



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA I

Causa 651/22/CA1 –I– “THE WALT DISNEY COMPANY c/ COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR s/ APEL RESOL COMISIÓN NAC DEFENSA DE LA COMPET”

Buenos Aires, de mayo de 2022.

Y VISTO:

El pedido de dictado de medida cautelar planteado por The Walt Disney Company el 21.2.2022, con las precisiones brindadas el 4.5.2022, respecto de la resolución n° 11/22 de la Secretaría de Comercio Interior del 17.11.2022 (Expte. adm. EX 2020 – 57150244 Conc. 1692);

CONSIDERANDO:

1.- La Secretaría de Comercio Interior dictó el 17.1.2022 la resolución n° 11/2022 en el expte. Ex 2020-57150244, mediante la cual dispuso subordinar la operación de concentración económica notificada (entre The Walt Disney Company y Twenty First Century Fox Inc.) al cumplimiento del condicionamiento que se detalla en el Anexo del Dictamen del 23.12.2021 emitido por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, en los términos del art. 14, inc. b) de la ley 27.442.

El condicionamiento contenido en el referido Anexo consiste, en lo sustancial, en: **a)** llevar adelante un proceso de desinversión en el plazo de 12 meses contados desde el dictado de la resolución, que podrá extenderse por 6 meses adicionales y **b)** asumir el cumplimiento de obligaciones de comportamiento o conductuales por el plazo de 5 años.



La parte actora solicitó que cautelarmente se suspendan los efectos de la resolución SCI n° 11/2022 del 17.1.2022 (expte. adm. Ex 2020-57150244) e informó que concretó la desinversión ordenada, la que quedó sometida a la supervisión de las autoridades administrativas.

En tales condiciones, y luego de progresivos avances en el cumplimiento de las exigencias de las autoridades administrativas, que surgen de las actuaciones que el Tribunal tiene a la vista, es que finalmente la Secretaría de Comercio Interior dictó la resolución n° 427/2022 del 27.4.2022 mediante la cual dispuso: **art. 1)** tener por aprobado el Acuerdo de Transferencia de Activos celebrado el 7.2.2022 entre la firma TFCF Holdings LLC (Fox) y la firma Prom TV SAU, incluyendo sus anexos (es decir, aprobando la desinversión); **art. 2)** dejar sin efecto las medidas conductuales adicionales dispuestas en el apartado 2.4 del Condicionamiento aprobado por el art. 2 de la resolución SCI 11/22; **art. 3)** dejar sin efecto la medida estructural dispuesta en el apartado 2.1.10 del Condicionamiento aprobado por el art. 2 de la resolución n° 11/22, sin perjuicio de la plena vigencia de la medida de carácter conductual dispuesta en el apartado 2.3.1 (v); **art. 4)** hizo saber a las partes que deberán dar cumplimiento al art. 4 del Condicionamiento aprobado por el art. 2 de la resolución 11/22; **art. 5)** hizo saber a las partes que el agente de monitoreo deberá cumplir con lo establecido en el apartado 4.11 de la resolución SCI n° 11/22, incisos (a), (b), (c), (d), (f) y (h); y las restantes obligaciones allí reseñadas, incluyendo la modificación y adecuación de los contratos con distribuidores y control de que dichos contratos no podrán incluir la venta de las señales desinvertidas; **art. 6)** reiteró a las partes que, de acuerdo con lo establecido en el párrafo 116 del Dictamen IF-2022-16413928-APN-CNDC#MDP, la vigencia de los Acuerdos de Distribución entre la firma TFCF HOLDINGS LLC, por un lado, y la firma PROM T.V.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA I

