

48

Poder Judicial de la Nación

REGISTRADO BAJO
Nº 15 FOLIO 15

PENAL
ECONOMICO



SALA
A

"RECURSO DE APELACIÓN EN CAUSA PIRELLI & C.S.P.A. OTROS S/ NOTIFICACIÓN ART. 8 LEY 25.156 - INCIDENTE DE APELACIÓN DE LA RESOLUCIÓN SCI Nº 2/10 EN CONCENTRACIÓN 741"

Causa Nº 61.183 - Folio Nº 12 - Orden Nº 26.991 - Ministerio de Economía y Finanzas Públicas - Secretaría de Comercio Interior - Comisión Nacional de Defensa de la Competencia - Expediente Nº S01-0014652/2009- Sala "A".

M.º
///nos Aires, 1º de febrero de 2011.

VISTOS:

La apelación del abogado que representa a Telefónica S.A. contra la resolución dictada por el Secretario de Comercio Interior que impone una multa de \$ 104.692.500 a su representada.

La apelación del abogado que representa a Mediobanca S.p.A. contra la resolución dictada por el Secretario de Comercio Interior que impone una multa de \$17.437.000 a su representada.

La apelación del abogado que representa a Intesa Sanpaolo S.p.A. contra la resolución dictada por el Secretario de Comercio Interior que impone una multa de \$17.649.000 a su representada.

La apelación del abogado que representa a Assicurazioni Generali S.p.A. contra la resolución dictada por el Secretario de Comercio Interior que impone una multa de \$ 43.414.500 a su representada.

Las apelaciones de los abogados que representan a Edizione S.R.L. y a Sintonia S.A. contra la resolución dictada por el Secretario de Comercio Interior que impone una multa de \$ 17.264.000 en forma conjunta a Sintonia S.A. y Sintonia S.p.A.

La apelación del abogado que representa a Pirelli & C. S.p.A. contra la resolución dictada por el Secretario de Comercio Interior que impone una multa de \$35.520.000 a su representada.

Lo informado por los apelantes en sustento de los recursos.

Lo informado por los abogados designados por el Subsecretario Legal del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en representación del Estado Nacional, procurando que se confirme lo resuelto.

MARIANO J. ROJAS
ABOGADO
C.P.A.C.T. 104 F 467

USO OFICIAL

Y CONSIDERANDO:

I

Que lo resuelto se funda en la demora en notificar a la autoridad de aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia de un acto de concentración económica. El monto de las multas se sustenta en la ponderación de una serie de factores de agravación y atenuación así como en la prolongación de la demora.

Que los apelantes se agravan, en primer lugar, de que se los considere obligados a efectuar la notificación en cuestión. Afirman que las operaciones celebradas no se encontraban alcanzadas por la disposición de la ley mencionada que establece ese deber por no tener el carácter de una concentración económica. Hacen hincapié en la noción de control y de influencia sustancial que requiere la norma y en los alcances de lo acordado entre ellas.

Que en lo que hace a ese agravio debe señalarse que en el caso se trata de una transacción celebrada en el extranjero por medio de la cual una entidad constituida al efecto, Telco S.p.A., integrada por Telefónica S.A., Mediobanca S.p.A., Intesa Sanpaolo S.p.A., Assicurazioni Generali S.p.A. y Sintonia S.A., adquirió de Pirelli & C. S.p.A. y de Sintonia S.A. y Sintonia S.p.A. la totalidad de las acciones de Olimpia S.p.A. con lo cual y con otras adquisiciones menores hechas en nombre de Telco esta última resultó titular de un veinticuatro y medio por ciento (24,5 %) del capital accionario de Telecom Italia S.p.A., sociedad ésta que, a través de otras y junto con la empresa del mismo grupo Telecom International N.V. y con otra sociedad constituida en Argentina, tienen el control de Telecom Argentina S.A.

