



República Argentina - Poder Ejecutivo Nacional
1983/2023 - 40 AÑOS DE DEMOCRACIA

Resolución

Número: RESOL-2023-902-APN-SC#MEC

CIUDAD DE BUENOS AIRES

Lunes 15 de Mayo de 2023

Referencia: EX-2020-82952576- -APN-DGD#MDP Se ordena el archivo de las actuaciones denuncia contra TELÉFONICA MÓVILES ARGENTINA

VISTO el Expediente N° EX-2020-82952576- -APN-DGD#MDP, y

CONSIDERANDO:

Que, el expediente citado en el Visto, se inició como consecuencia de la denuncia iniciada el día 30 de noviembre de 2020 ante la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, organismo desconcentrado en el ámbito de la ex SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR del ex MINISTERIO DE DESARROLLO PRODUCTIVO por la firma AMX ARGENTINA S.A., contra la firma TELEFÓNICA MÓVILES ARGENTINA S.A., por la presunta comisión de conductas anticompetitivas violatorias de la Ley N° 27.442 de Defensa de la Competencia.

Que la firma AMX ARGENTINA S.A. consignó que, la firma TELEFÓNICA MÓVILES ARGENTINA S.A. rechaza la portabilidad numérica por falta de pago y que esta causal de rechazo no encuentra fundamento legítimo en el régimen de portabilidad numérica.

Que, indicó que la referida práctica afecta el correcto funcionamiento del mercado de servicios de telecomunicaciones móviles e indirectamente, al interés económico general.

Que la firma AMX ARGENTINA S.A. explicó que el régimen de portabilidad numérica tiene por objeto permitir a un cliente titular de un servicio de telefonía fija o móvil, mantener su número, tanto geográfico como no geográfico, al cambiar de prestador.

Que la firma AMX ARGENTINA S.A. argumentó que el Régimen de Portabilidad Numérica no establece la falta de pago como causal de negativa a la portabilidad.

Que, asimismo, manifestó que la firma TELEFÓNICA MÓVILES ARGENTINA S.A. estaría creando barreras artificiales que limitan y restringen la entrada y expansión de competidores, impidiéndole competir por la

captación de clientes.

Que la firma AMX ARGENTINA S.A. explicó que la conducta descrita afecta el interés económico general y el bienestar de los consumidores, y que a través de la práctica denunciada se incrementaría la concentración de mercado a partir de la reducción de la oferta de productos.

Que con fecha 15 de abril de 2020, la firma AMX ARGENTINA S.A. presentó una denuncia ante el Ente Nacional de Comunicaciones, contra la firma TELEFÓNICA MÓVILES ARGENTINA S.A. por el incumplimiento al régimen de portabilidad numérica aprobado por resolución N.º 203/2018 del Ministerio de Modernización y la normativa de emergencia sanitaria derivada del Decreto N.º 311/2020.

Que la firma AMX ARGENTINA S.A., solicitó a la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA que dicte una medida cautelar ordenando a la firma TELEFÓNICA MÓVILES ARGENTINA S.A. el cese de la conducta denunciada, la cual fue denegada mediante la Resolución RESOL-2021-404-APNSCI#MDP, de fecha 23 de abril de 2021 en el expediente caratulado “AMX ARGENTINA S.A. s/ SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR” -EX-2021-10503164- -APN-DGD#MDP-.

Que con fecha 22 de diciembre de 2020, tuvo lugar la audiencia de ratificación de denuncia, conforme lo establece el artículo 35 de la Ley N.º 27.442 de Defensa de la Competencia.

Que con fecha 18 de mayo de 2021, se ordenó correr el traslado previsto en el artículo 38 de la Ley 27.442 de Defensa de la Competencia a la firma TELEFÓNICA MÓVILES ARGENTINA S.A., a fin de que brinde las explicaciones que considerasen pertinentes, acerca de la denuncia radicada en su contra por la firma AMX ARGENTINA S.A.

Que, el día 13 de agosto de 2021 la firma TELEFÓNICA MÓVILES ARGENTINA S.A. presentó sus explicaciones en tiempo y forma.

