



Poder Judicial de la Nación  
CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y  
COMERCIAL FEDERAL – SALA II

Causa n° 3326/2021

TELECOM ARGENTINA SA c/ ESTADO NACIONAL MINISTERIO DE  
DESARROLLO Y OTRO s/APEL RESOL COMISION NAC DEFENSA  
DE LA COMPET

Buenos Aires, de marzo de 2022. SM

**Y VISTO:** La impugnación judicial deducida por Telecom Argentina S.A. el día 22 de marzo de 2021, contra la Resolución N°204/2021, dictada por la señora Secretaria de Comercio Interior de la Nación el 26 de febrero de ese mismo año, en el expte. n° 2020-58601735-APN-DGD#MDP, caratulado “*Telecom Argentina S.A. s/ Infracción Ley 27.442 (C 1756)*”, cuyo traslado fue contestado por el Estado Nacional y por ATX S.A. los días 7 de mayo y 9 de septiembre del corriente año, respectivamente, y

**CONSIDERANDO:**

I.- El 26.02.21, en el marco de una denuncia efectuada por ATX S.A. contra TELECOM ARGENTINA S.A. ante la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia –en adelante, C.N.D.C.- por presunta comisión de conductas y prácticas restrictivas de la competencia, la señora Secretaria de Comercio Interior de la Nación dictó la Resolución N° 204/21 por la cual ordenó a la empresa denunciada a cesar cualquier suspensión, corte, bloqueo en la provisión de paquetes SMS a la firma ATX S.A., a los efectos de que esta última los utilice para remitir y/o intercambiar información con los clientes de la compañía telefónica, hasta tanto se resuelva la cuestión de fondo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley N° 27.442.

Para así decidir, la funcionaria a cargo de la dependencia compartió los términos del dictamen n° 1756/21 de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia -de aquí en más, C.N.D.C. o la Comisión-, que había considerado que se encontraban suficientemente acreditados los



extremos previstos por el artículo 44 de la Ley N°27.442 –en lo sucesivo, también nos referiremos a esa norma como L.D.C.-, en tanto el derecho invocado por la denunciante resultaba verosímil, como así también se había demostrado el peligro en la demora. La autoridad de competencia se basó, entre otros elementos, en: **a.** el contrato suscripto entre Telecom y ATX, cuyo objeto resumió del siguiente modo: la compañía telefónica se compromete a comercializar a ATX paquetes de SMS Bulk para ser remitidos o intercambiados con clientes de telefonía celular de dicha firma, a cambio de un precio que se estipula por SMS procesado; **b.** entre la firma denunciada y denunciante existió a lo largo del tiempo una relación contractual en torno a la utilización de la red móvil. En ese sentido, el servicio prestado por la firma ATX requiere la utilización de la red de prestadoras móvil para poder enviar o recibir SMS; **c.** la existencia de un contrato que se extendió entre abril de 2019 y marzo de 2020, en cuya vigencia, Telecom cobró un solo precio en pesos, siendo que los mensajes originados desde un móvil o recibidos por el operador móvil tendrían un valor de \$0,50 (cincuenta centavos de pesos) por cada SMS; **d.** un contrato vigente entre abril 2020 y marzo 2021 con un precio de servicio de paquete de SMS cuyo precio se estableció en dólares estadounidenses con tres aumentos mensuales y consecutivos (abril, mayo y junio de 2020); **e.** en ninguno de los casos previstos, existía una diferencia de precio relacionada al origen de la información enviada y, sin embargo, Telecom comenzó a cobrar una tarifa diferenciada basada en el origen del mensaje. Si el mensaje está relacionado con una campaña fuera del territorio nacional el precio del servicio aumenta; **f.** que con fecha 13 de mayo de 2020, la denunciada le informó a la denunciante, mediante correo electrónico, la designación de las firmas extranjeras COMFONE AG e INFOBIP LTD como socios técnicos oficiales y proveedores de servicios para el tráfico internacional de SMS A2P a la red de Telecom con la garantía de alta calidad. Agregó la Comisión que el día 3 de junio de ese mismo año, ATX recibió un correo de la firma INFOBIP LTD informándoles que el contrato y la facturación de los servicios se harían desde la firma INFOBIP UK y que la nueva tarifa para el



Poder Judicial de la Nación  
CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y  
COMERCIAL FEDERAL – SALA II

Causa n° 3326/2021

tráfico internacional sería de USD 0,075 por cada SMS, manteniéndose la tarifa nacional en el mismo valor que el contrato suscripto anteriormente (USD 0,02 por SMS); **g.** la noción de “tráfico internacional” se encuentra asociada al origen del anunciante, puesto que todo el tráfico de información desde que ATX envía el SMS hasta que le llega al cliente final de la empresa móvil resulta ser local; **h.** Telecom frente a cualquier integrador (en el caso, ATX) tiene el monopolio de la terminación de los SMS en lo que respecta a los mensajes dirigidos a sus clientes de telefonía celular; **i.** una vez que una persona contrata un servicio con una empresa de telefonía móvil, sólo se puede llegar a ella a través de la red de esa empresa (para los casos de llamadas móviles o SMS), de allí que cada operadora móvil posee una posición de dominio con respecto a su propia clientela; **j.** del análisis de la relación contractual entre ATX y Telecom, el cese de la conexión a la red de Telecom impide que la denunciante pueda prestar su servicio de integrador; **k.** el cese en la prestación de tal servicio pone en riesgo la continuidad de la firma denunciante como oferente en el mercado, puesto que no existe alternativa posible para sustituir tal servicio de conexión a la red de Telecom y así llegar a los usuarios finales que utilizan el servicio de telefonía móvil de “PERSONAL”; **l.** no existen causales legales en el marco de los contratos que establecen las condiciones de comercialización, ni así tampoco técnicas, que permitan justificar la diferenciación entre el tipo de mensaje que debe entregarse según su origen; **m.** la discriminación de precios entre anunciantes extranjeros y nacionales, como la obligada intermediación con empresas extranjeras planteada por Telecom a ATX podrían tener entidad suficiente, tanto para excluir a ATX del mercado de servicios de SMS masivos, como para que se verifique efectos directos en el costo de los servicios.

