecución secundaria percibidos, y **c)** la revisión de los cuadros arancelarios o las normativas aplicables a los usuarios que efectúan ejecución pública de obras y derechos conexos, especialmente en aquellos casos en que un mismo usuario, categoría o grupo de ellos deban abonar derechos a más de una sociedad de gestión colectiva, y la disparidad de los aranceles o su fórmula de cálculo, o bien su acumulación, puedan tener un impacto irrazonable sobre la actividad económica desarrollada (v. fs. 1486/1492).

III. Contra el referido pronunciamiento de la Secretaría de Comercio se alzó por recurso directo SADAIC, cuyos agravios obran a fs. 1537/1581, contestados a fs. 1689/1706.

Las quejas de la recurrente versan sobre los siguientes puntos:

a) No existe evidencia empírica que demuestre un abuso de posición dominante pasible de afectar al interés económico general. En efecto, no hay probanzas que acrediten la incidencia de las tarifas cobradas por SADAIC en la economía, competitividad o desarrollo de la industria hotelera ni su influencia en la formación de precios de las habitaciones, que



podría conculcar los derechos de los consumidores. Por lo tanto, no hay infracción comprobada al régimen de defensa de la competencia.

b) SADAIC fija todos sus aranceles respetando los límites legales. El artículo 4 del decreto 5146/69 no es taxativo en los supuestos que contempla y, por ende, es aplicable al caso de autos. Si bien esta norma dispone un tope máximo para el cobro del 20% de los ingresos del usuario, en el sector hotelero las tarifas no superarían en promedio el 1%.

La Resolución de la Secretaría de Comercio, que se refiere a un potencial porcentaje del 3.3% de los ingresos, se funda en un cálculo erróneo. En el dictamen pericial contable practicado en el expediente se determina que los hoteles con 100 habitaciones pagan a SADAIC entre el 0.37 y 0.6% de sus ingresos, valor que fue considerado razonable por los expertos.

c) Las disposiciones legales que establecen que los hoteles de determinada categoría deben tener televisores en las habitaciones (creando un supuesto mercado cautivo) resultan ajenas a SADAIC. En todo caso, los afectados deberían impugnar tales reglas por las vías pertinentes.

d) La comparación efectuada por la CNDC con sociedades de gestión colectiva extranjeras es improcedente ya que se trata de mercados geográficos, contextos económicos y presupuestos legales absolutamente distintos. Por ejemplo, algunas entidades consideran en el arancel solo la utilización pública de la música en las habitaciones y no en todas las instalaciones, otras tienen tarifa mínima (lo que no sucede en nuestro país), etcétera. Por lo demás, la diferencia en los valores percibidos no demuestra ningún tipo de ilegalidad.

e) El porcentaje de ocupación de los hoteles no era un criterio para determinar los aranceles en el régimen anterior a abril de 2009. Tampoco es un parámetro tenido en cuenta por ninguna de las sociedades extranjeras o nacionales con las cuales se hace el cotejo en la Resolución. La tarifa se establece en función de la principal fuente de ingreso de los hoteles, que es el valor que ellos mismos fijan para sus habitaciones.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA III

f) Los aranceles se estipulan de forma equitativa y con condiciones diferenciadoras objetivas: según la categoría y la zona geográfica de los establecimientos. Los convenios celebrados por SADAIC, que contemplan estacionalidad, no son excluyentes. Por lo tanto, no existe discriminación ni distorsión en la competencia o el acceso al mercado.

g) No se puede sostener que existe una tarifa abusiva si no se determinó el precio de referencia ni la tasa de ganancia razonable. Los aranceles percibidos (que son para los autores que representa SADAIC, que es una entidad sin fines de lucro), aun cuando pudieran estimarse elevados, no resultan ilegales si no afectan al régimen de la libre competencia. No se ha demostrado en el caso una obstaculización o restricción del mercado hotelero.

h) La Secretaría de Comercio impone una multa pero no ordena el cese de la conducta, lo cual ratifica la inexistencia de un accionar ilícito. No hay constancias que comprueben que el incremento de la tarifa se haya trasladado al precio de las habitaciones. Tampoco se demostró un perjuicio a los consumidores (habiendo incluso aumentado la demanda de hoteles en el período cuestionado) ni la afectación al interés económico general.

i) Subsidiariamente, la apelante aduce que la multa debe ser reducida por falta de proporcionalidad.

IV. Todas las partes intervinientes en estas actuaciones *coinciden* en que los establecimientos hoteleros se encuentran obligados al pago de un arancel a SADAIC por la reproducción secundaria de obras musicales y literarias musicalizadas. Asimismo, *concuerdan* en que la denunciada tiene un monopolio legal en la percepción de los derechos económicos (en representación de los autores y compositores) y, por ende, una posición de mercado de carácter dominante.

