

Causa 3951/24/CA1 –I– “VISA INTERNATIONAL SERVICE ASSOCIATION Y OTRO c/ ESTADO NACIONAL MINISTERIO DE ECONOMÍA SECRETARÍA DE INDUSTRIA Y DESARROLLO PRODUCTIVO CNDC s/ APEL RESOL COMISIÓN NAC DEFENSA DE LA COMPET”

Buenos Aires, de septiembre de 2024.

Y VISTO:

El recurso directo de apelación interpuesto por VISA INTERNATIONAL SERVICE ASSOCIATION y VISA Inc. en los términos del art. 67 de la ley 27.442, contra la resolución de la Secretaría de Comercio del 17.11.2023, dictada en el marco del expte. adm. EX2021-95998276; y

CONSIDERANDO:

1.- La resolución de la Secretaría de Comercio, del 17.11.2023 —en lo que aquí interesa— ordenó a las firmas VISA Inc., VISA INTERNATIONAL SERVICES ASSOCIATION, PRISMA MEDIOS DE PAGO S.A.U. y FIRST DATA CONO SUR S.R.L., en los términos del art. 44 de la ley 27.442 y en lo que a cada uno le compete: **1)** suspender hasta el dictado de una decisión sobre el fondo de la cuestión, la ejecución y/o implementación de cualquier cláusula contractual que impida que una empresa facilitadora de pagos o similar que opera en la República Argentina procese transacciones de comercio que se encuentran fuera de la República Argentina en virtud de compras realizadas por consumidores que se encuentran en la República Argentina; **2)** abstenerse de implementar cualquier política comercial que limite la sub-adquirencia de transacciones transfronterizas; **3)** abstenerse de dar de baja a los comercios que se encuentren fuera de la República Argentina y hayan sido afiliados por facilitadoras de pagos locales, así como abstenerse de bloquear el acceso a la red Visa para concretar operaciones transfronterizas que involucren a dichos comercios siempre y cuando se esté cumpliendo con las leyes argentinas.

USO OFICIAL



Para decidir así, la Secretaría de Comercio tuvo en cuenta que las conductas de las empresas denunciadas podrían ser consideradas como una amenaza de negar el acceso a la red de tarjeta de crédito propia y disponer un aumento de tarifas para transacciones transfronterizas, lo cual violaría el art. 3 de la ley 27.442 en cuanto describe como práctica anticompetitiva sujetar la compra o venta a la condición de no usar, adquirir, vender o abastecer bienes o servicios producidos procesados, distribuidos o comercializados por un tercero.

2.- La apelante VISA criticó principalmente la resolución administrativa apelada por cuanto se trata de un asunto netamente comercial y de naturaleza contractual —perteneiente a la esfera del derecho constitucional de propiedad— y ajeno a la ley de defensa de la competencia.

Explicó que existen limitaciones territoriales en el contrato de “Licencia” que datan de hace varias décadas, que se están cuestionando las cláusulas contractuales, dado que establecen la vigencia de la licencia para un determinado territorio, y que no existió conducta antijurídica de su parte que contradiga los contratos.

Negó que exista verosimilitud en el derecho invocado dado que es libre de diseñar la manera en que desea licenciar su propiedad intelectual; que no existe ninguna exclusividad territorial dentro del país, de manera tal que pueden realizar operaciones en cualquier lugar del país; que la regla de la territorialidad les impide realizar operaciones fuera del país y que es el propio Estado Nacional el que está accionando penalmente contra DLocal por violentar esa regla de la territorialidad. Por lo tanto, señaló que es contradictoria la actitud del Estado Nacional en la intervención que despliega en la causa penal contra DLocal y lo decidido en el marco del presente expediente administrativo.

Respecto del requisito del peligro en la demora, explicó que, con una anticipación de seis meses, VISA puso en conocimiento de la CNDC y de los adquirentes que se encontraba en marcha el Plan de Transición y que los adquirentes y/o facilitadores debían regularizar las operaciones que se encontraren en incumplimiento de la Regla de la Territorialidad.