Consecuentemente, expresó que el corte y bloqueo que Telecom habría impuesto sobre ATX en la provisión de sus servicios, podría derivar en la salida de esta última del mercado y, eventualmente, en la imposibilidad de volver a entrar en el momento que la cuestión de fondo quede definitivamente zanjada. Aclaró que la medida no busca proteger el

interés individual de la firma denunciante, sino mantener las condiciones de mercado hasta tanto se dilucide la cuestión de fondo, de forma tal de proteger el intereses económico general.

**II.-** Telecom cuestionó el acto administrativo mediante la impugnación judicial prevista en el artículo 66, inciso f), de la Ley n°27.442.

En primer término, la impugnante realiza un repaso de los antecedentes que precedieron el dictado de la medida precautoria. A grandes rasgos, apunta a la ausencia de documentación para avalar varios extremos: la existencia del alegado contrato de interconexión que vincula a las partes, la existencia de los costos desproporcionados en los que se justificó el pedido y, la participación que tendría del 20% del mercado a nivel nacional de la denunciante. Refiere que, a diferencia de lo sostenido por ATX, Telecom no opera en el mismo mercado que ella, aclarando que en el mercado en que opera esta última, lo hace con decenas de empresas como integradores nacionales e internacionales (vgr. Mobile, Celmedia, Cyclelogic, Total TIM, Latam, Mitto Technologies S.A.U., Teleprom Argentina, Infobip Latam S.A., Sinch AG, Twillio, Monty, Nexmo, Open Market, entre otras).

Seguidamente, cuenta que su parte tenía un contrato suscripto en el año 2016 con Nextel Communications Argentina S.R.L. y, luego de las sucesivas fusiones habidas entre Cablevisión y Telecom Argentina, generó un nuevo vínculo con ésta última. Dice que este nuevo vínculo fue formalmente convenido en 2019 pero, a su vencimiento, nunca más fue formalmente establecido, por cuanto alega que a la fecha de deducir la impugnación judicial, no existe un contrato por escrito entre ATX y su mandante. Añade que, prueba de ello es que el supuesto “contrato” acompañado por la denunciante es una oferta en formato PDF, con la firma del Sr. Ward insertada de manera digital, que ni se encuentra suscripto en soporte papel, y que no existe tampoco constancia alguna de aceptación formal de la oferta por parte de Telecom S.A. Resume que, en definitiva, la Secretaria de Comercio dictó una medida cautelar en los términos del



Poder Judicial de la Nación  
CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y  
COMERCIAL FEDERAL – SALA II

Causa n° 3326/2021

artículo 44 de la L.D.C., presumiendo la existencia de un contrato que nunca existió.

A continuación, formula algunas consideraciones en orden a la ausencia de facultades de la Secretaría de Comercio Interior para el dictado de la resolución cuestionada invocando las facultades previstas en el art. 44 de la Ley N°27.442. Argumenta que se trata de una potestad propia del Tribunal de Defensa de la Competencia y que la omisión del Poder Ejecutivo de la Nación, a más de 22 años de dispuesta su conformación bajo la vigencia de la Ley N° 22.262, no puede importar la transferencia a la S.C.I. o a la C.N.D.C. facultades que están previstas para el T.N.D.C. Expone que, de lo contrario, se estaría permitiendo que se le cedan a un órgano dependiente del P.E.N., atribuciones que la norma establece para un Tribunal que tiene garantías de independencia tanto en su funcionamiento, como en su conformación.

Por otro lado, invoca la inexistencia de una práctica exclusoria, refiriéndose, una vez más, a la ausencia de prueba que acredite la vinculación contractual entre las partes. Analiza el documento adjuntado en un archivo PDF, con una supuesta “oferta” de provisión de servicios a Telecom, sin la correspondiente aceptación de la empresa telefónica. Puntualiza que, en todo caso, la cuestión denunciada constituye una cuestión contractual, sujeta a las reglas del derecho privado y completamente ajena a la competencia de la S.C.I. o de la C.N.D.C. Destaca que tampoco se configura una colusión entre su representada e Infobip o bien que se presente una exclusión de ATX del mercado a raíz de un cambio en la dinámica comercial, sobre todo si se pondera que el precio consignado por la C.N.D.C. para admitir la medida, es el mismo que se le cobra a los demás agregadores.

Controvierte la conclusión de la Comisión en cuanto a que el cese de conexión a la red de Telecom impide a la denunciante que pueda



prestar servicios como integrador, refiriendo que puede brindar sus servicios a través de la contratación de otros agregadores.

