

Suprema Corte:

-I-

La Sala A de la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario confirmó la resolución nro. 219/10 dictada por el Secretario de Comercio Interior de la Nación en cuanto había impuesto una multa a las empresas Cablevisión SA y Multicanal SA por concertar una distribución del mercado del servicio de televisión por cable en la Ciudad de Santa Fe en violación a los artículos 1; 2, inciso *b*; y 3 de la ley de defensa de la competencia (ley 22.262, LDC). Sin embargo, redujo el monto de la sanción y revocó la resolución en cuanto había dispuesto el cese de la conducta distorsiva de la competencia (fs. 109/20).

En primer término, rechazó el planteo de prescripción de la acción. Por un lado, observó que en su resolución del 15 de diciembre de 2011 ya había rechazado la defensa según la cual la prescripción había operado desde la supuesta concertación del mercado hasta el inicio de las actuaciones administrativas. Por otro lado, señaló que las empresas dedujeron un nuevo planteo con relación al tiempo transcurrido entre el inicio de las actuaciones administrativas y su culminación. Al respecto, el tribunal observó que la concertación del reparto del mercado constituye una conducta continua de distorsión de la competencia. Entendió aplicable al caso el plazo de seis años para el cómputo de la prescripción, de conformidad con lo establecido en el artículo 35 de la LDC, por lo que juzgó que no transcurrió ese lapso entre el inicio de la investigación administrativa y su culminación.

En lo sustancial, consideró que se encontraba probado que las empresas Cablevisión SA y Multicanal SA se distribuyeron el mercado del

servicio de televisión por cable de la Ciudad de Santa Fe a través del reparto de zonas y de clientela. Agregó que de ese modo impidieron a los consumidores elegir libremente a las empresas proveedoras de dicho servicio, por lo que la conducta implicó una restricción de la competencia en perjuicio del bienestar general y de los consumidores. Juzgó que esa conducta se encuentra prohibida por el artículo 1 de la LDC. Redujo el monto de la multa de pesos dos millones quinientos mil a dos millones de pesos al meritarse que las accionadas no registraban sanciones anteriores.

Por último, entendió que la orden de cese de la conducta imputada devino abstracta a raíz de la fusión operada entre Multicanal SA y Cablevisión SA, que fue aprobada por la resolución SCI 257/2007.

—II—

Contra dicho pronunciamiento interpusieron sendos recursos extraordinarios las empresas Multicanal SA y Cablevisión SA —en forma conjunta—, y el Estado Nacional (fs. 125/144 y 146/159, respectivamente).

Las empresas centran su reproche en el rechazo del planteo de prescripción. En tal sentido, sostienen que la conducta que se les atribuye constituye una infracción administrativa cuyo plazo de prescripción es de dos años, y no de seis como entendió el tribunal *a quo*. Alegan que la decisión se apartó del precedente de la Corte Suprema recaído en Fallos: 325:1702.

En cuanto al cómputo del plazo de la prescripción, afirman que la conducta que se les imputa es de carácter instantáneo en tanto no sólo ocurrió en un momento determinado y estuvo limitada en el tiempo, sino que también fueron limitados sus efectos. Al respecto arguyen que, aun de considerarse

la conducta como continuada, aquélla habría cesado en septiembre de 2006 ante la fusión de Cablevisión SA y Multicanal SA.

Por otro lado, sostienen que la decisión es arbitraria en tanto rechazó el planteo de nulidad de la pericia contable, excluyó a la televisión satelital al evaluar el mercado relevante y omitió considerar el ingreso al mercado de Gigacable SA. Cuestionan, a su vez, el cambio en el objeto de reproche. Por último, sostienen que la fijación del monto de la multa es arbitraria e irrazonable.

El Estado Nacional, por su parte, considera que la cuestión debatida configura un supuesto de gravedad institucional. En cuanto al monto de la multa, sostiene que su reducción en un veinte por ciento ha sido efectuada de modo infundado y dogmático, con un único argumento basado en la ausencia de antecedentes de las accionadas. Luego, en relación con la revocación de la orden de cese, señala que este temperamento permitiría a las sancionadas mantener la situación anterior a la sanción. En tal sentido, afirma que la autorización de la fusión aprobada por resolución de la Secretaría de Comercio Interior 257/2007 fue, a su vez, dejada sin efecto por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas — mediante resolución nro. 113/2010— por considerarse incumplido el compromiso aceptado mediante el dictado de la primera. Por ello, concluye que la declaración de la cuestión como abstracta es un formalismo dogmático.

