

"PAPEL PRENSA S/ INCIDENTE DE APELACIÓN."

S.C. P. 680, L. XLVII

Procuración General de la Nación

Suprema Corte:

—I—

La Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico anuló la resolución de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) nro. 132/2010, que había ordenado a Papel Prensa SA que se abstuviera de discriminar, de manera injustificada, en la entrega de papel para diario a sus clientes (fs. 87/vta. de los autos principales, a los que me referiré en lo sucesivo).

Para así decidir, el tribunal juzgó que la CNDC carece de competencia para dictar las medidas previstas en el artículo 35 de la ley 25.156.

—II—

El Estado Nacional —Ministerio de Economía y Producción— interpuso recurso extraordinario (fs. 95/114), que fue declarado inadmisibile por el tribunal *a quo* (fs. 144/vta.), lo que, finalmente, dio lugar a la deducción del presente recurso de queja.

El apelante aduce que la sentencia recurrida tiene una trascendencia que excede las circunstancias de la causa porque compromete el ejercicio del poder de policía en materia de defensa de la competencia por parte de la CNDC. Alega que ello produce una desprotección del interés económico general, así como perjudica a los usuarios y consumidores, lo que, en definitiva, vulnera el artículo 42 de la Constitución Nacional.

En lo sustancial, el impugnante sostiene que el *a quo* realizó una interpretación errónea e irrazonable de las atribuciones establecidas en los artículos 35 y 58 de la ley 25.156. Agrega que la decisión ignoró precedentes jurisprudenciales en los que se había admitido la facultad de la CNDC para dictar medidas de esa naturaleza.

—III—

En mi opinión, el recurso es formalmente admisible toda vez que se ha puesto en tela de juicio la interpretación de las leyes 22.262 y 25.156 —en especial, los artículos 35 y 58 de la ley 25.156— y la decisión apelada ha sido contraria al derecho que el apelante fundó en ellas. Además, la decisión es definitiva y proviene del superior tribunal de la causa en tanto que, en virtud de su naturaleza, no puede ser revisada por otro tribunal.

—IV—

En el año 2010, la Secretaría de Comercio Interior giró a la CNDC una denuncia presentada por Julio Delgado, en su carácter de presidente de la cooperativa de trabajo que publica en la provincia de La Rioja el diario El Independiente. En esa ocasión, manifestó que el día 27 de setiembre de 2010 había realizado y pagado un pedido de una carga de papel a la empresa Papel Prensa SA. Agregó que, sin embargo, Papel Prensa SA incurrió en una demora injustificada en la entrega de ese insumo, lo que hizo peligrar la regular edición del periódico, al punto que el sábado 3 y el domingo 4 de octubre de 2010 debió realizar una tirada de emergencia. Enfatizó que la demora en la entrega de papel coarta la libre expresión de esa editorial local y provoca incertidumbre laboral en los integrantes de la cooperativa (fs. 1/5 de las actuaciones administrativas S01:0366025/2010).

Ante ello, la CNDC inició un procedimiento para investigar la posible violación a la Ley de Defensa de la Competencia (ley 25.156). En ese marco, la CNDC —con sustento en los artículos 35 y 58— ordenó a Papel Prensa SA que se abstuviera de discriminar en la entrega de papel para diario a sus clientes de manera injustificada con respecto a las condiciones temporales otorgadas a sus empresas

Procuración General de la Nación

accionistas, controlantes y/o controladas (resolución CNDC nro. 132/10, fs. 7/10 de las actuaciones administrativas señaladas).

La decisión se fundó en que la conducta imputada a Papel Prensa SA podía constituir, en principio, una violación a la Ley de Defensa de la Competencia en perjuicio del bienestar general. La CNDC tuvo especialmente en cuenta que Papel Prensa SA es el único proveedor a nivel local de papel de diarios y que se trata de un insumo esencial para la edición de un periódico. Sobre la base de las pruebas producidas, la CNDC consideró que Papel Prensa SA estaría incurriendo en conductas discriminatorias que generarían condiciones desventajosas para quienes no forman parte de su grupo económico. Apuntó que la conducta imputada “residiría en un trato discriminatorio efectuado con las empresas no vinculadas con relación a sus principales accionistas de Papel Prensa” (fs. 8 de las actuaciones administrativas señaladas).

En el caso, la CNDC puntualizó que “siendo este insumo un producto cuya demanda requiere previsibilidad a fin de garantizar la periodicidad en la publicación de un diario, cualquier limitación intempestiva efectuada por la única empresa productora de papel para diario en nuestro país, con la cual El Independiente tiene una relación comercial, haría suponer la existencia de una conducta de carácter exclusorio” (fs. citadas).

Por las razones expuestas, y considerando especialmente la urgencia y el riesgo cierto de generar un perjuicio a la regular edición del diario El Independiente, la CNDC adoptó la medida aquí cuestionada.