Que la firma TELEFÓNICA MÓVILES ARGENTINA S.A. narró los hechos, detalló la normativa aplicable al caso y en particular se centró en los artículos 25 inciso c) y 28 del Reglamento de Portabilidad Numérica aprobado por la resolución N.º 203/2018 del entonces Ministerio de Modernización.

Que al respecto TELEFÓNICA MÓVILES ARGENTINA S.A. señaló que el artículo 25 del citado reglamento establece las disposiciones generales del proceso de portabilidad numérica y dispone lo siguiente: “El detalle del Proceso de la Portabilidad Numérica será especificado por el Comité de Portabilidad Numérica, teniendo en consideración las siguientes disposiciones generales: (...) c) La Portabilidad Numérica no eximirá al Cliente Titular ni al Prestador Donante de cumplir con sus obligaciones contractuales. El Cliente Titular deberá cancelar o acordar un plan de pago para las deudas provenientes de la utilización del servicio y sus intereses punitivos, de corresponder. Esto no debe suponer una barrera artificial para la Portabilidad Numérica que impida o retrase su ejecución, si el Cliente Titular ha realizado reclamos pendientes de resolución en sede administrativa o judicial”.

Que a su vez TELEFÓNICA MÓVILES ARGENTINA S.A. mencionó al artículo 28 del Reglamento de Portabilidad Numérica que establece las causales de rechazo de la siguiente forma: “El Prestador Donante podrá rechazar la Solicitud de Portabilidad Numérica sólo si se verifica alguna de las siguientes causales: a) Los datos contenidos en la Solicitud de Portabilidad Numérica son incorrectos o incompletos; b) El número a portar es inexistente o no asignado; c) Se encuentra en proceso otra Solicitud de Portabilidad Numérica para el mismo número. El Prestador Receptor podrá rechazar la Solicitud de Portabilidad Numérica sólo si no presta servicios en el área de que se trate o si no se encuadra en los términos de los Procesos y Especificaciones Técnicas y

Operativas de la Portabilidad Numérica aprobados por la Autoridad de Aplicación”.

Que la firma TELEFÓNICA MÓVILES ARGENTINA S.A., infirió que la firma AMX ARGENTINA S.A., reconoce que el Reglamento de Portabilidad Numérica expresamente contempla en el artículo 25 inciso “c” a la falta de pago del usuario como causal para denegar la portabilidad, pero cuestiona su contenido y legalidad como norma de alcance general por entender que ésta colisiona con otras normas de jerarquía superior, como la ley de Defensa del Consumidor y el Decreto de Necesidad y Urgencia N.º 311/2020 que limita el corte del servicio ante la falta de pago en el marco de la emergencia sanitaria.

Que, asimismo, la firma AMX ARGENTINA S.A. tiempo después de haber interpuesto la denuncia ante el Ente Nacional de Comunicaciones, realizó el reclamo que motiva el presente expediente contradiciendo los fundamentos y la interpretación del artículo 25 inciso “c” efectuada previamente, en su presentación ante el ENTE NACIONAL DE COMUNICACIONES.

Que, la firma TELEFÓNICA MÓVILES ARGENTINA S.A. cuestionó algunos de los argumentos esgrimidos por la firma AMX ARGENTINA S.A., por basarse en premisas falaces según las cuales la firma TELEFÓNICA MÓVILES ARGENTINA S.A. estaría buscando retener indebidamente a su clientela para así lograr engrandecer su portfolio.

Que el punto central que motivo la denuncia de la firma AMX ARGENTINA S.A. ante el Ente Nacional de Comunicaciones, y luego ante la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, no es otra que la interpretación propia del Reglamento de Portabilidad Numérica, en particular, sobre el alcance del artículo 25 inciso “c” y el artículo 28.

Que, la firma TELEFÓNICA MÓVILES ARGENTINA S.A. sostuvo que, tanto el Ente Nacional de Comunicaciones como la Autoridad de Aplicación de la Ley N.º27.442 de Defensa de la Competencia han analizado los mercados de Servicios TICs en el marco de numerosas operaciones de concentración económica como Cablevision/Multicanal, Telefonica/Bell South, Telecom Italia, Telecom/Cablevision, entre otras, y han llegado a la conclusión que cada uno de los mercados relativos a los Servicios TIC actúan en condiciones de competencia efectiva, no haciéndose jamás alusión a que un operador como la firma TELEFÓNICA MÓVILES ARGENTINA S.A. tuviera posición dominante o poder de mercado.

