

"TELEDIFUSORA SAN MIGUEL ARCÁNGEL SA. S/ APEL. RES. COMISIÓN NAC DE LA COMPETENCIA."

S.C. T. 421, L. XLVII

Suprema Corte:

—I—

La Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal revocó la resolución nro. 69/2010 dictada por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) que había ordenado a Teledifusora San Miguel Arcángel SA (Telered SA) reponer en su grilla de programación a la señal CN23 (fs. 111/116).

El tribunal consideró que la CNDC carece de competencia para dictar la resolución apelada. Expuso que durante el régimen transitorio previsto en el artículo 58 de la Ley de Defensa de la Competencia (ley 25.156) la autoridad de aplicación de la ley comprende a la CNDC, que tiene facultades de instrucción y asesoramiento, y al órgano ejecutivo de la cartera económica, que concentra las facultades resolutorias. En particular, entendió que los artículos 35 y 58 de la citada norma no le otorgan competencia a la CNDC para dictar medidas preventivas.

Adujo que la falta de constitución y puesta en funcionamiento del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia no tiene como consecuencia que la CNDC se encuentre investida de las mismas facultades acordadas por la ley 25.156 a ese tribunal.

—II—

El Estado Nacional —Ministerio de Economía y Producción— interpuso recurso extraordinario (fs. 120/141), que fue concedido únicamente en cuanto se refiere a la interpretación de normas federales (fs. 145).

En lo sustancial, aduce que el caso presenta gravedad institucional y una trascendencia que excede las circunstancias de la causa, al comprometer el

ejercicio del poder de policía en materia de defensa de la competencia por parte de la CNDC.

Señala que la sentencia apelada interpretó en forma arbitraria los alcances de las leyes 22.262 y 25.156, en especial el artículo 58 de la ley 25.156, que le otorga facultades para dictar la decisión cuestionada. Considera, en ese orden, que la interpretación de la ley 25.156 realizada por el tribunal *a quo* implica frustrar gran parte de las investigaciones y desconocer precedentes jurisprudenciales en los que se había admitido la competencia de la CNDC.

–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, y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa ha sido contraria al derecho que el apelante fundó en ellas.

–IV–

En el año 2010, la Secretaría de Comercio Interior giró a la CNDC una denuncia presentada por Soluciones Logísticas SA, en su carácter de administrador de la señal CN23. El denunciante relató que el distribuidor de señales audiovisuales Telered SA —que, aclaró, es una empresa que forma parte del conglomerado mediático conocido como Grupo Clarín— dio de baja a la señal CN23 de su grilla de programación en forma repentina e infundada. Enfatizó que esa señal de información compite con la señal TN producida por el Grupo Clarín. Agregó que Cablevisión SA, que forma parte del mismo conglomerado mediático y que concentra casi el 75% del mercado de la distribución de señales en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en el Área Metropolitana de Buenos Aires, se negó invariablemente a transmitir la señal CN23 (fs. 2, 3/5 y 7/16 del expediente administrativo S01:0194714/2010).

En suma, el denunciante afirmó que el Grupo Clarín abusó de su posición oligopólica para excluir e impedir el ingreso de señales competidoras. Concluyó que esa conducta anticompetitiva ha puesto a su compañía en una situación de vulnerabilidad en perjuicio de sus intereses particulares y del derecho de la audiencia al pluralismo informativo.

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, en ejercicio de las facultades previstas en el artículo 35 de la citada ley, ordenó a Telered SA reponer en su grilla de programación la señal CN23 (resolución nro. 69/10, fs. 98/103 de las actuaciones administrativas). En el mismo sentido, ordenó a Cablevisión SA que garantice el acceso a la grilla a la mencionada señal en condiciones no discriminatorias, lo que aquí no se encuentra controvertido (resolución nro. 70/10; fs. 109/16 de las actuaciones administrativas).

La decisión cuestionada se fundó en que la conducta imputada a Telered SA podía constituir, en principio, una violación a la ley 25.156 en perjuicio del bienestar general. La CNDC tuvo especialmente en cuenta que Telered SA es parte del Grupo Clarín —quien detenta una situación oligopólica en el mercado de la distribución de señales— y produce señales que serían sustitutas de la señal CN23 generada por el denunciante.

Apuntó que en el marco del dictamen nro. 637 del 7 de diciembre de 2007, en el cual se condicionó la fusión entre Cablevisión SA y Multicanal SA, la CNDC consideró que esas sociedades debían garantizar una ubicación en la grilla de programación de Cablevisión SA, Teledigital Cable SA y Multicanal SA a los proveedores de señales televisivas, sean o no competidores de sus empresas controladas. Agregó que precisamente el incumplimiento de ese compromiso fue una

de las razones por las cuales se revocó la autorización de la fusión (resolución nro. 113/2010 del Ministerio de Economía).

La CNDC concluyó que la conducta denunciada podría configurar una práctica de competencia desleal en tanto Telered SA habría abusado de la situación oligopólica en la que se encuentra para impedir el acceso al mercado de señales competidoras. Agregó que ello importa una restricción de la oferta a los consumidores, a quienes se obliga a acceder a los contenidos generados por Telered SA y sus empresas vinculadas. Por las razones expuestas, y considerando especialmente los perjuicios irreparables que podría generar el abuso del oligopolio para el competidor denunciante y para los consumidores, 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.

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 SA”). 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 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 que podía lesionar intereses especialmente

sensibles. La presunta exclusión de una señal informativa, que compite con las producidas por las sociedades vinculadas con la distribuidora de señales Telered SA, podía configurar una práctica de competencia desleal, que tenía entidad para comprometer seriamente el derecho a dar información del productor de la señal CN23, 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.

Ante ese escenario fáctico, la CNDC dictó la resolución 69/2010 — 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 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 al recurso extraordinario interpuesto 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.

ES COPIA

ALEJANDRA MAGDALENA GILS CARBÓ

  
ADRIANA M. MARCHISIO  
Prosecretaría Administrativa  
Procuración General de la Nación