S.A.U., por el otro, modificado conforme presentación del día 3 de marzo de 2022, no podrá exceder el plazo de SEIS (6) meses, contados a partir de la notificación de la resolución que aprueba la operación; y que si la firma PROM T.V. S.A.U, o cualquiera de las subsidiarias de IMAGINA quisiera mantener la relación comercial con los distribuidores de señales, deberá celebrar nuevos contratos; **art. 7)** aclarar que para el supuesto en que no se logre la renegociación de todos los Acuerdos de Distribución referidos en el Anexo IV. titulado “Acuerdo de Cesión y Aceptación Parcial de Distribución del Acuerdo de Transferencia de Activos”, suscripto el 7 de febrero de 2022 entre la firma TFCF HOLDINGS LLC, por un lado, y la firma PROM T.V. S.A.U., por el otro, modificado conforme presentación de fecha 3 de marzo de 2022, al cabo de transcurridos SEIS (6) meses desde la emisión de la correspondiente medida, deberá entenderse que la limitación en la validez temporal lo es sin perjuicio de la validez jurídica de la cesión de contratos que involucran empresas que carecen de legitimación procesal en estos actuados, es decir, la firma PROM T.V. S.A.U. y/o los distribuidores de señales; **art. 8)** hizo saber a la firma THE WALT DISNEY COMPANY, y/o a través de esta última, a la empresa del grupo que corresponda, que no podrá fijar el precio, ni intervenir en la negociación destinada a tal efecto, respecto de los contratos de cesión parcial cedidos a la firma PROM T.V. S.A.U. y que involucran a los distribuidores de señales; **art. 9)** reiteró a las partes que, de acuerdo con lo establecido en el punto i del apartado V del Dictamen IF-2022-16413928-APN-CNDCHMDP, en un plazo no mayor a SEIS (6) meses contados a partir de la notificación de la presente resolución, la firma THE WALT DISNEY COMPANY, o la empresa del grupo que corresponda, deberá adecuar los contratos vigentes con los distribuidores de señales para garantizar el cumplimiento de las medidas conductuales establecidas en el apartado 2.3. del Condicionamiento aprobado por el



Artículo 2° de la Resolución N° 11/22 de la SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR y que dichos contratos no podrán incluir la venta de las señales desinvertidas; **art. 10)** ordena a la firma THE WALT DISNEY COMPANY que dentro de los TREINTA (30) días contados a partir de la resolución acredite en estas actuaciones la notificación a todos los distribuidores de señales indicados en el Apéndice A del Acuerdo de Cesión y Aceptación Parcial de Distribución que la firma PROM T.V. S.A.U, en calidad de cesionaria de los eventos transferidos, se obliga a realizar los esfuerzos comerciales razonables para obtener el consentimiento de los Distribuidores dentro de los SEIS (6) meses posteriores al dictado de la presente resolución; **art. 11)** ordena a la firma THE WALT DISNEY COMPANY que dentro de los TREINTA (30) días contados a partir de la designación del Agente de Monitoreo notifique fehacientemente a todos los distribuidores de señales indicados en el Apéndice A del Acuerdo de Cesión y Aceptación Parcial de Distribución, la información necesaria para establecer contacto con el canal de denuncias conformado y administrado por el Agente de Monitoreo.; **art. 12)** ordena a la firma THE WALT DISNEY COMPANY para que dentro de los TREINTA (30) días contados a partir de la notificación de la resolución acredite en estas actuaciones la notificación a todos los distribuidores de señales indicados en el Apéndice A del Acuerdo de Cesión y Aceptación Parcial de Distribución lo indicado en los puntos b) y c) del Dictamen IF-2022-23472350-APN-CNDC#MDP de fecha 11 de marzo de 2022. **art. 13)** ordena a la firma THE WALT DISNEY COMPANY para que dentro de los TREINTA (30) días contados a partir de la notificación de la presente resolución, haga saber de manera expresa a la firma PROM T.V. S.A.U, o cualquiera de las subsidiarias de IMAGINA MEDIA AUDIOVISUAL S.A.U. que corresponda, que de ninguna manera el contrato firmado entre las partes podrá ser interpretado como una