Que la resolución dictada por el Secretario de Comercio Interior se sustenta en un dictamen producido por una repartición de la secretaría a su cargo, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, en el cual se sostiene que la operación mencionada produjo un cambio de control en Telecom Italia S.p.A., permitiendo la ingerencia de Telefónica S.A., controlante a su vez de Telefónica de Argentina S.A., que es el principal competidor de Telecom Argentina S.A. en el mercado de las telecomunicaciones.

Que el representante de Telefónica S.A. argumenta que los acuerdos celebrados no implican la ingerencia que se atribuye a su representada, señalando que su participación en el capital lo mismo que en los órganos de gobierno de las sociedades de cuyo capital accionario se trata, no le permiten ejercer una influencia decisiva en las decisiones societarias. Invoca asimismo la existencia de cláusulas de los acuerdos que limitarían la eventual ingerencia. Las otras apelantes invocan argumentos semejantes coincidiendo siempre en el agravio concerniente a la existencia de la obligación de notificar que insisten en que no las alcanza.

Que la ley aplicable establece que deben ser notificadas las adquisiciones de acciones o participaciones de capital que permitan tener cualquier tipo de influencia sustancial sobre las decisiones de su emisor (artículo 6 inciso c ley 25.156).

Que si bien el dictamen que da fundamento a la resolución apelada no es, pese a su extensión, bastante claro en ese aspecto, se señalan en él ciertos factores que permiten entender la concurrencia de esa situación. El hecho de que Telefónica S.A. sea titular de la mayor participación accionaria, de un 42,3 %, en la entidad adquirente, Telco, en la que se adoptan decisiones por simple mayoría, unido a la circunstancia de ser la única de los integrantes del consorcio que se dedica al negocio de las telecomunicaciones así como la existencia de estipulaciones en el contrato entre ellos tendientes a controlar el ingreso de otros accionistas con esa condición, respaldan la apreciación de que la transacción celebrada implicó, de alguna manera, una influencia que cabe calificar de sustancial a los fines de entenderla como constitutiva de lo que la ley considera concentración económica (artículo 6 mencionado).

Que en la doctrina se ha señalado que es significativo para esa apreciación el hecho de que existan en el mercado un número limitado de operadores. Señala asimismo Guillermo Cabanellas de las Cuevas que, aunque se adoptara una interpretación restrictiva del inciso c del artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia, hay concentración económica cuando se adquieren participaciones que, sin implicar un control efectivo, permiten influir en la determinación del comportamiento competitivo de una sociedad.¹

¹ Guillermo Cabanellas de las Cuevas "Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia/2", Buenos Aires, 2005, editorial Heliasta, pp. 85/86.

Que, en el caso argentino, el mercado de las telecomunicaciones se encuentra limitado a, prácticamente, sólo dos operadores, Telefónica y Telecom y, si bien es cierto, como afirman las apelantes, que existen estipulaciones en los acuerdos celebrados tendientes a establecer la independencia de uno y otro operador y a impedir que la participación adquirida confiera ingerencia en decisiones estratégicas, las mismas no alcanzan a conjurar el riesgo de afectación a la competencia y al interés de los consumidores. Se trata de acuerdos celebrados entre particulares y dependen de la voluntad de los contratantes que bien podrían dejarlos sin efecto. Únicamente adquirirían alguna eficacia esas estipulaciones a partir de la intervención de la autoridad que pueda controlar su cumplimiento y establecerlas como condición de la autorización acordada. Para eso es que resultaba necesaria la notificación que la ley contempla.

Que, por otra parte, la notificación de que se trata no tiene, en sí misma, consecuencias gravosas para los obligados a efectuarla. Tan sólo conduce a que la autoridad de control pueda ejercer sus atribuciones de fiscalización en procura de preservar la competencia y el interés económico general. Por consiguiente, el agravio referido a la existencia de la obligación de efectuar esa notificación no puede prosperar.

