

Voces:

COMISION NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA ~ DEFENSA DE LA COMPETENCIA ~  
INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION ~ LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA ~  
PRESCRIPCION ~ TELEVISION POR CABLE

Tribunal: Cámara Federal de Apelaciones de Rosario(CFedRosario)

Fecha: 04/06/2012

Partes: Multicanal S.A. - Cablevisión S.A. s/inf. a la ley 22.262

Publicado en: Sup. Const- 2012 (septiembre) , 28, con nota de Carlos A. Ghersi; LA LEY 2012-E , 421, con  
nota de Carlos A. Ghersi; DJ02/01/2013, 82

Cita Online: AR/JUR/43165/2012

Hechos:

Dos empresas proveedoras del servicio de televisión por cable pertenecientes al mismo grupo económico interpusieron recurso de apelación en contra de la resolución administrativa que las declaró responsables de haber concertado un reparto de mercado en una ciudad, en violación a la ley de defensa de la competencia. La Cámara confirmó la resolución en lo principal y redujo la multa.

Sumarios:

1 . El proceso de fusión mediante el cual las empresas proveedoras del servicio de televisión por cable adquirieron el paquete accionario y se dividieron los activos de los anteriores proveedores de la región, que eran independientes y competían entre sí, implicó una restricción a la competencia respecto de la situación preexistente, que torna procedente la imposición, de forma solidaria, de la multa prevista en los art. 1, 2 inc. b, y 3 de la ley 22262.

Jurisprudencia Relacionada(\*)

Ver Tambien

[Cámara Federal de Apelaciones de Salta, “Decoteve s/ impugnación art. 53 Dcto. N° 89/2001. Ley 25.156”. 15/08/2011. La Ley Online. AR/JUR/42498/2011.](#)

(\*) Información a la época del fallo

2 . A fin de determinar el monto de la multa impuesta por violación a la Ley de Defensa de la Competencia, deben tomarse como parámetros para dosificarla los que establece el Código Penal, las circunstancias atenuantes y agravantes para cada caso, la naturaleza de la acción, la extensión del daño y los antecedentes del autor.

3 . La imputación de la conducta anticompetitiva a las empresas proveedoras del servicio de televisión por cable por parte de la administración, consistente en haber establecido un acuerdo entre ellas para dividirse el mercado, interrumpe el curso de la prescripción conforme el art. 67 del Código Procesal, pues reúne las condiciones de un requerimiento acusatorio o de elevación de los autos a juicio, al ser una evaluación de mérito sobre el sumario que concreta la pretensión sancionatoria (del voto de la Dra. Arribillaga).

4 . Si está demostrado que al evitar la superposición de redes, las empresas proveedoras del servicio de televisión por cable restringieron el proceso competitivo preexistente, queda configurada la restricción al art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia (del voto de la Dra. Arribillaga).

Texto Completo:

2ª Instancia. — Rosario, 4 de junio de 2012.

Visto, en Acuerdo de la Sala “A”, el expte. nro. 3821P de entrada, caratulado: “Multicanal S.A. – Cablevisión S.A. s/ Inf. a la Ley 22.262” (Expte. Administrativo N° S01:023414/1998), del que resulta:

El Dr. Fernando Lorenzo Barbará dijo:

Vienen los autos a conocimiento y decisión de la Alzada en virtud del recurso de apelación interpuesto por los representantes de las empresas Multicanal S.A. y Cablevisión S.A. (fs. 9/39) contra la resolución N° 219 de fecha 17 de junio de 2010 dictada por el Secretario de Comercio Interior (fs. 1/6) que resolvió, en lo que ha sido materia de recurso, imponer a las empresas Multicanal SA y Cablevisión SA una multa solidaria de pesos dos millones quinientos mil (\$2.500.000) a cada una, declarándolas responsables de haber concertado un reparto de mercado en la ciudad de Santa Fe en relación al servicio de televisión por cable, disponiendo condiciones limitantes a los abonados o potenciales abonados al servicio de televisión domiciliaria por cable en la ciudad de Santa Fe, e impidiéndoles a éstos cambiar o elegir libremente a las empresas proveedoras de dichos servicios con las cuales contratar, en violación a la ley 22.262. Además imponer como carga accesoria y solidaria la publicación de esta resolución por el término de un (1) día en el Boletín Oficial y en un diario de los de mayor

circulación en la ciudad de Santa Fe.

Al recurrir las apelantes reiteran su planteo de prescripción a pesar, dicen, que se encuentra aún pendiente de resolución otro similar en esta sede. Sobre este punto concluyen que cualquiera sea la ley aplicable (22.262 ó 25.156) desde la denuncia han transcurrido más de 12 años, por lo que se ha extinguido la acción y la causa se halla prescripta. En lo que refiere puntualmente a los agravios que le causa la resolución que impugna señaló que uno de ellos se ciñe a que la resolución administrativa considere en forma dogmática y arbitraria que el mercado relevante del producto está compuesto solamente por la televisión por cable, excluyendo en forma expresa a la televisión satelital.

