



República Argentina - Poder Ejecutivo Nacional
2020 - Año del General Manuel Belgrano

Resolución

Número:

Referencia: EX-2018-29816671-APN-DGD#MP - C.1687

VISTO el Expediente N° EX-2018-29816671-APN-DGD#MP, y

CONSIDERANDO:

Que el expediente citado en el Visto se inició el día 22 de junio de 2018, como consecuencia de la denuncia efectuada ante la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, organismo desconcentrado en la órbita de la SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR del ex MINISTERIO DE PRODUCCIÓN Y TRABAJO, de las firmas TELEFÓNICA DE ARGENTINA S.A. y AMX ARGENTINA S.A. contra la firma TELECOM ARGENTINA S.A., por supuesta infracción a la Ley N° 27.442.

Que en fecha 13 de junio de 2018, en el marco del Expediente N° EX-2017-19218822-APN-DDYME#MP, la firma TELEFÓNICA DE ARGENTINA S.A. denunció a la firma TELECOM ARGENTINA S.A., por la presunta comisión de conductas anticompetitivas, en violación a la Ley N° 27.442.

Que, denunció un abuso de posición de dominio de carácter excluyente, encuadrándolo en los Artículos 1° y 3° incisos d) y f) de la Ley N° 27.442, desde, al menos, el día 13 de junio de 2018 al presente, en todo el Territorio Nacional.

Que el día 5 de julio de 2018, se celebró la audiencia de ratificación de denuncia de la firma TELEFÓNICA ARGENTINA S.A., de conformidad con el Artículo 35 de la Ley N° 27.442.

Que en fecha 15 de junio de 2018, en el marco del Expediente N° EX-2017-20007888-APN-DDYME#MP, la firma AMX ARGENTINA S.A., efectuó una presentación, remitida a la presente causa el día 30 de agosto de 2018, donde denunció que las entidades, en ese momento fusionantes, TELECOM ARGENTINA S.A. y CABLEVISIÓN S.A., incurrieran en una clara y evidente conducta anticompetitiva contraria al interés económico general; ello, valiéndose del fortalecimiento de una posición de dominio entre las fusionantes, aún antes de que la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA se hubiese expedido sobre dicha concentración.

Que con fecha 1 de octubre de 2018, la mencionada Comisión Nacional confirió traslado de ambas denuncias a la firma TELECOM ARGENTINA S.A. a fin de que brinden explicaciones, de conformidad con el Artículo 38 de la Ley N° 27.442.

Que el día 30 de octubre de 2018, la firma TELECOM ARGENTINA S.A. brindó sus explicaciones en tiempo y forma, de conformidad con el Artículo 38 de la Ley N° 27.442 y a su vez solicitó se desestimen las denuncias incoadas por las firmas denunciadas.

Que, en el caso bajo análisis, la promoción objeto de denuncia no incluye la comercialización de DOS (2) productos o servicios distintos, uno de comunicaciones móviles y otro de video, TV o contenidos, o sea el de Flow, sino la bonificación en el uso de datos, que es un servicio provisto por los operadores de comunicaciones móviles, para quienes sean usuarios de los servicios de Flow; de hecho, la denuncia no indica que los servicios de comunicaciones móviles de Personal y de OTT de Flow sean ofrecidos en forma conjunta o en paquete.

Que, por otra parte, tampoco resulta probable que la conducta denunciada genere un cierre anticompetitivo del mercado ya que es preciso afirmar que la duración de las promociones no resulta lo suficientemente extensa como para generar un riesgo de exclusión de competidores en el mercado.

Que, de las promociones denunciadas en autos, la más duradera tiene una extensión de UN (1) mes y, asimismo, fue anunciada con una anticipación tan reducida que no resulta plausible que se genere un desplazamiento significativo de la demanda desde los operadores Claro y Movistar, hacia Personal.

Que a la luz de las consideraciones que anteceden, el hecho traído a conocimiento de la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA no reúne los elementos necesarios para constituir una violación a la Ley N° 27.442 y, en consecuencia, corresponde recomendar el archivo de las presentes actuaciones, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 40 de dicho plexo legal.

Que, la citada Comisión Nacional, emitió el Dictamen de fecha 15 de julio de 2019, correspondiente a la "C. 1687", aconsejando al señor Secretario de Comercio Interior, ordenar el archivo de las actuaciones conforme lo previsto en el Artículo 40 de la Ley N° 27.442.