Que, la firma TELEFÓNICA MÓVILES ARGENTINA S.A. indicó que no existe ninguna evidencia de que su supuesto accionar haya restringido, disminuido u obstaculizado la entrada o permanencia de ningún actor del mercado, o lo haya excluido, en los términos de la Ley N.º27.442, inciso d), de Defensa de la Competencia y menos aún que ello haya implicado un perjuicio al interés económico general.

Que la firma TELEFÓNICA MÓVILES ARGENTINA S.A. exhibió información que surge del Ente Nacional de Comunicaciones tendiente a demostrar que, más allá de que la firma TELEFÓNICA MÓVILES ARGENTINA S.A. sostenga la legalidad de su accionar, no pudo jamás tener la capacidad de lograr cambios perceptibles en las estadísticas de portabilidad.

Que, asimismo, la firma TELEFÓNICA MÓVILES ARGENTINA S.A. exhibió los números del market share de los tres grandes prestadores de servicio de telefonía móvil en el país como son CLARO, PERSONAL y MOVISTAR, que muestran que se trata de un mercado altamente competitivo, en el que una conducta como la alegada por la firma AMX ARGENTINA S.A. no tendría una explicación ni fundamento racional en términos económico y/o jurídicos.

Que, la firma TELEFÓNICA MÓVILES ARGENTINA S.A. alegó que la firma AMX ARGENTINA S.A., no ha hecho más que argumentar dogmáticamente la potencial afectación del interés económico general, sin acompañar evidencia sobre sus afirmaciones.

Que la firma TELEFÓNICA MÓVILES ARGENTINA S.A. resaltó que las estadísticas de mercado presentadas por el Ente Nacional de Comunicaciones no avalan dicha pretensión, por el contrario determinan que hubo una mayor cantidad de portaciones numéricas durante el periodo denunciado y una merma en los meses subsiguientes, que hubo un mayor porcentaje de solicitudes de portabilidad aprobadas durante el periodo investigado, y un mayor porcentaje de solicitudes rechazadas en los meses subsiguientes, y que las participaciones de mercado se han mantenido sin variaciones.

Que como consecuencia, señaló que la conducta denunciada es legítima de acuerdo al Reglamento de Portabilidad Numérica dictado por el regulador sectorial; que la firma TELEFÓNICA MÓVILES ARGENTINA S.A. no detenta una posición dominante, ya que no actuó de manera abusiva en los términos de la Ley de Defensa de la Competencia, que no hay alguna de que dicha firma haya incurrido en prácticas exclusorias de la competencia, y que no se ha verificado una afectación al interés económico general.

Que finalmente, la firma TELEFÓNICA MÓVILES ARGENTINA S.A. solicitó a la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA que acepte las explicaciones brindadas y proceda al archivo de las actuaciones.

Que dada la baja relevancia del número de rechazos en la portación numérica de la empresa TELEFÓNICA MÓVILES ARGENTINA S.A. hacia AMX ARGENTINA S.A., se desestima que TELEFÓNICA MÓVILES ARGENTINA S.A. se haya valido de esta presunta infracción normativa con fines contrarios a la ley de Defensa de la Competencia, así como también la posible obstaculización en la permanencia de AMX ARGENTINA S.A. o su exclusión del mercado.

Que, en función del análisis de la información recabada, puede concluirse que no surge evidencia en las presentes actuaciones de que la conducta denunciada constituya una infracción a la Ley N.º 27.442.

Que la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, consideró que debe aceptar las explicaciones brindadas oportunamente por la firma TELEFÓNICA MÓVILES ARGENTINA S.A. y disponer el archivo de las actuaciones.

Que, en consecuencia, la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, emitió el dictamen de fecha 20 de mayo de 2022, correspondiente a la “C. 1761”, recomendando al señor Secretario de Comercio Interior aceptar las explicaciones brindadas y ordenar el archivo de las presentes actuaciones de conformidad con el artículo 40 de la Ley N.º 27.442.