Afirmaron que ningún justificativo teórico ni fáctico ha efectuado la CNDC para delimitar el mercado relevante involucrado en la investigación a la televisión por cable, destacando que aquél debe estar conformado por todos los posibles competidores sustitutos que enfrente el producto investigado. Señalaron que en este sentido debe tenerse en cuenta que los canales que transmite Direct TV son casi los mismos que los que transmiten Cablevisión y Multicanal, que el precio es similar y que además, todo abonado a la televisión satelital primero lo ha sido de la televisión por cable, y que ello es un error importante toda vez que aquél informa toda la construcción posterior, sea respecto de la existencia a una restricción a la competencia o de los efectos sobre el interés económico en general. También destacaron que hubo falta de afectación al interés económico general y que no existió perjuicio para los consumidores en tanto, recalcaron, los abonados actuales y potenciales de la ciudad de Santa Fe siempre tuvieron alguna opción más y que no hubo superposición de redes entre ambas empresas, por lo tanto no hubo comportamiento monopólico o abusivo alguno por parte de las denunciadas. Manifestaron que tampoco hubo perjuicio alguno ya que los abonados no sufrieron aumento de precio del servicio, ni se redujo la cantidad o calidad de las señales, y se tiene y tuvo la opción de elegir por otros operadores como Gigacable o Direct TV. Expusieron que las agravia el hecho de que la CNDC haya desconsiderado los informes que señalaban que el solapamiento de las redes de ambas empresas resultaba económicamente inviable y que si bien se había propuesto la realización de una pericia por parte de idóneos de la CNDC éstos no la realizaron por si mismos ni expusieron cual sería el resultado correcto del proyecto de inversión que critican. Que por otra parte se envió a la empresa un proyecto de pericia con resultados disímiles a los que luego se presentaron en la causa. En virtud de tal cuestionamiento solicitaron que se declare la nulidad de aquélla. Concluyeron sobre este punto en que no hay división de mercado alguna sino una inconveniencia económica de extender la red como lo pretende la resolución que atacan, por lo cual solicitaron que sea revocada. En otro sentido criticó el monto de la sanción impuesta por considerarla excesiva y, por los argumentos que expusieron, solicitaron que sea dejada sin efecto o se reduzca a su mínimo legal, en tanto la CNDC y la Secretaría de Comercio Interior habían autorizado la fusión de ambas empresas mediante el dictamen 637 y la Resolución SCI N° 257/07. Finalmente mantuvieron la cuestión federal interpuesta oportunamente.

Los agravios fueron contestados por la representante del Estado Nacional a fs. 56/81, quien por los argumentos que expuso solicitó la confirmación de la Resolución SCI N° 219/10 y se rechace el recurso de apelación interpuesto por Multicanal SA y Cablevisión SA, con costas.

Y Considerando:

1. Sobre la prescripción: Respecto del planteo prescriptivo alegado por las apelantes cabe señalar, en primer lugar, que ello ya ha sido resuelto por este Tribunal mediante Acuerdo N° 161/11, por el cual se confirmó, en cuanto fue materia de recurso, la resolución nro. 96/2009 de fecha 14/08/2009 de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia que desestimó la excepción de prescripción interpuesta por la empresa Cablevisión SA. Contra este Acuerdo la accionante interpuso Recurso Extraordinario, el que fue declarado inadmisibile por Acuerdo N° 321/11.

Es por ello que sobre el punto nos remitimos a los fundamentos expuestos en los aludidos pronunciamientos por razones de economía procesal y para no reiterar consideraciones que ya han sido objeto de análisis por parte del Tribunal.

2. Tratamiento de los agravios:

2.1. Introducción: La sanción impuesta a las recurrentes encuentra sustento en las previsiones de la ley 22.262 de defensa de la competencia. Concretamente reza el artículo 1 de ésta: “Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley, los actos o conductas relacionados con la producción e intercambio de bienes o 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”. En cuanto al artículo 2 de la misma norma establece, en parte pertinente, que “A los

efectos de esta ley se entiende: ...b) Que dos o más personas gozan de posición dominante en un mercado cuando para un determinado tipo de producto o servicio no existe competencia efectiva entre ellas, o sustancial por parte de terceros, en todo el mercado nacional o en una parte de él”. Mientras que el 3 destaca que “Quedan en particular incluidos en el artículo 1, en tanto se den las condiciones previstas en el mismo, los actos y conductas enumerados en el artículo 41”. Finalmente, este artículo 41 nos dice que “Serán reprimidos con las sanciones previstas en el artículo 42 los siguientes actos o conductas, siempre que encuadren en el artículo 1... e) Celebrar acuerdos o emprender acciones concertadas, distribuyendo o aceptando, entre competidores, zonas, mercados, clientelas o fuentes de aprovisionamiento”.

Interpretando los preceptos que acabo de transcribir parcialmente, se sostuvo en forma concomitante a su promulgación que “Básicamente y de la conciliación de los arts. 1, 2 y 41 resulta que la ley procura evitar, por ejemplo, la manipulación de precios, sea por los oferentes o por los demandantes, las acciones enderezadas a limitar la distribución o producción, el desarrollo técnico o las inversiones en detrimento de la economía nacional, el reparto de fondos de aprovisionamiento o del mercado, o la eliminación de competidores” (Fargosi, Horacio P. en: “Apostilla sobre la ley de defensa de la competencia”, Adla XL-C, 2528).

2.2. En autos está fuera de discusión que en el año 1997 las recurrentes, Cablevisión SA y Multicanal SA adquirieron el paquete accionario de empresas competidoras entre ellas en el negocio de la televisión por cable de la ciudad de Santa Fe y luego se dividieron sus activos, las zonas, la clientela y así abortaron una incipiente competencia que implicaba superposición de redes y todos los beneficios que la puja interempresaria conlleva para el interés económico general, que a partir de 1994 tutela nuestra Constitución Nacional en sus artículos 42 y 43. Así surge de los tres documentos denominados “Compromiso previo de escisión — Fusión” que obran a fojas 35/52 de las actuaciones administrativas.

2.3. El denominado “solapamiento” de redes de cable coaxial, es decir, su duplicación, bien que parcial, quedó acreditado en los obrados administrativos (fojas 376/87), en función de la pericia que realizara en el año 2000 el “Instituto Nacional de Tecnología Industrial” (INTI) Centro Regional Rosario (CENROS). Y también por numerosos testimonios colectados en sede administrativa de los cuales las recurrentes no se han hecho cargo, sino que, por el contrario, sencillamente los han ignorado, pero se encuentran transcriptos y valorados en el dictamen que integra la resolución en crisis, de modo que a aquél me remito.

Del mismo relato de la recurrente surge nítidamente que al mes de octubre de 1997 operaban en la ciudad de Santa Fe dos prestadoras del servicio de televisión por cable, en el que estaban involucradas varias sociedades comerciales, a saber: 1) Videocable 6 SA y Teledifusora SA, controladas por Video Cable Comunicaciones SA, a su vez controlada por Fintelco SA. 2) Cablevideo SA, Cablevisión Gálvez SA y Radio Satel SA, controladas éstas por CV Inversiones SA, cuyas acciones, a su vez, habrían pertenecido a la firma UIH Argentina SA y a dos personas físicas.

