

CÁMARA FEDERAL DE APELACIONES DE PARANÁ- EXPTE. N° 5-17.532-20.562-2.011.-
 "VIDEO CABLE 6 S.A. Y OTROS S/ INFRACCIÓN ART. 1 LEY 22.262 (C. 463)

Poder Judicial de la Nación

///raná, 25 de agosto de 2.011. REGISTRO:2011-T°II-F°544

Y VISTOS:

Estos autos caratulados: **"VIDEO CABLE 6 S.A. Y OTROS S/ INFRACCIÓN ART. 1 LEY 22.262 (C. 463)"**, Expte. N° 5-17.532-20.562-2.011, y;

CONSIDERANDO:

I- Que, llegan estos actuados a conocimiento de este Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto a fs. 1894/1918 por los apoderados legales de Multicanal S.A. y Cablevisión S.A., contra la resolución obrante a fs. 1768/1773, en cuanto resuelve el inmediato cese de la conducta imputada, impone multa solidaria de \$2.500.000 a cada una de las empresas, la carga solidaria de la publicación de la presente por un día en el B.O. y en el diario de mayor circulación de esta ciudad.

II- En esta instancia, se celebra la audiencia oral preceptuada por el art. 454 del C.P.P.N., compareciendo, en la oportunidad, el Sr. Fiscal General de Cámara, Dr. Ricardo C. M. Álvarez, el Dr. Pedro Lucas Páez, en representación de Cablevisión S.A. y Multicanal S.A.; y el Dr. Julio Martín Martínez, apoderado del Estado Nacional; quedando los presentes en estado de resolver.

III- El Dr. Páez considera que las presentes actuaciones se encuentran prescriptas, sea por aplicación de la ley 22.262 o de la ley 25.156, destacando la cantidad de tiempo transcurrido -más de doce años- entre el supuesto hecho imputado y la fecha de la sanción. Aduce que la conducta imputada, sea de tipo instantáneo o de tracto sucesivo, debe considerarse prescripta, debido a que en septiembre de 2.006 se produjo la compra de Cablevisión S.A., siendo ello aprobado por Resolución 257/2.007, por lo que ambas empresas son controladas por Grupo Clarín dejando de ser competidoras.

Por otro lado, advierte que no se consideró a la televisión satelital dentro del mercado relevante de competencia, destacando que la misma tiene similitudes en

relación a los precios y canales. Sostiene además, que no existe una afectación al interés económico en general y/o perjuicio a los consumidores, ya que en Paraná existió una empresa competidora directa, citando a modo de ejemplo a la firma Gigacable. Entiende que no hubo conducta monopólica ya que no se modificaron los precios, y tampoco retracción en la calidad de señal, no advirtiendo perjuicio alguno ya que los abonados tuvieron la posibilidad de contratar otras empresas.

Sostiene, que no se tuvo en cuenta la inviabilidad económica del solapamiento de redes, y critica la pericia realizada con intervención de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, la cual presenta irregularidades; solicitando la nulidad de la misma.

Por último, considera que no existe resolución fundada para la aplicación de la sanción impuesta, y pretende que se deje sin efecto la misma. Subsidiariamente, solicita se revise el monto de la multa impuesta; y se deje sin efecto la publicación en el Boletín Oficial y en el diario de mayor circulación de la ciudad por falta de razonabilidad de la medida. En relación al cese de la conducta imputada, señala que la misma se ha vuelto abstracta, ya que Multicanal y Cablevisión se encuentran fusionadas y no compiten porque son la misma empresa.

A su turno, el Dr. Martínez, ratifica lo actuado por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia. Expresa que existió traspaso de los clientes de una empresa a la otra, sin notificación a los consumidores de televisión por cable, no habiéndoseles dado opción ante ello. Entiende que no se les dieron los mismos beneficios por cuanto existió una reducción en la calidad de servicio e imagen y un marcado incremento en el abono.

En relación a los agravios de la parte, refiere a que en fecha 18/02/2.005 se opuso la prescripción y fue rechazada por tratarse de un delito continuado; advirtiendo asimismo que no se pueden separar los artículos 1º y 41 de la ley 22.262 porque son inescindibles.