Ya en referencia al alegado aumento de las tarifas, explicó que en primer lugar que no implementó el programa EMLP, de manera tal que



no existió ninguna variación al respecto y, además, enfatizó que las autoridades argentinas no tienen facultad alguna para ejercer ninguna supervisión respecto de las tarifas que se pueden cobrar fuera de la República Argentina, dado que el BCRA únicamente regula las tasas de adquirencia de comercios dentro de la República Argentina.

También negó que el mercado relevante sea el de las tarjetas de crédito, dado que los adquirentes y facilitadores son capaces de ofrecer más de cien modos de pago alternativos, de manera tal que no cabría la posibilidad de que exista un abuso de su posición dominante por parte de VISA. En lo particular, criticó la forma en que la autoridad administrativa definió el mercado relevante, señalando que estaba incorrectamente definido.

Destacó, asimismo, que la Secretaría de Comercio no tiene facultades para declarar la inoponibilidad y/o la invalidez de cláusulas contractuales que ya estaban vigentes con anterioridad al ingreso de los facilitadores a la Red VISA.

3.- Así planteada la cuestión, cabe precisar que, en principio, la vía legal prevista para que este Tribunal ejerza el control judicial de los actos dictados por la autoridad de aplicación de la ley 27.442, es el recurso directo de apelación que prevé en su art. 67 (cfr. en ese sentido argumentos de esta Cámara, Sala III, causa 1476/12 del 3.4.2012 y esta Sala, causa 817/2015 del 26.3.15).

Ahora bien, *“para que el control judicial se pueda considerar verdaderamente suficiente, deberá ser más o menos extenso y profundo según las modalidades de cada situación jurídica, de acuerdo con el conjunto de factores y circunstancias variables o contingentes como, por ejemplo, la naturaleza del derecho individual invocado, la magnitud de los intereses públicos comprometidos, la complejidad de la organización administrativa creada para garantizarlos y la mayor o menor descentralización del tribunal administrativo (Fallos 244:548), lo cual obliga a examinar en cada caso los aspectos específicos que singularizan la controversia (Fallos 247:646)”*; (cfr. esta Sala, causa 817/2015 del 26.3.15).

4.- Aclarado esto, debe recordarse que la observancia del debido proceso no puede quedar sustraída en modo alguno al control judicial suficiente, que es exigencia constitucional en supuestos como el que se

USO OFICIAL



examina (arts. 18, 109 y 116 de la Constitución Nacional; Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* “Fernández Arias c. Poggio”, Fallos 247:646; doctrina de esta Sala en la causa 2319/03 del 5-10-2004). Y ello importa, necesariamente, que dicho control por la vía recursiva pueda ser ejercido en forma oportuna.

5.- De acuerdo a la manera en que han sido expuestos los agravios de la apelante, la cuestión a decidir consiste en determinar si la Secretaría de Comercio valoró adecuadamente la presencia de los presupuestos indispensables para el dictado de una medida cautelar.

6.- En tales condiciones, lo primero que hay que poner de relieve es que buena parte de los agravios de la recurrente se relacionan y sustentan en la “regla de la territorialidad” que se encontraría prevista en los contratos que vinculan a VISA con las “facilitadoras”, en virtud de los cuales la licencia que les otorga les permitiría desarrollar su actividad comercial únicamente dentro del territorio de la República Argentina. Por consiguiente, toda actividad desarrollada por las “facilitadoras” fuera de dicho territorio no podría ser admitida por VISA, en tanto excedería las previsiones originales de los contratos.

Ahora bien, en esta etapa preliminar del expediente administrativo no fueron debidamente probadas, sustanciadas ni debatidas las previsiones de los contratos.

En efecto, toda vez que las partes no han controvertido la existencia, la naturaleza jurídica y los eventuales alcances de los derechos que surgen de tales contratos, los agravios relacionados con dichas cuestiones no pueden ser considerados en esta ocasión y ser objeto de expresa decisión por parte del Tribunal, en esta etapa preliminar en la cual se encuentran las actuaciones.