El simple repaso precedente ya nos revela que de nueve (9) empresas que habrían tenido alguna relación con el mercado concernido al tiempo de los hechos reprochados, luego de la intervención de las impugnantes habrían quedado sólo dos, es decir ellas, nota que por sí sola no habla de un incremento ni de un mantenimiento de la competencia sino, antes bien, todo lo contrario.

2.4. En cuanto a que la duplicación de redes, que posibilitara la competencia entre empresas, sólo habría existido en un sector menor de la ciudad de Santa Fe, como lo señalan las apelantes, no resulta bastante para descalificar los argumentos de la administración, dado que la empresa VVC llevaba, al ser adquirido su paquete accionario por aquéllas, muy poco tiempo de desempeño en el mercado que nos viene ocupando y su clientela representaba apenas el diez por ciento de los cincuenta y cinco mil abonados que tenía su contrincante. Pero los había captado en corto lapso, lo que autoriza a presumir que de haber continuado igualmente hubiera extendido sus redes en beneficio del interés económico general.

Carece de asidero el argumento ensayado a fojas 20 vta. párrafo tercero conforme al cual el accionar de la Comisión habría tendido más a la defensa del consumidor que a la de la competencia. Porque como lo enseña destacada doctrina constitucionalista al comentar los artículos 42 y 43 de nuestra ley fundamental, “La Ley de Defensa de la Competencia constituye uno de los instrumentos de protección de usuarios y consumidores, esa es su finalidad mediata” (Gelli, María A. en: “Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada”, La Ley, tercera edición ampliada y actualizada, 2005, página 467).

2.5. Con relación a la nulidad de la pericia contable planteada a fojas 21 vta. de estos autos es de señalar que en los numerales 234 a 275 del dictamen que integra la Resolución en crisis, encuentro adecuadamente evaluadas las apreciaciones de los expertos, indicando en los apartados 235/6 las dificultades con que tropezaron en su tarea. Esto sin perjuicio de la valoración de la conducencia que pudiera tener tal medio

probatorio a los fines de elucidar el debate de autos.

Por otra parte es bien sabido que la regla de conservación procesal impone un criterio restrictivo a la hora de analizar la procedencia de una nulidad. Así lo tiene dicho esta Sala desde mucho antes de ahora y en sus sucesivas composiciones, coincidiendo en ello plenamente con la doctrina y jurisprudencia predominante en la materia, al señalar que la declaración de nulidad es un remedio excepcional, por lo cual debe aplicarse restrictivamente, debiéndose tener presente que la misma se encuentra encaminada a eliminar perjuicios efectivos. (Cfr. Acuerdos 224/06, 51/07, 157/08, 125/09, 192/09, 243/10, 179/11, 34/12, entre muchos otros).

También, en su anterior composición, esta Sala ha dicho que: “La nulidad de los actos procesales está vinculada a la garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio. La procedencia de una nulidad, por ende, está limitada por el grado de afectación de esa garantía. Procurar que la nulidad se extienda más allá es procurar la nulidad por la nulidad misma, lo que constituye un formalismo inadmisibles que atenta contra la recta administración de justicia” (cfr. Fallos C.F.A.R. N° 861/90, 503/91, 317/93, 409/94, 98/99, 457/00, entre otros).

En el mismo sentido la jurisprudencia ha sostenido que: “en cuestión de nulidades debe primar el principio que reza que en materia de nulidades procesales prima un criterio de interpretación restrictiva y sólo cabe anular las actuaciones cuando el vicio afecte un derecho o interés legítimo y causa un perjuicio irreparable, sin admitirlas cuando no existe una finalidad práctica, que es razón ineludible de su procedencia. La nulidad por vicios formales carece de existencia autónoma dado el carácter accesorio e instrumental del derecho procesal; exige, como presupuesto esencial, que el acto impugnado tenga trascendencia sobre la garantía de la defensa en juicio o se traduzca en la restricción de algún otro derecho. De otro modo, la sanción de nulidad aparecería respondiendo a un formalismo vacío, en desmedro de la idea de justicia y de la pronta solución de las causas, en lo que también está interesado el orden público...” (C.C.C.F. Sala VI en autos : “SALZMAN Javier”. Nro. Causa: c. 27.669. —Fecha: 14/09/2005—)

También sobre el punto reconocida doctrina ha señalado que: “Manigot, plantea que las nulidades... deben examinarse con criterio restrictivo y también que existen meras irregularidades procesales, es decir, cuando la falta de alguno de los elementos del acto, no lo privan de su esencia, y las formas que ostenta son suficientes para cubrir las exigencias mínimas de su entidad como figura procesal autónoma.... En este orden de ideas, señala también que no hay nulidad por la nulidad misma, dictada en sólo interés de la ley, cuando no beneficie a parte alguna, cuando importa un excesivo formalismo o cuando va en desmedro de la idea de justicia” (Torres, Sergio Gabriel, “Nulidades en el proceso penal” Ed. Ad-Hoc, 3ra. Edición 1999, págs. 43/44). Si a esto le agregamos que la articulación revela una generalidad impropia de la pretensión que persiguiera, el rechazo se impone y por ello habré de proponer al acuerdo adoptar al respecto tal decisión.

