

Nº 161/I

Rosario, 22 de julio de 2011.

Visto, en Acuerdo de la Sala "A", el expediente n° 3158-P de entrada, caratulado: "Cablevisión SA s/ Ley 22.262 - Incidente de prescripción (Expte. 1333P)", (originario de esta Cámara Federal de Apelaciones).

El Dr. Fernando Lorenzo Barbará dijo:

Vienen los autos a conocimiento del tribunal en virtud del recurso de apelación deducido por el apoderado de Cablevisión SA, contra la Resolución nro. 96/2009 de fecha 14/08/2009 (fs. 22/33), por la cual, en lo que ha sido materia de recurso, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia dispuso rechazar por improcedente el planteo de prescripción promovido por dicha empresa en el marco del Expte. administrativo S01:0428597/2008 caratulado "Incidente de prescripción promovido por Cablevisión SA en autos "Multicanal SA y Otro s/ Denuncia Infracción Ley 22.262 (c460)" (cfr. fs. 12/20 y vta.).

Al interponer el recurso sostiene la recurrente que al aplicar la Comisión la derogada Ley 22.262 se ha efectuado una errónea interpretación que causa un gravamen irreparable en tanto si bien la nueva normativa de la Ley 25.156 ha dispuesto que no obstante la derogación de la primera las causas en vigencia continuarán su trámite de acuerdo a sus disposiciones, ello no obsta a que, dado que la Ley 22.262 tiene naturaleza penal, le sean aplicables los principios en la materia. Destacó que la resolución que impugna soslayó que teniendo en cuenta la naturaleza penal de las conductas previstas por el marco normativo en materia de defensa de la competencia (en cualquiera de las dos normativas) resulta aplicable al caso la ley más benigna. En este sentido dice que resulta ser ley más benigna la actual 25.156, por cuanto eliminó del ordenamiento aplicable en materia de defensa de la competencia el carácter delictivo de las conductas contempladas en su artículo 41 de forma tal que hoy sólo constituyen infracciones administrativas. No obstante esta tesitura, en el punto segundo de sus agravios señala que aún tomando las disposiciones de la derogada ley 22.262, la acción investigada en autos se encuentra prescripta. Destacó que ello es así por

que la derogada ley 22.262 preveía un doble marco sancionatorio, uno para infracciones y otro para delitos. Que para el caso de los delitos (art. 41 de la citada ley) se establece un plazo prescriptivo de seis años, pero para las infracciones -tal como es el caso de estas actuaciones- se debe aplicar supletoriamente la normativa penal de fondo, aludiendo puntualmente al artículo 62, inc. 5° del C.P. que manda que en el caso de infracciones sancionadas con pena de multa éstas prescribirán a los dos años. Aboga en este sentido apoyando sus alegaciones en un fallo de la C.S.J.N. recaído en autos: "Yacimientos Petrolíferos Fiscales SA s/ Ley 22.262 C.N.D.C." del 02-07-02, concluyendo que ésta es la doctrina aplicable en cuanto a la interpretación de esta normativa. En otro orden destacó que también constituye un motivo de agravio el apartamiento por parte del órgano administrativo de la jurisprudencia referida, y que se ha interpretado erróneamente el artículo 35 de la ley 22.262, entendiendo que la doctrina sentada por el superior tribunal debería ser acatada. Avaló esta postura con abundante citas de jurisprudencia. Manifestó que otro agravio consiste en la errónea interpretación que hace la Comisión respecto del artículo 55 de la ley vigente en lo que refiere a la interrupción de la prescripción, siendo que en el caso, ésta sólo puede ser interrumpida por dos circunstancias: la denuncia o por la comisión de otro hecho sancionado por la ley; que no hay otras causales de interrupción, ni de suspensión en la normativa aplicable. Alegó sobre este punto, que los antecedentes que cita la comisión como interruptivos del plazo de prescripción lo son con relación a conductas distintas a las aquí investigadas y sobre las cuales la Comisión aun no se ha expedido, e incluso que en una de ellas la administración dispuso el archivo de la denuncia, por lo que la consideración por parte de la Comisión de otras conductas investigadas, distintas a aquellas que aquí se juzgan, como interruptivas del plazo de prescripción atentan contra el principio de inocencia de su mandante. Por último efectúa una breve reflexión final en la que sintéticamente reitera los agravios ya referidos, manteniendo la reserva de caso federal introducida oportunamente.