CÁMARA FEDERAL DE APELACIONES DE PARANÁ- EXPTE. N° 5-17.532-20.562-2.011.-
 "VIDEO CABLE 6 S.A. Y OTROS S/ INFRACCIÓN ART. 1 LEY 22.262 (C. 463)

Poder Judicial de la Nación

Considera que para que exista un mercado relevante deben compararse bienes de consumo equiparables, lo que no ocurría entre la TV por cable y la satelital hace trece años. Manifiesta que la afectación económica surge de las denuncias efectuadas ante Defensa del Consumidor por el elevado abono del servicio a diferencia de los anteriores, por lo que no existió competencia. Refiere al dictamen de la C.N.D.C, y respecto de la viabilidad económica del solapamiento de redes, cita como ejemplo a Gigacable, estimando razonable la resolución y la multa impuesta, debiendo la misma ser, superior a los beneficios procurados ilícitamente.

Por su parte, el Sr. Fiscal General de Cámara, refiere a la regularidad del trámite. Da lectura a una parte de la expresión de agravios, y considera que es exuberante e inadecuada, ajena a la materia controversial por cuanto introduce cuestiones políticas. Estima que la Ley aplicable al caso es la 22.262, en la que se enmarcó el sumario administrativo. Advierte que la referida Ley no definía el plazo de prescripción, por lo que se determinaba jurisprudencialmente. Resalta que dentro de las bondades de la nueva ley, la misma no solo establece el plazo de prescripción sino que además prevé como actos interruptivos, la denuncia y la comisión de nuevo hecho; considerando que debe tomarse como parámetro interpretativo.

Alega que se trata de una infracción de tracto sucesivo, no de consumación instantánea. Sostiene que si por ley 22.262, debe remitirse al código penal para establecer el plazo de prescripción; debe considerarse- mutatis mutandi- la comisión de una nueva infracción como interruptiva de dicho plazo. Destaca el exceso de tiempo de la causa y considera que si desde 2.006 son una misma empresa y se trata de un reparto de cuestiones operativas que jurídicamente pueda calificarse como una sola figura; habría concurrido el plazo de dos años. Agrega que debería verificarse si desde esa fecha se produjo un hecho interruptivo o suspensivo de la prescripción, mediante

situaciones que deban ser resueltas en otros juicios. Propicia el libramiento de un oficio a la C.N.D.C. para zanjar dicha cuestión.

Sostiene, por otra parte, que la magnitud patrimonial de la multa en la sanción impuesta requiere de mayores esmeros argumentativos, por lo que deberían fundamentarse los parámetros de dicha sanción.

IV- Avocado este Cuerpo a la materia de agravios sometida a estudio, corresponde advertir que se dará tratamiento a los mismos en la medida que tuvieren asidero en las concretas circunstancias de la causa y resultaren conducentes a la resolución de la cuestión. Es que se tiene dicho que los Jueces no tienen el deber de analizar todos y cada uno de los argumentos expuestos por la parte, sino solo aquellos que sean conducentes para la solución del *thema* traído a estudio (cfr. Fallos 278:271, 291:390, 300:584).

a) De acuerdo a los planteos practicados por el representante legal de las apelantes al momento de la audiencia preceptuada por el art. 454 del C.P.P.N., corresponde referir en primer término, al planteo prescriptivo interpuesto.

Para el correcto análisis de la cuestión, debe puntualizarse, en primer término, que la substancia del presente conflicto viene signada por el establecimiento de un acuerdo entre dos operadoras del servicio de televisión por cable para dividirse el mercado de TV en la ciudad de Paraná, limitando así el acceso a los abonados al servicio de televisión domiciliaria por cable en esa ciudad, que les impediría cambiar o elegir libremente a las empresas proveedoras de dicho servicio con las cuales contratar. En tal contexto la infracción analizada se encuadró en el art. 1º de la ley 22.262. La normativa citada refiere a "los actos o conductas relacionados con la producción e intercambio de bienes y 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" (art. 1 de la ley citada).

CÁMARA FEDERAL DE APELACIONES DE PARANÁ- EXPTE. N° 5-17.532-20.562-2.011.-
 "VIDEO CABLE 6 S.A. Y OTROS S/ INFRACCIÓN ART. 1 LEY 22.262 (C. 463)

Poder Judicial de la Nación

Por otra parte la ley también define qué se entiende por posición dominante. Ello así puede afirmarse que estamos ante conductas con capacidad suficiente para perjudicar - *alterando el funcionamiento competitivo del mercado*- el interés económico general. Desde ese punto de vista, la restricción y distorsión de la competencia a que alude el organismo de control, si bien habría tenido respecto a las investigadas su origen en un supuesto acuerdo, lo cierto es que la división del mercado de TV por cable, que allí se habría acordado es lo que impide en la actualidad la elección libre de los abonados al servicio. De tal manera, se imputa administrativamente a las empresas citadas la comisión de presuntas prácticas anticompetitivas, las que obviamente se extienden más allá de cuál pudiera haber sido su origen, que se dice ocurriera a partir del día 7 de octubre del año 1997, como se explicitara al referir la imputación efectuada a las firmas.