2.6. Tampoco le encuentro sustento al argumento desarrollado a fojas 24 según el cual la Comisión en los numerales 306, 324 y 325 del dictamen habría cambiado el objeto de reproche, pasando de la acusación de reparto geográfico del mercado de televisión por cable en la ciudad de Santa Fe a la de la eliminación de un proceso competitivo preexistente. Esto por cuanto interpreto que, dadas las circunstancias en que se produjo el primer hecho tuvo por consecuencia el segundo, de tal suerte que ambos resultan inescindibles y así no son dos acciones diversas sino que las dos conforman un mismo resultado que es el reprochable. De manera que no encuentro afectado por ello el derecho de defensa de las recurrentes. Los propios autores de la norma aplicable al explicar sus motivos sostuvieron con referencia al artículo 41 del proyecto: “El inc. e) incluye conductas tendientes a la repartición de zonas, mercado o clientelas. Se trata de impedir el debilitamiento de las fuerzas competitivas en cada uno de los submercados creados en esa repartición” (Adla XL-C, 2533).

2.7. En cambio le asiste alguna razón a las impugnantes en cuanto se quejan del excesivo tiempo que ha llevado el procedimiento y también acerca de las valoraciones diversas de la Comisión con relación a los nuevos productos y circunstancias que se fueron sucediendo en el mercado concernido en tan dilatado período, pero no cabe olvidar que muchas de tales aristas fueron introducidas por las firmas involucradas y entonces el órgano de aplicación se vio en necesidad de darles tratamiento. Así sucede con los argumentos relativos al advenimiento de la televisión satelital (Direct TV), servicios de telefonía celular e Internet que, en realidad, resultan muy posteriores a la fecha de consumación de la infracción sancionada, lo mismo que la introducción en el mercado del caso de otra empresa (Gigacable) prestadora de un servicio similar al de las apelantes.

En cuanto a la dilación y sin que esto implique promoción del conformismo, es de destacar que tal falencia no resulta, lamentablemente, excepcional ni novedosa.

Porque según puede leerse en el punto 4. de la ya citada exposición de motivos de la ley 22.262, “Desde 1919 existen en nuestro país normas dirigidas a defender la competencia en los mercados, mas pese a la notoria distorsión que los afecta, ha sido escaso el número de procesos sustanciados ... se agrega, además, que esos

juicios se han caracterizado por lo prolongado de su trámite, como circunstancia adicional ..." (Adla, XL-C, 2524, el subrayado es de mi autoría).

2.8. Tampoco le encuentro acierto a la afirmación del segundo párrafo de fojas 35 según la cual "...el dictamen 637 dice que las posibilidades de crecimiento de este mercado son bajas, mientras que en la Resolución apelada dice que son altas", porque en ningún pasaje del decisorio en revisión se afirmó tal cosa, sino que éste prácticamente agota su extensión repitiendo párrafos del mencionado dictamen que hizo suyo.

2.9. Corolario relativo a la infracción imputada y sancionada: En definitiva, del análisis precedente cabe concluir en la ratificación del criterio de la CNDC en cuanto a que el proceso de escisión-fusión por medio del cual Cablevisión y Multicanal acordaron separar los activos de las firmas Cablevideo y VCC implicó una restricción a la competencia respecto de la situación preexistente en la que estas últimas empresas eran independientes y competían entre sí, mediante tendidos de redes superpuestas, en la prestación del servicio de televisión por cable en la ciudad de Santa Fe.

Consecuentemente los agravios expresados en tal sentido propugno sean rechazados.

### 3. De la sanción y su quantum:

3.1 Con relación al monto de la multa impuesta, más allá de que se han expresado los motivos de esa decisión, lo que me lleva a descartar las críticas genéricas que al respecto hicieran las recurrentes, no encuentro en el apartado 475 del dictamen, que la resolución en revisión hace suyo, argumentos realmente convincentes que lo justifiquen. Por ello, tomando como parámetros para dosificarla aquellos que establece el Código Penal (de aplicación supletoria confr. art. 43 de la ley 22.262), en lo que interesa, las circunstancias atenuantes y agravantes para cada caso (art. 40), la naturaleza de la acción, la extensión del daño y los antecedentes del autor (art. 41), que en el presente caso se aprecian de acuerdo a las particulares características de la infracción cometida, cuyas circunstancias de modo, tiempo y lugar han sido desarrolladas pormenorizadamente en los considerandos precedentes y que no constan antecedentes sobre sanciones anteriores, se la reducirá a la suma de dos millones de pesos (\$ 2.000.000.-) a cada una de las empresas implicadas, en forma solidaria, aspecto que no aparece cuestionado.

3.2 En cuanto a la publicación ordenada en el artículo 3º de la resolución en crisis, propongo el rechazo del agravio por insustancial y la confirmación del decisorio en tal punto.

3.3 En relación a la orden del Artículo 6º del decisorio en revisión, va de suyo que de haberse operado efectivamente la fusión que menciona el numeral 476 del Dictamen nº 678 de la CNDC, que autorizara ese órgano, el cese de la conducta imputada devendría abstracto, de modo que debe ser revocado, ello con independencia de que no se hayan acompañado los instrumentos que la comprobarían, por ejemplo los relativos a las reorganizaciones societarias.

Es mi voto.

La Dra. Liliana Arribillaga dijo:

1. La conducta imputada a las firmas recurrentes consiste en haber establecido "un acuerdo entre ambas para dividirse el mercado de TV por cable en ciudad de Santa Fe, a partir de la escisión fusión de VCC, producida el día 7 de octubre de 1997 disponiendo condiciones limitantes a los abonados o potenciales abonados al servicio de televisión domiciliaria por cable en la ciudad de Santa fe, que les impediría cambiar o elegir libremente a las empresas proveedoras de dicho servicio con las cuales contratar, con el objeto de restringir la competencia con potencial perjuicio al interés económico general" (arts. 1º, 2º inc. b), y 3º de la ley 22.262), conforme resolución de fecha 17 de junio del 2004, notificada a las empresas de que se trata, el día 29 del mismo mes y año (fs. 767/775).