II

Que los apelantes se agravian, en segundo lugar, de que se les atribuya incumplimiento a la obligación de notificar cuando existieron presentaciones por las que pusieron en conocimiento de la repartición actuante el cierre de la transacción antes de que hubiera transcurrido una semana de que tuviera lugar. Insisten en que la autoridad debió haberlos advertido de la necesidad de completar los recaudos y suscribir los formularios que la reglamentación vigente exige y en que la intervención que, desde antes y por propia iniciativa, había tomado la mencionada repartición iniciando lo que denominó una diligencia preliminar, los eximía de tener que adoptar otros recaudos. Hacen especial hincapié en que las presentaciones efectuadas debieron ser consideradas como solicitud de una opinión consultiva y en que, de acuerdo a la reglamentación existente, esa solicitud suspende el plazo para cumplir los recaudos de la notificación. También hacen notar el tiempo que demoró la repartición para concluir que existía la obligación de notificar señalando que



una vez que conocieron el dictamen que llegaba a esa conclusión procedieron a presentar los formularios con todos los recaudos pertinentes.

Que si bien es cierto que las presentaciones efectuadas al tener lugar el cierre de la operación, lo mismo que la actitud de colaboración para con la autoridad administrativa que observaron en todo momento, descartan que quepa atribuir algún propósito de ocultación, eso no alcanza para satisfacer los requisitos que deben observarse cuando se produce una situación de concentración económica. Esos requisitos están prolijamente especificados en una norma reglamentaria, la "Guía para la Notificación de Concentraciones Económicas" aprobada por la resolución 40/2001 dictada por el Secretario de Defensa de la Competencia y del Consumidor el 22 de febrero de 2001 y la Corte Suprema de la Nación ha entendido que la sola comunicación a la autoridad no exime de cumplir con esos requisitos ni tampoco permite prescindir de ellos el tácito consentimiento atribuido al silencio que la autoridad haya observado después de la comunicación (fallo del 4 de abril de 2006 "Aeroandina S.A. y otra" en Fallos 329:972).

III

Que igualmente se agravian los apelantes invocando que la omisión de esos recaudos obedeció a un error excusable.

Que en el caso de aquellas empresas constituidas en el extranjero que celebraron una transacción financiera o bursátil en sí misma desvinculada de la actividad de las telecomunicaciones, la disculpa debe ser admitida. El error en que pudieron haber incurrido respecto de los recaudos impuestos por la autoridad argentina concernientes a la competencia en el mercado de esa actividad es perfectamente verosímil. La información cursada y la actitud de colaboración asumida, esta última incluso destacada en el dictamen de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, (ver párrafo individualizado con el numeral 76) son suficientemente demostrativos de que la omisión no puede entenderse intencional. En el caso de una de ellas, Mediobanca S.p.A., el agravio también alude a la exención del deber de notificar expresamente previsto en la ley para las empresas extranjeras que no posean activos en el país (artículo 10 inciso c ley 25.156). Esa calidad no ha sido puesta en cuestión y la exención, en ese caso, debe admitirse además por ese otro motivo.

MARIANO J. ROJAS
ABOGADO
C.P.A. F.T. 104 F. 467

USO OFICIAL

Que, por el contrario, la disculpa del error no puede admitirse en el caso de la empresa que controla a la principal operadora de las telecomunicaciones en nuestro país, que de ninguna manera podía ignorar que la transacción celebrada implicaba su acceso al capital de una de las sociedades que controlan a su única competidora en el mercado de esa actividad. Por más limitado que fuera ese acceso y por más resguardos que se hubieran acordado con los co-contratantes para mantener la autonomía de los operadores, resulta obvio que era de incumbencia de la autoridad encargada de preservar la competencia establecer y verificar la observancia de esos resguardos.

IV

Que en lo que se refiere a la graduación de la sanción impuesta a Telefónica S.A. los factores tomados en cuenta por el Secretario de Comercio, de acuerdo a lo aconsejado por el dictamen en que se funda su resolución, conciernen al monto diario que la ley fija para la demora de la notificación (artículo 46 inciso d ley 25.156) ponderando además los factores que considera de agravación así como los volúmenes de ventas y de ganancias en el año 2008 de la sancionada y de su controlada argentina e, igualmente, el porcentaje de su participación en la entidad Telco.