Mal podría adoptarse alguna decisión con base en esos agravios si la aquí recurrente, que invoca a su favor dichas cláusulas, no las analiza en sus defensas y las sustancia —con la amplitud necesaria— con sus contrarias.

7.- Al respecto, debe tenerse presente que el art. 277 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación constituye un verdadero principio y una garantía procesal a favor de todos los litigantes, que trasciende



como tal la literal letra del citado Código y permite aplicar dicho principio inclusive a procesos judiciales que se encuentran regulados preponderantemente por otras leyes.

En tales condiciones, no puede perderse de vista que el Tribunal “*no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia*”.

Por consiguiente, esta Sala no puede conocer y dirimir –en esta ocasión– aquellas cuestiones que no fueron analizadas, sustanciadas, probadas y decididas en la anterior instancia, en este caso, en sede administrativa según los términos de la ley 27.442, sobre los efectos y alcances de las cláusulas contractuales que establecerían una cierta “regla de la territorialidad”.

8.- Habiendo así decidido sobre parte de los agravios expresados por VISA, corresponde analizar ahora la procedencia y admisibilidad de las restantes críticas, en el marco de los presupuestos necesarios para dictar una medida cautelar.

Así, debe recordarse que la verosimilitud del derecho, requisito esencial para la procedencia de la medida cautelar, se refiere a la posibilidad de que el derecho exista y no a una incontestable realidad, lo cual sólo se logrará al agotarse el trámite (conf. Fenochietto - Arazi, “Código Procesal comentado”, t. 1, pág. 742; esta Sala 1, causa 4678/14 del 11.10.16 y sus citas).

Es que, atendiendo a la naturaleza de las medidas cautelares, no cabe un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud, ya que el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra cosa que atender a aquello que no exceda del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad (Corte Suprema, Fallos: 306:2060; esta Sala, causa 4678/14 del 11.10.16 y sus citas).

Reiteradamente se ha expresado que la fundabilidad de la pretensión cautelar no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal, sino del análisis de la mera probabilidad acerca de la existencia del derecho invocado (cfr. esta Sala, causa 6655 del 7.5.99, entre otras). Ello permite que el Tribunal se expida sin

USO OFICIAL



necesidad de efectuar un estudio concluyente y categórico de las distintas circunstancias de la relación jurídica involucrada (cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 314:711), de acuerdo con el estrecho marco de conocimiento y la finalidad provisional que son propios de las medidas cautelares (cfr. esta Sala, causas 9643/01 y 726/02 del 14 y 21 de marzo de 2002, respectivamente, entre muchas otras).

9.- También debe ponderarse que todo hasta aquí expuesto debe ser analizado en el marco que ofrece el art. 44 de la ley 27.442, en cuanto prevé que *“En cualquier estado del procedimiento, el Tribunal de Defensa de la Competencia podrá imponer el cumplimiento de condiciones que establezca u ordenar el cese o la abstención de las conductas previstas en los capítulos I y II, a los fines de evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud, su continuación o agravamiento. Cuando se pudiere causar una grave lesión al régimen de competencia podrá ordenar las medidas que según las circunstancias fueren más aptas para prevenir dicha lesión, y en su caso la remoción de sus efectos.”*

10.- En esas condiciones, el Tribunal debe considerar ciertas cuestiones de hecho y de derecho que determinan la existencia preliminar o superficial de la verosimilitud del derecho invocado por las denunciantes, sellando así la suerte del recurso.

Así, no se encontraría controvertido entre las partes que existirían contratos que las vinculan, en virtud de los cuales las “facilitadoras” desarrollan su actividad comercial.

En segundo término, no está debidamente esclarecida la cuestión relevante de la “regla de la territorialidad” y la existencia, alcance y modalidad del derecho que asistiría a las “facilitadoras” para procesar operaciones de adquisición de bienes y servicios de residentes de la República Argentina sobre bienes y servicios en el exterior.