La resolución que las sanciona las declara responsables, y les impone multa a cada una de ellas, así como el inmediato cese de las mencionadas acciones en función de lo dispuesto en el art. 26 inc. b) de la ley 22.262 y a la publicación que prevé el art. 32 de la mencionada norma, haciendo previo a su dictado, aplicación del procedimiento impuesto por la reforma de la ley 25.156, lo que aparece receptado por la apelante al consentir la competencia revisora de este Tribunal. Cabe asimismo resaltar que en esta nueva ley no existen aspectos respecto al fondo que sean beneficiosos como para aplicar en el sub-lite, ya que el art. 1º se mantiene prácticamente igual, y si aparece como perjudicial, al menos en su aspecto teórico, en tanto deja expresamente sentado que el objeto anticompetitivo de un acto o conducta es suficiente para que se configure la ilicitud establecida, aunque no exista éste último volcado a los hechos, y nada respecto a ello han expresado las apelantes (salvo respecto a la prescripción).

Corresponde en consecuencia, en primer lugar, analizar el caso en los términos de la legislación primero mencionada por ser la que rigiera a la fecha de la denuncia.

De tal manera que en principio corresponde destacar que las figuras del art. 1 de la ley de aplicación, prohíben conductas que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia y que se ha considerado en términos generales que la legislación específica apunta a garantizar institucionalmente el bienestar general o el interés económico general. De tal manera los consumidores son algunos de los posibles agentes económicos en cuyo bienestar y sobre cuyos derechos e intereses incide la estructura competitiva, siendo que el marco constitucional no obliga a centrar la evaluación solamente en algunos de los agentes que actúan en los mercados.

En efecto, desde ese punto de vista “...podría decirse que una mayor oferta resultará de menores precios y en mayores beneficios para el consumidor, si bien también corresponde tener en cuenta que, pasado cierto nivel de producción los precios pagados por el consumidor y la utilidad que deriva de los bienes y servicios adquiridos son menores a los costos de producción. Coherentemente con el ello, el Derecho de la Competencia no exige que la producción vaya más allá de su nivel de equilibrio de los mercados competitivos, pues a ese nivel de precio se iguala al costo marginal de la producción.

En consecuencia, tiene en cuenta no sólo el bienestar del consumidor sino también otros aspectos del comportamiento de los mercados, como por ejemplo la sustentabilidad de la producción, y la necesidad de una asignación racional de los recursos a través del sistema de precios...”. De allí que este derecho: “...tutela determinado modelo de comportamiento de mercado, y que ese comportamiento satisface múltiples metas, entre las cuales una —no excluyente— es el bienestar del consumidor” (‘Derecho Antimonopólico y de defensa de la competencia’, Guillermo Cabanellas de las Cuevas, Heliasta, 2ª Edición 2005, T. 1 pág. 68). En otro plano, la tutela de un sistema de competencia, exige que existan ciertos requisitos en la acción de que se trate para que produzca efecto significativo sobre la competencia del mercado (ley 22.262) Así, no es del caso interferir en convenios privados cualquiera que fuera su modalidad, sino la evaluación de —en estos casos— los niveles de precios, la estructura de la oferta y la demanda, la posibilidad de que nuevos competidores ingresen en el mercado, la transparencia de las operaciones, entre otros. De allí que no se hable de una competencia perfecta, sino de una efectiva y teniendo en cuenta la incompatibilidad en algunos casos con condiciones razonables de eficiencia en la producción, ya que algunas estructuras de mercado no la permiten. Debe destacarse que uno de las dificultades que se presentan respecto a la aplicación de la ley, es la relativa a la prueba, ya que muchas de las infracciones suelen ser derivaciones de acuerdos verbales, que se comprueban sólo en el curso posterior de las conductas de potenciales competidores. En el caso de autos, y si bien lo imputado es una división del mercado del servicio de la televisión por cable, existen otras consecuencias negativas de tal evento.

En el marco de la ley aplicada en la imputación y posterior condena, ninguna de las infracciones pueden considerarse existentes sino se configura algunas de las conductas genéricamente tipificadas en el art. 1 de la misma ley, ello aparece explicitado en el caso del art. 3º, más debe tenerse como implícito respecto del 2º. De tal manera que el art. 1º incluye diversas disposiciones dirigidas a prohibir y sancionar los llamados acuerdos o prácticas restrictivas, mientras que el 2º de la ley al remitir al art. 41 incluye una enumeración de conductas que de cumplir con las condiciones del anteriormente citado serán sancionadas, si bien ellas implican una modificación en las penas. Como conclusión de lo reseñado, va de suyo que el perjuicio para los abonados —consumidores— debe ser también tenido en cuenta, y que más allá de lo que expresan ambas sancionadas al apelar, no aparece que pueda receptarse al menos apriorísticamente que si se hubiera otorgado la plaza a una de las empresas hubiera existido una posición dominante, —lo que así se evitó— sino que de lo que se trata es que casualmente a través del acuerdo que aparece debidamente acreditado en autos, se afectó la competencia.

2. Entrando a analizar los agravios expresados por las empresas condenadas que lo hacen conjuntamente más conservando su personería jurídica y mediante distintos apoderados, corresponde en primer lugar analizar la alegada prescripción.

Con respecto a lo fundamentado en el escrito presentado punto IV 1. corresponde señalar que este Tribunal respecto al planteo prescriptivo allí indicado, dispuso por acuerdo 161/I del 22 de junio del 2011, confirmar el rechazo de la excepción interpuesta, rechazándose asimismo los recursos extraordinarios en fecha 15 de diciembre del mismo año.

De tal manera corresponde tratar el nuevo planteo introducido (fs. 2055), en relación, —según se expresa— de un nuevo plazo transcurrido. En el mismo aduce que cualquiera sea la ley que se aplique, debe ser receptada la prescripción. Así en el caso de la ley 22.262, no se aplica el art. 35 ya que no se está multando por conductas relativas al art. 41, siendo entonces que tratándose de una infracción el plazo es de 2 años. Si fuera considerada la reforma a esta ley, el plazo hubiera corrido en atención a que no habría habido interrupción alguna en los

términos del art. 55.

Más allá de que no se puede pretender fundamentar en ambos cuerpos legales estimando cuál de ellos resulta ser más benigno al caso de autos, debe advertirse que el fallo aplica la ley que rigió al momento de la denuncia y del comienzo entonces del supuesto acto ilícito.