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA I

exigencia aplicable a la cesionaria para que concurra de forma conjunta a las renovaciones de cualquiera de los eventos desinvertidos, quedando la firma PROM T.V. S.A.U., o cualquier subsidiaria de IMAGINA MEDIA AUDIOVISUAL S.A.U. que corresponda, habilitada a perseguir la renovación de la licencia para la CONMEBOL Copa Libertadores de América y Fórmula Uno de manera autónoma o asociado con terceros; y **art. 14)** considera que los Dictámenes Técnicos de fecha 21 de febrero, 11 de marzo de 2022 y 31 de marzo de 2022, emitidos por la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, organismo desconcentrado en el ámbito de la SECRETARIA DE COMERCIO INTERIOR del MINISTERIO DE DESARROLLO PRODUCTIVO, correspondientes a la CONC. INC. 1692", que identificados como Anexos IF-2022-16413928-APN-CNDC#MDP, IF-2022-23472350-APN-CNDC # MDP e APNCNDC # MDP respectivamente, forman parte integrante de la medida IF-2022-30816071.

2.- En primer término, debe recordarse que, para pronunciarse, los jueces deben atender a las circunstancias existentes en ese momento (cfr. esta Cámara, Sala II, causas 4404/93 del 29/10/96, 7633/99 del 28/9/00 y 1710/01 del 16/8/01; esta Sala, causas 1373/97 del 3/9/02, 4774/97 del 26/12/02, 21.785/94 del 18/12/03, 5766/92 del 22/5/03 y 7698/03 del 16/3/06), y no median razones para que esa regla —consagrada legislativamente por el art. 163, inc. 6º, del Código Procesal—, quede circunscripta a las sentencias definitivas, pues resulta apropiado que en cualquier otra clase de resoluciones sean tenidas en cuenta aquellas circunstancias sobrevinientes que pudieran proyectar influencia en el resultado de la controversia suscitada, tal como lo ha hecho la Corte Suprema de Justicia de la Nación al decidir recursos extraordinarios (cfr. Fallos: 310:1084).



En efecto, la actividad jurisdiccional se suscita frente a un caso o controversia, por lo tanto los jueces no están llamados a resolver sobre planteos puramente académicos o abstractos, sino que es necesario que el pronunciamiento judicial esté destinado a dirimir un conflicto litigioso actual o inminente (cfr. esta Sala, causa 6853/14 del 18.10.2016 y sus citas)

3.- En tales condiciones, la empresa TWDC THE WALT DISNEY COMPANY expuso ante este Tribunal —ante los términos de la reciente resolución SCI n° 427/2022 del 27.4.2022— que mantiene la solicitud de dictado de medida cautelar, pero limitando su pretensión de suspensión de efectos jurídicos respecto de las siguientes cuestiones, que según afirma le provocan agravio:

a) Medida de carácter conductual: cláusula 2.3.1 (iv) en cuanto impone a Disney la obligación de garantizar por cinco años que el costo de las señales Premium deportivas no supere los ingresos de los cable operadores por la venta de dicho contenido. Explicó que la restricción que se aplica al mercado afecta su derecho de propiedad, que influye en la manera en que hace sus negocios y que afecta su derecho de defensa porque se trata de una decisión de naturaleza sancionatoria, dictada en un procedimiento que no es una investigación de esa naturaleza.

b) Medida de carácter conductual: cláusula 2.3.1 (vi) en cuanto prohíbe transmitir los derechos de Transmisión Televisiva de los Eventos Desinvertidos por un plazo de cinco años. Explicó que dicha restricción es contraria a la competencia y al interés económico general, puesto que fortalece al competidor, otorgándole una posición dominante. Argumentó también que la duración de las licencias, por ser de varios años, podría implicar que no pueda adquirirlas por un período mayor al fijado por la autoridad administrativa.

c) Designación de un Agente de Monitoreo: explicó que dicha figura no está prevista en la ley de defensa de la competencia ni en su





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA I

reglamento. Agregó que es una creación de la CNDC y que su designación carece de sentido toda vez que ya se cumplió y aprobó la desinversión.