Que el abogado que fundamentó la apelación cuestiona los valores tomados en cuenta así como el criterio de calcular el tiempo de la demora en notificar. Esos agravios deben ser en parte admitidos. No pueden entenderse suficientemente comprobados los valores de ventas y de ganancias que el apelante niega y tampoco resulta atinado el cálculo de todo el tiempo que demoró el cumplimiento de los requisitos de notificación desde que se celebró la transacción cuando el organismo actuante demoró, por su parte, mucho más tiempo del que hubiera dispuesto si se le hubiese requerido una opinión consultiva.

Que si bien no cabe admitir el agravio concerniente a que el plazo estuvo en suspenso por el requerimiento de una opinión de esa índole puesto que la principal operadora de las telecomunicaciones en el país no podía ignorar que eso debía haberlo requerido de manera expresa y no implícita, lo cierto es que la autoridad estaba en conocimiento de la transacción y no bien emitió opinión en sentido de que la notificación era necesaria fue inmediatamente obedecida.



Poder Judicial de la Nación

Que la ley establece que en la imposición de multas se debe considerar la gravedad de la infracción junto con otros factores de ponderación tales como el daño causado, los indicios de intencionalidad, la participación del infractor en el mercado y el tamaño del mercado afectado (artículo 49 ley 25.156). Considerados esos factores en conjunto, en su incidencia tanto agravante como atenuante, se concluye que la cifra fijada en la resolución resulta excesiva y debe ser considerablemente reducida.

V

Que si bien no ha sido materia de apelación se debe hacer notar que para dictar la resolución apelada, el Secretario de Comercio Interior invocó la atribución que la ley sancionada en 1999 acordó a los órganos de aplicación de una ley derogada (N° 22.262 de 1980), hasta tanto sea constituido y puesto en funcionamiento el organismo competente para entender en la materia, el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia (artículo 58 ley 25.156).

Que esa circunstancia obliga a poner de manifiesto la omisión de las autoridades encargadas de constituir y poner en funcionamiento el mencionado organismo competente cuando han transcurrido más de once años desde que fuera derogada la ley 22.262 y conduce a que sea apropiado, como ya se hizo en otras ocasiones anteriores, cursar comunicación al Poder Ejecutivo, por intermedio de la Corte Suprema de la Nación, para que proceda a dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 19 de la ley 25.156 (conf. regs. 509/2009 y 10/2010 de Sala A).

Por todo lo cual SE RESUELVE:

1º) **REVOCAR** la resolución apelada en cuanto impone sanciones de multa a Mediobanca S.p.A., Intesa Sanpaolo S.p.A., Assicurazioni Generali S.p.A., Sintonia S.A., Sintonia S.p.A. y Pirelli & C. S.p.A.. Sin costas.

2º) **CONFIRMAR** la resolución apelada en cuanto impone una multa a Telefónica S.A. reduciendo su monto a la suma de cincuenta millones de pesos (\$ 50.000.000). Atento el progreso parcial de la apelación y la circunstancia de que tampoco asiste razón a quienes litigaron en procura de confirmar lo resuelto, las costas deberán soportarse en el orden causado.

3º) **Librar oficio** a la Secretaría de Superintendencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de conformidad con lo previsto por el artículo 40 del Reglamento para la Justicia Nacional, para que por intermedio

MARIANO J. ROJAS
ABOGADO
C.R.A.C.P. 104 F 467

USO OFICIAL

de ese tribunal, se gestione ante el Poder Ejecutivo la integración del organismo que debe aplicar y controlar el cumplimiento de la Ley de Defensa de la Competencia N° 25.156 (artículo 19).

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

ELABORADO POR: EMMANUEL JUEZ DE CAMARA	
FOLIOS PUBLICAS	
FOLIO JUDICIAL	
ENTRADA	SALIO
07 FEB 2011	JUAN CARLOS BONZOS JUEZ DE CAMARA

NICANOR M. R. RESPETTO
JUEZ DE CAMARA

ANTE MI

MARIA MARTA NOVATI
SECRETARIA