Además, efectúa precisiones en cuanto a que, pese a la postura asumida por la denunciante, no es requisito que los agregadores que pretendan integrarse con Telecom deban poseer licencia, en tanto no existe interconexión y el servicio SMS A2P no resulta regulado por las normas de interconexión. Enfatiza que, de ser ese el caso, no resultaría competente para juzgar la relación y su eventual corte la S.C.I. y la C.N.D.C., sino que lo sería el Ente Nacional de Comunicaciones –ENACOM-. Sobre este último punto, atribuye una conducta maliciosa a ATX al no mencionar en estas actuaciones las denuncias realizadas y, posteriormente, desistidas o archivadas por el referido ente regulador.

Asimismo, refiere que ATX puede trasladar perfectamente el supuesto incremento a sus clientes anunciantes, mucho más a los internaciones. Expone que, en realidad, el problema radica en el margen de ganancias que obtiene ATX respecto a sus clientes internacionales y que no quiere ceder. Detalla que la Comisión ni siquiera realizó un análisis de los costos que tiene la denunciante para brindar el servicio que reclama, como así tampoco los márgenes de ganancias que obtiene. Justifica que, la incorporación de nuevas empresas para contratar el servicio internacional responde al cuidado de sus clientes a través de tecnología de protección provista por Comfone/Infobip de Firewall, que no ofrece ATX. Explica que esto incrementa la calidad del servicio de envío de mensajes y protege a los suscriptores de líneas móviles de Telecom Personal de mensajería SMS no solicitada como *spam*, intentos de *phishing*, tipos de fraudes, etc.

Finalmente, en orden a la falta de acreditación del peligro en la demora, dice que no se produjo el supuesto de corte o bloqueo invocado para solicitar la medida precautoria, como así también se ha demostrado que, pese al supuesto cambio en el vínculo, ATX ha seguido operando sin perjuicio alguno.



Poder Judicial de la Nación  
CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y  
COMERCIAL FEDERAL – SALA II

Causa n° 3326/2021

**III.-** En su responde, tanto el Estado Nacional como ATX S.A. defienden la validez de la resolución impugnada. Asimismo, la representación estatal plantea la deserción del escrito judicial interpuesto por carecer de crítica concreta y razonada de los motivos que sustentan la resolución (conf. contestación del día 7.05.21). Por su parte, la empresa acompaña prueba documental conjuntamente con su presentación, respecto de la cual se confirió traslado a la denunciada (conf. providencia del día 27.09.21), el que fue contestado a tenor de lo expuesto en el punto III del día 6.10.21.

**IV.-** El señor Fiscal General opinó que el recurso planteado es formalmente admisible pues fue interpuesto en plazo y la decisión cuestionada resulta impugnabile judicialmente en atención a lo previsto por los artículos 44, 66 y 67 de la L.D.C.

**V.-** Como punto de partida, la Sala entiende que los motivos expresados en el dictamen fiscal citado, a los que cabe remitir para evitar reiteraciones innecesarias, son suficientes para declarar formalmente admisible la impugnación judicial.

En esa línea, cabe desestimar el planteo del Estado Nacional a fin de que se declare desierto el recurso de Telecom Argentina S.A., pues esta es la única instancia judicial de revisión de la actividad administrativa y la validez de todo el sistema instaurado descansa, precisamente, en la existencia de un control suficiente por parte de un tribunal de justicia. Esto impide, como ya lo ha decidido en diversas oportunidades esta Sala, aplicar sin más las reglas procesales previstas para el recurso de apelación. Lo contrario conllevaría la privación de toda tutela judicial en casos en los cuales se exponen argumentos que si bien pueden presentar deficiencias técnicas o no estar correctamente articulados, ameritan que sean considerados por un juez de la Nación (conf. causa “*Asicurazoni Generali Spa*”, n° 1561/09, del 23.6.09, “*Ami Cable Holding*”, n° 2054/10, del 17.9.15, entre muchas otras).

Dicho esto, y antes de ingresar en el análisis sustantivo del asunto, cabe aclarar que aunque el Tribunal analizó en forma íntegra las constancias de la causa y ha meditado sobre los diversos planteamientos que han formulado las partes, no seguirá a los contendientes en el orden de sus planteos. Comenzará a desarrollarlos de conformidad con los aspectos de la controversia que considera decisivos. Pues, resulta necesario recordar, los jueces no se encuentran ceñidos a tratar cada una de las argumentaciones que proponen los litigantes en sus agravios, sino sólo las que se estiman conducentes para una adecuada resolución del litigio (conf. C.S.J.N., *Fallos*: 262:222; 278:271; 291:390; 308: 584; 331:2077, ver también art. 25 del Código Iberoamericano de Ética Judicial); metodología que, en lo atinente al análisis probatorio, encuentra respaldo en el art. 386 del Código Procesal.

Finalmente, es imprescindible destacar que muchos de los argumentos expuestos por la impugnante se vinculan con aspectos sustanciales de la investigación administrativa que se está llevando adelante en virtud de las supuestas infracciones a la Ley de Defensa de la Competencia, cuestiones que aún no han sido consideradas y resueltas por la autoridad administrativa o, al menos, no se informó a este Tribunal una situación distinta. En tales términos, por resultar ajenos a la impugnación judicial de la medida preventiva que se ventila en esta instancia, no es posible que sean considerados en las presentes actuaciones.

**VI.-** Pasamos a examinar los planteos vinculados a la competencia de la Secretaria de Comercio Interior para dictar una medida en los términos del artículo 44 de la Ley N°27.442.

