

S.C.V. 1050. XXXIX.

Suprema Corte:

I

El Secretario de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor, mediante resolución nº 28/2002 y en aplicación del artículo 26, incisos "b" y "c", de la ley 22.262, dispuso, en lo que aquí interesa, que las empresas Tele Red Imagen S.A. y Televisión Satelital Codificada S.A. cesen en la conducta que les fue imputada, consistente en la fijación vertical de precios mínimos a cobrar a los abonados que adquirieran la señal codificada que transmitía, los días viernes y domingo durante los años 1996 a 1998, los partidos de fútbol en directo de los torneos organizados por la Asociación del Fútbol Argentino. En virtud de ello, aplicó a cada una de esas dos empresas multa de quinientos veintinueve mil doscientos ochenta y nueve pesos (\$ 529.289) por haber incurrido en la figura contemplada en el artículo 1º de aquella norma legal.

Asimismo, el citado organismo sancionó con multa de trescientos cincuenta y dos mil ochocientos cincuenta y nueve pesos (\$ 352.859) respectivamente, a las empresas Cablevisión TCI S.A., Video Cable Comunicación S.A. y Multicanal S.A., por su participación secundaria en la ejecución de la conducta antes descripta -artículos 26, inciso "c", y 43 de la ley 22.262 y artículo 46 del Código Penal- (ver copia íntegra de la resolución y su anexo, a fojas 906/991 del expediente principal).

Esa decisión administrativa fue apelada por las empresas afectadas y el recurso fue concedido (fojas 1161 de esas actuaciones). Al tomar intervención la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, luego de rechazar los planteos de nulidad y prescripción que aquéllas habían introducido, revocó, en los puntos reseñados, la citada resolución (fojas 1212/27 ídem).

Contra esta sentencia, el representante del Estado Nacional -Ministerio de Economía- interpuso el recurso previsto en el artículo 14 de la ley 48, cuya denegatoria ha generado la mal compaginada presentación de hecho obrante a fojas 3/14 de estas actuaciones.

Los agravios planteados se fundan en la causal de arbitrariedad y en la errónea interpretación de la ley 22.262. En tal sentido, se cuestiona la inteligencia asignada a esa norma por el a quo, pues a criterio del recurrente denota el desconocimiento de la materia tanto al efectuarse la clasificación de las conductas tipificadas en su artículo 1º, como al fijar el concepto de mercado relevante y sus alcances.

De esa manera, el apelante objeta lo considerado respecto de las conductas abusivas y exclusorias que se juzgaron abarcadas por el artículo 1º de la ley 22.262, pues en virtud de ello entiende que se han dejado de lado prácticas como las aquí investigadas que, sin ser exclusorias son restrictivas y limitativas de la competencia, y se encuentran igualmente comprendidas por la norma (v.gr. colusión o acuerdo entre competidores, prohibidos por el artículo 41 de la ley 22.262). A su criterio, también entran en esa categoría las prácticas restrictivas de naturaleza vertical, como lo es la fijación de precios mínimos imputada en autos, las cuales han sido expresamente contempladas en el artículo 2º, inciso "g", de la ley 25.156 (cuyo precedente inmediato es la norma anterior) pues, según sostiene, en determinadas circunstancias pueden restringir y limitar la competencia y tener idoneidad para perjudicar el interés económico general.

Afirma el recurrente que como consecuencia de esa arbitraria interpretación del derecho aplicable, en la sentencia impugnada se sostuvo que la infracción a la ley 22.262 debe consistir en el abuso de posición dominante, figura que implica no sólo el ejercicio directo de poder de mercado o la limitación o restricción de la competencia, sino que también exige demostrar la exclusión de algún competidor, requisito este último que el a quo juzgó ausente en el sub júdice. A resultas de esa inteligencia, el apelante también objeta que la Cámara haya juzgado innecesario establecer si, como consecuencia de los acuerdos de precios investigados, se había acreditado el requisito de la afectación del interés económico general que exige el artículo 1º de la ley 22.262.

II

Corresponde ahora ingresar al análisis de la cuestión de fondo que se pretende someter a decisión de la Corte.