Sin embargo, existen diversos puntos de *disenso* que resultan cruciales para resolver este pleito. El primero de ellos está vinculado al encuadre legal -esto es, si la mencionada reproducción secundaria está contenida en el artículo 4 del decreto 5146/69- y los mecanismos de contralor. El segundo, si las tarifas establecidas por SADAIC a los hoteles a



partir de abril de 2009, aun cuando se hallaren dentro de los límites legales, resultan desproporcionadas, abusivas y discriminatorias. Para ello, corresponderá examinar las modificaciones introducidas, las consecuencias según la categoría de los hoteles involucrados, la relevancia de comparar los valores fijados con los percibidos por otras sociedades de gestión colectiva nacionales y extranjeras, la incidencia sobre los ingresos de los establecimientos, la composición del arancel (que no contempla el nivel de ocupación) y los convenios celebrados con distintas Asociaciones en base a la estacionalidad (para dilucidar si hubo prácticas discriminatorias entre los usuarios). El tercero, si las conductas bajo estudio –aun tratándose de precios “excesivos”, sea en el régimen anterior o posterior a 2009- afectan al interés económico general en el marco del derecho de la competencia.

IV.1. El artículo 1 de la ley 17.648 reconoce a la Sociedad Argentina de Autores y Compositores de Música como asociación civil y cultural de carácter privado, representativa de los creadores de música nacional, popular o erudita, con o sin letra, de los herederos y derechohabientes de los mismos y de las sociedades autorales extranjeras con las cuales se encuentre vinculada mediante convenios de asistencia y representación recíproca.

El artículo 2 prevé que *“en resguardo del patrimonio artístico musical y de la efectiva vigencia del derecho autoral, el Estado ejercerá fiscalización permanente sobre la Sociedad Argentina de Autores y Compositores de Música, por medio de auditores designados por las Secretarías de Estado de Justicia y de Promoción y Asistencia de la Comunidad”* y el artículo 3 establece que *“los auditores tendrán a su cargo verificar la percepción, administración, defensa y ejercicio de los derechos autorales a cargo de la asociación, debiendo denunciar a las autoridades competentes toda violación de las leyes, estatutos sociales y reglamentos internos y cualquier otra irregularidad en la codificación, distribución y liquidación del producto económico de la obra musical”*.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA III

Por otra parte, el decreto reglamentario N° 5146/69 de la ley 17.648 dispone que SADAIC tiene a su cargo la percepción en todo el territorio de la República de los derechos económicos de autor emergentes de la utilización de las obras musicales y literarias musicalizadas, cualesquiera sean el medio y las modalidades.

En lo que respecta a los aranceles, el artículo 3 del citado decreto autoriza a la denunciada a fijarlos (inciso b) y el artículo 4 prevé que para su determinación *“podrá afectar las siguientes proporciones: a) 20% de los ingresos, cuando se trate de actos o espectáculos para los que se cobre entrada, se perciban valores equivalentes a dicho cobro o éste sea propio de su naturaleza. Los organizadores no podrán invocar la entrega de entradas gratuitas ni la gratuidad del acto o espectáculo. En este supuesto se determinará por analogía el producido; b) 15% de los ingresos, cuando se trate de actos o espectáculos no comprendidos en el inciso anterior; c) 10% de los ingresos, tarifas o montos globales o parciales de las radiodifusoras, teledifusoras, sus retransmisiones y grabaciones en video - tape; de los productos fonográficos de discos, cintas y sus similares; de las publicaciones gráficas y de la exhibición de películas”*. La norma aclara que *“los porcentajes establecidos...deberán ser considerados como topes máximos, subsistiendo para las partes la facultad de convenir importes menores”*.

El artículo 5 (con texto del artículo 1 del decreto N° 645/2009) dispone que *“el Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos y la Secretaría de Cultura de la Presidencia de la Nación, en forma conjunta, podrán aumentar los topes fijados en el artículo 4° a pedido de la Asamblea de...SADAIC...y con intervención de los auditores”*.

En resumidas cuentas, SADAIC tiene el monopolio legal en la percepción de los derechos económicos de autor emergentes de la utilización de las obras musicales y literarias musicalizadas; está autorizada a fijar los aranceles; debe respetar los topes legales establecidos; y se encuentra sujeta al control y fiscalización del Estado a través de sus auditores, quienes asisten a las reuniones de directorio en las que se adoptan las modificaciones de tarifas



y pueden denunciar, en caso de ser necesario, una irregularidad (v. fs. 444; ello, aun cuando su tarea esté destinada a proteger la distribución de derechos y no la dimensión de cada una de las contribuciones).

