

**"DECOTEVE s/ impugnación art. 53 Dcto.
Nº 89/2001, Ley 25.156".
Expte. 118/10.**

///ta, 15 de agosto de 2011.

VISTO:

El recurso de apelación interpuesto por Cablevisión S.A. (fs. 14/22vta.) y Multicanal S.A. en carácter de adherente (fs. 23), en contra de la **Resolución nº 46/2009** de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (en adelante, CNDC o la Comisión); y

CONSIDERANDO:

1.1) Que mediante dicha Resolución, cuya copia se encuentra glosada a fs. 1/5, la CNDC rechazó por improcedente el planteo de prescripción promovido en conjunto por Cablevisión S.A., Multicanal S.A., y Dayco Holdings LTD.

Para decidir en tal sentido, la Comisión invocó el art. 55 de la ley 25.156 de Defensa de la Competencia (en adelante, LDComp), conforme al cual los plazos de prescripción se interrumpen con la denuncia o la producción de otro hecho por ella sancionado, sosteniendo que el legislador no distingue si ha de tratarse de un nuevo acto como el investigado o de otra conducta repugnante a dicha norma.

Afirmó que debe estarse a la letra de la ley y primacía de la realidad, lo que revela la frecuencia con que las empresas investigadas resultan objeto de pesquisa por la comisión de presuntas prácticas anticompetitivas, en prueba de lo cual cita los expedientes en trámite ante esa instancia.

Finalmente, dejó a salvo que para el supuesto de considerarse necesario un acto procesal equiparable a alguna de las circunstancias previstas por el art. 67 del Código Penal, el decisorio del 4/4/05 que fuera notificado

o el 16/4/08, y donde quedara afectada a la investigación la sociedad Multicanal S.A. al detentar el 50% del paquete accionario de Dayco Holdyns LTD, resulta asimilable al primer llamado a indagatoria efectuado a una persona, previsto como causal interruptiva de la prescripción por el art. 67 de dicho código de rito (art 65 LDComp).

1.2) Para fundar el recurso de nulidad, Cablevisión indica que la resolución cuestionada no cuenta con la firma de la mayoría de los miembros que componen la Comisión, lo cual resulta indispensable para dotarla de validez toda vez que se trata de un órgano colegiado, máxime si el mismo está actuando no como un órgano consultivo sino de contralor y se trata de una decisión definitiva, que cierra la etapa administrativa.

En cuanto a la apelación, sostiene que yerra la CNDC al considerar que otras conductas distintas a las aquí investigadas interrumpen el plazo de prescripción, causando dicha interpretación un gravamen irreparable a su parte porque, a su criterio, se soslaya que el sistema de defensa de la competencia conserva un carácter penal, cuya normativa lo complementa, a la vez que la conducta que se le imputa constituye una infracción instantánea y no permanente o continuada. De ahí que la comisión de otro hecho distinto del investigado mal puede interrumpir el plazo de prescripción de cinco años establecido por el art. 54 de la LDComp, que comienza a correr desde el momento en que cesa la conducta investigada.

Por otra parte, destaca que los antecedentes citados por la Comisión como fundamentos del decisorio versan sobre conductas distintas a las investigadas *sub examine*, sobre las cuales aquella todavía no se ha expedido. Agrega que la Comisión desconoce que en el caso "Cablevisión SA, Santa Clara de Asis S.A. y Enlaces S.A. s/Infracción a la ley 15.156", dispuso el archivo de la denuncia, mediante Resolución 188 el 22/10/10; y con relación a la causa "Sanguedolce" (expte. 064.001/122/99 y "Torneos y Competencias" (expte. 501-020297/2003), alega que no pueden tener efecto interruptivo por ser de fecha posterior.

Esgrime que el decisorio que la Comisión asimila al llamado a indagatoria en los términos del art. 67 del CPN (esto es, la Resolución 46/09) es de fecha 4 de abril de 2005 y fue notificado recién con fecha 16 de abril de 2008; de modo que el plazo de cinco años previsto por el art. 54 de la LDC se encontraba ampliamente cumplido ya que el sumario fue promovido por Decoteve el 9 de mayo de 2000.