Que la suscripta comparte los términos del mencionado Dictamen de Mayoría, al cual cabe remitirse en honor a la brevedad, incluyéndose como parte integrante de la presente medida.

Que, durante la tramitación de las presentes actuaciones, el día 24 de mayo de 2018, entró en vigencia la nueva Ley De Defensa de la Competencia N° 27.442 y su Decreto Reglamentario N° 480 de fecha 23 de mayo de 2018 derogando la Ley N° 25.156 que hasta entonces había regulado el ámbito de aplicación en la materia.

Que la Dirección General de Asuntos Jurídicos del ex MINISTERIO DE PRODUCCIÓN ha tomado la intervención que le compete

Que la infrascripta resulta competente para el dictado del presente acto en virtud de lo establecido en el Artículo 40 de la Ley N° 27.442, el Decreto N° 480/18 y el Decreto N° 50 de fecha 19 de diciembre de 2019.

Por ello,

LA SECRETARIA DE COMERCIO INTERIOR

RESUELVE:

ARTÍCULO 1°.- Ordénase el archivo de las presentes actuaciones, conforme lo previsto en el Artículo 40 de la Ley N° 27.442.

ARTÍCULO 2°.- Considéranse al Dictamen de Mayoría de fecha 15 de julio de 2019, correspondientes a la “C.1687” emitido por la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, organismo desconcentrado en la órbita de la SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR del ex MINISTERIO DE PRODUCCIÓN Y TRABAJO que, como IF-2019-63813251-APN-CNDC#MPYT, forma parte integrante de la presente medida.

ARTÍCULO 3°.- Notifíquese a las partes interesadas.

ARTÍCULO 4°.- Comuníquese y archívese.



República Argentina - Poder Ejecutivo Nacional
2019 - Año de la Exportación

Dictamen firma conjunta

Número:

Referencia: COND. 1687 - Voto mayoría-Dictamen archivo, art. 40, ley 27.442

SEÑOR SECRETARIO DE COMERCIO

Elevamos para su consideración el presente dictamen referido a las actuaciones que tramitan en el Expte. N° EX-2018-29816671- -APN-DGD#MP del registro del entonces MINISTERIO DE PRODUCCIÓN caratulado: “C. 1687 - TELECOM ARGENTINA S.A. Y OTROS S/ INFRACCIÓN LEY 27.442.”.

I. SUJETOS INTERVINIENTES

1. Las denunciadas son: a) TELEFÓNICA DE ARGENTINA S.A. (en adelante TELEFÓNICA”), empresa dedicada principalmente a la prestación de servicios de telecomunicaciones en general, telefonía fija, telefonía móvil (MOVISTAR, operadora de telefonía celular) y acceso a internet y AMX ARGENTINA S.A. (en adelante, “AMX”), firma que gira comercialmente bajo la denominación “CLARO”, y proporciona servicios de telefonía móvil, fija e Internet para clientes individuales y empresas, y brinda servicios de radiodifusión por suscripción (ambas en adelante “DENUNCIANTES”).
2. La denunciada es TELECOM ARGENTINA S.A. (en adelante “TELECOM”), empresa dedicada a las telecomunicaciones, que brinda servicios de telefonía e internet móvil (bajo la marca Personal), telefonía fija (bajo la marca Telecom), de banda ancha fija (bajo la marca Fibertel) y de televisión paga (bajo la marca Cablevisión).

II. LA DENUNCIA

TELEFÓNICA

3. El 13 de junio de 2018, en el marco de la concentración económica: EX-2017- 19218822-APN-DDYME#MP (Conc. 1507), caratulada: “CABLEVISIÓN S.A., CABLEVISIÓN HOLDING S.A., TELECOM ARGENTINA S.A., FINTECH MEDIA LLC Y FINTECH TELECOM LLC S/ NOTIFICACIÓN ART. 8 LEY N°25.156” (en adelante “CONCENTRACIÓN 1507”), TELEFÓNICA denunció a TELECOM, por la presunta comisión de conductas anticompetitivas, en violación a la Ley N° 27.442, de Defensa de la Competencia.
4. Denunció un abuso de posición de dominio de carácter exclusorio, encuadrándolo en los Arts. 1 y 3 incs. d) y f) de la Ley N° 27.442, desde, al menos, 13 de junio de 2018 al presente (conforme lo ratificado en la audiencia del 5 de julio de 2018), en todo el territorio nacional.
5. La denuncia está inmersa dentro de la preocupación que manifestó tener TELEFÓNICA en relación a los efectos anticompetitivos de la fusión TELECOM-CABLEVISIÓN en el mercado de telefonía móvil y televisión paga y su consecuente impacto en ofertas convergentes, teniendo en cuenta que TELECOM es el único oferente con capacidad para ofrecer ofertas combinadas de productos.