En este aspecto entiendo de aplicación al sub-lite el fallo “YPF S.A s/ ley 25.156 (incidente de prescripción) Ministerio de Economía y Producción Secretaría y Coordinación Técnica. Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, expte. nro. 501-014412/03” Causa nro. 56.416 de la Cámara Nacional en lo Penal Económico Sala B del 12/08/08 que dice: “Que en efecto por el capítulo III, sección 1, de la ley N° 22.262, se hace referencia al ejercicio de las acciones, previéndose como plazo de prescripción el de seis (6) años (confr. artículo 35), sin que se haya diferenciado aquel plazo en razón de tratarse de acciones que tengan origen en los artículos 1 y 2, ó en los artículos 41 y 42, respectivamente, del texto legal mencionado.

Por lo tanto, como la inconsecuencia o la falta de previsión no se suponen en el legislador (confr. Fallos 303:1965, 304:794, 954, 1733, 1820,1882; 305:538 y 657; 306:721; 307:518), y por tenerse presente que “...La exégesis de las cláusulas legales que instituyen términos de excepción en materia de prescripción, debe ser restricta...” (Fallos 258: 128; lo destacado es de la presente), la disposición normativa mencionada por el párrafo anterior es la que resulta de aplicación al caso “sub examine” (confr. artículos 4 del Código Penal, 35 y 43, de la ley N° 22.262).

19) Que, con relación a la doctrina establecida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación por el pronunciamiento de Fallos 325:1.702 invocado por el representante de Y.P.F. S.A., por el cual se estableció —por remisión al dictamen de la Procuración General de la Nación— que el plazo de prescripción de la acción penal emergente de las infracciones administrativas que se establecen por el artículo 1° de la ley N° 22.262 es de dos años, y que por las disposiciones del artículo 35 del cuerpo normativo mencionado se hace referencia a la prescripción de la acción para perseguir los delitos que se tipificaron por aquella ley, cabe recordar que es doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que sus decisiones no obligan sino en el caso en que fueron dictadas, y que los tribunales anteriores en grado pueden apartarse de la doctrina establecida aun para decidir en casos análogos sin que se produzca gravamen institucional (Fallos 280:430; 301:198; 302:748; 307:207; 308:1575; 320:1891, entre otros). Cabe destacar también que aquel apartamiento no puede ser arbitrario ni infundado, ya que los jueces de grado anterior tienen el deber moral e institucional de conformar sus decisiones a las resoluciones del más Alto Tribunal (Fallos 212:251), por lo que sólo debe tener lugar cuando se produzcan nuevos fundamentos no considerados por la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos 307:1094; 311:1644; 323:2322).

20) Que, de este modo, resulta necesario destacar que, en este caso concreto, existen nuevos fundamentos no considerados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación por el pronunciamiento de Fallos 325:1.702, por los cuales se permite el apartamiento del criterio establecido en aquella oportunidad, de conformidad con la doctrina a la cual se hizo mención por el considerando anterior.

En efecto, no puede dejar de considerarse que por la ley N° 22.262 se estableció un procedimiento administrativo a cargo de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia que concluye con el dictado de la resolución que se establece por el artículo 26 de la ley N° 22.262, en caso de haberse acreditado la comisión de una infracción en los términos del artículo 1° de aquella ley, y no haberse propuesto algún compromiso, en los términos del artículo 24 de aquel cuerpo normativo; y después de quedar firme aquel pronunciamiento administrativo, una instancia judicial en la cual se ejercita la acción penal emergente de los delitos tipificados por la ley N° 22.262.

En este orden de ideas, se ha expresado: “...debe tenerse en cuenta que las conclusiones a que se haya llegado en la instancia administrativa inciden necesariamente sobre el plenario, ...no es posible precisar si una conducta constituye un delito previsto en el artículo 41 de la L.D.C. si no se conoce su calificación bajo el artículo 1° de la Ley. Tal calificación es materia de la instancia administrativa y de los recursos previstos en el artículo 27...” (confr. Guillermo CABANELLAS (h), “Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia”, Ed. Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1.983, pág. 82; lo destacado es de la presente).

21) Que, en consecuencia, si en función de lo que se dispone por el artículo 32 de la ley N° 22.262, la acción penal emergente de los delitos mencionados no puede ejercerse “...ante el órgano judicial competente sin la sustanciación previa del procedimiento administrativo regulado en el Capítulo 11, Sección 11...” (lo destacado es de la presente), y el pase de las actuaciones a la justicia penal sólo puede efectuarse después de haberse dictado la resolución que se prevé por el artículo 26 de la ley N° 22.262 (confr. Art. 29), por la cual se establezca previamente la existencia de una infracción al artículo 1° de la ley N° 22.262, pues “...no es posible

que se configuren los delitos previstos en el artículo 41, si no se dan las condiciones descriptas en el artículo 1º, resulta claramente conveniente no iniciar actuaciones relativas a tales delitos hasta tanto no exista una determinación respecto de la existencia de las citadas condiciones...” (confr. Guillermo Cabanellas (h.), ob. cit., pág. 758), en concordancia con lo expresado por la exposición de motivos de la ley N° 22.262, al destacarse: “...Los arts. 32 y 33 tienen importancia significativa para la estructuración de la instancia judicial. El primero exige la tramitación del sumario en sede administrativa, como recaudo insoslayable para promover la actuación judicial; el segundo confiere al Secretario de Estado de Comercio...la facultad privativa de iniciar la acción penal...” (confr. Adla, XL-C, 2530; ...), se concluye que el plazo de prescripción de dos años para establecer la existencia de una infracción administrativa e imponer las sanciones correspondientes operaría como un obstáculo permanente para el enjuiciamiento por los delitos previstos por el artículo 41 de la ley N° 22.262, que tienen un plazo de prescripción mayor (6 años), según la doctrina emergente del pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación al cual se hizo mención por el considerando 19º de la presente. ...”.