Cabe destacar que según los términos del art. 18 de la L.D.C. dispuso la creación de la “... **la Autoridad Nacional de la Competencia como organismo descentralizado y autárquico en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional con el fin de aplicar y controlar el cumplimiento de esta ley**”. Seguidamente, estableció que “**Dentro de la Autoridad Nacional de la Competencia, funcionarán el Tribunal de Defensa de la**





Poder Judicial de la Nación  
CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y  
COMERCIAL FEDERAL – SALA II

Causa n° 3326/2021

***Competencia, la Secretaría de Instrucción de Conductas Anticompetitivas y la Secretaría de Concentraciones Económicas”.***

A su turno, en el artículo 80 de la norma referida se derogó las Leyes N°22.262, 25.156 y los artículos 65 al 69 del título IV de la Ley N°26.993, no obstante lo cual se estableció que “... ***la autoridad de aplicación de dichas normas subsistirá, con todas las facultades y atribuciones, incluso las sancionatorias, que la presente ley otorga a la Autoridad Nacional de la Competencia, y continuará tramitando las causas y trámites que estuvieren abiertos a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley hasta la constitución y puesta en funcionamiento de la Autoridad Nacional de la Competencia. Constituida y puesta en funcionamiento la Autoridad Nacional de la Competencia, las causas continuarán su trámite ante ésta***”.

En igual sentido, a través del artículo 5° del Decreto reglamentario N° 480/2018, el Poder Ejecutivo Nacional determinó que sea la Secretaría de Comercio del Ministerio de Producción quien ejerza “... ***las funciones de Autoridad de Aplicación, con todas las facultades y atribuciones que la Ley N° 27.442 y la presente Reglamentación le otorgan a la AUTORIDAD NACIONAL DE LA COMPETENCIA, hasta su constitución y puesta en funcionamiento***”.

Conforme a ello, la facultad conferida al T.N.D.C. -que nunca llegó a constituirse- por el artículo 44 de la L.D.C. debe encontrarse en la actualidad referida a la autoridad de aplicación instituida en el funcionario que dictó la resolución aquí impugnada. La mentada norma dispone que dicha autoridad podrá imponer el cumplimiento de condiciones u ordenar el cese o la abstención de una conducta en cualquier estado del procedimiento. Tales medidas preventivas deben encontrarse justificadas en una grave lesión al régimen de competencia, pudiendo el funcionario competente dictar las que considere más aptas para prevenir dicha lesión.

Asimismo, cabe señalar que las medidas preventivas del artículo 44 no deben confundirse con las previstas en el art. 30, inc f) de la norma citada, que exige la intervención judicial al momento de disponer medidas cautelares. En efecto, mientras que el objetivo de las primeras es obtener el cese o abstención de una conducta presumiblemente lesiva al interés económico general; las segundas, por su naturaleza, escapan a la competencia de las autoridades administrativas y deben ser resueltas por un tribunal judicial. El órgano administrativo tiene atribuciones para el dictado de aquellas medidas cautelares que sean necesarias para evitar un grave perjuicio al interés económico general, conforme el artículo 44. En cambio, lo dispuesto en el artículo 30 se refiere a poderes propios de la jurisdicción judicial, a la que la autoridad de aplicación debería requerir su intervención por tratarse del ejercicio de la fuerza coactiva contra los bienes o la intimidad del exigido (conf. arg. arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional; Toia, Bruno, “Consideraciones sobre la ley de defensa de la competencia”, en La Ley 2007-D, 1183; García Menéndez, Sebastián, “Defensa de la competencia: medidas cautelares de la autoridad de aplicación y en su contra. Breve revisión de fallos recientes” en La Ley 2010-B, 541, comentario crítico a la anterior postura mayoritaria de esta Sala expuesta en las causas: “*Direct TV Argentina S.A.*” fallo del 25.02.2010 y “*Cablevisión S.A.*” pronunciamiento del 19.02.2010).

En tal inteligencia, la medida dispuesta por la Secretaría de Comercio Interior en la Resolución N° 204/21, mediante la cual ordenó que Telecom cese cualquier suspensión, corte o bloqueo en la provisión de paquetes de SMS a la firma ATX S.A. a los efectos de que ésta última los utilice para remitir y/o intercambiar información con los clientes de la empresa telefónica, lucen como medidas preventivas enmarcadas dentro de lo preceptuado por el artículo 44 de la L.D.C., cuya actividad resolutoria está a cargo de la Secretaría de Comercio Interior.



Poder Judicial de la Nación  
CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y  
COMERCIAL FEDERAL – SALA II

Causa n° 3326/2021

Frente a ello, la decisión impugnada no se encuentra afectada por el vicio de incompetencia invocado, circunstancia que justifica el rechazo del planteo articulado por la quejosa en tal sentido.

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe señalar que la circunstancia de que la autoridad de aplicación se encuentre dentro del ámbito del Poder Ejecutivo Nacional, involucrando a órganos administrativos no descentralizados, vinculados entre sí por el principio de jerarquía, justifica la adopción de un escrutinio judicial más estricto con relación a las decisiones que adopten (conf. esta Sala, doctrina causas nros. 10.178/17 del 22/11/18, 1560/09 del 23.6.09; 252/10 del 19.2.10 y 341/10 del 25.2.10; entre otras).