El hecho de que la disposición general no haya contemplado *específicamente* la reproducción secundaria de las obras en los hoteles, siendo que los supuestos previstos por el artículo 4 son meramente *enunciativos* (dejando abierta la posibilidad de que se presenten casos “no comprendidos”), carece de efectos prácticos relevantes en el *sub judice*. Es que, más allá de que la regulación legal pueda ser deficiente sobre este ítem en particular, otorgando a la denunciada un margen de maniobra incongruente con el beneficio obtenido -lo cual será analizado en acápite subsiguientes-, lo cierto es que no se determinan mínimos tarifarios, lo cual podría merecer objeciones en estos casos, y los topes porcentuales sobre ingresos previstos en el artículo distan *significativamente* de los percibidos en el mercado hotelero (que, como se verá, rondan el 1% y, por ende, están muy por debajo del límite legal).

IV.2. El esquema tarifario vigente hasta el 31 de marzo de 2009, con respecto a la reproducción secundaria en los hoteles, era el siguiente:

- a) Establecimientos con capacidad de 1 a 10 habitaciones: el equivalente a una habitación single o el 70% de una doble por mes;
- b) Establecimientos con capacidad de 11 a 20 habitaciones: el equivalente al valor de dos habitaciones single o el 70% del valor de dos dobles por mes;
- c) Establecimientos con capacidad de 21 a 30 habitaciones: el equivalente al valor de tres habitaciones single o el 70% del valor de tres dobles por mes;
- d) Establecimientos con capacidad de 31 a 40 habitaciones: el equivalente al valor de cuatro habitaciones single o el 70% del valor de cuatro dobles por mes;
- e) Establecimientos con capacidad de 41 a 50 habitaciones: el equivalente al valor de cuatro habitaciones single o el 70% del valor de cuatro dobles por mes;





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA III

f) Establecimientos con más de 51 habitaciones: el equivalente al valor de siete habitaciones single o el 70% del valor de siete dobles por mes.

El Directorio de SADAIC, órgano competente para alterar el método de cálculo de los aranceles (v. fs. 377), dispuso que a partir de abril de 2009 quedara del siguiente modo:

a) Establecimientos con capacidad de 1 a 10 habitaciones: el valor diario de una habitación single o, en caso de no contar con habitación single, el 90% del valor diario de una habitación doble, por mes.

b) Establecimientos con más de 10 habitaciones: por cada habitación adicional se agregará al arancel establecido en a), el 10% del valor del arancel fijado en el punto a), por mes.

IV.2.1. La modificación *trascendental* incorporada por este sistema es que, a diferencia del anterior, no posee el tope del “equivalente al valor de siete habitaciones single o el 70% del valor de siete dobles por mes”, cuando se trata de hoteles de más de 51 habitaciones. Esto significa, que el aumento *progresivo* de las tarifas subsiste según la mayor cantidad de habitaciones que tenga el establecimiento.

En una primera aproximación, la reforma llevada adelante por SADAIC *revierte la inequidad* que implicaba que un hotel de, por ejemplo, 60 habitaciones abonara con el mismo parámetro de arancel que uno de 250 (sin reflejar adecuadamente la realidad económica y envergadura de cada uno). Desde esta perspectiva, sin perjuicio del análisis que se hará sobre los efectos puntuales en cada categoría hotelera –según la prueba producida en el expediente-, la innovación introducida no parece objetable.

En suma, el nuevo diseño importa percibir iguales aranceles de los establecimientos que presentan características relevantes similares: precio y cantidad de habitaciones. De este modo, se contempla el nivel competitivo de los hoteles, que crece a una relación proporcional uniforme. A fin de evitar discriminaciones arbitrarias, se eliminan las bandas y el tope en la escala progresiva que preveía el régimen anterior.



La supuesta creación de un mercado cautivo debido a las ordenanzas y/o normas que obligan a los establecimientos de 3, 4 y 5 estrellas a tener las habitaciones equipadas con televisores es *absolutamente ajena* a la denunciada. En todo caso, los afectados deberían impugnar por las vías que correspondan las disposiciones en cuestión.

IV.2.2. En lo que respecta a las consecuencias derivadas del nuevo cuadro tarifario, la CNDC elaboró diversas tablas y gráficos que las ponen de relieve, ya sea de modo abstracto o bien examinando establecimientos en concreto.