De tal manera que habiendo existido una continuación de la conducta ilegal, conforme así se ha entendido, y ha quedado firme (v. acuerdo n° 161/11 ya referido), esta se continúa al menos hasta la invocada fusión (la que no se ha demostrado ya operada) de ambas firmas Multicanal y Cablevisión. Así surge del informe de Convergencia Reserch cuando concluye respecto al impacto de la fusión de Cablevisión-Multicanal que: “...El ciclo de concentración tuvo un nuevo avance en 2006. El Grupo Clarín compró a HMTyF la parte de éste en Cablevisión y la fusionó con Multicanal, ambos líderes de mercado para formar la mayor compañía de TV por cable de Argentina y Latinoamérica, con 2,7 millones de abonados de TV de pago. También se incluye allí a Teledigital (ex CV del Comahue) una pequeña compañía de TV por cable que HMTyF poseía con operaciones en el interior del país. La nueva empresa holding de telecomunicaciones de Clarín es Cablevisión controlada en un 60% por Clarín y en un 40% por el fondo Fintech, del mexicano David Martínez. ...” (fs. 1440), si bien ambas empresas tenían ya el mismo gerente regional desde noviembre del 2006 (ver testimonio de fs. 1356/7 del expte. administrativo). En ese informe citado también se expresa que a diciembre de ese año, “...También se anula la competencia en varios municipios del AMBA (área múltiple Buenos Aires) donde rivalizaban las redes de Cablevisión y Multicanal: Quilmes, Morón, Avellaneda, San Martín y Berazategui. Lo mismo ocurre en Rosario, Córdoba y La Plata, las tres ciudades que siguen en importancia a Buenos Aires y otras capitales provinciales como Santa Fe y Paraná, aunque en estos dos últimos casos también existe un tercer operador (Gigared, del fondo estadounidense MDP). ...” (fs. 1443), de tal manera que, puede estimarse que a la citada data se perpetuaba el accionar de las empresas que hoy se sancionan. Adviértase que de la Resolución del Secretario de Comercio Interior del Ministerio de Economía y Producción, surge que se autoriza la concentración notificada, lo que no comprueba que efectivamente dichas reorganizaciones societarias hayan sido efectuadas, máxime estando en mi conocimiento de que dicho acto administrativo fue cuestionado por Teledifusora S.A. al menos en la jurisdicción de este Tribunal. Corresponde señalar que en la actualidad la ley 25.156 existe hoy un más rígido control de este tipo de operaciones. Además se advierte que sería del mismo grupo económico quien controlaría la empresa proveedora Direct T.V. (ver fs. 92 en donde se expresa que Clarín único accionista de Multicanal S.A. es accionista mayoritario y controlante de Direct T.V.).

Consecuentemente, en los términos interpretativos de la ley de aplicación, la imputación que se mencionara en el punto 1º) reúne las condiciones de un requerimiento acusatorio o de elevación de los autos a juicio, al ser una evaluación de mérito sobre el sumario, que concreta objetiva y subjetivamente la pretensión sancionatoria interrumpiendo así el curso de la prescripción de conformidad con lo establecido en el art. 67 del Código Penal. Habiendo sido emitida la resolución que concluye el trámite administrativo del 17 de junio del 2010, la acción no aparece prescripta. Y es que además de lo considerado, esto es que las prácticas anticompetitivas, se extendieron más allá de la mencionada imputación, lo cierto es que desde que fueron notificadas para su correspondiente descargo y prueba hasta la resolución en que ambas firmas son sancionadas, no habían transcurrido los seis años antes considerados. Así el Código Civil establece en su art. 25 que: “Los plazos de mes o meses, de año o años, terminarán el día que los respectivos meses tengan el mismo número de días de su fecha. Así un plazo que principie el 15 de un mes, terminará el 15 del mes correspondiente, cualquiera que sea el número de días que tengan los meses o el año.”.

3. Pasando ahora a considerar los cuestionamientos al dictamen de la Comisión, corresponde decir en primer lugar, que la imputación refiere a la televisión por cable, por lo que no cabe analizar la provisión del servicio de banda ancha, y que la televisión satelital en el mercado de la ciudad de Santa Fe, conforme el mapa y mercado de la TV por cable en Argentina en 2007, tenía sólo el 5,37% del mismo a nivel nacional. De igual manera aparece demostrada la escasa incidencia de Gigacable conforme así lo informa el numeral 342 del dictamen, que concluye en que aún su aparición las firmas denunciadas seguían ostentando una porción prácticamente dominante del mercado de TV por cable. Es importante reseñar el resultado de reorganización sobre el control

de otras firmas de TV por cable en Santa fe (Video Cable 6 S.A. y Teledifusora S.A. y Cable Video) En cuanto a la existencia del acuerdo de división territorial del mercado, aparece comprobado, mediante diversas probanzas del sumario. El representante de Multicanal expresa en su escrito presentado ante la Comisión que: “... Es importante precisar que el criterio con que se efectuó la escisión fue que cada empresa reciba una cantidad de abonados similar en cada plaza (ciudad), y, donde ello no era posible por cuestiones técnicas (insuficiencia de redes, etc.) o porque el criterio resultaba antieconómico, se efectuó una compensación en otro lugar de la región” todo lo cual denota la política económica llevada a cabo, siendo que de la testimonial de fs. 160/2 de las citadas actuaciones prestada por el Gerente de la sucursal para Santa Fe y Paraná de Cablevideo, ratifica que la zonificación operada significó un ahorro de costos, y que en la zona donde opera la empresa existían abonados a las dos empresas Cablevisión y VCC. A fs. 163/5 el Gerente de Área de la empresa primero citada, expresa que se han proyectado inversiones, hay más empleados (lo que infiere que el mercado iba en considerable aumento), y que a la fecha de su declaración sólo existía superposición de redes en las zonas límites, que no se había podido resolver y que existía una programación diferente. Por otra parte aduce desconocer qué programación ofrecía VCC, cuando en la reorganización societaria se dispone en la cláusula décimo octava que “las licencias, permisos, habilitaciones municipales y contratos de uso de postes se asignan y transfieren a CV o a MC según se detalla en el Anexo VI adjunto al presente”. También ha sido considerado el informe de la EPE y lo comprobado en algunos domicilios en donde existían instalación de dos cables (fs. 173).