-V-

Una de las principales finalidades del régimen de defensa de la competencia es velar por el correcto funcionamiento del mercado e impedir la

competencia desleal, en beneficio de los competidores, de los usuarios y consumidores y, en definitiva, del bienestar general (dictamen emitido en los autos “Cencosud SA s/ apelación resolución Comisión Nacional Defensa de la Competencia”, S.C. C. 73, L. XLVIII, del 26 de agosto del corriente año). La vinculación entre la defensa de la competencia y los derechos de los usuarios y consumidores ha sido recogida en los artículos 42 y 43 de nuestra Constitución Nacional.

Tal como expuse en el citado dictamen emitido en los autos “Cencosud SA s/ apelación resolución Comisión Nacional Defensa de la Competencia”, la actuación del Estado es esencial para controlar la existencia de prácticas anticompetitivas. Si bien los afectados directos tienen herramientas para proteger sus intereses cuando éstos se ven afectados por la realización de prácticas distorsivas (artículos 26 y 51, ley 25.156), la actuación del organismo estatal tiene diversas características que la tornan indispensable para la protección de los derechos.

En primer lugar, el control estatal puede ser realizado con anterioridad a la consumación de una concentración o práctica anticompetitiva, y sobre la base de la evaluación de su impacto general, esto es, considerando el conjunto de los intereses económicos que confluyen en el mercado. De este modo, la actuación del Estado es esencialmente preventiva y ello es particularmente relevante dado que las prácticas anticompetitivas causan daños que, por su naturaleza, son de imposible o difícil reparación ulterior. En segundo lugar, y más importante aún, los perjuicios producidos por una conducta anticompetitiva suelen diseminarse en millones de sujetos que en general carecen de los medios, la información e incluso los incentivos para promover una acción judicial o un reclamo formal de otra naturaleza.

Procuración General de la Nación

A los efectos de que la actuación estatal cumpla sus fines protectorios, la Ley de Defensa de la Competencia dota a la autoridad de aplicación administrativa de herramientas adecuadas y eficaces. Así, el artículo 35 de la ley 25.156 faculta a la autoridad de aplicación a dictar medidas asegurativas en cualquier etapa del procedimiento de investigación de conductas. A través de ellas, la autoridad de aplicación puede ordenar el cese o la abstención de una conducta lesiva, imponer el cumplimiento de ciertas condiciones y ordenar otras medidas que estime aptas para prevenir una lesión. Se trata de medidas que no ponen fin al procedimiento sino que procuran preservar el correcto funcionamiento del mercado y la competencia leal durante su tramitación, así como evitar que la consumación de una conducta ilegítima le quite eficacia a la actuación estatal, sobre todo en su faz preventiva. Cabe recordar que el régimen anterior de defensa de la competencia —ley 22.262 y decreto 2284/91, ratificado por la ley 24.307— atribuía a la autoridad de aplicación una facultad similar.

De este modo, la atribución del artículo 35 de la ley 25.156 asegura que el organismo, que realiza una investigación y que cuenta con la información, la especialidad, la experiencia y la agilidad para prevenir una lesión a los derechos constitucionales, tenga herramientas adecuadas para tornar útil su actuación (cf. doctrina de Fallos: 307:198, "Asorte S.A."). Por lo demás, los derechos de los destinatarios de las medidas están resguardados por el control judicial de la actuación del organismo administrativo en los términos del artículo 35 (cf. doctrina del fallo citado).

-VI-

En este marco, la decisión apelada, en cuanto entendió que la CNDC carece de facultades para dictar las medidas asegurativas previstas en el artículo 35 de la Ley de Defensa de la Competencia (ley 25.156), implica desconocer una atribución

legal que fue instituida para proteger el correcto funcionamiento del mercado y la competencia leal (artículos 42 y 43, Constitución Nacional) con la gravedad de que en el caso no están involucrados únicamente intereses pecuniarios, sino también derechos humanos fundamentales como la libertad de expresión e información (artículos 14 y 32 de la Constitución Nacional, artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos).

Cabe destacar que en los autos “Grupo Clarín SA y otros c/ PEN s/ acción declarativa” (S.C G. 439, L. XLIX, dictamen del 12 de julio del corriente año), sostuve que el derecho a la libertad de expresión comprende tanto el derecho de cada individuo a expresar su pensamiento y a difundirlo a través de cualquier medio apropiado, como el derecho colectivo a recibir todo tipo de información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-5/85, 13 de noviembre de 1985, párrafo 30). En tal oportunidad, enfatiqué la relevancia del pluralismo informativo como un bien jurídico esencial de la convivencia democrática.

A su vez, destacué la relevancia de la actuación del Estado en aras de proteger a las expresiones, a la información y a las ideas de la censura que proviene de la dinámica de un mercado que tiende a la concentración y de los poderes no estatales, esto es, los actores privados y la llamada “censura empresarial”. La ya citada Opinión Consultiva 5/85 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos advirtió sobre la existencia de prácticas provenientes de actores privados encaminadas a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones (párrafo 56). Ello

Procuración General de la Nación

explica que diversos instrumentos internacionales demanden una intervención estatal activa para procurar la vigencia de la libertad de expresión (Corte IDH, “Kimel vs. Argentina”, sentencia del 2 de mayo de 2008, párrafo 57; y “Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina”, sentencia del 29 de noviembre de 2011, párrafo 45; CIDH, Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, 2000; “Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión” en Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2012, Anexo, puntos G, 1 y 2; Comité de Derechos Humanos, Observación General n° 34, 2011; entre otros).