En efecto, no existiría hoy para los abonados o para el público en general, el cambio o la elección de la empresa proveedora de televisión por cable, respectivamente, en los términos imputados por la autoridad de aplicación. Por tanto y más allá de cuál fuera la ley que se pudiera aplicar, en atención a su mayor benignidad en relación al instituto de la prescripción, ésta no ha operado. Carece absolutamente de relevancia en el subexámine el principio constitucional que impone la aplicación de la ley más benigna habida cuenta que, se aplique una ley, la 22.262, o la otra, la 25.156, el planteo de prescripción articulado por la impugnante no puede tener andamio. Y es que resulta decisiva la circunstancia de que la infracción juzgada es de carácter continuo o permanente, lo que determina que el cómputo del plazo de la prescripción no principie mientras la ilicitud se sigue consumando. Ello nos viene impuesto por la clara letra y espíritu del art. 63 del Código Penal de la Nación -*en su redacción vigente desde 1921*- que como es sabido reza que *"La prescripción de la acción penal empezará a correr desde la medianoche del día en que se cometió*

el delito o, si éste fuese continuo, desde que cesó de cometerse".

Sobre el punto, la doctrina en la materia sostiene que "En el delito permanente o continuo, todos los actos que tienen por objeto mantener el estado consumativo presentan una unidad de conducta" (así Zaffaroni, Eugenio R. y otros en: "Manual de Derecho Penal, parte general", Ediar, Buenos Aires, segunda edición, 2006, pagina 674. La bastardilla es de los autores). En la misma obra se dice antes que "...no siempre la consumación agota la ejecución del delito, pues con frecuencia la consumación formal se distancia del agotamiento natural, dando lugar a un período en que el delito está consumado pero no agotado" (página 645. Aquí también la Bastardilla es de los autores citados). Adviértase que a la luz de la propia interpretación, histórica o auténtica, que de la norma aplicable hiciera su legislador, cabe desechar la posibilidad de que el accionar de los apelantes habría sido un mero acto de consumación instantánea sin trascendencia ulterior alguna. Porque, de haber sido así, la actividad reprochada no se habría encontrado atrapada por la norma de marras, dado que, como se declarara en su Exposición de Motivos (ADLA XL-C, 1980, página 2525) "...la filosofía que inspira el régimen... es tender a controlar el 'ejercicio' del poder económico más que su formación..." (el encomillado 'simple' es del original citado).

Así las cosas, debe interpretarse que en este caso concreto el bien jurídico tutelado por la norma aplicable, sea esta la ley 22.262 o la 25.156, esto es, la sana competencia comercial en beneficio del interés general, permanecería afectado por la infracción reprochada (cfr. en tal sentido, C.F.A.R., Sala "A", in re: "Cablevisión S.A. s/ Ley 22.262 - Incidente de prescripción (Expte. 1333P)").

Sin perjuicio de ello, cabe referir a las alegaciones de las recurrentes, en cuanto afirman que de haber mediado un procedimiento transgresor, este habría cesado con la compra que hizo Grupo Clarín de Cablevisión en el año 2.006, lo que fue aprobado mediante Resolución N° 257/07 de la Secretaria de

CÁMARA FEDERAL DE APELACIONES DE PARANÁ- EXPTE. N° 5-17.532-20.562-2.011.-
 "VIDEO CABLE 6 S.A. Y OTROS S/ INFRACCIÓN ART. 1 LEY 22.262 (C. 463)

Poder Judicial de la Nación

Comercio Interior, del Minsiterio de Economía y Finanzas Públicas; toda vez que ambas empresas -Cablevisión S.A. y Multicanal S.A.-, al tener un controlante común, habrían dejado de ser empresas competidoras.

Sobre el tópico, debe señalarse que por Resolución N° 1011/2.009 del citado organismo nacional, se declaró el cese de los efectos de la autorización otorgada mediante la Resolución invocada por la apelante, tratándose de una circunstancia controvertida al momento; lo que impide considerar esta cuestión como determinante de la cesación del proceder infraccional a efectos del cómputo de la prescripción.