11.- Otro aspecto relevante a tener en cuenta es que la apelante VISA adoptó ciertas decisiones introduciendo modificaciones en la manera en que se venían ejecutando los contratos; y las exteriorizó modificando –por lo menos– la manera y el ámbito territorial en los cuales las “facilitadoras” desarrollaban su actividad comercial, dado que las intimó a cesar en operaciones fuera de la República Argentina.



Poder Judicial de la Nación

Esto habría ocurrido así en tanto VISA primero dispuso el empleo de la EMLP (programa piloto que luego informó que no se implementaría), para luego implementar un “programa de transición para la regularización de las licencias”.

Al respecto, es ilustrativa para el Tribunal la carta enviada por PRISMA a DLocal el 13.6.2022, mediante la cual se le notifica que VISA “nos ha comunicado que ha suspendido -hasta nuevo aviso- la implementación del Programa EMLP. Asimismo, dado que Visa prohíbe las operaciones Cross-Border (conforme las Visa Rules), en la misma comunicación hizo saber que ha otorgado un plazo para la regularización de esta hasta el 15 de septiembre de 2022, sujeta al cumplimiento de determinadas condiciones. En caso de que, vuestro comercio y/o los comercios adheridos a Ud. realicen transacciones Cross-Border, Ud. deberá cumplir con lo indicado a continuación, a fin de mantener la excepción de regularización de cumplimiento: **1. Enviar a Prisma un reporte con la siguiente información: De todos los comercios adheridos a Ud. que operan fuera de Argentina: a. Nombre b. Volumen Visa de los últimos 12 meses c. Ubicación del país de origen Número de Establecimiento (identificador) de Ud. en la Adquirencia de Prisma y el ID de Facilitador de Pago registrado en Visa. Este reporte deberá ser enviado a Prisma en o antes de cada una de las fechas establecidas en la tabla a continuación: Nro. Reporte Fecha de Vencimiento 1 15 de junio 2 28 de junio 3 13 de julio 4 28 de julio 5 12 de agosto 6 29 de agosto 7 13 de septiembre** **2. No afiliar ningún comercio que opere fuera de Argentina que no estuviera en el reporte 1 mencionado precedentemente. 3. Abstenerse de ejecutar directa o indirectamente cualquier actividad, acción o acuerdo que promueva el crecimiento de las operaciones con cualquier comercio ubicado fuera de Argentina. 4. Dejar de procesar inmediatamente transacciones con tarjetas Visa que se originen en comercios se encuentre ubicado en la Comunidad Económica Europea. Se entiende por al lugar principal en el cual desarrolla sus negocios el comercio final.”.**

El punto 4.- de la citada carta es, en el marco de una primera aproximación a la cuestión debatida, suficientemente ilustrativo sobre las modificaciones que se pretendió introducir en los contratos, en tanto



establece que las “facilitadoras” deberían “4. Dejar de procesar inmediatamente transacciones con tarjetas Visa que se originen en comercios se encuentre ubicado en la Comunidad Económica Europea. Se entiende por al lugar principal en el cual desarrolla sus negocios el comercio final.”.

En otras palabras, las “facilitadoras” tendrían que interrumpir el procesamiento de operaciones de residentes en la República Argentina de bienes y servicios adquiridos en la Unión Europea. Asimismo, debería cesar en incorporar nuevas operaciones que se concreten con vendedores o proveedores de fuera de nuestro país (conforme punto 3.- de la carta antes citada).

Todo esto, en el superficial análisis que permite una controversia que recién comienza a sustanciarse, permite —sin embargo— advertir que una parte de la relación contractual pretendió introducir ciertas modificaciones a un contrato que estaba en proceso de ejecución. En otras palabras, intentaría modificar la manera en la cual se venían ejecutando los contratos.

12.- También es objeto de ponderación por parte del Tribunal que VISA asegura en sus agravios que los residentes en la República Argentina podrían continuar adquiriendo bienes y servicios del exterior sin inconvenientes, como lo venían haciendo hasta la fecha.