A todos estos fundamentos y agravios adhiere Multicanal S.A.

1.3) A fs. 34/42 la representante del Estado Nacional contesta el recurso, recordando que de acuerdo al art. 55 de la LDComp., los plazos de prescripción se interrumpen con la denuncia o la comisión de otro hecho sancionado por la citada ley, no distinguiendo el legislador si ha de tratarse o no de un nuevo acto como el investigado, como contrariamente sostienen los denunciados; motivo por el cual las actuaciones citadas como antecedentes en la resolución impugnada sí interrumpen la prescripción.

A fs. 43/44 obra la contestación de Decotevé (denunciante en las actuaciones administrativas) a los planteos recursivos. Allí sostiene la improcedencia de la apelación, argumentando que la prescripción no ha operado dado que se está en presencia de un delito continuo donde se verifica un estado consumativo mantenido en el tiempo. Dice que atento el lapso en que se habría llevado a cabo la conducta investigada y teniendo en cuenta los arts. 63 y 67 del C. Penal, así como lo previsto en el art. 54 de la LDComp., es dable concluir que la acción penal no se ha extinguido.

1.4) A fs. 46, como medida de mejor proveer, esta Cámara requirió a la Comisión que informe si alguna de las actuaciones señaladas como precedentes en trámite al momento de la contestación al traslado del recurso de Cablevisión (pto. II-C, fs. 39), ha finalizado mediante resolución definitiva.

A fs. 50/51 el Presidente de la Comisión informa lo requerido, detallando que los expedientes C. 478, C. 1027, C. 442 y C. 708,

ES COPIA

citados como antecedentes, se encuentran en trámite; mientras que los individualizados como C. 713, C. 1026, C. 744 y C.690 fueron objeto de archivo.

2.1) En primer lugar y siguiendo un orden lógico, se abordará el planteo de nulidad deducido por Cablevisión.

Sabido es que dicho recurso supone la existencia de graves irregularidades en la sentencia recurrida y tiene carácter un excepcional derivado de la necesidad de ensamble con el principio de conservación de los actos procesales. El resultado es que el defecto procesal que torna procedente su admisión debe generar un perjuicio no susceptible de reparación por otra vía que no sea la declaración de nulidad.

En tal sentido, este Tribunal ha dicho (*in re* "MONTENEGRO, Daniela Magalí y RETAMOSO, Mario Ariel s/Infracción a la ley 23.737" sentencia del 17/12/09) que para la declaración de nulidad debe existir un interés jurídico, de lo contrario el excesivo formalismo sólo en el interés de la ley, conspira contra la pronta decisión de la causa, cuestión ésta en la que está interesado también el orden público. El interés jurídico consiste en la demostración del perjuicio sufrido y expresa las defensas efectivas que no se pudieron utilizar. Este interés debe resultar un fin práctico, pues la nulidad no puede ser declarada para satisfacer un mero interés técnico o personal.

Con igual inteligencia, la Corte Suprema sostuvo que la normativa procesal no se reduce a una mera técnica de organización formal de los procesos, sino que, en su ámbito específico, tiene por finalidad y objeto ordenar adecuadamente el ejercicio de los derechos en aras de lograr la concreción del valor justicia en cada caso y salvaguardar la garantía de la defensa en juicio (Fallos: 302:1611). De ahí que las formas procesales deban ser observadas teniendo en cuenta en el caso concreto su finalidad, porque el sentido que debe regir en su aplicación es el descubrimiento de la verdad

jurídica objetiva y la adopción de una resolución justa y equitativa en cada caso.

Como se dijo, el argumento que esgrime Cablevisión para sostener la nulidad de la Resolución CNDC 46/09 consiste en la falta de firma de todos los integrantes del cuerpo, cuando en realidad no existe previsión alguna en la Ley 22.262 (aplicable a todas las causas en trámite por disposición del art. 58 de ley 25.156) que exija cosa semejante ni mencione un *quorum* específico para tomar decisiones, pese a contener una sección específica donde se regula el procedimiento a tal efecto.