La Tabla N° 2 se refiere al arancel teórico según la cantidad de habitaciones del hotel, distinguiendo según posean o no habitaciones singles. En el primer caso, se demuestra que los hoteles con hasta 70 habitaciones no se vieron perjudicados con la reforma. Mientras los de 1, 10, 20, 30, 40, 50 y 70 habitaciones no tuvieron ningún aumento, en los de 15, 25, 35, 45, 55, 60 y 65 existieron disminuciones en la tarifa de entre un 7 y un 25%. Distinto es el supuesto de los de más de 70 y hasta 250 habitaciones, cuyo incremento fue progresivo desde el 14 al 257%. En los hoteles que no tuvieran habitación single (debiendo computarse la escala según la doble), con la excepción de los de 15 habitaciones, en todos los casos hubo aumentos arancelarios. En los hoteles hasta 70 habitaciones desde el 1 al 29% (alternado), y en los de más de 70 habitaciones del 47 al 359% (incrementalmente) (v. fs. 1446).

En la Tabla N° 3 se consignan los efectos según la categoría de las habitaciones, que siguen lineamientos muy parecidos a los del cuadro anterior. Tanto en la Capital Federal como en el Interior los hoteles de 1 y 2 estrellas, los *boutique* y *aparts*, que cuentan con habitaciones singles, se beneficiaron con la medida entre un 11 y un 19% (a los que se suman los hoteles de 3 estrellas del Interior). En los hoteles que solo cuentan con habitaciones dobles hubo incrementos de entre el 7 y 14%. En cambio, en los hoteles de 4 y 5 estrellas hubo aumentos del 26 al 62% en el Interior y del 47% al 339% en Capital, según tengan o no habitaciones singles (v. fs. 1449).





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA III

Las tablas y los gráficos que examinan establecimientos hoteleros en concreto replican el análisis en abstracto (v. fs. 1450). De la información colectada puede colegirse, entonces, que los hoteles con menos de 70 habitaciones (que comprenden en su mayoría a los de 1, 2 y 3 estrellas, los *aparts* y *boutique*), que cuentan con habitaciones singles, se vieron beneficiados con la modificación mientras que los que solo tienen habitaciones dobles tuvieron aumentos de entre el 1 y el 29%.

En definitiva, los incrementos *desproporcionados* y *abusivos* que se achacan, en los que hace hincapié la CNDC y la propia denunciante, quedan reducidos al ámbito de los hoteles de 4 y 5 estrellas que cuentan con más de 70 habitaciones. Sobre el particular no puede ignorarse que, según lo informado por el INDEC, los hoteles con más de 71 habitaciones representaban en enero de 2007 el 6.43% de la totalidad de los establecimientos en el país y en enero de 2014 el 6,92% (de los cuales el 60% eran hoteles de 4 y 5 estrellas). Es decir, que si bien la CNDC definió como mercado relevante las autorizaciones a los hoteles que se sitúan en el territorio de la República Argentina (sin distinción de categoría o cantidad de habitaciones), la reforma afectó a un *pequeño* espectro del sector: el de mayores ingresos y más plazas disponibles.

En línea con el razonamiento esbozado en punto IV.2.1 (que coincide con la postura de SADAIC referida a que los incrementos progresivos obedecieron a la estructura de equidad horizontal y vertical pretendida en el cobro de tarifas), cabe destacar que la eliminación del tope “equivalente al valor de siete habitaciones single o el 70% del valor de siete dobles por mes” generó que el impacto del nuevo cuadro tarifario sea mayor y creciente cuanto más categoría y cantidad de habitaciones tenga el hotel.

El fundamento de tal alteración *no es irrazonable* ya que los establecimientos en cuestión se encontraban beneficiados con el tope fijado por el régimen previo, que no resultaba equitativo con todos los usuarios.

IV.2.3. La Secretaría de Comercio remarca que las tarifas impuestas por SADAIC son sustancialmente más caras que las percibidas por



otras sociedades de gestión colectiva de Latinoamérica e Iberoamérica. En este sentido, compara los aranceles con los de Venezuela, Chile, México, Paraguay, Colombia y España mediante el método PPP (“Purchasing Power Parity”, Paridad de Poder Adquisitivo). También hace un cotejo con los convenios celebrados por FEHGRA con sociedades locales que gestionan otros derechos de propiedad intelectual como AADI-CAPIF y Argentores.

Al respecto, corresponde señalar que asiste razón a la apelante cuando sostiene que la comparación con las entidades foráneas es *improcedente* ya que se trata de mercados geográficos, contextos económicos y presupuestos legales completamente disímiles (ver, a tal efecto, informe pericial de fs. 865/874). No resultan en principio extrapolables al ámbito nacional las condiciones previstas en los regímenes extranjeros. Por lo pronto, tal como surge del anexo de fs. 1476/1482, algunos de esos países tienen tarifas mínimas, otros consideran solo las habitaciones y no todas las instalaciones (como el lobby), entre tantas otras cuestiones no operativas con respecto a SADAIC. Es 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.