–III–

La Sala A de la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario concedió los dos recursos extraordinarios en la medida en que las partes pusieron en tela de juicio la interpretación de la ley 22.262.

Por su parte, los denegó respecto a las causales de arbitrariedad y gravedad institucional (fs. 201/202). Ello motivó la interposición por parte del Estado Nacional de la correspondiente queja (cf. expediente S.C. M. 1301, L. XLVIII).

A mi entender, la cámara ha declarado correctamente admisibles las dos apelaciones federales interpuestas (artículo 14, inciso 1, de la ley 48, y Fallos: 329:972, entre otros) en tanto las partes han objetado la inteligencia asignada a la ley 22.262, cuya naturaleza federal ha sido reconocida por el Tribunal (Fallos: 307:2091, entre otros), y la decisión definitiva impugnada ha sido contraria a las pretensiones que los recurrentes han fundado en ellas.

A su vez, la cámara ha denegado en forma correcta el recurso extraordinario federal en tanto se cuestiona la graduación de la sanción impuesta toda vez que ello remite al examen de cuestiones de hecho y prueba ajenos, por naturaleza, a dicha instancia recursiva y, en el caso, no se vislumbra arbitrariedad en la decisión recurrida.

Sin embargo no ha hecho lo propio en torno al reproche de arbitrariedad efectuado por el Estado Nacional con relación a la revocación de la orden de cese dictada por el Secretario de Comercio Interior, en tanto su rechazo no ha sido debidamente fundado. En mi opinión, corresponde hacer lugar a la queja articulada en cuanto a este último agravio en tanto, como se verá en lo sucesivo, no se han ponderado circunstancias fácticas y jurídicas del caso que resultan decisivas para la resolución del pleito.

-IV-

El presente caso se inició a raíz de la denuncia efectuada por la Asociación ADELCO (Acción del Consumidor), en los términos del artículo 17 de la LDC, contra Cablevisión SA y Multicanal SA por la realización de prácticas de distribución del mercado y de abuso de posición dominante en perjuicio de los consumidores de la Ciudad de Santa Fe. La asociación señaló que como resultado de esas prácticas los abonados fueron transferidos en forma inconsulta a otra prestadora de servicios de televisión por cable, se modificó la grilla de programación, se suprimieron canales, se concertó el precio del servicio y se eliminó la competencia que existía en el ámbito local (fs. 1/3 del expediente administrativo S01:023414/1998).

Ante ello, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) inició un procedimiento para investigar la posible violación a la Ley de Defensa de la Competencia. En ese marco, el Secretario de Comercio Interior, compartiendo las conclusiones de la CNDC, dictó la resolución en crisis por la cual declaró a las empresas Cablevisión SA y Multicanal SA responsables de realizar una concertación del mercado en la Ciudad de Santa Fe, aplicó una multa solidaria de pesos dos millones quinientos mil a cada una y ordenó el inmediato cese de la conducta distorsiva de la competencia (resolución SCI nro. 219/10).

Dicha resolución tuvo por probado que las empresas denunciadas adquirieron el paquete accionario de empresas independientes y competidoras entre sí en el mercado de la televisión por cable de la Ciudad de Santa Fe, a saber: Video Cable Comunicación SA (VCC, que, a su vez, controlaba Video Cable 6 SA y Teledifusora SA), Cablevideo SA y Cablevisión Galvez SA. Luego de un proceso de reorganización societaria, las empresas adquirentes se dividieron las

redes, los abonados y las zonas, de modo tal que eliminaron la competencia y, por lo tanto, los beneficios que conlleva la puja entre competidores para el bienestar general y para los consumidores. Asimismo, la resolución cuestionada consideró que esa concertación del mercado se mantuvo, al menos, hasta el año 2006, cuando las empresas Cablevisión SA y Multicanal SA se fusionaron.

–V–

Reseñados los antecedentes del caso, corresponde señalar respecto al agravio relativo a la prescripción planteado por Cablevisión SA y Multicanal SA, que la inteligencia y aplicación del aludido instituto constituye un tópico de hecho, prueba y derecho común, reservado al tribunal de la causa y ajeno, por principio, a la instancia extraordinaria (Fallos: 331:1099, entre otros), más aun teniendo en cuenta que no fue concedido el recurso extraordinario en lo que a dicho tema respecta, sin que se haya incoado la pertinente presentación directa.