6. Específicamente manifestó que TELECOM lanzó una promoción consistente en otorgar a los clientes de PERSONAL, que a su vez tengan acceso a la plataforma FLOW (CABLEVISIÓN), la posibilidad de visualizar los partidos de la Copa del Mundo de Fútbol de Rusia 2018, a través de sus teléfonos móviles, sin que ello genere consumo de datos del plan contratado (zero rating o tasa cero). Agregó que TELECOM emitió numerosas campañas publicitarias relativas a dicha promoción en diversos medios masivos de comunicación bajo el slogan “nos unimos” (en referencia a PERSONAL y CABLEVISIÓN). Acompañó impresión de la página web a fin de respaldar este punto. De esa documental surge que la promoción dura desde el 14 de junio al 15 de julio de 2018 y para futuros mundiales. Sostuvo que esta podría ser la primera de muchas acciones comerciales de esta índole.

7. Esgrimió que hay conductas de paquetización y subsidios cruzados que se instrumentalizan gracias a un abuso de posición de dominio por parte de TELECOM. También entendió que existe un subsidio cruzado del tráfico de datos generado por la visualización de partidos del mundial, imposible de replicar por parte de los competidores. Ambos prestadores (PERSONAL y CABLEVISIÓN) se encuentran bajo una misma entidad jurídica y económica, convirtiendo el empaquetamiento en más grave y perjudicial para la competencia. Ejemplificó que, para ver un solo partido del mundial, luego de haber consumido la cuota mensual, mínimamente debería adquirirse un paquete adicional de 2GB a \$150. En otras palabras, un paquete de datos es suficiente para ver tan solo uno o dos partidos del mundial, dependiendo del plan contratado.

8. Fundamentó el perjuicio argumentando que, por un lado, el cliente de PERSONAL que no es cliente de CABLEVISIÓN se verá tentado de cambiar de proveedor de cable a fin de acceder al beneficio. Por el otro lado, el consumidor que ya es cliente de CABLEVISIÓN se verá cautivo y sin motivación para cambiar de proveedor ya que perdería el beneficio.

9. En este sentido, entendió que las prácticas denunciadas tienen la potencialidad suficiente de excluir o desincentivar la competencia en el mercado de servicios convergentes o el ingreso de nuevos jugadores en el mercado de TV PAGA. Así las cosas, señaló la posibilidad de un menoscabo significativo del market share de TELEFÓNICA y CLARO, toda vez que los clientes de telefonía móvil de dichas firmas que a su vez sean clientes de CABLEVISIÓN, encontrarán incentivos para portar sus líneas a PERSONAL, estribando en una evidente reducción de la competencia.

10. Por otra parte, hizo hincapié en que dicha acción promocional de TELECOM incumple el marco regulatorio y las órdenes impartidas por el ENACOM, trayendo a colación la Resolución de ese organismo: N°5644-E/2017 (art. 8) y la Ley 27.078 (art. 54).

11. Esgrimió que TELECOM debía cumplir expresamente con el Art. 95 inc. a) y f) de la Ley N° 27.078, como una clara señal de que la realización de paquetes de ofertas de productos y subsidios cruzados posee la entidad suficiente de restringir la competencia. Agregó que con el esquema de zero rating, TELECOM genera una ventaja competitiva artificial frente a otros operadores competidores como TELEFÓNICA y AMX ARGENTINA S.A. (CLARO). En otras palabras, al colocar bajo tasa cero el uso de su propia aplicación flow, genera una ilegítima fidelización de sus actuales clientes desincentivando la migración a otros proveedores actuales o potenciales. Indicó que TELECOM también incumple restricciones impuestas por ENACOM en lo que respecta a la posibilidad de las licenciatarias de efectuar una oferta integrada en determinadas localidades hasta el 1° de enero de 2019 (teniendo en cuenta que la promoción en cuestión es a nivel nacional, hay incumplimiento). Concluyó que TELECOM desobedece la normativa sectorial que le restringe ofrecer paquetes y subsidios cruzados. Radicó denuncia ante el ENACOM, no habiendo, al momento, éste resuelto al respecto. Acompañó copia de presentaciones efectuadas ante ENACOM.