Por lo tanto, ni las tarifas cobradas por las sociedades extranjeras que gestionan los mismos derechos pero en otro ámbito geográfico, ni las que perciben entidades locales que gestionan otros derechos de propiedad intelectual diferentes resultan gravitantes para el análisis del nuevo cuadro arancelario impuesto por la denunciada (habiendo determinado la CNDC como mercado relevante la autorización para la reproducción de música en los hoteles del territorio nacional).

Por supuesto que las experiencias de otros países, que según surge de las constancias aportadas por la Comisión tienen sistemas de cobro más eficientes (ya que contemplan adecuadamente diversos factores que no son atendidos por el régimen tarifario actual de SADAIC; ver punto XII.2 a fs. 1451/1457), son sumamente interesantes e ilustrativas a fin de proponer proyectos de reforma regulatorios en el ámbito nacional. Sin embargo, las





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA III

meras diferencias en la conformación del arancel o en el precio final no permiten colegir, sin más, que existió un abuso de posición dominante por parte de la denunciada pasible de afectar el interés económico general.

En lo que concierne a la consideración de que el precio es *excesivo* en comparación con tales sociedades (sea con el sistema anterior o posterior a 2009), corresponde remitirse al punto IV.3.

IV.2.4. La Secretaría de Comercio también puso de resalto la incidencia real que representa sobre los ingresos de cada establecimiento el pago de tarifas a SADAIC.

En la experticia contable practicada en el expediente, los peritos designados concluyeron que el desembolso a la denunciada se ubicaba en un rango entre el 0.37 y 0.60% de los ingresos del hotel, lo cual fue considerado por ellos como *razonable*. A tal fin, tomaron como parámetro los hoteles de 5 estrellas Intercontinental Buenos Aires (155 habitaciones) y Meliá Recoleta (57 habitaciones) y los hoteles de 4 estrellas Bisonte (62 habitaciones) y Etoile Recoleta (96 habitaciones), estimando sus ingresos efectivos en 2013 según el porcentaje de ocupación (v. fs. 1084/1140).

En definitiva, los idóneos no advirtieron que en los hoteles de categoría utilizados como referencia en la pericia el arancel percibido tuviera una incidencia *sustancial* en los ingresos (SADAIC, al contestar el traslado del artículo 29 de la LDC, estimó que en ningún caso superaba la tarifa el 1.5% de los ingresos). Toda vez que la denunciada es la única administradora de los derechos económicos, no se percibe en este aspecto una limitación, restricción o distorsión de la competencia entre los establecimientos.

IV.2.5. Por último, corresponde analizar el nivel de ocupación y estacionalidad de los hoteles desde dos perspectivas: como factores a tener en cuenta para la composición del arancel (cuya ausencia fue criticada por la CNDC) y como sustento de convenios celebrados por SADAIC (lo que fue considerado por la Comisión como una práctica discriminatoria).

En lo que respecta a la primera cuestión, cabe destacar que *tampoco* observan los referidos criterios *ninguno* de los acuerdos celebrados



por la denunciante FEHGRA con las sociedades locales que gestionan otros derechos de propiedad intelectual (que pone como ejemplo, ver instrumentos suscriptos con Argentores o AADI CAPIF, que obran a fs. 166 y siguientes) ni el régimen anterior a abril de 2009 de la propia denunciada.

Claro está que, a fin de evitar que los valores se fijen sobre una utilización presunta del repertorio, parece *deseable* tomar en consideración los referidos parámetros (sea caso por caso, recurriendo a datos estadísticos brindados por organismos oficiales, o directamente estableciendo un porcentaje sobre los ingresos netos del establecimiento; todo ello, sin dejar de considerar que el cobro de los derechos no sólo se circunscribe a las habitaciones sino que también incluye áreas comunes como puede ser el restaurante o el lobby).

De todos modos, la mera circunstancia de que el sistema ideado para el cobro de ejecuciones secundarias en los hoteles sea *perfectible* (debiendo trabajarse sobre una reglamentación acorde a las circunstancias del sector involucrado, tal como recomienda la Secretaría de Comercio), no implica que en el régimen actual exista una conducta ilícita anticompetitiva.

Por lo demás, no puede soslayarse que el nivel de ocupación y la estacionalidad son contemplados aunque sea de modo indirecto. La tarifa se fija en función del precio que el propio hotel le asigna a la habitación single o doble en ese mes determinado por lo que el valor varía en función de la oferta y demanda, de acuerdo a la ocupación y estacionalidad. Por lo tanto, el arancel abonado a SADAIC es en parte el reflejo de la competencia entre los establecimientos hoteleros, que implícitamente considera tales factores.