Pero, por otra parte, de conformidad al art. 7 y sgtes de la mencionada ley, la Comisión de Defensa de la Competencia está integrada por un (1) presidente y cuatro (4) vocales, por lo cual la concurrencia de tan sólo dos voluntades no configuraría en los hechos la expresión de la mayoría propia de los cuerpos colegiados.

No obstante ello, la posterior Resolución 134/09 (obstante a fs. 68/70 del expediente unido por cuerda, identificado como Incidente 1C - 625) que rechaza el planteo de nulidad, está firmada por cuatro miembros de la Comisión y aborda específicamente el planteo de la supuesta falta de mayoría, con lo cual se convalida el efecto y sentido de la Resolución 46/09.

Por último, cabe tener en cuenta que la pretensión nulificante no era la última vía recursiva de que disponía Cablevisión, prueba de lo cual es la concesión de la apelación por parte de la Comisión y su actual tratamiento por este Tribunal, de modo que **no hay gravamen irreparable** en los señalados términos de la doctrina en la materia. Es decir, la empresa no se vió privada de ejercer su derecho de defensa.

2.2) En lo concerniente al recurso de apelación, los agravios anteriormente extractados, conducen de modo inexorable a analizar si se ha producido la prescripción de las actuaciones, o si, por el contrario, la existencia de causales de interrupción impidió que opere tal vencimiento.

ES COPIA

Néstor Fabián Condori
Presidencia del Consejo y Consejo Judicial

Con tal objeto, es propicio puntualizar que la cuestión de la prescripción se encuentra íntimamente vinculada a uno de los pilares básicos de todo Estado de Derecho, cual es la seguridad jurídica.

Es que los plazos, como las otras formas procesales, procuran dotar de regularidad, seguridad y orden a la realización de la serie procesal que conduce a la sentencia que resuelve el fondo del asunto, o a la decisión que aplica otras formas alternativas de resolución de los casos penales (cfr. Salido, María Belén, "Proceso penal y la importancia del tiempo", LA LEY 2007-A, 818- Suplemento Penal, Dic. de 2006, pág.13).

Ahora bien, de acuerdo al art. 54 de la LDComp. "Las acciones que nacen de las infracciones previstas en esta ley prescriben a los cinco (5) años", siendo el Código Penal y el Código Procesal Penal sus normas complementarias (art. 57).

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que la infracción que se imputa a Cablevisión S.A., Multicanal S.A. y Dayco LTD. se consumó y agotó con el hecho puntual de la supuesta negativa de venta (por parte de las primeras a Decotevé) de la transmisión de las eliminatorias de la Copa Mundial de Fútbol Corea-Japón 2002; siendo también necesario destacar la existencia de una medida cautelar decretada por la CNDC el 10/7/01 (hecho no desvirtuado), que obligaba a la venta de la señal para tales eventos y que Dayco ofreció un precio que mejoraba su oferta inicial, pese a lo cual no hubo acuerdo.

Esta falta de consenso no fue tipificada por la Comisión como una conducta anticompetitiva, y aún si hubiera sido calificada definitivamente como tal, se estaría en el ámbito de una infracción instantánea respecto a la cual rige la regla general en materia de prescripción de la acción penal de los tipos instantáneos, y es que empieza a correr desde la medianoche del día en que se cometió.

2.3) La interrupción de la prescripción de la acción penal tiene como objeto borrar el plazo ya transcurrido con anterioridad e impedir su

ES COPIA
Gabriel Condori

Manuel
Manuel

En el Año del Bicentenario

continuación. La CNDC invoca esta figura para sostener que la prescripción a favor de Decoteve no ha operado, extremo que debe corroborarse en este acápite.

Pues bien, de acuerdo al art. 55 LDComp., "los plazos de prescripción se interrumpen con la denuncia o por la comisión de otro hecho sancionado por la presente ley", lo cual tiene paralelo en el art. 67 del Código Penal (dedicado a la suspensión de la prescripción), cuando en su primer inciso contempla "La comisión de otro delito".