12. Solicitó el dictado de una medida cautelar, en los términos del Art. 44 de la Ley N° 27.442, plasmando la argumentación acerca de la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora.

13. Entre otras peticiones y manifestaciones, solicitó que la denuncia que versa sobre los hechos antes resumidos sea instruida en otra causa, distinta a la mentada concentración económica, e hizo reserva del caso federal.

14. Consecuentemente, mediante providencia fechada 22 de junio del corriente, en el marco de la mentada fusión, se ordenó la formación de la presente causa.

15. El 5 de julio de 2018, se celebró en la sede de este organismo la audiencia de ratificación de denuncia con el apoderado de TELEFÓNICA, de conformidad con el art. 35 de la Ley N° 27.442.

16. El 22 de noviembre de 2018, TELEFÓNICA efectuó una nueva presentación ampliando la denuncia expuesta previamente, y solicitando una medida cautelar administrativa (artículo 44) de la ley 27.442.

17. En dicha oportunidad, denunció que, con la misma metodología llevada a cabo durante el Mundial de Rusia 2018, TELECOM estaría llevando a cabo prácticas similares, pero con motivo de la final de la Copa Conmebol Libertadores 2018 entre Boca y River, ofreciendo a los clientes que tienen el servicio de TV Paga y de contenidos Flow (de Cablevisión) y que, asimismo, sean clientes del servicio de comunicaciones móviles de PERSONAL, ver los partidos de fútbol de la final de dicha copa sin que ello implique consumir datos móviles.

18. Señaló que, por medio de la presente acción, TELECOM se encuentra extendiendo su posición dominante desde el mercado de servicios convergentes al mercado de servicios de telefonía móvil, a través de paquetes de servicios con efectos exclusorios, resultando en un claro perjuicio y una barrera a la entrada para sus competidores en el mercado de TV Paga.

19. Solicitó, de conformidad con lo normado por el artículo 44 de la Ley 27.442, el dictado de una medida cautelar ordenando a TELECOM que cese en la difusión y/o promoción de la acción consistente en la bonificación de datos de internet móvil generado como consecuencia de la visualización de los partidos de la Final de la Copa Libertadores y/o cualquier otro contenido, a través de la aplicación móvil “FLOW”. A su vez, en caso de haber entrado en vigencia dicha acción promocional, que se deje sin efecto la referida bonificación de datos móviles. Finalmente, que TELECOM se abstenga de incurrir en prácticas atadas que involucren la paquetización del servicio de telefonía móvil y el servicio de TV Paga, y subsidios cruzados entre precios de servicios donde tenga posición dominante y servicios en condiciones de competencia efectiva.

20. Finalmente, hizo Reserva del Caso Federal.

AMX

21. El 15 de junio de 2018, en el marco de la causa EX-2017-20007888-APNDDYME#MP, caratulada: “CABLEVISIÓN S.A. Y TELECOM ARG. S/INFRACCIÓN LEY 25.156 (C. 1659)”, AMX efectuó una presentación -remitida a la presente causa el 30 de agosto de 2018- donde denunció que las entidades -en ese momento- fusionantes, TELECOM y CABLEVISIÓN, incurrieran en una clara y evidente conducta anticompetitiva contraria al interés económico general. Ello, valiéndose del fortalecimiento de una posición de dominio entre las fusionantes, aún antes de que esta CNDC se hubiese expedido sobre dicha concentración.