En lo que respecta a las prácticas discriminatorias endilgadas, consistentes en la celebración de convenios en distintos territorios en los que sí se tuvo en cuenta la estacionalidad de la localidad, corresponde remarcar que se trata de acuerdos que contienen descuentos y/o reducción de los aranceles que, en un contexto en el que la ocupación no es un parámetro que sirva de base para el cálculo, no resultan en principio *irrazonables*.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA III

Por ejemplo, en el caso La Falda y Carlos Paz (Córdoba), celebrados en 2005 y 2004, se dispuso que los hoteles abonen tres meses en vez de doce, computando el valor de las habitaciones al comenzar la temporada (que, por supuesto, es el más elevado) (v. fs. 463 y 472), mientras que en la provincia de Mendoza se determinó en 2003 un pago de siete meses (v. fs. 478). Según informa la denunciante, estos acuerdos habrían quedado caducos y rescindidos al modificarse el cuadro arancelario.

Posteriormente, en el año 2010 se suscribieron convenios con Asociaciones empresarias hoteleras gastronómicas de Mar del Plata (actualizado en 2012) y Pinamar, estableciendo en el primer caso el pago del arancel por un período de siete meses mientras que en el segundo de seis meses, computando las tarifas de referencia promedio; en el 2011 se hicieron nuevos acuerdos con las Asociaciones de Villa Carlos Paz y Mendoza (incluyendo La Rioja y San Luis) pero tomando para el cálculo el valor declarado por cada establecimiento; y en el 2012 con asociaciones de San Clemente del Tuyú, Zona Centro del Partido de la Costa, Zona Sur del Partido de la Costa, Villa Gesell, Necochea y Tandil (v. fs. 698/715, 721/724, 767/768, 769/772 y 780/822).

Las bases que dan sustento a los convenios –que no disponen aranceles especiales sino que se trata de la misma tarifa pero cobrada menos meses durante el año- son *homogéneas* en tanto contemplan la estacionalidad de acuerdo a los parámetros informados por las propias Cámaras o Asociaciones firmantes y corroboradas por las Oficinas de Turismo respectivas (buscando equilibrar o atemperar los efectos provocados por los distintos niveles de ocupación, lo cual en principio no genera desventajas competitivas entre establecimientos en igualdad de condiciones).

En efecto, de los cuadros acompañados por la denunciada a fs. 958/959, en los que se coteja las situaciones de CABA –con estacionalidad prácticamente nula- y Mar del Plata y Villa Carlos Paz –con estacionalidad muy marcada y picos de ocupación en el mes de enero-, se desprende un criterio ecuánime entre la ocupación relativa de las localidades con convenio



y las de hoteles con estacionalidad normal y los meses de aranceles que efectivamente se perciben (ver documentación complementaria aportada a fs. 996/1016). Tal circunstancia es avalada también por el informe pericial de fs. 1084/1087 y los cuadros que surgen como anexos a fs. 1088/1140, que determinan la razonabilidad de la tarifas en base a la estacionalidad de cada una de las zonas examinadas.

A lo expuesto cabe añadir que SADAIC explica que los convenios son aplicables solamente a las partes que los suscriben (o los miembros de las asociaciones firmantes), pero que pueden extenderse a todo otro establecimiento que lo solicite, lo que mitigaría las consecuencias adversas que pudieran tener en los usuarios no beneficiados (v. fs. 958). En este orden de ideas, no está demostrado en autos que se le haya negado a un hotel de similares características en la misma zona y condición geográfica participar de un acuerdo suscripto por una asociación a la que no pertenece.

IV.2.6. Como colofón de este acápite, cabe colegir que no se advierte que con el cambio tarifario incorporado a partir de abril de 2009 (que afecta particularmente a los hoteles de más de 70 habitaciones de mayores ingresos) SADAIC haya incurrido en una situación de abuso de posición dominante y/o de prácticas discriminatorias en violación a la LDC.

IV.3. Para finalizar, corresponde referirse a la relación que puede existir entre los precios abusivos imputados (sea anteriores o posteriores al nuevo sistema arancelario) y la ley de defensa de la competencia, que requiere la potencial afectación al interés económico general.

El inconveniente derivado de los supuestos precios “excesivos” en el marco de un monopolio de estas características (que plantea, dentro del espectro de situaciones de abuso de posición dominante, un “abuso explotativo” y no un “abuso exclusorio”; ver Lambert, Ariel D., “El abuso de Posición Dominante en la Defensa de la Competencia”, Revista Argentina de Derecho Empresario, 2005, IJ-XLIII-361) podría ser solucionado mediante la regulación estatal directa de control de tarifas.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA III

El modo de velar por el bienestar social en estos casos sería, entonces, a través de la regulación o la desregulación. Ello es así, precisamente, porque en este mercado no hay competencia alguna que tutelar (ver Grosman, Lucas – Serebrisky, Tomás, “El abuso explotativo y la Defensa de la Competencia en Argentina”, Boletín Latinoamericano de Competencia, disponible en www.researchgate.com).