Corrido traslado a la representante del Estado Nacional, éste es contestado a fs. 51/56, oportunidad en que la contraparte, por las razones y argumentos que expone, peticiona que se confirme la resolución administrativa N° 96/2009 recurrida.

Y considerando:

1.- Luego de haberme impuesto detenidamente de la resolución en crisis tanto como de los agravios contra ella expresados y del responde de éstos, tengo por apropiado al caso efectuar las siguientes precisiones:

1.1.- Cabe ratificar aquí las apreciaciones de índole general que fueran vertidas en mi voto del Acuerdo N° 182/08 de esta Sala, de fecha 22 de agosto de 2008, que en fotocopia luce agregado a fojas 9/11 y vta. de la presente incidencia. Mas sin perjuicio de ellas, que tuvieron por objeto enfatizar el derecho con que cuenta todo justiciable a que una articulación de prescripción de la acción penal sea tratada sin dilaciones y aun de oficio, abogado ahora al tratamiento, digamos, sustancial del asunto, se impone el análisis de extremos no abordados en aquél pronunciamiento por cuanto no era el momento procesal para hacerlo.

1.2.- He de destacar entonces que no comparto el criterio sostenido por la Comisión, que puede leerse a fojas 17 vta. *in fine*, reiterado en esta sede por la representación del Estado Nacional (fs. 54 *in fine*/55, según el cual el principio de benignidad no constituiría una garantía constitucional sino meramente legal que el legislador podría derogar. Porque tal criterio pasa por alto, nada menos que, la reforma constitucional de 1994, a través de la cual se incorporó, con el mismo rango que texto de la ley fundamental, una serie de instrumentos internacionales que contienen claramente el derecho o principio que nos ocupa. Así lo hacen el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Observése en tal sentido que el fallo de la CSJN en que se ha pretendido basar el aserto de marras, data de 1986, es decir que resulta anterior a la modificación constitucional antes referida, de lo que ha de seguirse,

necesariamente, que no puede ser tenido en cuenta sin más ante la referida ampliación de derechos y garantías incorporadas a nuestra Constitución en el año 1994.

1.3.- Con todo entiendo que el trascendente aspecto a que acabo de hacer referencia en el punto anterior, no habrá de incidir en la solución que corresponde dar al presente recurso. Esto por cuanto, al menos desde mi punto de vista, se aplique una ley, la 22.262, o la otra, la 25.156, se impone la confirmación del punto 5° de la Resolución que ha venido en crisis en cuanto rechazó el planteo de prescripción articulado por la impugnante.

1.4.- Es que de todos los argumentos expuestos por la Comisión y reiterados en esta sede, que fueran refutados por la apelante, considero decisivo aquel que señala a la infracción juzgada en el principal como de carácter continuo o permanente, lo que determina que el cómputo del plazo de la prescripción no principie mientras la ilicitud se sigue consumando. Y esto es así en función del artículo 63 del Código Penal que como es sabido reza que "La prescripción de la acción penal empezará a correr desde la medianoche del día en que se cometió el delito o, si éste fuese continuo, desde que cesó de cometerse". Texto este que, no está de más recordarlo, se encuentra vigente e inalterado desde la sanción misma de nuestro Código Penal en el año 1921.

Ahora bien, dado que como quedara anticipado la recurrente refutó el criterio que nos viene ocupando y enfatizó que de haber mediado un proceder transgresor de su parte éste habría sido instantáneo (fs. 30 vta.), se impone el tratamiento de tal planteo.

En ese rumbo nuestra mejor doctrina en la materia sostiene que "En el delito *permanente o continuo*, todos los actos que tienen por objeto mantener el estado consumativo presentan una unidad de conducta" (así Zaffaroni, Eugenio R. y otros en: "Manual de Derecho Penal, parte general", Ediar, Buenos Aires, segunda edición, 2006, pagina 674. La *bastardilla* es de los autores).

En la misma obra se dice antes que "...no siempre la consumación agota la ejecución del delito, pues con

frecuencia la consumación formal se distancia del agotamiento natural, dando lugar a un periodo en que el delito está consumado pero no agotado" (página 645. Aquí también la bastardilla es de los autores citados).