22. Concreta y sucintamente, dijo que las empresas fusionantes ofrecían en forma “paquetizada” servicios provistos por cada una de ellas, a saber: el servicio de banda ancha móvil y el servicio de contenidos audiovisuales. Expresó que la oferta consistía en bonificar el consumo de datos de los clientes de telefonía móvil de TELECOM-PERSONAL para acceder, por ejemplo, a la televisación de los partidos de fútbol de la Copa Mundial de Fútbol 2018, o contenidos exclusivos de la aplicación FLOW y otras de CABLEVISIÓN. Tipificó la conducta que aquí nos ocupa genéricamente, en los términos del Art. 1 de la Ley N° 25.156, que correspondería al Art. 1 de la Ley N° 27.442, vigente a la fecha.

23. Indicó que la conducta comenzó en el año 2017, antes de la aprobación de la fusión TELECOM-CABLEVISIÓN, que se registraba la oferta que duplicaba los datos bajo la denominación “duplicate”, para los clientes de FIBERTEL y CABLEVISIÓN, que tuvo continuidad con ofertas para el mundial, en el mes de julio 2018, repitiéndose para distintas ofertas de contenidos y circunstancias. Ejemplificó con la oferta del día del amigo, en la que se bonificaron datos. Agregó que se suscitaba en todos los lugares donde CABLEVISIÓN, FIBERTEL y PERSONAL ofrecen sus servicios.

24. Describió los perjuicios generados a la competencia, dado que, prestadores como AMX no están en condiciones de generar ofertas análogas: “... la inesperada apertura de la competencia de 250 localidades o más, donde CABLEVISIÓN y TELECOM concentran las dos redes de banda ancha particularmente en la región norte del país, donde TELECOM es incumbente. Así como, por las arbitrarias condiciones de parte de la controlante de TELECOM respecto de la cesión de las señales locales. También se registran otras barreras legales por ejemplo por la normativa que exige el soterramiento por parte de los municipios, así como económicas por los costos que deben afrontar para soterrar vs la posibilidad de desplegar redes aéreas. Así como la naturaleza de costos hundidos de las redes, propiedad de TELECOM-CABLEVISIÓN”. Asimismo, describió los perjuicios para los consumidores en los siguientes términos: “Al ser una oferta irreplicable genera una oportunidad única tanto para el descreme como para la mantención y obtención de posición de dominio a partir de la cual se puede apropiarse del excedente del consumidor así como generar barreras insorteables de

acceso al mercado que imposibilitan que actores como AMX ARGENTINA S.A. estén en condiciones de ejercer su industria lícita en el marco de un mercado competitivo.”

25. En este orden de ideas, señaló que a través de su accionar, TELECOM extiende su posición dominante desde el mercado de servicios convergentes al mercado de telefonía móvil, a través de paquetes de servicios con efectos exclusorios.

26. Respaldó su denuncia con documental que consta de copia de publicidades donde se ilustra la mentada paquetización, informe técnico realizado por el estudio O'Farrell, relativo a la distorsión para la competencia derivada de la fusión TELECOM-CABLEVISIÓN.

27. El 18 de septiembre de 2018, se celebró en la sede de este organismo la audiencia de ratificación de denuncia con el apoderado de AMX, de conformidad con el art. 35 de la Ley N° 27.442.

III. LAS EXPLICACIONES

28. El 1 de octubre de 2018, esta CNDC confirió traslado de ambas denuncias a TELECOM a fin de que brinden explicaciones, de conformidad con el Art. 38 de la Ley N° 27.442, mediante DISFC-2018-3-APN-CNDC#MPYT.

29. El 30 de octubre de 2018 TELECOM brindó sus explicaciones en tiempo y forma, de conformidad con el Art. 38 de la Ley N° 27.442. Solicitó se desestimen las denuncias incoadas por TELEFÓNICA y AMX.

30. Comenzó su defensa esgrimiendo que lo único que pretenden las DENUNCIANTES con la presente denuncia es cuestionar la ya aprobada concentración TELECOM-CABLEVISIÓN, que tramitó en el expediente CONCENTRACIÓN 1507. Añadió que esa concentración no constituye una conducta anticompetitiva, que pueda ser objeto de denuncia, y que, asimismo, ambas denuncias resultan improcedentes ya que la operación de concentración en cuestión fue oportunamente presentada y evaluada de acuerdo al procedimiento previsto para las concentraciones y fusiones.

31. Señaló que el informe acompañado a la denuncia de AMX fue realizado por la misma firma legal que ejerce su representación. Amén de ello, entendió que de la lectura de las denuncias como de sus respectivas audiencias de ratificación, se aprecia la falta de veracidad de las mismas y la inexistencia de las consecuencias que anuncian, entendiendo que ello configura mérito suficiente para rechazarlas.

