

C. 11.344/06 “Primera Red Interactiva de Medios Argentinos SA. c. Telecom Argentina SA s. apelac. resol. Comisión Nac. Defensa de la Competet.”.

Buenos Aires, 21 de marzo de 2007.

Y VISTO:

El recurso de apelación interpuesto a fs. 94/100vta., contra la resolución de fs. 83/91, y

CONSIDERANDO:

1. Las presentes actuaciones fueron iniciadas en virtud de la denuncia formulada por Primera Red Interactiva de Medios Argentinos SA (PRIMA) el 15-7-2005 ante la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC), contra Telecom Argentina SA (Telecom), en los términos del art. 26 de la ley 25.156 por violación de los arts. 1 y 2 de dicha norma.

En el escrito de inicio (fs. 2/14) PRIMA solicitó a la CNDC que investigara los hechos denunciados porque afectaban la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones (Internet) y a fin de ordenar el cese de las conductas imputadas a Telecom, como así también para que dictara una medida en los términos del art. 35 de la ley 25.156 tendiente a conjurar dichas conductas hasta tanto recayera una decisión definitiva.

A los fines que aquí interesan, cabe destacar -como aspectos sobresalientes del escrito de denuncia- que: PRIMA invoca ser una empresa prestadora de servicios de acceso a Internet (ISP) a través de sus diversas modalidades (dial-up, cablemodem y ADSL); la modalidad ADSL implica un servicio de conexión de alta velocidad que funciona utilizando como soporte el par de cobre correspondiente a la línea telefónica que brinda un prestador de servicio telefónico común y permite una conexión permanente independiente de la conexión telefónica; PRIMA debe contratar a los operadores telefónicos dicho recurso técnico para comercializar su servicio ADSL, los que también compiten

prestando servicios similares en forma directa o a través de empresas controladas (vgr. Speedy del grupo Telefónica y Arnet Highway de Telecom); el cliente final accede al servicio de Internet bajo la modalidad ADSL mediante el pago del abono correspondiente al servicio en sí prestado (que percibe el ISP) y el pago de la utilización de la infraestructura telefónica al operador telefónico de su domicilio (cargo incluido en forma diferenciada en la factura telefónica), en tanto que los ISP`s deben suscribir un convenio con el prestador telefónico y abonar determinados costos de utilización.

La conducta que PRIMA denuncia consiste en la modificación unilateral de Telecom del modo de comercializar el servicio de acceso a Internet de alta velocidad 256Kbps/128Kbps con tecnología ADSL denominado “Acceso por Tiempo”, a partir del 3-7-2005, según la cual alteran radicalmente las condiciones vigentes pues tanto el abono mensual como el consumo por cada minuto de acceso a Internet son facturados por Telecom y no por los ISP`s, con lo cual aquélla intenta sustituir a estos últimos en la relación directa con los clientes a través de la comercialización del servicio, permitiéndoles únicamente que participen en una porción de esos ingresos.

2. En la audiencia del 25-7-2005 el representante de PRIMA ratificó la denuncia formulada (fs. 30/31), pero el 10-8-2005 presentó un escrito en el que informó a la CNDC que había llegado a un acuerdo con Telecom para brindar por sí el servicio de “Acceso por Tiempo” manteniendo un vínculo periódico y permanente con los clientes a partir de la facturación mensual del servicio. Por ello, PRIMA manifestó que habían desaparecido las razones que llevaron a considerar la existencia de una conducta objetable en los términos de la ley 25.156, como así también que la medida cautelar dirigida a obtener la suspensión de la comercialización del referido servicio había devenido abstracta (fs. 56/vta.).

No obstante ello, la CNDC continuó adelante con el procedimiento, recibiendo las explicaciones de Telecom en los términos del art. 29 de la ley

25.156 (fs. 58/65). Con posterioridad, la Comisión recibió la declaración testimonial de los representantes de las empresas UOL SINECTIS SA y NETVERK SA., de acuerdo con las facultades previstas en el art. 24 de la ley 25.156 (ver fs. 73, 76/79 y 80/82).

3. En las referidas condiciones la CNDC ordenó a Telecom Argentina SA, en los términos de los arts. 35 y 58 de la ley 25.156, que no eliminara de sus plataformas mayoristas para la prestación de servicios de Internet bajo tecnología ADSL (de todos sus productos en cada una de las velocidades comercializadas) la variante “básica” (en la cual, a diferencia de “full”, la “conectividad” a Internet está a cargo del ISP y no de la empresa telefónica), permitiendo que los demandantes de dichas plataformas pudieran optar por la forma y por la empresa con la que han de procurarse la “conectividad” a Internet necesaria para poder prestar sus servicios.

Para fundar su decisión, consideró que, más allá de que PRIMA hubiera desistido de su denuncia, las peculiares características técnicas de los servicios de Internet ADSL, la integración vertical de Telecom y su importancia como proveedor de recursos tecnológicos demandados por los ISP`s para poder llegar a sus abonados, hacían necesario el análisis de los eventuales efectos que las plataformas mayoristas de Telecom pudieran tener sobre la competencia en los servicios de acceso a Internet.