Que el suscripto comparte los términos del mencionado dictamen, al cual cabe remitirse en honor a la brevedad, considerándolo parte integrante de la presente resolución.

Que tomó la intervención de su pertinencia el servicio jurídico correspondiente.

Que la presente medida se dicta en virtud de lo establecido en Ley N.º 27.442, en el Decreto N.º 480 de fecha 23 de mayo de 2018 y en el Decreto N.º 50 de fecha 19 de diciembre de 2019 y sus modificatorios.

Por ello,

EL SECRETARIO DE COMERCIO

RESUELVE:

ARTÍCULO 1°.- Acéptase las explicaciones brindadas por la firma TELEFÓNICA MÓVILES ARGENTINA S.A., de acuerdo a los argumentos esgrimidos en los considerandos de la presente medida.

ARTÍCULO 2°.- Ordénase el archivo de las actuaciones de la referencia, conforme con lo dispuesto por el artículo 40 de la Ley N° 27.442.

ARTÍCULO 3°.- Considérase al dictamen de fecha 20 de mayo de 2022 correspondiente a la “C. 1761” emitido por la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, organismo desconcentrado en la órbita de la ex SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR del ex MINISTERIO DE DESARROLLO PRODUCTIVO, que identificado como Anexo IF-2022-50408799 -APN-CNDC#MDP, forma parte integrante de la presente medida.

ARTÍCULO 4°.- Notifíquese a las partes interesadas de la presente resolución.

ARTÍCULO 5°.- Comuníquese y archívese.

Digitally signed by TOMBOLINI Matias Raul
Date: 2023.05.15 12:47:27 ART
Location: Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Matias Raúl Tombolini
Secretario
Secretaría de Comercio
Ministerio de Economía



República Argentina - Poder Ejecutivo Nacional
Las Malvinas son argentinas

Dictamen firma conjunta

Número: IF-2022-50408799-APN-CNDC#MDP

CIUDAD DE BUENOS AIRES
Viernes 20 de Mayo de 2022

Referencia: COND. 1761 - Dictamen - Archivo Art.40 Ley 27.442

SEÑOR SECRETARIO DE COMERCIO INTERIOR

Elevamos para su consideración el presente dictamen referido a las actuaciones que tramitan bajo el expediente EX-2020-82952576- -APN-DGD#MDP, del registro del MINISTERIO DE DESARROLLO PRODUCTIVO, caratulado **“C. 1761- TELEFÓNICA MOVILES ARGENTINA S.A. s/ INFRACCION LEY 27.442”**.

I. SUJETOS INTERVINIENTES

1. La denunciante es AMX ARGENTINA S.A. (en adelante, “AMX”, o la “DENUNCIANTE”), empresa dedicada a brindar servicios de tecnologías de la información y las comunicaciones y que opera en nuestro país a través de la marca “CLARO”.
2. La denunciada es TELEFÓNICA MÓVILES ARGENTINA S.A. (en adelante, “TELEFÓNICA”, o la “DENUNCIADA”) empresa dedicada a brindar servicios de tecnologías de la información y las comunicaciones que opera bajo la marca comercial de telefonía celular “MOVISTAR”.

II. LA DENUNCIA Y SU RATIFICACIÓN

3. Con fecha 30 de noviembre de 2020, AMX se presentó ante esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (en adelante, “CNDC”) y formuló una denuncia contra TELEFONICA por presunta violación de la Ley N.º 27.442 de Defensa de la Competencia (en adelante, “LDC”).

4. En su presentación denunció que TELEFÓNICA rechaza la portabilidad numérica por falta de pago y que esta causal de rechazo no encuentra fundamento legítimo en el régimen de portabilidad numérica¹. Sobre el particular, indicó que la referida práctica afecta el correcto funcionamiento del mercado de servicios de telecomunicaciones móviles e, indirectamente, al interés económico general.

5. Explicó que el régimen de portabilidad numérica tiene por objeto permitir a un cliente titular de un servicio de telefonía fija o móvil, mantener su número, tanto geográfico como no geográfico, al cambiar de prestador.

6. Argumentó que el Régimen de Portabilidad Numérica (en adelante, “RPN”) no establece la falta de pago como causal de negativa a la portabilidad. En consecuencia, TELEFÓNICA estaría creando barreras artificiales que limitan y restringen la entrada y expansión de competidores, impidiéndole competir por la captación de clientes.