32. Entendió que las denuncias no encuadran en ninguna de las infracciones tipificadas en la Ley de Defensa de la Competencia ni tampoco constituyen conductas prohibidas ni abuso de posición de dominio.

33. En cuanto a la promoción del mundial, indicó que la misma tuvo un mes de duración, siendo su exiguo plazo insuficiente para causar una afectación al interés económico general que protege la Ley N° 27.442. Agregó que esa promoción estaba dirigida únicamente a los clientes de TELECOM, que no se extendió a los clientes de las DENUNCIANTES. Explicó que la promoción no es más que una bonificación en el consumo de datos móviles, práctica usual en la industria.

34. En este sentido, agregó que no se generaron altas significativas producto de la promoción, rebatiendo los dichos de los DENUNCIANTES, en la medida en que sólo aproximadamente 266.000 líneas utilizaron la promoción, sobre un parque de 5.000.000 de clientes de abonos móviles habilitados para acceder a la promoción. Asimismo, de estas 266.000 líneas, el 98% ya era cliente de PERSONAL con una antigüedad promedio de 69 meses, por lo que tampoco se registró una cantidad significativa de altas de usuarios.

35. Adujo que no hay posición dominante. Expresó que como servicio complementario y sin costo, TELECOM ofrece FLOW, que es una plataforma web a la cual el cliente de CABLEVISIÓN se puede conectar a través de cualquier servicio de internet, sea fijo, móvil, alámbrico o inalámbrico. Explicó que esta plataforma, a la que se puede acceder a través de la web o a través de una aplicación móvil, es similar a la de cualquier otro servicio over-the-top (OTT), es decir, que se brinda a través de cualquier servicio de internet, no necesariamente provisto por el titular de la aplicación. Dentro de servicios de esta índole se encuentran aplicaciones como ser: Netflix, HBO Go, Fox Play, Movistar Play y Claro Video.

36. Remarcó la importancia de los servicios de streaming en el mercado relevante que se analiza, ya que como fruto de la convergencia tecnológica, la televisión paga está perdiendo abonados a manos de los servicios enumerados en el

párrafo anterior (Netflix, Amazon Video, Movistar Play, Claro Video, etc.), a los que se puede acceder por internet de banda ancha, y que implican que mes a mes las empresas oferentes de servicios de televisión paga pierdan abonados, lo que las lleva a ofrecer propuestas más competitivas para poder retener a sus abonados.

37. Aclaró que la promoción en cuestión no se trata de un abuso de posición dominante, sino que replica una modalidad practicada por todos los operadores móviles actuales, en la que se bonifica un consumo específico de datos en referencia al uso de una aplicación web en particular. Al respecto, ejemplificó con el caso de TELEFÓNICA y AMX, quienes ofrecieron la bonificación del acceso a la aplicación de mensajería “Whatsapp” en todos sus planes de telefonía celular (prepago y abono).

38. En este sentido, argumentó que TELEFÓNICA y AMX podrían, del mismo modo, disponer idéntica política respecto de Movistar Play y Claro Video, con acceso a similares contenidos de programación, dentro de los cuales se destacan las señales que retransmiten actualmente contenidos de relevancia, como lo fueron los partidos de fútbol emitidos en el Mundial 2018 de Rusia o en la final de la Copa Conmebol Libertadores de América, replicando las mismas ofertas que realizó TELECOM para sus clientes.

39. Destacó que nada impide que las denunciadas ofrezcan promociones en idéntico sentido, pero el problema radica en que no tienen contenidos que sean atractivos para sus clientes que justifiquen el lanzamiento de una promoción de estas características.

40. Finalmente solicitó se tenga presente la falta de facultades que entendió que tiene esta CNDC para juzgar el incumplimiento de una resolución emitida por otro organismo, desconoció la documental aportada por “las denunciadas” y efectuó reserva del caso federal, solicitando se proceda al archivo de las denuncias.

41. En virtud de la ampliación efectuada por TELEFÓNICA el 22 de noviembre de 2018, esta CNDC confirió traslado de dicha presentación a TELECOM a fin de que manifieste lo que estimase corresponder.