**VII.-** Sentado lo anterior y en lo que aquí importa, es necesario destacar que las medidas dispuestas de conformidad con el actual artículo 44 de la Ley N° N°27.442 –cuyo texto retoma en términos similares lo anteriormente regulado en el art. 35 de la Ley N°25.156- tienen, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, carácter típicamente cautelar y como tales deben reunir los recaudos clásicos de procedencia: verosimilitud en el derecho y peligro en la demora (conf. Martínez Medrano, Gabriel, “Control de los monopolios y defensa de la competencia”, Depalma, 2002, págs. 205/206; Cabanellas de la Cuevas, Guillermo, “Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia”, Heliasta, 2005, t.2, págs. 365/366; García Menéndez, Sebastián, “Defensa de la competencia: medidas cautelares de la autoridad de aplicación y en su contra. Breve revisión de fallos recientes”, La Ley, 31.3.10; De la Riva, Ignacio, “Medidas cautelares en materia de defensa de la competencia”, El Derecho Administrativo, 2005, pág. 393/399). Así también lo han entendido las tres Salas de esta Cámara al ejercer la jurisdicción que le reconoce la L.D.C. y su decreto reglamentario (conf. Sala I, *in re* “Cooperativa Villa Urquiza y otros”, n° 9.601/02, del 20.3.03; esta Sala, *in re* “Cablevisión SA y otros”, del 21.9.11; Sala III, *in re* “Primera Red Interactiva de Medios Argentinos S.A.”, n° 11.344/06, del 21.3.07, entre otras)

**VIII.-** En orden a los recaudos formales de procedencia de las medidas preventivas debe tenerse presente que, el objetivo del régimen argentino sobre defensa de la competencia, es la tutela del interés económico general, el correcto funcionamiento de los mercados y el beneficio de la comunidad (arg. art. 1º de la Ley N° 27.442).

Por lo tanto, la interpretación de la mencionada ley debe realizarse del modo que mejor contribuya a la consecución de esos fines, que cuentan con expreso respaldo constitucional (arg. art. 42 de la Constitución Nacional; art. 1 de la L.D.C.; ver en este sentido: C.S.J.N., *Fallos* 330:1610). De ahí pues que, para mantener la cautelar impuesta en sede administrativa, además de acreditar *prima facie* la existencia de la conducta denunciada, ésta debe implicar una violación actual o potencial del interés económico general (conf. art. 2 de la L.D.C.).

En cuanto al peligro en la demora, debe tenerse muy presente que el peligro de lesión “grave” (según acentúa el propio art. 44 de la L.D.C.), no es el que corre el peticionario de la medida preventiva o el denunciante en sede administrativa, sino el interés público económico (conf. Fernández López, Juan Manuel, “Competencia en España. Medidas cautelares”, en la obra colectiva ya citada “La modernización del derecho de la competencia en España y en la Unión Europea”).

**IX.-** Pasamos entonces a constatar si en autos se encuentran reunidos los presupuestos requeridos en el art. 44 para disponer una medida como la impuesta por la Resolución N° 204/2021 de la Secretaría de Comercio Interior. Para ello, debemos analizar los fundamentos referidos en oportunidad de ser deducida –y ratificada- la denuncia efectuada por ATX S.A., como así también revisar la prueba ponderada en sede administrativa a la hora del dictado del acto administrativo impugnado.

ATX S.A. denuncia que Telecom le informó, en forma imprevista y arbitraria, que procedería unilateralmente a modificar los términos y condiciones del Acuerdo de Acceso e Interconexión suscripto



Poder Judicial de la Nación  
CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y  
COMERCIAL FEDERAL – SALA II

Causa n° 3326/2021

entre ambos con fecha 28 de febrero de 2020 y renovado con fecha 1° de abril de 2020. Dice que, con este proceder, la denunciada pretende controlar la prestación de los servicios realizadas por ATX, incrementándose exorbitantemente los costos y fijándose de manera indirecta los precios. Invoca una concertación para la exclusión del mercado entre Telecom e Infobip Ltd. (conf. punto IV Hechos, del escrito presentado ante la C.N.D.C. el día 2.09.20). Asimismo, el día 17.09.2020, en oportunidad de ratificar la denuncia, el presidente de ATX S.A., Señor Rubén S. Ward, refirió tener “... un prestador de un servicio (TELECOM ARGENTINA) con un contrato vigente, que unilateralmente y con el objeto de concentrar el mercado, le asigna el monopolio del tráfico internacional de S.S Clientes de PERSONAL a una empresa competidora de ATX (INFOBIP); asignándole así una posición dominante en el mercado, dejándonos sin posibilidad de buscar prestador alternativo” (conf. pregunta n°6, el subrayado no corresponde a su original). En aquel acto, el ponente se comprometió a aportar, en el plazo de diez (10) días corridos, copia del contrato de interconexión con vencimiento al 30/03/2020, de los reclamos realizados ante ENACOM en los meses de junio y septiembre del 2020 y de los balances de los últimos dos años y, en su defecto, un detalle de los costos que integran la prestación de servicio y su incidencia (conf. pregunta n°35).

Por otro lado, de las constancias adjuntadas a las actuaciones judiciales se verifica la existencia de un documento suscripto por el presidente de ATX S.A. y dirigido a Telecom Argentina S.A. el día 1.04.20 con la referencia “OFERTA BULK” y en el cual quien suscribió esa misiva lo hizo “a efectos de hacerle llegar a Telecom Argentina S.A... la siguiente propuesta comercial...” e hizo alusión a “... la siguiente propuesta, la que en caso de ser aceptada por TELECOM, se regirá por los siguientes términos y condiciones”. Seguidamente, se detallaron una serie de cláusulas entre las cuales se estableció en la décimo séptima la vigencia del acuerdo para “En caso de ser aceptada la propuesta por TELECOM, la misma tendrá vigencia desde el 1 de abril de 2020 hasta el 31 de marzo de 2021, fecha en la cual fenecerá de pleno derecho la misma, pactando las partes la