En ese orden de ideas, la CNDC señaló que de las audiencias celebradas surgían elementos que permitían evaluar aspectos técnicos y comerciales relacionados con el servicio de acceso a Internet mediante tecnología ADSL en general, y del producto “Acceso por Tiempo” en particular. En especial, valoró las declaraciones acerca de las posibilidades técnicas de Telecom para ofrecer sus servicios de acceso a Internet en combinación con el nuevo servicio de “Acceso por Tiempo” mediante un servicio básico; de la existencia de opción entre servicios básicos y full para el acceso mayorista en los distintos servicios ofrecidos en el mercado; y de la tendencia a la

desaparición de los servicios básicos.

Sobre esa base concluyó que, desde el punto de vista de la competencia, tanto efectiva como potencial, resultaba relevante que los ISP`s pudieran desarrollar y/o mantener la tecnología e infraestructura IP propia necesaria para brindar sus servicios, como así también elegir con cuál empresa contratar dicha tecnología e infraestructura, en tanto que las características de la plataforma mayorista ofrecidas por Telecom para su producto “Acceso por Tiempo” no admitía, *prima facie*, tal posibilidad.

4. Contra esa decisión se agravia Telecom. Invoca la recurrente que los servicios de acceso a Internet bajo tecnología ADSL están siendo ofrecidos por los ISP`s a los usuarios conforme la normativa aplicable y bajo el conocimiento de la autoridad de aplicación en la materia, por lo que no puede ser objetada ni regulada por una autoridad que carece de facultades a ese efecto. Al respecto, destaca que no existe obligación de Telecom de ofrecer distintas modalidades de servicio como se ordena en la cautelar, sino sólo de poner a disposición de los ISP`s las mismas facilidades que a su propio ISP (Arnet). Añade que Telecom desarrolló para determinados servicios ofertas mayoristas con varias modalidades (gold o básica, según se provea o no la conexión a internet como parte de la solución técnica ofrecida), en tanto que el servicio Hermes (que permite la comercialización del “Acceso por Tiempo”, servicio minorista cuestionado en el escrito de denuncia por el modo de facturación) es sólo una de esos servicios mayoristas, que posibilita el acceso a Internet a través de un ISP utilizando el servicio telefónico con un costo mensual mínimo.

También se agravia la recurrente pues sostiene que la medida importa una decisión definitiva ya que se confunde con el pedido de fondo. A ello agrega que no existe el peligro en la demora invocado por la CNDC, desde que la medida fue dictada de oficio un año después de la denuncia, luego desistida.

Por otro lado, Telecom alega que la medida dictada nada tiene que

ver con la denuncia formulada por PRIMA, pues afecta a los servicios mayoristas ofrecidos a los ISP, cuando la conducta cuestionada se relacionaba con uno de los servicios minoristas de acceso a Internet.

Finalmente, la apelante esgrime que la CNDC no indica cuál sería la práctica distorsiva de la competencia y sustenta su decisión sólo en tres testimonios que dan cuenta acerca la situación del mercado conocida desde hace tiempo atrás.

5. En los términos en que ha quedado planteada la cuestión que este Tribunal debe resolver, corresponde precisar, en primer término, que el peligro en la demora constituye un requisito esencial para la procedencia de la medida cautelar, pues hace a la propia naturaleza precautoria de este tipo de decisiones. Es decir, deben existir razones *prima facie* acreditadas para que se disponga con carácter cautelar una medida provisoria, que resulta necesaria para que no se torne abstracto el pronunciamiento que se vaya a dictar o para prevenir un perjuicio que se torne irreparable en el caso de aguardar una decisión definitiva, una vez concluido el procedimiento.

En esa inteligencia, cabe concluir que la ausencia del mencionado requisito determina la improcedencia de la medida, habida cuenta de que no existirían razones para aguardar un pronunciamiento definitivo, luego de sustanciado el trámite y producida la prueba de acuerdo con la normativa aplicable, durante el cual es posible ejercer con amplitud el derecho de defensa asegurado por la Constitución Nacional (*cfr. esta Sala, doctr. causa 10.431/05 del 29-6-2006*).

Es decir, el requisito genérico del peligro en la demora no resulta ajeno a la medida que prevé el art. 35 de la ley 25.156 -tal como se precisa en la resolución apelada-, pues se trata, sin duda alguna, de una medida que tiene naturaleza precautoria. (La norma dispone que, en cualquier estado del procedimiento, el Tribunal de Defensa de la Competencia podrá ordenar las medidas más aptas para prevenir una grave lesión al régimen de competencia.)

6. En la resolución apelada, si bien la CNDC afirma que no existe otro remedio legal para resolver la “emergencia planteada”, no indica cuáles son los fundamentos en los que se sustenta el peligro en la demora invocado. Es decir, dicha aseveración no esta acreditada, siquiera *prima facie*, con los elementos incorporados a la causa en el actual estado en que se encuentra el trámite. Por el contrario, concurren circunstancias que indican la inexistencia del referido peligro en la demora.