Por lo demás, debemos señalar que frente al aludido y aparente "estado consumativo" de la infracción reprochada, consideramos que el también constitucional derecho con que cuenta todo justiciable, sea de existencia real o ideal, a ser enjuiciado en un lapso razonable, cede en casos como el que nos ocupa. Esto sin perjuicio de señalar que sería aconsejable que la Administración se expidiera siempre con la mayor presteza posible, a fin de satisfacer el valor previsibilidad que resulta inherente al tráfico jurídico.

Consecuentemente, en función de las razones expuestas, debe rechazarse el planteo de prescripción interpuesto.

b) Resuelta la cuestión prescriptiva, corresponde efectuar el análisis de la conducta endilgada a las apelantes, debiendo tenerse en consideración al respecto, cuanto se desarrollara en el apartado anterior, acerca de la configuración de la conducta infraccional.

Cabe destacar que, tal como se expuso, el art. 1° de la ley 22.262, con la finalidad de asegurar el correcto funcionamiento del mercado, prohíbe: "...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".

El artículo distingue dos figuras típicas: la limitación, restricción y distorsión de la competencia, por un lado; y el abuso de posición dominante, por el otro, con la condición común de que tales actos sean contrarios al bienestar económico general en un mercado. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los autos "Y.P.F. S.A. s/ ley 22.262" ha expresado: "Que esta regulación es coherente con la establecida en la vigente ley 25.156 de Defensa de la Competencia, que mantuvo tal distinción, así como la que rige en la Unión Europea, que ha tenido influencia en la redacción de la ley 22.262. En ambos casos, se regulan separadamente conductas que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el mercado y la explotación abusiva, por parte de una o más empresas de una posición dominante en el mercado o en una parte sustancial de aquél (arts. 81 y 82, respectivamente, del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, Roma, 1957, según numeración en vigor a partir del 1/3/1999; y arts. 53 y 54, también respectivamente, del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, Oporto, 1992). Por su parte en el MERCOSUR, existen normas análogas. En efecto, en el Protocolo de Defensa de la Competencia, aprobado en Fortaleza el 17/12/1996, integrante del Tratado de Asunción (decisión CMC. 18/1996), se consideran infracciones los actos individuales o concertados, de cualquier forma manifestados, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado, o que constituyan abuso de posición dominante en el mercado relevante de bienes o servicios en el ámbito del Mercado Común y que afecten el comercio entre los Estados parte". (Considerando N° 6; LL 2002-D-645, LL 2003-B-228, DJ 2003-1-530).

Las formas típicas mencionadas han sido clasificadas doctrinaria y jurisprudencialmente como prácticas de exclusión y prácticas abusivas. En el primer grupo se incluirían aquellas mediante las cuales se restringe la competencia por medio de

CÁMARA FEDERAL DE APELACIONES DE PARANÁ- EXPTE. N° 5-17.532-20.562-2.011.-
 "VIDEO CABLE 6 S.A. Y OTROS S/ INFRACCIÓN ART. 1 LEY 22.262 (C. 463)

Poder Judicial de la Nación

limitaciones u obstáculos que se imponen a competidores reales o potenciales y por ende, generan rentas y reducen el excedente total de modo indirecto -son las conductas "...que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia"- . En cambio, las prácticas abusivas se caracterizan por un ejercicio directo del poder de mercado que se posee, por los cuales se generan, de por sí, rentas monopólicas o monopsónicas y una disminución del excedente total de los agentes económicos -no es otra cosa que el "abuso de posición dominante" referido en el artículo 1°-. (Cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, sala B, 27/03/2001, "Giangrossi, Juan y otros s/ denuncia", LL 2001-D-629).

En el caso, y de acuerdo a lo expuesto, es dable concluir que el proceso de escisión-fusión por medio del cual las empresas Cablevisión y Multicanal acordaron separar los activos de la firma Cablevideo y VCC implicó una restricción a la competencia respecto de la situación preexistente, donde estas últimas eran empresas independientes que competían entre sí, mediante tendidos de redes superpuestas, en la prestación del servicio de televisión por cable de la ciudad de Paraná.

Es que por medio de dicho proceso, las firmas imputadas constituyeron una línea demarcatoria a partir de la cual se respetaron las zonas de prestación del servicio sin que se hayan realizado acciones concretas tendentes a establecer las condiciones de competencia similares a las preexistentes.