Lo primero que debe observarse frente a la objeción formulada por el apoderado de Multicanal S.A. en el escrito de fojas 1301/10 -apartado III-, es que el Estado Nacional (Ministerio de Economía) se encuentra habilitado para interponer el remedio federal, pues "corresponde reconocer a los organismos de la administración pública la facultad de intervenir en las instancias judiciales de apelación en defensa de la legalidad de sus actos" (Fallos: 324:2962 y sus citas, 324:3940 y conf. Fallos: 324:4289).

Superado así ese reparo sobre la legitimación del recurrente, al abordar el tratamiento de la pretendida cuestión federal introducida, estimo necesario señalar que si bien lo vinculado con la interpretación de la ley 22.262 constituye materia capaz de habilitar el remedio del artículo 14 de la ley 48 (Fallos: 307:2091; 316:2561; 325:1702, entre otros), aprecio que los agravios reseñados en el apartado I no guardan relación directa con ello, pues parten de una diversa inteligencia del fallo, cuestión meramente procesal que resulta ajena a la instancia extraordinaria.

En efecto, las consideraciones del a quo para arribar a la conclusión cuestionada no se relacionan con una interpretación de la ley 22.262 que per se deje de lado conductas como las imputadas sino, como se verá, con la insuficiencia probatoria de los otros requisitos típicos que exige su artículo 1º, en cuya virtud llegó a la decisión remisoria.

Como surge del apartado 40) del fallo, la Cámara entendió que el requisito para que aquéllas sean consideradas anticompetitivas es que importen una limitación, distorsión o una restricción al funcionamiento del mercado, o el abuso de una posición dominante y, a la vez, que exista la posibilidad de afectar el interés económico general. Los propios términos de esa definición y el desarrollo posterior de la sentencia, impiden afirmar que ella excluya -tal como lo sostiene el recurrente- las prácticas restrictivas de naturaleza vertical como la fijación de precios mínimos imputada en autos, pues éstas habrán de importar una "restricción" encuadrable en aquel concepto.

Tan es así, que en el apartado 73) del fallo, cuando se menciona la conducta imputada a las empresas, se alude a la insuficiencia probatoria respecto de los efectos de la fijación vertical de precios mínimos. Esta afirmación refleja que el a quo consideró que conductas de esa naturaleza pueden ser alcanzadas por el artículo 1º de la ley 22.262, pues de lo contrario las hubiera juzgado atípicas.

De esta manera, se advierte con claridad que la errónea interpretación de la ley federal 22.262 que se ha invocado, sólo es producto de una mera apreciación diversa sobre el

texto del fallo y resulta insustancial a los fines del remedio federal intentado (conf. Fallos: 307:244 y 313:510).

III

Descartado así que la cuestión planteada pueda referirse a la inteligencia de la ley federal aplicable, es oportuno abordar lo vinculado con la necesidad de acreditar exclusión o perjuicio de competidores. El recurrente sostiene que la Cámara interpretó erróneamente que el artículo 1º de la ley 22.262 exige ese recaudo, pues a su criterio ello no es así en virtud de que conductas como las aquí imputadas pueden infringir esa norma aun cuando no excluyan a competidor alguno (ver punto II del escrito de queja, a fojas 8, 10 vta. y 9 de estas actuaciones).

Para una mayor claridad, estimo relevante mencionar que la objeción se vincula con lo considerado por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia en los párrafos 194, 197 a 199 y 211 del dictamen nº 353 que integra la resolución nº 28/2002 del Secretario de la Competencia, por la cual se aplicaron las sanciones (ver fojas 917/91 del principal). En lo esencial, allí se sostuvo que la fijación de precios mínimos imputada limitó y restringió la competencia existente entre las operadoras de cable VCC, Cablevisión y Multicanal para la provisión del fútbol codificado y que, de ese modo, se impidió la reducción del precio al público de ese servicio.