*inexistencia de reconducción tácita, motivo por el cual para un nuevo período, las partes deberán suscribir un nuevo acuerdo” y que “La presente Propuesta no impide, ni obliga a la EMPRESA o a TELECOM a la firma de un nuevo acuerdo comercial al vencimiento de esta Propuesta, ni a la prórroga de la misma” (conf. punto 17.1 y 17.2). A todo evento, del documento adjuntado por la propia denunciante se observa la leyenda de “La recepción de la presente, no significa conformidad ni aceptación de su contenido por parte de TELECOM”.*

Ahora bien, en oportunidad de examinar las relaciones comerciales entre las partes, los contratos y sus modificaciones, el organismo administrativo ponderó la existencia de un contrato vigente entre abril de 2019 y marzo de 2020, el que presumiblemente se halle glosado en el INC. C. 1756 –ATX S.A. s/ *confidencialidad* (EX2020-65348106-APN-DGD#MDP). Y decimos presumiblemente puesto que aquel extremo no ha podido ser corroborado por este Tribunal, sin perjuicio de haber sido requerido a la representación estatal en dos oportunidades (conf. medida para mejor proveer dictada el día 15.012.21 e intimación cursada el día 9.03.22). Ello a pesar de que expresamente la C.N.D.C. hizo mención, a la hora de dictaminar, al contenido y documentación respaldatoria agregada en ese expediente (conf. punto 33 del Dictamen de firma conjunta IF-2021-10875807-APN-CNDC#MDP) y que, por los efectos de la confidencialidad requerida en sede administrativa por la propia solicitante de la medida precautoria, no pudo ser incorporado a esta causa.

Volvamos a la vigencia de la relación comercial entre las partes, meritada en el dictamen del organismo estatal, al que remite la resolución secretarial para admitir la medida cautelar favorable a ATX S.A. A continuación de la referencia que se hace al contrato vigente entre abril de 2019 y marzo de 2020, el dictamen menciona bajo el punto b. el “*Contrato vigente entre abril 2020 y marzo 2021*”. Sobre este punto, el contrato al que hace alusión el acto administrativo, parece corresponderse con el documento al que antes se hizo mención extendido el día 1 de abril de 2020 titulado



Poder Judicial de la Nación  
CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y  
COMERCIAL FEDERAL – SALA II

Causa n° 3326/2021

“Oferta BULK”, cuyos alcances conferidos en los términos de un negocio jurídico entre las partes, se trata de un aspecto expresamente controvertido por Telecom Argentina S.A. quien niega la aceptación de aquella oferta y, por ende, la celebración del acto jurídico en el que se funda la alegada modificación contractual del 13 de mayo de 2020, que diera lugar al pedido preventivo (conf. escrito de “SE PRESENTA- APELA- FUNDA RECURSO- INTRODUCE CUESTIÓN FEDERAL”). Al respecto, tampoco queda claro porque los precios a los que refiere el dictamen de la C.N.D.C. se corresponden con el documento emitido por ATX S.A. teniéndolos por acordados, y prescinda por completo de dedicar alguna consideración a las pautas propuestas por Telecom Argentina S.A. en una nota cursada el día 28.02.20, es decir, con antelación a la “Oferta BULK” adjuntada por la denunciante. Nótese que, de la misiva dirigida por la empresa telefónica a ATX S.A. ya se discriminaban los precios de acuerdo al origen de la campaña a partir del mes del 1° de abril de 2020 (conf. nota firmada por el Sr. Walter J. Diaz- Negocio Mayorista Internacional, aportada en los Anexo de denuncia el día 3.09.20 ante la Comisión).

Aun dando por cierto que los términos que se desprenden del instrumento titulado “OFERTA BULK” fueron aceptados por Telecom – circunstancia que, como se dijo, se encuentra negada por la empresa telefónica-, lo cierto es que el haber operado el vencimiento del plazo de acuerdo a lo dispuesto en su Cláusula DÉCIMO SÉPTIMA impide extender los efectos de una medida precautoria que ponderó expresamente el término de vigencia de aquel acto (conf. punto b) VI.2. del Dictamen de la C.N.D.C. 2021-10875807). Esta circunstancia sobreviniente no puede ser desatendida por el Tribunal a la hora de juzgar la continuidad de los alcances de una medida precautoria, que fue dictada por la Secretaria de Comercio Interior, al amparo de un negocio jurídico cuya vigencia se ha consumado por el transcurso del tiempo. Incluso, amén de lo que pudo haber sucedido bajo la vigencia del acto jurídico (ya sea “oferta” o “contrato”) que se extendió hasta el día 31.03.21. No está demás resaltar que de las actuaciones administrativas acompañadas por el Estado Nacional, ante el requerimiento

de la Sala, se observa un correo electrónico cursado por el Sr. Damián Sánchez, Gerente de Telecom, en el cual se le hizo saber ese mismo día a ATX que la empresa prestadora del servicio de telecomunicaciones “... mantendrá la prestación del Servicio de SMS A2P a ATX S.A., sin reconocimiento de hechos ni derechos alguno, en estricto cumplimiento a la notificación efectuada en fecha 1.03.2021, en tanto no es intención de Telecom continuar con el vínculo contractual” (conf. Anexo I del escrito presentado por ATX S.A. el día 23.04.21 en el expediente EX2020-58601735-APN-DGD#MDP).