Adviértase que a la luz de la propia interpretación, histórica o auténtica, que de la norma aplicable hiciera su legislador, cabe desechar la pretensión de la recurrente según la cual el accionar de su parte, de haber existido, habría sido un mero acto de consumación instantánea sin trascendencia ulterior alguna. Porque de haber sido así la actividad reprochada no se habría encontrado atrapada por la norma de marras, dado que, como se declarara en su Exposición de Motivos (ADLA XL-C, 1980, página 2525) "...la filosofía que inspira el régimen... es tender a controlar el 'ejercicio' del poder económico más que su formación..." (el encomillado 'simple' es del original citado).

Así las cosas interpreto que en este caso concreto el bien jurídico tutelado por la norma aplicable, sea esta la ley 22.262 o la 25.156, esto es, la sana competencia comercial en beneficio del interés general, permanecería afectado por la infracción reprochada, más allá de lo que finalmente pudiera resolver al respecto la autoridad competente en los términos de los artículos 26 y siguientes de la ley 22.262.

Otra nota que señala la doctrina con relación al tipo de infracción que nos ocupa está dado por la posibilidad del transgresor de cesar en su proceder y revertir el menoscabo generado, situación que podría darse en el presente.

1.5.- Frente al aludido y aparente "estado consumativo" de la infracción reprochada, considero que el también constitucional derecho con que cuenta todo justiciable, sea de existencia real o ideal, a ser enjuiciado en un lapso razonable, cede en casos como el que nos ocupa. Esto sin perjuicio de señalar que sería aconsejable que la administración se expidiera siempre con la mayor presteza posible, a fin de satisfacer el valor previsibilidad que resulta inherente al tráfico jurídico.

2.- Consecuentemente, en función de las razones que hasta aquí he brindado y tal como lo adelantara, habré de proponer al acuerdo confirmar la resolución venida en revisión en cuanto fue materia de recurso.

Es mi voto.

La Dra. Liliana Arribillaga dijo:

Lo investigado por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia y oportunamente imputado a Cablevisión S.A. y a Multicanal S.A., es el establecimiento de un acuerdo entre ambas para dividirse el mercado de TV por cable en la ciudad de Santa Fe, a partir de la escisión-fusión de VCC producida el 7 de octubre de 1997, disponiendo condiciones limitantes a los abonados al servicio de televisión domiciliaria por cable en esa ciudad, que les impediría cambiar o elegir libremente a las empresas proveedoras de dicho servicio con las cuales contratar. Así la infracción analizada se encuadró en el art. 1° de la ley 22.262.

La normativa citada refiere a "los actos o conductas relacionados con la producción e intercambio de bienes y servicios que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general" (art. 1 de la ley citada). Por otra parte la ley también define que se entiende por posición dominante. De tal manera que puede afirmarse que se trata aquí de conductas que puedan perjudicar -alterando el funcionamiento competitivo del mercado- el interés económico general.

Desde ese punto de vista, la restricción y distorsión de la competencia a que alude el organismo de control, si bien habría tenido respecto a las investigadas su origen en un supuesto acuerdo, lo cierto es que la división del mercado de TV por cable, que allí se habría acordado es lo que impide en la actualidad la elección libre de los abonados al servicio. De tal manera que estimo se imputa administrativamente a las empresas citadas la comisión de presuntas prácticas anticompetitivas, las que obviamente se extienden más allá de cual pudiera haber sido su origen, que se dice ocurriera a partir del día 7 de octubre del año 1997, como

se explicitara al referir la imputación efectuada a las firmas. En efecto, no existiría hoy para los abonados o para el público en general, el cambio o la elección de la empresa proveedora de televisión por cable, respectivamente, en los términos imputados por la autoridad de aplicación.

Por tanto y más allá de cual fuera la ley que se pudiera aplicar, en atención a su mayor benignidad en relación al instituto de la prescripción, concuerdo con el Dr. Barbará en que ésta no ha operado. Así voto.


En mérito al resultado del acuerdo que antecede,

SE RESUELVE:

Confirmar, en cuanto ha sido materia de recurso, la resolución nro. 96/2009 de fecha 14/08/2009 de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia. Insértese, hágase saber y oportunamente, devuélvanse las actuaciones administrativas. No participa del Acuerdo que antecede el Dr. Carlos Carrillo por encontrarse inhibido.

FERNANDO LORENZO BARBARÁ
JUEZ DE CÁMARA

DIANA ARRIBILLA
JUEZ DE CÁMARA

Ante mí: 
R. FELIX ANGELINI
Secretario de Cámara

USO OFICIAL