En efecto, la sanción por precios exige que las agencias de competencia estén en condiciones de determinar los costos de producción – esollo que se acrecienta con activos intangibles como los derechos de autor-, el margen de ganancias o utilidad razonable –con el problema de considerar las mejoras en la eficiencia de los procesos-, las tasas de retorno, un patrón de comparación idóneo (es decir, un estándar objetivo vinculado con el mercado concreto, ante la ausencia de un precio competitivo y la necesidad de evitar valores de cotejo puramente teóricos), el porcentaje que por encima del precio hipotético constituiría un exceso, la conducta que hubiera podido adoptar la demandada si hubiese habido un mercado competitivo, etcétera.

Tales obstáculos, que parecieran insuperables en situaciones como las que se analiza, sumado a la incapacidad de elaborar remedios que solucionen a futuro (más allá de las multas, que castigan con vistas al pasado) generan el riesgo de que, en la idea de prevenir un abuso, las autoridades en materia de competencia terminen regulando precios y distorsionando el mercado que tienen a su cargo proteger (ver Anderson, Robert – Daniel, Timothy -Heimler, Alberto y Jakob, Thinam, “Abuse of dominance”, “A framework for the design and implementation of competition law and policy”, <http://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/27123114.pdf>; Rópolo, Esteban P., “Precios excesivos y Defensa de la Competencia”, AR/DOC/3491/2018).

Las herramientas que tiene la defensa de la competencia para resolver los problemas generados por prácticas de abuso de posición dominante son de regulación indirecta de los mercados (a través de sanciones o la imposición de obligaciones de no hacer) pero que en ningún caso llevan



aparejado el control directo de los precios, las cantidades u otras variables cuantitativas. En la inteligencia apuntada, los abusos explotativos obtienen una corrección adecuada mediante la fiscalización directa de un organismo regulador que esté monitoreando el mercado; es decir, que ni el Poder Judicial ni las agencias de competencia pueden ejercer tal control con la misma eficiencia. Ello explica “por qué la defensa de la competencia fracasa cuando se ve obligada a resolver casos en los cuales la conducta analizada son los precios excesivos o el aumento abusivo de precios” (ver Coloma, Germán, “Defensa de la competencia”, Universidad del CEMA, ps. 323/324).

La jurisprudencia norteamericana (desde “EEUU c/USSteel”, de 1920, en adelante) sigue esta línea ya que la Ley Sherman no castiga los precios excesivos. En lo que respecta a la europea, el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2012), sucesor del Tratado de Roma (1957), tiene un mandato legal de perseguir y castigar los abusos explotativos, sancionando la imposición de precios *inequitativos*. No obstante, las autoridades de competencia europea han sido muy cuidadosas (siendo escasos los casos en que la Comisión ha iniciado acciones fundadas en la imposición de precios excesivamente altos; ver, por ejemplo, los famosos casos de *General Motors* de 1975 –cuya multa fue revocada por el TJCE-, *United Brands* de 1976 –que se refiere al tema de forma indirecta ya que el aspecto central radicaba en una discriminación de precios- y *Sacem* de 1989 –que sería el más asimilable al caso bajo estudio, aunque una de las bases homogéneas allí analizada residió en los gastos de funcionamiento de las sociedades de gestión colectiva-); ello, dadas las dificultades derivadas de determinar la inexistencia de una relación razonable entre el valor económico de un producto y su precio (Herrero Suárez, Carmen, “El problema del oligopolio en el derecho de la competencia comunitario”, documento Lexis Nexis 00021/000280, págs. 9 y 10).

En el derecho argentino la facultad de las autoridades para sancionar precios abusivos está limitada a los principios del artículo 1 de la LDC (por lo cual exigen un estándar de evaluación más estricto que el





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA III

europeo). La jurisprudencia local no cuenta con antecedentes de sanciones fundados *únicamente* en precios excesivos (el emblemático caso de la Corte Suprema en “Fallos” 325:1702 se refirió a discriminación de precios entre lo que vendía YPF en el mercado interno y el externo. El máximo tribunal consideró que no alcanzaba con incrementar los precios sino que había que probar que los aumentos eran consecuencia de una restricción de la competencia).