En consecuencia, la recurrente VISA en algún sentido va a reemplazar a las “facilitadoras”, sustituyéndolas, de manera tal de no interrumpir o entorpecer la provisión de bienes y servicios provenientes del exterior.

Así, se advierte que la decisión comunicada por VISA conduciría a una pronta sustitución de la persona jurídica que procesa los pagos de bienes y servicios del exterior, desplazando a quienes hasta entonces los venían procesando, todo lo cual podría —con la superficial aproximación propia de las medidas cautelares—, constituir un abuso de posición en el mercado.

Por lo tanto, mientras se sustancian las defensas y las partes ejercen ampliamente su derecho de defensa, resulta apropiado mantener los términos del contrato en ejecución tal como se venían ejecutando.



Debe entenderse, entonces, que preliminarmente aparece como verosímil la posibilidad de que el derecho de las “facilitadoras” se vea menoscabado de la manera en la que lo señalaron en su denuncia.

Se encuentra mínimamente presente, por lo tanto, el presupuesto de la verosimilitud del derecho invocado, dado que las novedades que introdujo VISA a los contratos podrían tener incidencia en los principios inspirados y protegidos por la ley 27.442, de manera tal que, a los efectos de mantener provisoriamente el mayor número de comerciantes en el mercado, debe confirmarse la medida precautoria dispuesta por la Secretaría de Comercio el 17.11.2023, dictada en el marco del expte. adm. EX2021-95998276.

Ello así, pues ésa es la mejor medida para conciliar adecuadamente el respeto del derecho de defensa en juicio que asiste a todas las partes del proceso, con el principio de economía procesal y la necesidad de evitar innecesarios perjuicios a las partes en la ejecución de los contratos que las vinculan.

13.- En cuanto al requisito del peligro en la demora, este recaudo de admisibilidad se refiere a la necesidad de disipar un temor de daño inminente –acreditado *prima facie*– o presunto (cfr. Fassi-Yáñez, “Código Procesal Comentado”, t. I, p. 48 y sus citas de la nota n° 13: Podetti, “Tratado de las medidas cautelares”, p. 77, n° 19; esta Sala, causa 889/99 del 15.4.99, entre otras; y CNCiv., sala D, del 26.2.85, LA LEY, 1985-C, 398). En el caso, la puesta en ejecución de las prohibiciones dispuestas por una de las co contratantes conduciría a que las “facilitadoras” no puedan realizar una parte de las operaciones comerciales que venían realizando hasta esa fecha, con el evidente menoscabo que les produciría cesar de manera intempestiva en una parte aún no dimensionada de sus actividades comerciales. Ese inminente menoscabo o imposibilidad de comerciar libremente —como lo venían haciendo— es ponderado por el Tribunal como constitutivo del presupuesto del peligro en la demora en resolver.

En función de todo lo expuesto, y encontrándose reunidos los presupuestos mínimos indispensables para el dictado de una medida cautelar, corresponde desestimar los agravios expresados por la apelante VISA y confirmar la medida dispuesta por la Secretaría de Comercio.



14.- Finalmente, corresponde recordar que la medida cautelar aquí confirmada está caracterizada por una precariedad tal que permite a los Jueces disponer su modificación, o inclusive su revocación, si se adjuntaran nuevos elementos de prueba o constancias —de hecho o derecho— que así lo justifiquen (cfr. principios de los arts. 203 y 204 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en lo que resulten pertinentes al caso regido preponderantemente por la ley 27.442).

Por los fundamentos expuestos, **SE RESUELVE:** confirmar la resolución de la Secretaría de Comercio del 17.11.2023, dictada en el marco del expte. adm. EX2021-95998276. Las costas de Alzada se distribuyen en el orden causado atendiendo a la etapa preliminar en la cual se encuentran las actuaciones y a que no se permite dilucidar una parte vencedora de una vencida en lo sustancial de los derechos controvertidos.

El juez Fernando A. Uriarte no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia (art. 109 del R.J.N.).

Regístrese, notifíquese y devuélvase a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia.

Florencia Nallar

Juan Perozziello Vizier