Sin perjuicio de ello, cabe destacar que las partes ya habían efectuado un planteo previo de prescripción en la presente causa (fs. 1115/20 del expediente administrativo) con base en el lapso transcurrido entre los hechos imputados y la resolución de la CNDC nro. 814 del 17 de junio de 2004, por la que se dio por concluida la instrucción sumarial y se dio traslado a las partes de la conducta imputada. Esa defensa fue rechazada en su oportunidad por el tribunal de alzada y, recurrida ante la Corte Suprema, ésta entendió que el recurso era inadmisibles (S.C. C. 1486, L. XLVII, “Cablevisión SA s/ ley 22.262 - incidente de prescripción”, sentencia del 28 de mayo de 2013).

Para más, estimo oportuno recalcar que la sanción aplicada en el caso constituye una infracción administrativa impuesta en los términos del artículo 26 de la ley 22.262. Por lo tanto, entiendo —a diferencia de lo resuelto por el tribunal *a quo*— que el plazo para la prescripción de la acción es el previsto en los artículos 62, inciso 5, y concordantes del Código Penal (cf. sección III del dictamen de esta Procuración General de la Nación en los autos S.C. Y. 1, L. XXXVII, “Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. s/ley 22262”).

Sin embargo, en el caso, la acción no se encuentra prescripta. La conducta sancionada —la concertación geográfica y de clientes del mercado de televisión por cable— se perpetuó durante todo el lapso de tiempo que duró el acuerdo entre las partes por el cual se repartían el mercado. Ese concierto se mantuvo, al menos, hasta el año 2006, cuando ambas empresas se fusionaron. Así lo entendió el *a quo*, y ello no fue controvertido por las partes ante esta instancia. Por ello, al menos hasta ese momento, no comenzó a computarse el plazo, en tanto, de acuerdo al artículo 63 del Código Penal, el plazo empieza a correr “desde la medianoche del día en que se cometió el delito o, si éste fuese continuo, en que cesó de cometerse”.

Además, tal como profundizaré en la sección VII, la mentada fusión no se encuentra consolidada en tanto la autoridad de contralor dejó sin efecto la aprobación de la concentración (resolución SCI 1011/2009 y ME 113/2010), lo que se encuentra controvertido judicialmente y pendiente de una decisión definitiva.

Por otro lado, cabe destacar que desde el año 2006 hasta el dictado de la resolución nro. 219/10 aquí cuestionada, la Administración demostró sin solución de continuidad su voluntad de instar el proceso y de ejercer su facultad

sancionatoria. En el citado expediente administrativo, las actuaciones de fojas 1247 (19.06.2006), 1267 (17.07.2007) —v. que el 22 de octubre de 2007 el expediente fue remitido a la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario ante el recurso deducido por Cablevisión SA y Multicanal SA, y que las actuaciones fueron devueltas recién el 29 de septiembre de 2008—, 1302/5 (10.06.2009), 1341/2 (25.06.2009), 1343 (30.06.2009), 1349 (14.07.2009), 1355 (11.08.2009), 1397 (8.10.2009), 1402 (6.11.2009), 1406 (9.11.2009), 1430 (3.12.2009), 1534 (28.12.2009), 1535/7 (29.12.2009), 1823 (7.06.2010), 1838/1904 (15.06.2010) y 1905 (17.06.2010) demuestran esa voluntad, por lo que tienen entidad para interrumpir el transcurso de la prescripción.

Con relación a las causales de interrupción de la prescripción mencionadas en el artículo 67 del Código Penal, considero que no se aplican automáticamente al procedimiento previsto por la ley 22.262, sino que deben adaptarse a las particulares características de este proceso administrativo. Cabe destacar que esa Corte Suprema ha reiterado recientemente (Fallos: 335:1089) que los principios y reglas del derecho penal son aplicables en el ámbito de las sanciones administrativas (Fallos: 289:336; 329:3666, entre muchos otros) en la medida en que resulten compatibles con el régimen jurídico diseñado por las normas especiales (Fallos: 311:2453) y siempre que la solución no esté prevista en el ordenamiento jurídico específico.