Dado que las sanciones deben interpretarse de forma restrictiva, es necesaria la demostración de que existe una limitación de la competencia o bien que el abuso de posición dominante perjudica al interés general. Esto es, un apartamiento *manifiesto y grave* de los niveles que caracterizarían a un mercado adecuadamente competitivo –pudiendo cuantificar de forma precisa los factores que influyen sobre los costos, más la utilidad razonable; cotejar con mercados geográficos comparables y/o evaluar la eficiencia empresarial; todo lo cual no es posible en el *sub lite* -, a fin de evitar que el régimen se convierta en un sistema paralelo de control de precios (ver Cabanellas de las Cuevas, Guillermo, “Derecho Antimonopólico y Defensa de la Competencia”, T. 2, editorial Heliasta, ps. 222/225).

No puede soslayarse que de los datos brindados por el Ministerio de Turismo de la Nación y el Indec se desprende que entre enero de 2007 y enero de 2014 hubo un aumento en la oferta hotelera y una variación casi nula de la demanda (ver fs. 1046/1049 y 1069/1071). En los hoteles de más categoría y cantidad de habitaciones, según informa la denunciada –aportando documentación, v. fs. 959/960 y fs. 1205, en sentido similar con la prueba informativa- la oferta aumentó un 17,6%, en los de categoría intermedia un 4.6% mientras que en los más pequeños cayó un 19.8%. En línea con esto, la demanda subió más en el rango de establecimientos de alta calidad y más plazas (que habrían sido los más perjudicados con la medida de SADAIC).

El traslado que pudiera haber de los incrementos en los aranceles a los consumidores (que si bien podría presumirse desde la teoría microeconómica, no hay probanzas agregadas al expediente que lo acrediten)



no resulta suficiente para cimentar la multa. El precio aun considerado “excesivo” –que, como se explicó, no hay elementos de juicio contundentes que lo demuestren- no significa *per se* que sea ilícito o anticompetitivo. Uno de los objetivos de la LDC debe ser tutelar el bienestar del consumidor; no obstante, la forma en que se lleva adelante esa tarea es indirecta, justamente a través de la sanción de prácticas que afectan la competencia. Tan es así que la decisión de la Secretaría de Comercio no ordena el cese de la conducta, ni establece cuáles debieran ser los aranceles o precios de equilibrio, sino que simplemente determina una sanción y recomienda al Poder Ejecutivo que propicie una normativa acorde con los argumentos esbozados por la Comisión.

V. En virtud de todo lo precisado a lo largo del presente, cabe revocar la multa aplicada pero mantener las recomendaciones al Poder Ejecutivo que surgen de los artículos 4 y 5 de la Resolución de la Secretaría de Comercio que fuera oportunamente apelada.

En lo que respecta a las erogaciones causídicas, cabe destacar que el artículo 68, segunda parte, del Código Procesal, prescribe que "el juez podrá eximir total o parcialmente de esta responsabilidad (de las costas) al litigante vencido, siempre que encontrare mérito para ello, expresándolo en su pronunciamiento, bajo pena de nulidad". Tal disposición importa una sensible atenuación al principio del hecho objetivo de la derrota (mismo artículo, primera parte) y concede a los magistrados un margen de arbitrio que debe ejercerse restrictivamente y sobre la base de circunstancias cuya existencia, en cada caso, torne manifiestamente injusta la aplicación del mencionado principio (ver Palacio, Lino, Derecho Procesal Civil, T. III, pág. 373).

La contienda que nos exhibe la presente causa encuadra en la norma excepcional transcrita. Ello, dada la magnitud del aumento de aranceles para cierta categoría de hoteles, el amplio margen de discrecionalidad que tiene SADAIC en la materia (que no genera reglas claras en la ejecución secundaria de obras y podría conllevar a nuevos inconvenientes a futuro), la necesidad de que el Poder Ejecutivo adopte las





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA III

recomendaciones esbozadas por la Secretaría de Comercio (en tanto resulta necesaria una regulación concreta que contemple los distintos criterios explicitados), y las diversas posturas y tendencias adoptadas a nivel local y extranjero con respecto la posibilidad de las autoridades de competencia de sancionar abusos explotativos. En tal virtud, teniendo en cuenta la naturaleza de los planteos y la solución que se propone, cabe distribuir las costas en el orden causado (art. 68, 2da. parte, del Código Procesal).

Por ello, **SE RESUELVE:** revocar la Resolución 371/2018 de la Secretaría de Comercio en lo que respecta a la multa aplicada y confirmarla en lo atinente a las recomendaciones giradas al Poder Ejecutivo Nacional. Las costas se imponen en el orden causado.

El doctor Guillermo Alberto Antelo no suscribe por hallarse en uso de licencia (art. 109 del RJN).

Regístrese, notifíquese, publíquese y, oportunamente, devuélvase.

Ricardo Gustavo Recondo

Graciela Medina