Dicho esto, y en relación a los argumentos de las apelantes referidos a que se excluyó del mercado relevante a la televisión satelital; corresponde poner de resalto que tal como se desarrolla acabadamente en el dictamen N° 699 de la C.N.D.C., por las razones indicadas al definir el mercado relevante (costos de instalación, precios, necesidad de instalar una antena por televisor para poder ver distintos canales, etc.), los servicios de televisión satelital no formaban parte del mismo mercado relevante que los servicios de televisión por cable -máxime si se tiene en cuenta la fecha en

que se llevó adelante el proceso de escisión-fusión-, por lo que DIRECTV no resultaba un competidor directo, con capacidad de disciplinar los comportamientos de Cablevisión y Multicanal. Cabe poner de resalto que entre ambos sistemas de televisión se presentaban y presentan en la actualidad diferencias sustanciales, tanto desde el punto de vista de los precios, como desde las características tecnológicas. Al respecto, la televisión satelital tenía un precio mayor, que se justificaba en la mayor cantidad de señales y mayor calidad de imagen y sonido, destacándose que la instalación del sistema satelital exige una antena y un decodificador para cada uno de los televisores, lo que encarece la instalación. Coadyuvan a afirmar lo expuesto, lo manifestado por los abonados llamados a audiencia testimonial por la Comisión Nacional, los que son contestes en afirmar que la televisión por aire o satelital "es inalcanzable" (sic) (cfr. testimoniales fs. 90 y 98).

Asimismo, cuestiona el representante de las recurrentes, el efecto probatorio que se le otorga el ingreso a la empresa Gigacable a Paraná, destacando que no se realizaron estudios acerca de la viabilidad económica de tal firma. Repárese al respecto, que tal como surge del informe de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, lo que se valora en las presentes, es que las inversiones que las firmas sancionadas hubieran tenido que realizar para replicar un nivel de competencia similar al que generó Gigacable, era sustancialmente inferior al que previamente hicieron en Paraná para adquirir la totalidad de los activos de Cablevideo y VCC; destacándose que las inversiones necesarias hubieran sido inferiores a las que tuvo que realizar efectivamente Gigacable, toda vez que esta firma debió invertir en infraestructura de la que ya disponían Cablevisión S.A. y Multicanal S.A.

Por último, cuestionan las apelantes, la pericia contable obrante en estas actuaciones, considerando que la misma está plagada de una serie de irregularidades, solicitando la declaración de nulidad del informe pericial.

Sobre el punto, debe destacarse que "... la nulidad se

CÁMARA FEDERAL DE APELACIONES DE PARANÁ- EXPTE. N° 5-17.532-20.562-2.011.-
 "VIDEO CABLE 6 S.A. Y OTROS S/ INFRACCIÓN ART. 1 LEY 22.262 (C. 463)

Poder Judicial de la Nación

vincula íntimamente con la idea de defensa (art. 18 CN). Sólo cuando surge algún vicio, defecto u omisión que haya privado a quien lo invoca del ejercicio de alguna facultad, afectando la garantía en cuestión, se produce una indefensión configurativa de nulidad (CS San Juan, J.A., 1988-III, pág. 362). Si no media tal perjuicio, la invalidez del acto por nulidad queda descartada. Su procedencia está limitada por el grado de afectación de esa garantía (CCCFed. Rosario, Sala A Penal, E.D., del 21/V/2001, f. 50.773)". (cfr. D'Albora, Francisco J., "Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado", t. I., Séptima edición corregida, ampliada y actualizada, ed. Lexis Nexis, pág. 299).

Sentadas tales premisas, se señala que conforme surge de la compulsa de la causa, posteriormente a la pericial cuestionada, que obra a fs. 1367/1394 de las presentes, los apelantes observaron e impugnaron tal informe, constando a fs. 1615/1622 la respuesta correspondiente por parte de los peritos. Así, del análisis de los agravios esbozados sobre el punto, se vislumbra que lo alegado por las apelantes refiere más bien a meras discrepancias con el resultado del informe pericial, que a verdaderos vicios invalidantes.

Conforme lo expuesto, se avizora que la defensa en juicio no evidencia cercenamiento alguno, toda vez que el procedimiento efectuado por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, se ha desarrollado conforme lo estatuido por las disposiciones legales pertinentes, destacándose que las empresas han podido ejercer ampliamente sus derechos de defensa.