4.- Aclarado esto, el Tribunal debe ponderar principalmente que la adquirente Disney dio cumplimiento a la mayoría de las exigencias de la autoridad administrativa y, en consecuencia, la SCI aprobó la desinversión realizada entre la firma TFCF HOLDINGS LLC y la firma PROM T.V. S.A.U.. En otras palabras, la queja de la aquí solicitante se dirige a objetar únicamente ciertas condiciones relacionadas con el cumplimiento de la desinversión.

5.- Ya en referencia a la procedencia de la medida cautelar solicitada, cabe destacar que sólo se analizarán los argumentos que se corresponden con el limitado ámbito cognitivo de esta medida cautelar y con el alcance necesario para su decisión, sin ingresar en cuestiones que excedan este marco (conf. esta Sala, causas 182/01 del 8-5-01 y 2945/01 del 10-5-01).

6.- En ese sentido, cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que todo sujeto que pretenda la tutela anticipada proveniente de una medida precautoria debe acreditar *prima facie* la existencia de verosimilitud en el derecho invocado y el peligro irreparable en la demora, ya que resulta exigible que se evidencien fehacientemente las razones que justifican resoluciones de esa naturaleza (conf. CSJN. N. 306. XLI., del 21-3-06 y esta Sala, causa 2015/21 del 13.7.21).

En cuanto a la verosimilitud del derecho, el Tribunal pondera que no se halla configurada en el caso. Como introducción al tema sometido a conocimiento del Tribunal, parece conveniente recordar que la naturaleza de las medidas precautorias no exige a los magistrados el examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud, y que el juicio de



verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra cosa que atender a aquello que no exceda del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad (conf. CSJN, Fallos 306:2060; esta Sala, causas 7936/99 del 14-3-00, 2849/00 del 30-5-00 y 5250/16 del 25-4-17, entre otras).

En este orden de ideas, la verosimilitud del derecho se refiere a la posibilidad de que el derecho exista y no a una incontestable realidad, la cual sólo se logrará al agotarse el trámite (conf. Fenochietto-Arazi, “Código Procesal comentado”, tomo 1, pág. 742).

Ello sentado, el Tribunal evalúa y pondera —con la superficialidad propia del análisis de las medidas cautelares— que ninguno de los puntos que se encuentran controvertidos por la parte actora cuenta con la verosimilitud en el derecho invocado que es necesaria para disponer la suspensión de la ejecución de los actos administrativos atacados.

7.- Pero debe recordarse, además, que la verosimilitud en el derecho invocado debe ser apreciada según el marco de conocimiento que surge del art. 12 de la ley de procedimientos administrativos 19.549, en cuanto establece la presunción de que la actividad de la administración guarda conformidad con el ordenamiento jurídico.

En efecto, la presunción de que un acto administrativo ha sido dictado de acuerdo con la normativa vigente subsiste mientras no se demuestre —en sede administrativa o mediante la impugnación judicial correspondiente—, que existe un error, un vicio o una omisión, de tal magnitud y naturaleza, que lo privan de validez y efectos jurídicos. Cabe destacar, además, que “es el interesado el que debe alegar y probar su nulidad en juicio” (conf. C.S.J.N., en Fallos: 218:312; 324 y 372; 294:69; entre otros).





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA I

Cabe recordar, además, que el máximo Tribunal ha establecido que las medidas cautelares no proceden, en principio, respecto de actos administrativos o legislativos, habida cuenta de la presunción de validez que ostentan (Fallos: 328:3018); que la presunción de validez de los actos de los poderes públicos impide disponer por vía de autos de no innovar la suspensión de la aplicación de las leyes y decretos, si además no se ha invocado la irreparabilidad del perjuicio que aquélla pudiera producir a la actora (Fallos 210:48) y que es improcedente la medida de no innovar que no es indispensable para la salvaguarda de los derechos de quien la pide y además contrariaría la presunción de validez de los actos administrativos (Fallos: 205:365).

Es así que, en el caso particular de autos, la solicitud de medida cautelar debería contener una descripción minuciosa, coherente y concreta de los perjuicios de difícil o imposible reparación posterior que la normativa administrativa le podría ocasionar.