42. En consecuencia, el 12 de diciembre de 2018, TELECOM contestó el traslado en tiempo y forma. En esa oportunidad se remitió a las explicaciones oportunamente brindadas el 30 de octubre de 2018, concluyendo que la promoción cuestionada es una manifestación clara de la competencia que se generó en el mercado con la aprobación de la fusión cuestionada por TELEFÓNICA y AMX, y que constituye una respuesta comercial a las promociones ofrecidas por sus competidores.

IV. ANÁLISIS

43. Las conductas denunciadas en el presente expediente como violatorias de la Ley de Defensa de la Competencia consisten en la implementación de subsidios cruzados por parte de TELECOM mediante el empaquetamiento de sus servicios, con el objetivo de consolidar el poder de mercado que dicha empresa ostentaría en el mercado de televisión paga y, a su vez, extender el mismo hacia el mercado de telefonía móvil, excluyendo a sus competidores, MOVISTAR y CLARO.

44. Dicha práctica se instrumentaría mediante el lanzamiento por parte de TELECOM de promociones consistentes en el otorgamiento a los clientes de PERSONAL, que a su vez tengan acceso a la plataforma FLOW (CABLEVISIÓN), de la posibilidad de visualizar los partidos de la Copa del Mundo de Fútbol de Rusia 2018 y la final de la Copa Conmebol Libertadores de América a través de sus teléfonos móviles, sin que ello genere consumo de datos del plan contratado, junto con la posibilidad de enviar mensajes sin consumir datos durante el día del amigo (20 de Julio).

45. En este sentido, cabe señalar que el empaquetamiento de servicios refiere a la venta de dos o más servicios en un mismo paquete. En términos teóricos existen dos tipos de empaquetamientos, el puro y el mixto. El puro es el conocido como “venta atada” y ocurre cuando dos o más servicios son comercializados exclusivamente a través del paquete y los consumidores no pueden adquirirlos por separado, mientras que el mixto, en cambio, implica que los servicios pueden ofrecerse en forma separada, de modo que el precio del paquete sea menor que la suma de los precios de los productos por separado.¹

46. Al respecto, para que una conducta de empaquetamiento de productos pueda considerarse anticompetitiva, será necesario que se cumplan dos condiciones^{2,3}:

a) que los bienes o servicios vinculados sean claramente distintos y separables, y

b) que sea probable que la conducta genere un cierre anticompetitivo del mercado⁴.

47. En el caso bajo análisis la primera condición no se cumple: la promoción objeto de denuncia no incluye la comercialización de dos productos o servicios distintos (uno de comunicaciones móviles y otro de video, TV o contenidos, o sea el de Flow) sino la bonificación en el uso de datos, que es un servicio provisto por los operadores de comunicaciones móviles, para quienes sean usuarios de los servicios de Flow. De hecho, la denuncia no indica que los servicios de comunicaciones móviles de Personal y de OTT de Flow sean ofrecidos en forma conjunta o en paquete.

48. Por otra parte, tampoco resulta probable que la conducta denunciada genere un cierre anticompetitivo del mercado. Es preciso afirmar que la duración de las promociones no resulta lo suficientemente extensa como para generar un riesgo de exclusión de competidores en el mercado⁵. De las 3 promociones denunciadas en autos, la más duradera tiene una extensión de 1 mes y, asimismo, fue anunciada con una anticipación tan reducida que no resulta plausible que se genere un desplazamiento significativo de la demanda desde los operadores CLARO y MOVISTAR, hacia PERSONAL.

49. En este orden de ideas, es necesario resaltar que, según los dichos de TELECOM, de las aproximadas 266.000 líneas que accedieron a la promoción del mundial, el 98% ya era cliente de Personal con una antigüedad promedio de 69 meses. Del mismo modo, del total de clientes que utilizaron la promoción, el 98% era cliente de CABLEVISIÓN con anterioridad a la misma, lo que denota un reducido impacto en la cantidad de suscripciones a los servicios de TELECOM como consecuencia de la promoción en cuestión.