Así aparece suficiente fundamentado en las conclusiones del dictamen de la Comisión Nacional de la Competencia agregado a fs. 1838/1904 del expediente administrativo y en la consecuente resolución, la comprobada existencia del mencionado acuerdo, apreciación probatoria que comparto, y que si existió lesión al consumidor. Ello aparece también acreditado con las testimoniales de fs. 114, 128, 129, 131, 133, y 136/138. Adviértase que entre las conclusiones finales del informe efectuado por Marcelo Celani, menciona que la evidencia de no competencia no presupone necesariamente una violación a las normas vigentes, estimando que en Santa Fe la situación es similar a la de Paraná. También resulta adecuado, el señalamiento de cual es el mercado relevante, con independencia de lo afirmado respecto a la empresa Direct TV, y que el mercado geográfico, ya indicado en la imputación, refiere a la ciudad de Santa Fe. Se ha demostrado entonces que mediante esta división, esto es el evitar la superposición de redes, existió una restricción al proceso competitivo preexistente, siendo que conforme se encuentra acreditado con las pruebas allí mencionadas, las empresas que funcionaban en esa área geográfica, —de las que puede no computarse DirectTV—, no solamente por no resultar dentro del mercado relevante, sino también por su escasa penetración, lo cierto es que Gigacabe, inicia sus emisiones dentro de la segunda mitad del año 2001 (época ostensiblemente negativa para propender un nivel de penetración de mercado) lo que se comprueba con el informe mencionado de Convergencia acerca de la penetración de Cablevisión. Si bien es cierto que en función a lo afirmado en el considerando primero, debe analizarse qué sucedería en relación a proyectos de inversión, coincido con lo apuntado en el dictamen citado, en sus puntos, 369, 370 y 371 y en relación a la pericia lo expuesto en los puntos 376 y 377, ya que además si esa empresa en las condiciones apuntadas, logró la cantidad de abonados expresada, la posibilidad de competir para las firmas que realizaron el acuerdo que obviamente necesitaba de menos inversión, hubiera sido posible. Concluyendo debe también considerarse comprobada la diferencia de valores facturables (ver fs. 2018 del mismo expte.) y el cambio de las grillas de programación. De igual manera el perjuicio al interés económico general que se mide también como daño al bienestar de los consumidores, en un todo de acuerdo a lo explicitado en el punto 1º). En tal sentido sostiene Guillermo Cabanellas de las Cuevas en su obra ya citada (págs. 540/1), al referirse a la Distribución de mercados en la Ley de Defensa de la Competencia que: “El elemento central en la figura aquí analizada es el “repartir en forma horizontal”. El carácter horizontal de una asignación de zonas, mercados, clientes o fuentes de aprovisionamiento surge de que las empresas entre las que se efectúa la repartición sean competidoras entre sí respecto del mercado o elemento asignado. De esa forma, la repartición elimina una posibilidad de competencia, y queda configurada la restricción de la competencia necesaria para que haya infracción al artículo 1º de la LDC. A efectos de que se configure este ilícito es irrelevante que la competencia sea actual o potencial. La ilicitud existe cuando se divide un mercado con un competidor potencial, con el cual se acuerda que no ingresará en un sector de tal mercado. Se elimina con este tipo de maniobra un aspecto definitorio de la competencia efectiva, como es la presión ejercida por el potencial ingreso de competidores al mercado. El instrumento usado para la repartición es indistinto. Puede la repartición ilícita surgir de un acuerdo o resultar de una propuesta de una empresa que un competidor acepta, o tratarse —como ha sido común en el pasado— de reparticiones que organiza o instrumenta un tercero que las empresas interesadas designan para tal instrumentación. La LDC incluye una enumeración amplia de los elementos cuya división entre competidores resulta incriminada. Comprende no solo al reparto de mercados o fuentes de aprovisionamiento, previsto en el art. 85 del Tratado de Roma, sino también la distribución de zonas o clientelas. Estos dos elementos, sin embargo, sólo suponen la explicitación de conceptos ya incluidos en el de

reparto de mercados. En consecuencia, las divisiones anticompetitivas pueden referirse a aspectos territoriales, a productos o a personas, sean éstas clientes o proveedores.”. Y asimismo en tal obra a fs. 219, sostiene que: “... existe abuso de posición dominante, en el sistema seguido por la L.D.C., cuando una empresa que no enfrenta competencia efectiva en un mercado, o en un conjunto de ellas que no compiten efectivamente entre sí, realizan conductas que no hubieran podido realizar de haber existido competencia efectiva en tal mercado, siendo tales conductas perjudiciales para el interés económico general.”

4) En cuanto a la sanción y al resto de las cuestiones, me remito a las consideraciones del voto del Dr. Barbará.

Retomada la palabra por el Dr. Barbará luego de conocer el voto de la Dra. Arribillaga, manifestó lo siguiente:

En lo que respecta al planteo de prescripción introducido por las apelantes, sin perjuicio de las razones por las que considero en mi voto que debe ser rechazado, a mayor abundamiento comparto y hago más aquéllas otras desarrolladas precedentemente por la Dra. Arribillaga en su voto.

En mérito al resultado del acuerdo que antecede, se resuelve:

Confirmar parcialmente, en cuanto ha sido materia de apelación, la resolución n° 219/10 de fs. 1/6 dictada por el Secretario de Comercio Interior de la Nación, reduciendo la multa impuesta a cada empresa a la suma de dos millones de pesos (\$ 2.000.000), revocando el artículo 6°. Costas a la vencida. Insértese, hágase saber y oportunamente archívese.

No participa del Acuerdo que antecede el Dr. Carlos F. Carrillo por encontrarse inhibido. — Fernando Lorenzo Barbará. — Liliana Arribillaga. — Félix Angelini.