8.- En sentido coincidente, el peticionario de la medida cautelar debe demostrar que no se afectan intereses públicos y que los efectos jurídicos que sufre son irreversibles, de acuerdo con lo establecido por los incisos d) y e) del art. 13.1 de la ley 26.854 (cfr. esta Cámara, Sala 3, causa 7919/13 del 20.2.14); destacando además que los jueces deben considerar el interés público comprometido, evitando injerencias precipitadas en la esfera de otros poderes (causa 7919/13 antes citada).

En tales condiciones, la peticionaria de la medida cautelar no confrontó adecuada y minuciosamente por qué razones sus pretensiones no afectan el interés público que sirve de causa, objeto, motivación y finalidad del acto administrativo atacado, en los términos del art. 7 de la ley de procedimiento administrativo (19.549),



referido a lograr la ampliación del número de empresas que producen y emiten contenidos.

9.- En función de todo lo hasta aquí expuesto, se advierte que la exigencia de mantener temporalmente la proporción del precio de los canales deportivos en la cuota de los televidentes (es decir, en las sumas que perciben las sub licenciatarias) no parece, en el superficial marco de conocimiento de una medida cautelar, que sea una medida abusiva y contraria a las garantías constitucionales.

En primer lugar, la empresa Disney no explica y demuestra de manera documentada si dicha variación en la proporción de la composición de los precios (entre los canales Premium deportivos y lo que perciben los sub licenciatarios por la venta de la señal) se dio en el pasado, con qué magnitud, con qué frecuencia y durante cuánto tiempo; y sobre todo, qué perjuicios causó, de manera tal de sustentar su pedido de medida cautelar.

Tampoco explicó al Tribunal si considera que en el futuro, a raíz del normal desarrollo de su negocio, tal situación podría volver a verificarse.

Ni siquiera desarrolló argumentos para ilustrar al Tribunal bajo qué condiciones podría darse esa situación de variación de proporción en los ingresos de las sub licenciatarias y contractualmente de qué forma las partes previeron en el pasado —o no— alguna solución a dicha cuestión.

Todo ello, por lo menos, sin que se plantee la cuestión con un mayor marco de conocimiento y prueba, naturalmente ajeno a una medida cautelar. En consecuencia, no existen elementos suficientes para disponer la suspensión de la vigencia de una norma administrativa. La sola opinión y voluntad de la peticionaria no fundamentan esa solicitud, en el sentido de tener por verificada la verosimilitud en el derecho reivindicado.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA I

En lo concerniente a la validez temporal de la restricción, debe estarse a lo que surge del siguiente considerando.

10.- Lo mismo ocurre para el supuesto de que se readquieran a nivel internacional los contenidos desinvertidos, y en tales condiciones la empresa Disney pudiera volver a emitir esos torneos correspondientes a licencias cedidas, antes de los 5 años en los cuales, supuestamente, no debería emitirlos.

La aquí solicitante Disney incurre, al menos en el acotado marco de conocimiento de una medida cautelar, en una contradicción, pues si bien se allanó a desinvertir las licencias de acuerdo con las pautas y condiciones que impuso la autoridad administrativa, bajo el supuesto conjetural de la adquisición internacional de los torneos, pretende volver a tener derecho de emitir esos contenidos desinvertidos.

Aclarado esto, el Tribunal no puede perder de vista que la restricción impuesta por la autoridad administrativa no es definitiva. Si bien la temporalidad de la restricción (5 años) es lo que, según afirma Disney, menoscaba los derechos de su parte, debe recordarse que reiteradamente el máximo Tribunal se inclinó por decidir que las restricciones a los derechos no son contrarias a las más elementales garantías constitucionales, siempre que tengan una limitación temporal, es decir, que la restricción no sea definitiva o permanente.

En ese sentido, “la restricción del ejercicio normal de los derechos patrimoniales tutelados por la Constitución debe ser razonable, limitada en el tiempo, un remedio y no una mutación en la subsistencia o esencia del derecho adquirido por sentencia o contrato” (cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 313:1513).