Según la doctrina imperante en materia penal (que, naturalmente y por ser norma complementaria, se proyecta a la órbita de la ley 25.156), es necesaria la **declaración de la existencia** del posterior delito y de la responsabilidad del imputado, **mediante sentencia condenatoria firme**, lo cual se exige a fin de preservar el principio de inocencia.

Así lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, declarando que "Los delitos entre sí no tienen carácter interruptivo de la prescripción, de no mediar una sentencia judicial firme que declare su realización y atribuya responsabilidad al mismo encausado" (agosto 15-989 "Sexton, José L. pide sobreseimiento en caso 'Albanessi' y cambio de calificación en caso 'De Felippis'", LL 1989-E, p. 536/541).

En autos, tal como señalan las recurrentes y el propio Estado Nacional en la contestación de los agravios (cfr. fs. 39), las actuaciones administrativas se encuentran abiertas, salvo tres: a) "Cablevisión S.A., Santa Clara de Asís S.A. y Enlaces S.A. s/Infracción a la ley 25.156", b) "Sanguedolce, Ángel s/ presunta competencia desleal por parte de multicanal. Ofrecimiento de servicio de TV por cable a menos valor en la localidad de Roldán (Santa Fe)" y c) "Torneos y Competencias s/ Ley 22.262". Estas excepciones, sin embargo, no son funcionales a la alegada interrupción de la prescripción, la primera porque terminó con el **archivo** de la denuncia (mediante Res. CNDC N° 188 el 22/10/10) y las dos últimas porque se

refieren a **hechos anteriores** a la comisión de la conducta que motiva estas investigaciones.

Este estado de cosas no ha cambiado en la actualidad, pues de acuerdo a la respuesta de la CNDC a la medida de mejor proveer de fs. 46, de las causas referidas como precedentes, cuatro (las n° C.478, C. 1027, C. 442 y C. 708) se encuentran en trámite, es decir, sin resolución definitiva que permita tener por cometido un nuevo hecho a los fines de la interrupción, mientras que las cuatro restantes (las n° C. 713, C. 1026, C. 744 y C.690) han sido archivadas.

No se verifican, pues, nuevas infracciones al régimen de defensa de la competencia, declaradas como tales mediante resolución firme. En consecuencia, no se puede tener por producida interrupción alguna, y la prescripción efectivamente operó a favor de las impugnantes.

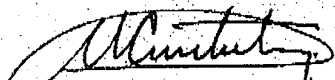
3) En suma, no resulta razonable dispensar el transcurso de diez años desde la fecha de la supuesta negativa de venta imputada a las recurrentes cuando han transcurrido diez años desde la radicación de la denuncia, lo que acaeció el 9 de mayo de 2000. Debe considerarse, además, que no hay actualidad en el hipotético agravio a la sociedad, más propiamente hablando, al interés económico general, que es el objetivo y finalidad del régimen punitivo contenido en la Ley de Defensa de la Competencia.

Al respecto, es aplicable la doctrina que emana de la materia penal -que constituye el ámbito más punitivo del ordenamiento legal-, donde se respeta rigurosamente la garantía constitucional del imputado a obtener una sentencia en plazo razonable, lo cual fue reconocido por nuestro más Alto Tribunal de Justicia en célebre caso "Mattei" (Fallos: 272:188) y expresamente receptado en el art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y en el art. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Por todo ello, se

RESUELVE:

ES COPIA





I) RECHAZAR el planteo de nulidad efectuado por Cablevisión S.A. y Multicanal S.A., HACIENDO LUGAR, en cambio, al recurso de apelación interpuesto por dicha parte, con costas por su orden atento la complejidad de la cuestión y el resultado obtenido (arts. 69 y 71 del CPCCN).

II) REGÍSTRESE, notifiquese y remítase copia de la presente a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia -

MC

RENATO RABBE-RALDI CABANILLAS
JUEZ DE CAMARA

ROBERTO G. LOUTAYÉ RANEA
JUEZ DE CAMARA

Anle mi

364

109 VI
De Costabona