En efecto, tal como se señaló en los anteriores considerandos, las actuaciones fueron iniciadas con motivo de la denuncia formulada por PRIMA el 15 de julio de 2005 contra Telecom con motivo de las condiciones de comercialización impuestas para su nuevo servicio de acceso a Internet de alta velocidad denominado “Acceso por Tiempo”, cuya disponibilidad se anunció a partir del 3 de julio de ese año. En esa situación fue que se solicitó el dictado de una medida cautelar en los términos del art. 35 de la ley 25.156. No obstante ello, el 10 de agosto de 2005 la denunciante informó que Telecom le había ofrecido que brindara por sí a sus clientes el servicio de “Acceso por Tiempo” mediante la facturación de tal servicio, por lo que invocó la desaparición de las razones que la habían llevado a formular la denuncia y pedir la medida cautelar que consideró, había devenido abstracta (fs. 56/vta.).

Esa circunstancia, aun cuando no impide a la CNDC continuar con la investigación que considere pertinente en virtud de las facultades reconocidas en los arts. 24 y 26 de la ley 25.156, es indicativa -como principio- de la inexistencia de una situación de la que resulte un peligro para el régimen de competencia si se aguarda hasta el dictado de una decisión definitiva que disponga el cese de alguna de las conductas previstas en los capítulos I y II de la ley o el cumplimiento de condiciones para neutralizar aspectos distorsivos sobre la competencia (arts. 34 y 46 de la LDC).

En ese orden de ideas, cabe destacar que no se ha incorporado constancia alguna que pudiera dar cuenta acerca de cuál es la situación en el

mercado relevante investigado, ni tampoco hay referencias acerca de que existan otras denuncias de los ISP's respecto de conductas de Telecom susceptibles de limitar, restringir o distorsionar la competencia, de modo que pudiera resultar un perjuicio para el interés económico general que deba ser evitado en este estado de la causa, a través de una medida precautoria.

Por lo demás, la medida cautelar se dictó casi un año después de iniciada la denuncia efectuada contra Telecom, sin que en la resolución cuestionada se indiquen circunstancias sobrevinientes que revelen la existencia de una situación de emergencia como se invoca a fs. 90 a los fines de justificar el dictado de la medida en los términos del art. 35 de la ley 25.156.

7. Los testimonios recabados en las audiencias celebradas el 18 de octubre de 2005 tampoco permiten concluir que exista el peligro en la demora que se invoca en la resolución apelada.

El gerente de tecnología de UOL SINECTIS declaró que la empresa no proveía el nuevo servicio de Telecom denominado "Acceso por Tiempo", pero que ofrecía el servicio de 40 horas, el que consideró sustituto de aquél, a lo cual agregó que estimaba que la penetración comercial del nuevo servicio era mínima (fs. 76/79).

Por otro lado, si bien el encargado de productos de NETVERK afirmó que se notaba como tendencia la de hacer desaparecer los servicios básicos, tal circunstancia -a la que hace referencia uno sólo de los ISP's que actúan en el mercado- no se encuentra corroborada por ningún otro elemento probatorio, máxime cuando éste declaró que la empresa no ofrecía servicios de Telecom (fs. 80/82). A ello cabe añadir que el gerente de UOL SINECTIS sostuvo que contrataban con Telecom, a nivel mayorista, distintos servicios de ADSL, en modalidad básica o full -pudiendo optar por cualquiera de ambas en los cinco servicios que ofrece de dicha empresa telefónica-, sin indicar que existiese la tendencia señalada en el anterior testimonio.

En consecuencia, los testimonios valorados por la CNDC para

dictar la medida cautelar recurrida no son suficientes para considerar acreditado el peligro en la demora ni la posibilidad de que se pudiera causar una grave lesión al régimen de competencia o afectar la continuidad en el mercado de uno de los competidores -como se sostuvo en la resolución apelada (fs. 90, primer párrafo)- en el supuesto de aguardarse el dictado de una resolución definitiva.

A los fundamentos expuestos, cabe añadir que no existen otros elementos de convicción que den cuenta de la composición y funcionamiento del mercado relevante investigado (en especial, acerca de la relación entre los distintos ISP's y Telecom), a los fines de considerar, con algún grado de certeza -en este estado del trámite y sin perjuicio de lo que se pudiera resolver una vez concluida la investigación- que exista el peligro en la demora que se invoca a partir de la conducta de Telecom valorada por la CNDC.

Por lo tanto, el Tribunal **RESUELVE:** revocar la resolución de fs. 83/91 en cuanto fue motivo de agravios.

Regístrese, notifíquese al recurrente y devuélvase a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia.

Dr. Guillermo Alberto Antelo - Dr. Ricardo Gustavo Recondo- Dra. Graciela Medina.