El planteo cautelar de la peticionante no profundiza en el perjuicio que le provoca la imposibilidad de retransmitir contenidos desinvertidos, si éstos son —a su vez— nuevamente



adquiridos a nivel internacional. Tampoco explicó como esa nueva adquisición se justifica y de qué manera debe prevalecer frente a la finalidad de la desinversión exigida por las autoridades administrativas y en qué medida ese nuevo derecho a emitir las señales desinvertidas implica o no una restricción a la actuación de ese nuevo “jugador entrante en el mercado”.

Pero lo más importante habría sido analizar de qué forma el entrante en el mercado, a quién la autoridad administrativa trata de garantizar un rol sustancial en el mercado futuro de las señales deportivas, no podrá tener certeza de que la cesionaria Disney volverá (o no) a emitir los contenidos desinvertidos antes del plazo que, inicialmente, estaba previsto (5 años). En otras palabras, se trata de garantizar la presencia de un nuevo jugador vigoroso en el mercado y la SCI le otorga un plazo para que las empresas que ya participaban del mercado no compitan por esas licencias; y ésta se consolide como un jugador robusto en el mercado.

Se observa, en ese sentido, que la nueva adquisición internacional de las señales deportivas no puede, como principio, significar el automático reconocimiento del derecho temporalmente cercenado a Disney (emitir tales contenidos, antes del plazo previsto por las autoridades), pues tal supuesto implicaría lisa y llanamente la desnaturalización de la manera en la cual se estableció que debía realizarse la desinversión.

11.- Tampoco la designación de un agente de monitoreo que fiscalice la desinversión y el cumplimiento de las medidas adoptadas en su consecuencia parecería ser una obligación desproporcionada o excesivamente gravosa para los intereses de las partes. Al menos, no en el reducido marco de conocimiento de esta medida cautelar.

Es que en rigor de verdad el rol del agente de monitoreo consistirá en controlar las obligaciones que surgen del





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA I

apartado 4.11, es decir: a) presentar un reporte a la CNDC que contenga un plan detallado que describa como realizará el monitoreo del cumplimiento de las obligaciones; b) supervisar el cumplimiento de las obligaciones que surgen del contrato; c) proponer a las partes medidas que aseguren el cumplimiento de la desinversión; d) monitorear el progreso de la celebración de contratos de sub licencia; f) informar a la CNDC si las partes incumplen cualquiera de sus obligaciones y h) implementar un canal de denuncias medidas de carácter conductual, enfatizando además que Disney deberá adecuar los contratos vigentes con los distribuidores de señales para garantizar el cumplimiento de las medidas conductuales 2.3, aclarando que dichos contratos no podrán incluir la venta de las señales desinvertidas.

Ninguna de esas actividades parece gravosa a los intereses de la requirente ni implica, de por sí, un impedimento que obstaculice el desarrollo normal de sus actividades comerciales. En consecuencia, no surge de la causa cuál es el verdadero perjuicio o menoscabo que el desempeño del agente de monitoreo provoca a Disney. Sin acreditar dicho extremo, la medida cautelar solicitada no puede ser otorgada pues carece de una acreditada apariencia de buen o legítimo derecho.

Pero en definitiva, no se aprecia la verosimilitud en el derecho invocado confrontando los argumentos expuestos en la solicitud de medida cautelar con la causa y objeto del acto administrativo impugnado, esto es, incorporar un nuevo participante al mercado de la transmisión de deportes que desempeñe un rol importante y en igualdad de condiciones a las que tienen las históricas transmisoras de señales.

Finalmente, al no verificarse la verosimilitud en el derecho invocado, deviene inoficioso expedirse sobre el restante requisito de las medidas cautelares, esto es, el peligro en la demora.



Por lo expuesto, el Tribunal **RESUELVE:** rechazar el pedido de medida cautelar deducido por Disney el 8.2.2022 (con las precisiones del 4.5.2022).

Regístrese y notifíquese.

Florencia Nallar

Juan Perozziello Vizier

Fernando A. Uriarte