Sobre este punto, debemos señalar que el argumento relativo a la existencia y/o vigencia del contrato entre las partes se trata de un aspecto expresamente introducido por la impugnante en su presentación judicial, sin que ello mereciera una respuesta de ATX en oportunidad en que se le confirió el respectivo traslado. Esto, por lo demás, también fue destacado por la Sala ante el planteo de la denunciante del día 24.02.22 (conf. arg. de la resolución dictada el día 4.03.22)

Lo hasta aquí dicho bastaría para revocar la medida cautelar dictada por la resolución secretarial, con fundamento en la ausencia de verosimilitud en el derecho de una pretensión justificada por la resolución secretarial en una situación jurídica que ha perdido vigencia. Ello, sin perjuicio de lo que el organismo administrativo, pudiera resolver en cuanto a la denuncia que dio origen al proceso principal, y la conducta que se le imputa a Telecom Argentina S.A.

X.- Sin perjuicio que lo hasta aquí dicho, conduce inexorablemente a la admisión de la impugnación judicial interpuesta por Telecom Argentina S.A., formularemos algunas precisiones para que se comprenda el porqué, aun soslayando la falta de vigencia actual en la relación comercial, tampoco parece acertada la decisión administrativa en cuanto admitió la tutela precautoria. Estas aclaraciones que se hacen, a continuación, atienden a la hipótesis más favorable para la denunciante,





Poder Judicial de la Nación  
CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y  
COMERCIAL FEDERAL – SALA II

Causa n° 3326/2021

respecto de que la extinción de las relaciones comerciales, encuentre su causa en las modificaciones denunciadas como prácticas anticompetitivas para excluirla del mercado.

Como se verá, la orfandad probatoria que existe, hasta el momento en las actuaciones sellan la suerte del pedido cautelar también de ser analizada la cuestión bajo este prima. Pues bien, con los elementos arrojados a la causa, el tribunal entiende que el derecho invocado no es verosímil para tener por configurada *a priori* la conducta denunciada.

Veamos, lo que en rigor cuestiona ATX S.A. son estas nuevas cláusulas de comercialización que habría impuesto Telecom Argentina S.A. a los términos que regían la relación contractual y que le fueran notificadas por correo electrónico con fecha 13 de mayo de 2020: pretende, en síntesis, volver al esquema anterior y que se abstenga de modificar y/o degradar la calidad del servicio que por la relación contractual mantiene con ATX S.A. (conf. VI MEDIDA CAUTELAR, pág. 12 y 12vta.)

Empero, más allá de la modificación instrumental en cuanto a discriminar el precio de acuerdo al origen del anunciante y la designación de las empresas Comfone/Infobip para la futura terminación internacional de A2P de la red de Telecom Argentina, esta Sala desconoce concretamente cuáles eran las pautas vigentes entre las partes al 13.05.20 y el impacto de la modificación a partir del envío de ese email, extremo que impide considerar *prima facie* acreditada la conducta denunciada por la recurrente. Esto, va de suyo pues, respecto al primer contrato meritado por la Comisión vigente entre abril de 2019 y marzo de 2020, no se adjuntó constancia en estas actuaciones, extremo que tampoco se comprende el motivo si se repara que tratándose de un contrato celebrado entre Telecom Argentina S.A. y ATX S.A., no se vislumbra la razón para no poder ser observado por quien habría formado parte del acto jurídico bilateral. Y, en lo inherente a la continuidad en la relación comercial, tampoco existe acuerdo de partes en tanto, mientras Telecom Argentina S.A. sostiene que el documento adjuntado por ATX S.A.



se trató de una oferta no aceptada, la Comisión le otorgó los alcances de un contrato ponderando los precios allí fijados, y sin dar demasiados fundamentos del porqué ello habría sido lo acordado por los contendientes y no así, los valores que da cuenta la misiva cursada por la empresa telefónica por un empleado el día 28.02.20.

De la audiencia de ratificación de la denuncia realizada ante la Comisión, llevada a cabo el día 17.09.20, se desprende que el Sr. Rubén Santiago Ward –Presidente de ATX S.A.- al ser consultado para que indique si ATX S.A. presta el mismo servicio afectado respecto de los clientes de PERSONAL a los clientes de MOVISTAR y/o CLARO y, en caso afirmativo, qué incidencia tiene el servicio afectado (SMS Clientes Personal) sobre la facturación total por igual servicio incluyendo clientes de las otras dos compañías dijo que *“Sí, prestamos servicios a las tres operadoras. La incidencia de PERSONAL sobre la facturación total debe rondar el 35/38%”*. A continuación, al preguntársele qué incidencia tiene la facturación correspondiente al servicio afectado (SMS Clientes Personal) sobre la facturación total de ATX S.A, el dicente manifestó que *“un 20% aproximadamente”*. Por otro lado, se le pidió que indique qué incidencia tiene el costo del servicio prestado por TELECOM ARGENTINA S.A. sobre el costo total del servicio afectado, y dijo que la empresa telefónica *“... se queda entre el 70%80%. Es un servicio cuya rentabilidad para ATX está en el volumen”*. Además, respecto del margen de rentabilidad de la sociedad que preside respecto del servicio afectado bajo las condiciones del contrato anterior y cuál es respecto del contrato vigente, dijo que *“... hasta el 30 de marzo de 2020 (contrato anterior), con la tarifa en pesos, teníamos una rentabilidad del 45%, ahora que está dolarizado es de un 15%”*. Finalmente, en lo inherente al costo total abonado a Telecom en la compra de paquetes de SMS destinado a “Aplicaciones y Campañas Internacionales”, señaló que *“el 25% de tráfico es internacional y el 75% nacional, respecto de la facturación el 60% es internacional y el 40% nacional”*. En el mismo acto, se le pregunto con relación a las empresas que compite tanto en la