Sin embargo, aprecio que en el fallo no se atribuyó tal alcance a la norma, pues como surge del ya citado apartado 73), el a quo entendió que no se había acreditado que aquella fijación vertical de precios mínimos "haya limitado y/o restringido la competencia existente entre las operadoras de cable ni entre los hipotéticos competidores de las empresas ... que fueron investigadas y sancionadas ...". Es decir que la Cámara no sólo consideró relevante la exclusión de terceros competidores, sino que también analizó la posible limitación y/o restricción de la competencia entre las tres operadoras investigadas, para concluir que ninguno de esos extremos se habían acreditado.

Así entendida la cuestión, cabe afirmar que el reclamo del apelante no puede prosperar pues los agravios dirigidos a cuestionar los criterios relativos a las circunstancias que definen el carácter y el alcance de los actos desplegados y su aptitud para encuadrar la actividad como una de las previstas en los artículos 1º y 2º de la ley 22.262, no remiten, en rigor, a la interpretación de esas normas, sino al examen de cuestiones de hecho y prueba, ajenas, por su naturaleza, a la instancia del artículo 14 de la ley 48 (Fallos: 313:510). Esta doctrina ha sido recientemente reiterada por la mayoría de V.E. con remisión al dictamen de esta Procuración General, in re "Círculo Odontológico Regional de Venado Tuerto s/recurso de apelación s/res. 156 de la comisión (expte. 064-000591/98) - ley 22.262", resuelta el 3 de mayo de 2005 (autos Letra C nº 320, Libro XXXIX).

Bajo esas pautas, debo agregar en abono del carácter fáctico y probatorio de la cuestión, que tal como surge del cotejo entre el párrafo 196 del citado dictamen y los apartados 72) y 77) de la sentencia apelada, al efectuarse las respectivas consideraciones en orden a la posible afectación o no de la competencia, en ambos casos se valoraron las declaraciones testimoniales de los representantes de las señales deportivas de cable ESPN Sur S.R.L. y Fox Sports Latino América, obrantes a fojas 457/58 y 503/05 del principal.

Por otra parte, en orden al juicio sobre la razonabilidad de la conclusión a que arribó la Cámara, considero pertinente destacar que ella se compadece con lo que surge del

informe presentado por la empresa Direct TV a fojas 225/28 de los autos principales. En efecto, de allí se desprende que esa operadora, ajena al sumario administrativo, ingresó al mercado del fútbol codificado durante el año 1998 (el último del trienio investigado) y cobró a los abonados que se suscribieron a ese servicio "premium" valores del mismo tenor que los establecidos en los acuerdos cuestionados.

Esta circunstancia, además, permite desvirtuar lo afirmado por la autoridad administrativa en orden a la existencia de restricción de la competencia y a la inutilización de un elemento clave como el precio, e incide de igual modo en la determinación de la afectación del interés económico general (ver apartados nº 197 y 200 del aludido dictamen).

IV

En cuanto al agravio referido al arbitrario alcance que se ha asignado al mercado relevante del producto, desarrollado en el punto III del escrito de queja (ver fojas 9, 11 vta., 10, 12 vta., 11 y 13 vta. de estas actuaciones), cabe afirmar que también se trata de una cuestión ajena al recurso extraordinario pues, como recientemente ha sostenido V.E., "... la determinación del 'mercado relevante' en su dimensión material (de producto) y espacial (ámbito geográfico) comporta un problema que ha de ser definido en cada caso y constituye, en consecuencia, una cuestión de hecho y prueba que, salvo casos de arbitrariedad, no corresponde a esta Corte evaluar" (Fallos: 325:1702, considerando 10, segundo párrafo, pág. 1722).

Este criterio resulta, a mi modo de ver, enteramente aplicable al sub lite desde que, así como el a quo concluyó con sustento en los fundamentos de aquel carácter expresados en los apartados 63) a 72) de la sentencia apelada, que ese concepto debía delimitarse a la transmisión de fútbol por televisión y por lo tanto el "codificado" carecía de significación para determinar una posición de dominio (extremo que tampoco juzgó probado -ver apartado 82-), el recurrente contrariamente postula que el mercado relevante del producto sólo está constituido por la transmisión de fútbol codificado, que las sumariadas detentaron esa posición y que abusaron de ella.