Dejadas a salvo tales cuestiones, corresponde señalar que la tipicidad de las conductas descriptas demanda la concurrencia de un resultado adicional: la creación de un peligro para el interés económico general. Como ha sostenido la Corte Suprema: "...no requiere necesariamente que ese gravamen exista sino que tal proceder tenga aptitud para provocarlo..."

(C.S.J.N., 23/11/1993, "A. Gas S.A. y otros v. AGIP Argentina S.A. y otros s/infr. ley 22.262", JA 1994-III-71).

Que la observación precedente bastaría, por sí misma, para desestimar el agravio de las recurrentes que argumenta acerca de la inexistencia de un perjuicio efectivo a la competencia. No obstante, corresponde precisar qué se entiende en el caso por "interés económico general". Al respecto, ha reseñado la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, sala B, que la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, en una primera línea interpretativa identificó interés económico general con libre competencia. Posteriormente prefirió asimilarlo a la utilidad que la comunidad recibe de la conducta a ser evaluada. Optando, dicha sala B, por identificarlo con "las expectativas o derechos de contenido económico de una multiplicidad o pluralidad de personas que son las que constituyen el sector de los consumidores" (cfr. "Giangrossi, Juan y otros s/denuncia", L.L. 2001-D-629).

Con este modo de ver las cosas, el perjuicio al interés económico general se verificó en el sub-lite.

c) Cabe referir al monto de la multa impuesta, considerando las apelantes que el mismo no se encuentra debidamente fundado; solicitando -en subsidio-, la reducción de la sanción pecuniaria impuesta.

Sobre el punto, debe destacarse que no puede discutirse la facultad judicial de revisión y/o graduación de las multas dispuestas por la Administración, incluso cuando se trata de facultades discrecionales de ésta (doctrina de Fallos 313:153, entre otros), el Poder Judicial debe efectuar el control de razonabilidad de tal determinación, plasmada en actos de naturaleza administrativa.

En relación a ello, debe señalarse que el acto administrativo, mediante el cual se imponen las sanciones al infractor, debe dar cumplimiento a lo dispuesto por el art. 7 de la ley 19.549 de procedimientos administrativos, en particular con su inc. e), es decir, debe tratarse de un acto correctamente motivado.

CÁMARA FEDERAL DE APELACIONES DE PARANÁ- EXPTE. N° 5-17.532-20.562-2.011.-
 "VIDEO CABLE 6 S.A. Y OTROS S/ INFRACCIÓN ART. 1 LEY 22.262 (C. 463)

Poder Judicial de la Nación

En este sentido, la ley obliga a la Administración a motivar la mayoría de sus decisiones, lo que significa hacer públicas las razones de hecho y de derecho en las cuales las mismas se apoyan; la motivación ha de ser suficiente, esto es, ha de dar razón plena del proceso lógico y jurídico que ha determinado la decisión (Cfrse. García de Enterría, Curso de Derecho Administrativo, 1° ed., La Ley, Buenos Aires, 2006, pág. 571 y sgte.) Se ha dicho asimismo, que "...la motivación del acto tiene por objeto exteriorizar el *iter* psicológico que ha inducido al titular del órgano a dictar el acto, de tal forma que haga posible conocer los momentos fundamentales del razonamiento..." (Cfr. Régimen de Procedimientos Administrativos -Ley 19549. Revisado, ordenado y comentado por Tomás Hutchinson, 5° ed. Actualizada, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2000, pág. 83).

Desde un punto de vista particular, responde a una exigencia fundada en la idea de una mayor protección de los derechos individuales, constituyendo un requisito referido a la razonabilidad.

Dicho lo anterior, y puntualmente en lo que respecta a la Resolución N° 19 del 2.011 (de fecha 10/02/11), emitida por el Sr. Secretario de Comercio del Interior, debe destacarse que la misma remite al Dictamen N° 699 de fecha 14 de diciembre de 2.010 de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, organismo desconcentrado en la órbita de la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, cuya copia autenticada se incluye como Anexo que forma parte integrante de tal resolución.

Por ello, se advierte que dicho acto se encuentra debidamente motivado, satisfaciendo las pautas antes señaladas, toda vez que el mismo remite al dictamen en cuestión, el que en el punto 484 (fs. 1885), delinea los parámetros que se tuvieron en cuenta para aconsejar el monto de la multa que, a la postre, impusiera el Sr. Secretario de Comercio Interior. Se destaca, al respecto, que la suma de la sanción pecuniaria impuesta

aparece proporcionado dentro del rango estatuido por la ley (cfr. art. 26 inc. c de la ley 22.262), si se tiene en cuenta la gravedad de la infracción, el patrimonio de las empresas sancionadas, la envergadura económica del proceso de escisión-fusión societaria y los antecedentes de las responsables ante la Autoridad de aplicación.