En el *sub lite*, la CNDC respondió con la urgencia que demanda la dinámica del mercado frente a la existencia de una práctica que podía afectar irremediablemente la libre competencia y q. e podía lesionar intereses especialmente sensibles. En efecto, la presunta discriminación a un competidor en el suministro de un insumo básico por parte de Papel Prensa SA podía configurar una práctica de competencia desleal, que tenía entidad para comprometer seriamente el derecho a dar información de la cooperativa de trabajo que edita el diario El Independiente, así como el derecho de la audiencia a recibir esa información. En virtud de las particularidades del caso, la exclusión de un competidor podía significar una censura al derecho a la información, tanto en su faz individual como colectiva.

Al respecto, no puede obviarse que el Grupo Clarín SA —quien es accionista mayoritario de Papel Prensa SA— controla en forma directa o indirecta los diarios Clarín y La Voz del Interior (“Memoria y Estados Contables al 31 de diciembre de 2010”, información pública disponible en www.cnv.gov.ar). Ambos diarios —tal como es informado en sus sitios web, www.comercial.agea.com.ar y www.lavozdelinterior.com.ar— compiten en la provincia de La Rioja con el periódico editado por la cooperativa de trabajo aquí denunciante. Ese oligopolio vertical coloca

al Grupo Clarín SA y a sus empresas controladas en una situación de ventaja —en razón del control del insumo básico de la prensa escrita—, que puede ser utilizada para excluir a sus competidores en forma desleal.

Ante ese escenario fáctico, la CNDC dictó la resolución 132/2010 —aquí cuestionada— en ejercicio de la facultad prevista en el artículo 35 de la ley 25.156 y en el ámbito de su actuación específica, esto es, la instrucción de un procedimiento para determinar la existencia de una lesión a la competencia. Tanto en el marco de la ley anterior de defensa de la competencia —ley 22.262— como en la actual —artículo 58, ley 25.156—, la CNDC es el órgano que inicia, insta y conduce la instrucción del procedimiento (artículos 12, 13, 14 y 17, ley 22.262). Precisamente, en el marco de la instrucción de un procedimiento y ante la información sobre una posible práctica de competencia desleal, dispuso la medida cuestionada a fin de tornar útil su actuación y prevenir lesiones irreparables (cf. doctrina de Fallos: 307:198, “Asorte SA”).

Cabe aclarar que este caso es distinto a los resueltos por la Corte Suprema en los que se controvertía la facultad de la CNDC para autorizar operaciones de concentración económica y para desestimar denuncias por cuestiones de mérito (Fallos: 330:2527; 331:781; 334:1609; S.C. R. 1170, L. XLII, “Recreativos Franco s/ apel. resolución Comisión Nacional Defensa de la Competencia”, del 26 de diciembre de 2006; S.C. A. 779, L. XLVII, “AMX Argentina SA c/ Telefónica Móviles SA s/apel. resolución Comisión Nacional Defensa de la Competencia”, del 30 de octubre de 2012). Allí no estaba discutida la facultad de la CNDC para dictar una medida asegurativa de los derechos involucrados y de la eficacia de la instrucción a su cargo. Se trataba de medidas de otra índole, que el régimen de la ley 22.262 atribuía en forma expresa al Secretario de Comercio Interior. Por el contrario, el

Procuración General de la Nación

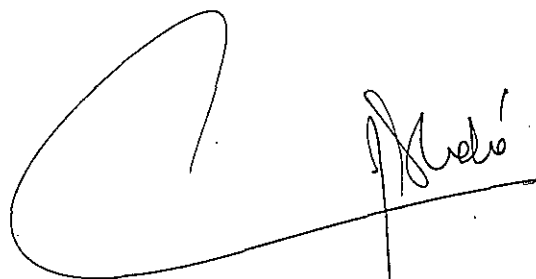
decreto 2284/91, ratificado por la ley 24.307, atribuía facultades para dictar medidas asegurativas a la autoridad de aplicación de la ley 22.262 sin contener una distribución expresa entre el Secretario y la Comisión.

Más importante aún, en los casos citados no estaban en juego derechos humanos fundamentales como la libertad de expresión e información (artículos 14 y 32 de la Constitución Nacional, artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos).

-VII-

Por las razones expuestas, entiendo que corresponde hacer lugar a la queja interpuesta, declarar procedente el recurso extraordinario y dejar sin efecto el pronunciamiento apelado devolviendo las actuaciones para que, por quien corresponda, se dicte nuevo pronunciamiento con arreglo a derecho.

Buenos Aires, 27 de septiembre de 2013.



ALEJANDRA GILS CARBÓ
PROCURADORA GENERAL DE LA NACIÓN



MARIANA N. MARCHISIO
Prosecretaria Administrativa
Procuración General de la Nación