Poder Judicial de la Nación  
CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y  
COMERCIAL FEDERAL – SALA II

Causa n° 3326/2021

prestaciones del servicio afectado como en su actividad general, y el ponente refirió competir con “... otros agregadores de las características de ATX: los principales a nivel nacional son INFOBIP (25% aprox.), MOVILE (15% aprox.), MOVILGATE (20% aprox.), INTERTRON MOBILE (20% aprox.), SMS MASIVOS y ATX-SONDEOS (20% aprox.)... se trata de un mercado muy atomizado”. Al finalizar el acta, el Sr. Ward se comprometió a aportar en el plazo de 10 días “... copia del contrato de interconexión con vencimiento 30.03.20, los reclamos realizados ante ENACOM en los meses de junio y septiembre del 2020 y de los balances de los últimos dos años. En su defecto, un detalle de los costos que integran la prestación de servicio y su incidencia” (conf. ACTA DE AUDIENCIA DE RATIFICACIÓN en el EX2020-58601735-APN-DGD#MDP).

Ahora bien, el día 22.09.20 la denunciante habría acompañado la documentación identificada como “Contrato Telecom 2019”, “ATX Sondeos propuesta sms bulk 2020 v2-FINAL”, “Modelo de CO Servicio Bulk ATX Noviembre 2019.V2 (1); “enmienda”, instrumentos que se encontrarían glosados en el incidente de confidencialidad de “ATX S.A. s/ confidencialidad” (conf. Referencia efectuada en la PV-2020-63488104-APN-DNCA#CNDC, suscripta por la Directora Nacional de Conductas Anticompetitivas de la Comisión ese mismo día). Sin perjuicio de ello, de las constancias estudiadas por el Tribunal y que, en este acto se tienen a la vista, no sólo no es posible constatar el contenido de esa información, sino que tampoco se pueden tener por comprobados los datos a los que hizo mención ATX S.A. en su denuncia y ratificación, relativos a los costos que integran la prestación del servicio y su incidencia en el mercado, con posterioridad a las modificaciones que dieron origen a la denuncia.

No es posible, entonces, determinar el impacto que esas nuevas pautas podrían acarrear al interés económico general, lo cual impide sostener en este estado liminar del pleito la existencia de una lesión grave en el bien jurídico tutelado por la LDC. La sola afirmación de ATX S.A. en el



sentido de que las reformas contractuales le había producido un impacto tal en su rentabilidad, no es suficiente a tales efectos pues en principio se trataría de un perjuicio personal de la denunciante, extremo que por sí sólo no permite inferir la existencia de un agravio al interés económico general.

A ello se suma que tampoco se ha aportado prueba indiciaria de cómo impactó la modificación de los términos contractuales por parte de Telecom en el mercado de las “agregadoras”. Por el contrario, la empresa telefónica denunció en esta causa que, con motivo de los efectos de la medida precautoria decretada en sede administrativa, “... *ATX ofrece el servicio SMS A2P a un precio de mercado considerablemente menor al de sus competidores, y ello sí constituye una lesión gravísima a la competencia del sector*” (conf. punto X de la presentación del 7.03.22).

Lo dicho hasta aquí justifica revocar la admisión de la medida preventiva dictada dado que no están presentes sus recaudos de procedencia. Y esa circunstancia releva al tribunal de analizar las restantes críticas de la recurrente, que se refieren a motivos alegados en el acto administrativo que esta Sala juzga tangenciales.

Esto no implica, claro está, descartar la existencia de la concertación para la exclusión del mercado denunciada ni el impacto que ello pudo haber tenido para ATX S.A.; esas son cuestiones que deberán dilucidarse en el marco del procedimiento administrativo y eventualmente podrán dar lugar a la imposición de sanciones que prevé el ordenamiento. Nótese que la C.N.D.C. dispuso la apertura del sumario en contra Telecom Argentina S.A. e Infobip Latam S.A., de conformidad con lo previsto en el art. 39 de la LDC (ver dictamen n° 120/21 del 16.11.21, adjuntado con el escrito del día 25.11.21).

En tales condiciones, sin perjuicio de la continuidad de la investigación llevada adelante por la autoridad de aplicación y su resolución definitiva, lo cierto es que tampoco desde este aspecto de la cuestión se



Poder Judicial de la Nación  
CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y  
COMERCIAL FEDERAL – SALA II

Causa n° 3326/2021

hallaban presentes -al menos, en aquél momento- los presupuestos esenciales para el dictado de una medida como la impugnada en estas actuaciones. Además, no es posible obviar que para el dictado de una medida que restringe -total o parcialmente- derechos de manera anticipada deben corroborarse los recaudos para su dictado favorable y atenderse a las circunstancias existentes al momento de la decisión.

En virtud de los antecedentes reseñados, esta Sala **RESUELVE**: revocar la medida cautelar dictada por la Secretaria de Comercio Interior mediante Resolución S. C. N° 204/21. Con costas en el orden causado, atendiendo a que el fundamento principal por el que así decidimos, es que se trata de una cuestión sobreviniente al dictado de la decisión administrativa (conf. arg. art. 68, segundo párrafo, del C.P.C.C.N.).

El doctor Alfredo S. Gusman no suscribe por hallarse en uso de licencia (art. 109 del R.J.N.).

Regístrese, notifíquese -al magistrado a cargo del Ministerio Público Fiscal en la forma solicitada en su dictamen- y oportunamente, devuélvase.