Que, de tal modo, atento lo *supra* expuesto, se advierte que la resolución apelada se encuentra ajustada a derecho, correspondiendo por ello, su confirmación.

Por lo expuesto, **SE RESUELVE:**

Confirmar la resolución de fs. 1768/1773.

Tener presentes las reservas efectuadas.

Regístrese, notifíquese y bajen.

FDO: CINTIA GRACIELA GOMEZ -PRESIDENTA-; GUSTAVO ALFREDO IBAÑEZ -VICEPRESIDENTE (en disidencia); DANIEL EDGARDO ALONSO-JUEZ DE CÁMARA SUBROGRANTE-.

DISIDENCIA DEL SR. VICEPRESIDENTE, DR. GUSTAVO A. IBAÑEZ:

Y VISTOS:... **CONSIDERANDO:** I-... II-... III-... IV- Que, de acuerdo a los agravios expuestos por el representante legal de las apelantes al momento de la audiencia preceptuada por el art. 454 del C.P.P.N., corresponde referir en primer término, al planteo prescriptivo interpuesto.

Al respecto, debe advertirse que en materia penal la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha elaborado la doctrina según la cual la prescripción de la acción es una cuestión de orden público y debe ser declarada por el tribunal

CÁMARA FEDERAL DE APELACIONES DE PARANÁ- EXPTE. Nº 5-17.532-20.562-2.011.-
 "VIDEO CABLE 6 S.A. Y OTROS S/ INFRACCIÓN ART. 1 LEY 22.262 (C. 463)

Poder Judicial de la Nación

correspondiente de oficio, pues la extinción hace cesar su jurisdicción e imposibilita pronunciarse sobre la responsabilidad del imputado en el delito que ha prescripto. Agregándose luego que se produce de pleno derecho (Fallos: 207:86; 275:241; 297:215; 301:339; 310:2246; 311:1029, 2205; 312:1351; 313:1224; 323:1785, entre otros) y que -también por examinarse la subsistencia misma de la acción penal- ésta debe ser resuelta en forma previa a cualquier decisión sobre el fondo (Fallos: 322:300).

Desde esta perspectiva, para el correcto análisis de la cuestión prescriptiva sometida a estudio, debe puntualizarse que la conducta imputada a las empresas Cablevisión S.A. y Multicanal S.A., consiste en el establecimiento de un acuerdo entre ambas para dividirse el mercado de televisión por cable de la ciudad de Paraná, a partir de la escisión-fusión de las firmas Video Cable 6 S.A. y Cablevideo S.A. producida en el año 1997, disponiendo condiciones limitantes a los abonados o potenciales abonados al servicio de televisión domiciliaria por cable de Paraná, 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.

En tal contexto la infracción analizada se encuadró en el art. 1º de la ley 22.262. La normativa citada refiere a "los actos o conductas relacionados con la producción e intercambio de bienes y 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" (art. 1 de la ley citada).

De acuerdo a lo expuesto, y conforme lo previsto en el art. 58 de la ley 25.156, la ley aplicable al caso de autos es la 22.262, normativa en la que se encuadraron las actuaciones administrativas respectivas. A su turno este Tribunal -con distinta integración- se expidió en idéntico

sentido (L.S.Crim. 2005-II-146).

Sentado ello, debe establecerse el régimen legal prescriptivo de la acción en virtud del sistema adoptado por el legislador en la ley 22.262. Sobre el particular, cabe poner de resalto que el régimen establecido en el art. 35 de la ley rige exclusivamente para los delitos que prevé el art. 41. En efecto, del texto legal se desprende que allí se han contemplado dos géneros de licitudes. Por un lado, infracciones (art. 1º), cuyo conocimiento corresponde a la Administración - C.N.D.C.- (art. 17 a 31), y que, en caso de sanción, dan lugar a que se impongan ciertas medidas (art. 26 y 27). Por el otro, delitos (art. 41) cuyo conocimiento, previa sustanciación del sumario administrativo, corresponde al órgano jurisdiccional (arts. 32 a 42), los que son reprimidos con penas (art. 42).