Para fundar el agravio, con sustento en el "test del monopolista hipotético" se ha descalificado la inteligencia efectuada respecto de elementos de juicio tales como las diversas preferencias del público, la incidencia del costo de ese servicio para el consumidor, la sustituibilidad del producto, el porcentaje de abonados adherido, la insuficiencia probatoria respecto de la necesidad de distinguir entre la variada oferta de las transmisiones de fútbol, extremos eminentemente fácticos que, más allá de su acierto o error, han sido valorados con fundamentos que excluyen la tacha de arbitrariedad que alega el apelante.

V

Resta hacer referencia a la invocada omisión de análisis de la posible afectación del interés económico general que también requiere el artículo 1º de la ley 22.262 (ver fojas 9 del escrito de queja). En primer lugar debo recordar, tal como V.E. lo ha sostenido, que la determinación de ese recaudo también suscita el examen de cuestiones de hecho y prueba extrañas como regla y por su naturaleza a la instancia del artículo 14 de la ley 48 (Fallos: 325:1702, considerando 10, primer párrafo, pág. 1721).

Sin perjuicio de ello, resulta pertinente señalar que no obstante que el a quo expresó, efectivamente, que en las condiciones del sub júdice se hacía innecesario examinar ese extremo (ver apartado 87 y concordantes del fallo), afirmó que no se había alcanzado a

demostrar que como consecuencia de los acuerdos cuestionados, los precios finales se hubieran mantenido artificialmente elevados en perjuicio de los consumidores (apartado 85), ni que un costo menor del abono codificado hubiera beneficiado la libre competencia (apartados 77 y 78).

Si bien se trata de afirmaciones que no han sido refutadas en la apelación, aun cuando ellas sólo indican insuficiencias probatorias de la actuación administrativa (v.gr. puntos 200, 203 y 211 del dictamen citado), en razón de aludir a aquel trascendente elemento del tipo legal, estimo pertinente señalar en cuanto al nivel de los precios, que en el propio dictamen de la Comisión de Defensa de la Competencia se admite que durante el año 1996 las operadoras cobraron un monto superior al umbral mínimo establecido en los contratos celebrados con la empresa Tele Red Imagen S.A., conducta que también observó una de ellas durante el año 1998 (ver apartados nº 166 a 168).

Aun cuando esto haya importado, tal como allí se sostiene, el cumplimiento de los precios mínimos convenidos, al haber tolerado el mercado esos valores mayores es posible dudar de aquella conclusión sobre su "artificial elevación" y sobre el perjuicio a los consumidores por tener que pagar "un precio mayor al que hubiera regido de no haberse registrado la conducta imputada", máxime por tratarse de aspectos de significación en orden a la acreditación del daño al interés económico general (ver apartados nº 203 y 211 del dictamen y también la resolución nº 28/2002, ya citada, a fojas 906/16 de los autos principales, en especial fojas 911).

En estas condiciones, sin dejar de lado el carácter fáctico de la cuestión y con prescindencia de que las empresas hayan detentado o no una posición dominante y, en su caso, abusado de ella (conf. acápite IV de este dictamen), cabe afirmar que el apelante no ha demostrado que el temperamento seguido por la Cámara, en tanto omitió abordar, por aquellos motivos, el examen sobre la posibilidad del menoscabo que requiere el tipo legal aplicable (conf. Fallos: 324:3381), haya carecido de sustento razonable.

VI

En razón de lo expuesto, debe concluirse que la sentencia impugnada se ha fundado, sin arbitrariedad, en la señalada insuficiencia probatoria en cuanto al requisito de afectación de la competencia tanto entre las operadoras investigadas como por la eventual exclusión de otras concurrentes, y en una valoración de las constancias de autos diversa a la propuesta por el recurrente -aunque propia de los jueces de la causa- respecto del mercado relevante y de la posición de dominio.

Por ello, opino que V.E. debe desestimar la queja de fojas 3/14.

Buenos Aires, 31 de agosto de 2005.

EDUARDO EZEQUIEL CASAL

ES COPIA