

1. El art. 1099 del Código Civil y Comercial de la Nación (vigente desde el 1/8/2015) prohíbe las prácticas que limiten la libertad de contratación del consumidor, especialmente las que subordinen la provisión de productos o servicios a la adquisición simultánea de otros, incluyendo aquellas conductas afines que persigan ese mismo objetivo. Es fácil advertir que la norma comprende lo que en derecho comparado se conoce desde hace varias décadas como “tying clauses” o “ventas atadas”, o sea, aquellas conductas que se configuran al condicionarse la venta de un producto o la prestación de un servicio, a otro diferente (que usualmente no está disponible para su venta o provisión por sí solo, o que por alguna razón interesa difundir al proveedor conjuntamente). Esta figura no es nueva en la legislación foránea; pero tampoco en la de nuestro país. El art. 2 de la Ley de Defensa de la Competencia (n° 25.156, no reformada ni modificada por la unificación civil y comercial) establece que, subordinar la venta de un bien a la adquisición de otro o a la utilización de un servicio, o subordinar la prestación de un servicio a la utilización de otro o a la adquisición de un bien, constituye una conducta restrictiva de la competencia, siempre que afecte el interés económico general (aludido en el art. 1 de esa ley).

Como se observa, la inclusión de esta previsión normativa en el nuevo código unificado no constituye una novedad en nuestro ordenamiento jurídico, pero sí es novedosa su regulación específica: la configuración de la conducta en la ley 25.156 requiere de una afectación al interés económico general, lo cual no es exigido por el art. 1099 del código.

Ello es lógico si se tiende a pensar que la intención del legislador ha sido, en el caso de la ley 26.994, proteger más al consumidor final en una relación de consumo que a la competencia mercantil en el marco del complejo procedimiento que prevé la ley 25.156 (que ineludiblemente exige un riguroso análisis de los mercados involucrados para constatar que exista afectación al “interés económico general”).

2. La peligrosidad de las ventas atadas proviene de dos vertientes. Una, vinculada a la imposición de bienes o servicios no deseados por el consumidor a través de su atadura a otro que aquél sí desea. Otra, ligada a la exclusión o restricción de un competidor en el mercado, siempre que el proveedor sea dominante en el producto o servicio que “ata” y el demandante/consumidor no pueda obtener alternativas para el producto “atado”. Sin embargo, debe tenerse presente que, en ocasiones, el ligamen (atadura) de un bien o servicio a otro puede deberse, bien que excepcionalmente, a razones de eficiencia vinculadas al desenvolvimiento de economías de escala, eventos industriales o desarrollo de tecnologías. Ahora bien, para que se configure una conducta de venta atada contraria a la libre competencia o violatoria de los derechos del consumidor se requiere no sólo que el producto o servicio que se ata y el atado sean “diferentes”, sino también que el proveedor tenga suficiente “poder de mercado” con relación al bien o servicio que ata como para imposibilitar (o dificultar de manera grave y ostensible) que el consumidor adquiera un bien o servicio equivalente o sustituto, o se traslade a otro mercado geográfico para obtenerlo. A ello se suma el hecho de que el consumidor carezca de opción para adquirir el producto o servicio “atado” sin el “que ata” y que de ello surja un real o inminente perjuicio para aquél.

3. La diferenciación del bien o servicio es el elemento de juicio principal en la cuestión reglada por el art. 1099 del Cód. Civ. y Com. Además de la diferenciación que a primera vista pueda advertirse, debe existir una demanda singular para cada producto o servicio separadamente, que evidencie, entre otros aspectos, que se trata de elementos distintos.

Asimismo, la posición dominante en el producto que se “ata” debe tender a trasladarse hacia el producto “atado” (fue lo que se atribuyó, por ejemplo, a Microsoft respecto del paquete “Office” que se ataba al sistema operativo “Windows”).

4. Ejemplos de la conducta sobran. Podría tratarse del supuesto donde una empresa (o varias si existe colusión) que vende aires acondicionados tiene poder de mercado -que según el ámbito geográfico puede ser bastante concentrado y dominante- sobre la comercialización de esos productos, pero no sobre su instalación. Entonces, “ata” ese producto -respecto del cual tiene dominio- a un servicio donde no lo tiene, para ingresar con fuerza a ese mercado (el de la instalación de equipos) donde de otro modo no podría penetrar de esa manera. Lo mismo podría suceder en el caso de una empresa de televisión por cable, que decide atar un canal o varios canales no deseados por el consumidora otro que sí desea, para aumentar el precio del servicio prestado. En este supuesto, habría un canal deseado por el consumidor, pero este no podría contratarlo si no contrata a su vez otros que no desea (por ejemplo, se comercializan canales deportivos en un paquete y no de otro modo, cuando al consumidor solo le interesa adquirir uno de ellos, para ver partidos de futbol o u otros eventos afines).

5. En cada caso, como es obvio, debe analizarse si para atar un bien o servicio a otros existe, desde una perspectiva económica, una justificación razonable (y por supuesto legal). Además, no podrá soslayarse el hecho de que si quien ata no tiene poder de mercado, difícilmente su conducta será susceptible de causar daños al consumidor. Del mismo modo, si no existe un perjuicio, la práctica no podría ser reputada como ilícita.