En virtud de este esquema, se advierte que las expresiones contenidas en el art. 35 aluden a la prescripción de la acción respecto de los delitos y no de las infracciones administrativas, no sólo por la ubicación sistemática de la norma -en el capítulo III dedicado a los delitos-, y por su literalidad -referida únicamente a la acción penal-, sino también por la lógica del mecanismo incluido en ella por el legislador.

Así, sólo en lo atinente a la acción que nace cuando se comete un hecho delictivo tiene sentido disponer que el término de la prescripción se interrumpa mientras se sustancie el necesario sumario administrativo previo y comience nuevamente a correr dieciocho (18) meses después de iniciadas las actuaciones judiciales.

Consecuentemente, ante la falta de un dispositivo expreso para la prescripción de la acción en lo referido a las infracciones, adquiere vigencia la aplicabilidad supletoria de las normas establecidas en el Libro I del Código Penal, al que remite el art. 43, ubicado en el capítulo IV, disposiciones complementarias. En virtud de ello, se advierte que el plazo para la prescripción de la acción en el caso de las infracciones se rige por los arts. 62, inc. 5 y concordantes

CÁMARA FEDERAL DE APELACIONES DE PARANÁ- EXPTE. N° 5-17.532-20.562-2.011.-
 "VIDEO CABLE 6 S.A. Y OTROS S/ INFRACCIÓN ART. 1 LEY 22.262 (C. 463)

Poder Judicial de la Nación

del código de fondo (cfr. C.S.J.N., "Y.P.F. S.A.", disponible en La Ley 2002-D, 645).

Establecido el plazo prescriptivo aplicable, cabe señalar que la infracción juzgada, prevista en el art. 1° de la citada ley, es de carácter continuo o permanente, lo que determina que el cómputo del plazo de la prescripción no principie mientras la ilicitud se sigue consumando. Ello deviene de lo establecido por el art. 63 del Código Penal de la Nación que establece que "La prescripción de la acción penal empezará a correr desde la medianoche del día en que se cometió el delito o, si éste fuese continuo, desde que cesó de cometerse".

Sobre el punto, es unánime la doctrina al sostener que, en casos de esta índole, la pluralidad de actos particulares, a través de los cuales se manifiesta la actividad típica, constituye una unidad de acción (conf. Jescheck, "Tratado de Derecho Penal", Ed. Comares, 4° edición, Granada, 1993, pág. 630).

Dicho esto, tratándose de un delito continuado, corresponde puntualizar que, tal como lo exponen las apelantes, el accionar transgresor habría cesado de cometerse desde el momento en que ambas empresas -Cablevisión S.A. y Multicanal S.A.- dejaron de ser competidoras. Ello se advierte, a partir de la operación de concentración económica mediante la cual ambas firmas pasaron a tener un controlador común; lo que ocurrió en el año 2.006, y que fuera reconocido expresamente por la propia C.N.D.C. en la resolución puesta en crisis, de lo que se sigue que el plazo de prescripción habría comenzado a operar con el acaecimiento de tal circunstancia. Al respecto, se destaca que el propio dictamen de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, puntualmente a fs. 1886, expone que "por aplicación de la primacía de la realidad, a la fecha del presente dictamen CABLEVISION y MULTICANAL funcionan de consuno por pertenecer a un mismo grupo económico y con sede administrativa unificada, lo que motivará que respondan

solidariamente para afrontar el pago de la multa" (sic).

En virtud de ello, y siendo que a partir de la operación de concentración económica (año 2.006) ambas firmas infractoras pertenecen al mismo grupo económico, y por ello mismo no es posible -desde tal hecho- la realización de acciones concretas tendentes a establecer condiciones de competencia similares a las preexistentes a aquél acuerdo de escisión-fusión; se advierte que ha transcurrido holgadamente el plazo prescriptivo estatuido por la norma aplicable, debiendo declararse extinguida la acción penal por prescripción, y en consecuencia, sobreseer a las firmas CABLEVISIÓN S.A. y MULTICANAL S.A. por la infracción estatuida en el art. 1 de la ley 22.262 (art. 336 inc. 1º del C.P.P.N.).

Que, por ello, **SE RESUELVE:**

Declarar la extinción de la acción penal por prescripción, y sobreseer a las empresas Cablevisión S.A. y Multicanal S.A. por la infracción estatuida en el art. 1º de la ley 22.262 (art. 336 inc. 1º del C.P.P.N.)

Regístrese, notifíquese y bajen.

FDO: GUSTAVO ALFREDO IBAÑEZ -VICEPRESIDENTE-
ANTE MÍ, EVA SENKMAN -SECRETARIA-