—VI—

Por último, corresponde tratar el agravio del Estado vinculado a la revocación de la orden de cese de la conducta distorsiva. Al respecto,

el tribunal *a quo* entendió que la cuestión devino abstracta al efectivizarse la operación de concentración aprobada por la resolución SCI nro. 257/07.

En mi opinión, el *a quo* ha omitido ponderar cuestiones fácticas y jurídicas conducentes para la correcta dilucidación del pleito, por lo que la sentencia apelada debe ser dejada sin efecto en este aspecto.

Así, se torna imperioso analizar los antecedentes y el estado actual de la operación de concentración económica en cuestión para esclarecer sus alcances en la presente causa. Al respecto, cabe recordar que en el mes de octubre de 2006 se notificó a la CNDC, en los términos del artículo 8 de la ley 25.156 de defensa de la competencia, actualmente vigente, una operación de concentración económica por medio de la cual empresas del Grupo Clarín SA y Fintech Advisory Inc. adquirieron respectivamente el 60% y el 40% de las acciones de la empresa Cablevisión SA. Esta última, a su vez, adquirió el 98,54% de las acciones de Multicanal SA, el 99,98% de las acciones de la empresa Teledigital SA y, por intermedio de Multicanal SA, el 100% de la empresa Primera Red Interactiva de Medios Argentinos SA.

En diciembre de 2007, la Secretaría de Comercio sujetó la aprobación de la operación al cumplimiento de diversos compromisos asumidos por las partes (resolución SCI nro. 257/07). Tras una auditoría sobre el cumplimiento del compromiso y en ejercicio de su función de contralor, la CNDC emitió el dictamen 770 en el año 2009, en el que consideró que las empresas incumplieron los términos de la resolución SCI 257/07 afectando gravemente el bienestar general, la libre competencia y los derechos de los consumidores. Ante ello, el Secretario de Comercio Interior dictó la resolución 1011/2009, en la que consideró incumplido el compromiso y declaró el cese de los efectos de la autorización otorgada. Por su

parte, por medio de la resolución ME 113/2010, se rechazaron los planteos de las empresas y se consideró incumplido el compromiso, estableciéndose un plazo de 6 meses para que se realicen todos los actos para dar cumplimiento al cese de la concentración. Dicha resolución se encuentra cuestionada judicialmente por las empresas.

En este marco fáctico, luce, al menos, prematura la decisión apelada en cuanto sostuvo que la orden de cese devino abstracta ante la operación de concentración. En efecto, la fusión aún no se encuentra consolidada. En el caso de que las resoluciones SCI 1011/2009 y ME 113/2010 queden firmes, la fusión quedaría sin efecto y la orden de cese dictada por la CNDC tendría la virtualidad de impedir que Cablevisión SA y Multicanal SA puedan distorsionar la competencia a través de prácticas de concertación del mercado.

De este modo, entiendo que la resolución apelada luce arbitraria en tanto ha prescindido de valorar la falta de consolidación de la operación de fusión y su implicancia en la cuestión debatida. En el caso, esa decisión atenta contra los artículos 42 y 43 de la Constitución Nacional, que tutelan el correcto funcionamiento del mercado y la competencia leal con la gravedad de que 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; cf. dictamen emitido

en los autos “Grupo Clarín SA y otros c/ PEN s/ acción declarativa”, S.C G. 439, L. XLIX, 12 de julio del 2013).

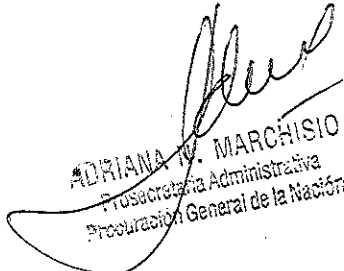
-VII-

Por todo lo expuesto, opino que corresponde rechazar la apelación extraordinaria interpuesta por Multicanal SA y Cablevisión SA; hacer lugar parcialmente al recurso extraordinario interpuesto por el Estado Nacional; y, en consecuencia, dejar sin efecto la sentencia apelada en lo relativo a la revocación de la orden de cese y confirmarla en cuanto al monto de la multa impuesta.

Buenos Aires, 24 de Febrero de 2014.

ES COPIA

ALEJANDRA MAGDALENA GILS CARBÓ


ADRIANA W. MARCHISIO
Prosecretaría Administrativa
Procuración General de la Nación