50. El impacto potencial que sobre los usuarios tendría una bonificación o descuento temporario del consumo de datos para acceder a un contenido o para el uso de una aplicación (Zero-rating), depende de numerosos factores, incluyendo el patrón de consumo de los consumidores y la magnitud del descuento efectivo relativo a la diferencia de valor que el usuario otorga a otro tipo de servicios o contenido equivalente. Considerando lo anterior, siendo que la duración de la promoción se encuentra limitada en el tiempo o resulta eventualmente esporádica, y teniendo en cuenta los datos presentados por la DENUNCIADA respecto del bajo impacto de la promoción para la captación de clientes nuevos -2% de quienes aplicaron a la promoción-, dicha promoción habría tenido un escaso efecto sobre clientes de los competidores. Asimismo, el reducido periodo de vigencia de la promoción hace difícil pensar que se genere un significativo efecto lock-in o bloqueo de posible cambio de operador por parte de los usuarios de la DENUNCIADA.

51. Vale decir además, que se destaca que el contenido aludido en la promoción (los partidos del campeonato mundial de fútbol de la FIFA y de la final de la Copa Libertadores de América) no es ni producido ni de propiedad exclusiva de la empresa denunciada. Lo anterior implica que la promoción no tiene por motivo privilegiar un contenido específico propiedad del proveedor, sino generar beneficios al usuario para ganar fidelidad y ofrecer un servicio más atractivo.

52. Adicionalmente, en el sector de las comunicaciones en la Argentina existen otros operadores con redes fijas y móviles propias, diferentes a la empresa DENUNCIADA, con la infraestructura y la capacidad de replicar el tipo de servicio y/o contenido, que, de forma limitada en el tiempo, se ofertó por medio de la promoción analizada.

53. Finalmente, nótese que los programas de Zero-rating en términos generales representan un mecanismo económicamente eficiente para incrementar el bienestar de los consumidores y usuarios dadas las características de los mercados de la tecnología de la información, en los cuales las empresas ofrecen menores precios y otro tipo de incentivos para expandir el tamaño del mercado, en presencia de costos comunes y conjuntos de infraestructura significativos.

54. A la luz de las consideraciones que anteceden, el hecho traído a conocimiento de esta CNDC no reúne los elementos necesarios para constituir una violación a la Ley N° 27.442 de Defensa de la Competencia, y, en consecuencia, corresponde recomendar el archivo de las presentes actuaciones, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 40 de dicho plexo legal.

55. Respecto a la medida precautoria solicitada por TELEFÓNICA en los términos del art. 44 de la Ley N° 27.442, y en virtud del modo de conclusión de la presente causa, deviene abstracto expedirse sobre la misma.

56. Este organismo se encuentra facultado para el dictado de la presente en virtud de las facultades conferidas por el art. 80 de la Ley N° 27.442 y de la Resolución 359/2018.

57. Elévese el presente Dictamen al Señor Secretario de Comercio Interior.

V. CONCLUSIÓN

58. En virtud de lo expuesto, esta COMISION NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, aconseja al SEÑOR SECRETARIO DE COMERCIO INTERIOR del MINISTERIO DE PRODUCCIÓN Y TRABAJO, ordenar el archivo de las presentes actuaciones, labradas bajo el Expte. EX-2018-29816671- -APN-DGD#MP (C.1687), caratulado: “C. 1687 - TELECOM ARGENTINA S.A. Y OTROS S/ INFRACCIÓN LEY 27.442.”, por no haber mérito suficiente para la prosecución del procedimiento de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley N° 27.442.

Se deja constancia que el Señor vocal Dr. Pablo Trevisan emitirá su voto por separado.

¹ Véase CNDC (2019), “Guías para el Análisis de Casos de Abuso de Posición Dominante de Tipo Exclutorio”, sección IV.2. Ventas Atadas y Empaquetamiento de Productos, página 13. Buenos Aires, Mayo 2019. https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/guias_abuso_posicion_dominante_mayo_2_019.pdf

² Además de la existencia de posición dominante en uno de los mercados de los productos que se venden en paquete.

³ CNDC (2019), página 14.

⁴ Eliminación o debilitamiento de la competencia actual o potencial que hace probable que una empresa con posición dominante esté en condiciones de incrementar de forma rentable los precios, o afectar otras variables competitivas relevantes como la calidad, la variedad, la disponibilidad de bienes y servicios o la innovación, en detrimento de los consumidores - CNDC (2019), página 3-.

⁵ Véase CNDC (2019), sección III.1, página 9 y sección IV.2, página 15.