7. La firma DENUNCIANTE especificó que el mercado relevante es el del servicio de telecomunicaciones móviles y acceso a internet, y el mercado geográfico es de alcance nacional.

8. AMX explicó que la conducta descrita afecta el interés económico general y el bienestar de los consumidores. Sobre el particular, sostuvo que a través de la práctica denunciada se incrementaría la concentración de mercado a partir de la reducción de la oferta de productos.

9. Asimismo, AMX informó que con fecha 15 de abril de 2020 presentó una denuncia ante el Ente Nacional de Comunicaciones (en adelante, “ENACOM”) contra TELEFÓNICA por el incumplimiento al régimen de portabilidad numérica aprobado por resolución N.º 203/2018 del entonces Ministerio de Modernización y la normativa de emergencia sanitaria derivada del Decreto N.º 311/2020.

10. AMX aseguró que el ENACOM le ha dado curso a la denuncia y que con fecha 7 de julio de 2020 ordenó a TELEFÓNICA abstenerse de continuar imponiendo restricciones ilegítimas a la portabilidad numérica. Asimismo, indicó que atento a que TELEFÓNICA habría continuado con su accionar, con fecha 9 de octubre de 2020, el ENACOM intimó a que se abstuviera de forma inmediata de continuar con el rechazo infundado de solicitudes de portabilidad numérica e imputó a la compañía por el incumplimiento al régimen de portabilidad².

11. Conforme detalló, TELEFÓNICA presentó un recurso contra esta última medida del ENACOM que no ha sido resuelto aún, y afirmó que no les consta que hubiera algún otro avance en el expediente a la fecha de la audiencia de ratificación de denuncia.

12. La firma AMX aseguró que las acciones antirreglamentarias observadas por TELEFÓNICA imponen una barrera de entrada artificial para nuevos operadores, así como una barrera a la expansión para operadores presentes en el mercado de los servicios de telecomunicaciones móviles, y que considera que la conducta se puede encuadrar en el artículo 3, inciso d) de la LDC al impedir, dificultar u obstaculizar a terceras personas la permanencia en un mercado o excluirlas de éste, en este caso impidiendo la efectiva portabilidad numérica mediante causales manifiestamente ilegítimas.

13. Expresó que es de público conocimiento que el Grupo TELEFÓNICA DE ESPAÑA se encuentra planeando su salida de la Argentina, lo que relacionó directamente con la conducta denunciada, aseverando que con su conducta TELEFÓNICA ha logrado mantener cautivos a miles de usuarios que desean operar con otra empresa, manteniendo e incluso mejorando su portfolio, que es el activo más importante si se tiene en cuenta el presunto proceso de salida del país.

14. En relación con la ilegitimidad de la causal esbozada por TELEFÓNICA para denegar la portabilidad, AMX indicó que en una nota del ENACOM, de fecha 9 de octubre de 2020, se afirmó que tanto el Comité de Portabilidad Numérica (COPON) como el Administrador de la Base de Datos (ABD) manifestaron que no existía un código de rechazo a las solicitudes de portabilidad por falta de pago del servicio; y que el servicio Jurídico Permanente del ENACOM consideró que la mora o deudas en el pago de los servicios por parte de los clientes titulares no surgía como causal de rechazo conforme el régimen de portabilidad.

15. Finalmente, AMX solicitó a esta CNDC que dicte una medida cautelar ordenando a TELEFÓNICA el cese de la conducta denunciada, la cual fue denegada mediante la Resolución RESOL-2021-404-APN-SCI#MDP, de fecha 23 de abril de 2021 en el expediente caratulado “AMX ARGENTINA S.A. s/ SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR” EX-2021-10503164- -APN-DGD#MDP.

16. Con fecha 22 de diciembre de 2020, tuvo lugar la audiencia de ratificación de denuncia, conforme lo establece el artículo 35 de la LDC. Dicha ratificación, se celebró de forma virtual (a través de la plataforma “Zoom”) dado el aislamiento social, preventivo y obligatorio dispuesto por el Decreto de Necesidad y Urgencia N.º 297/2020, y sus prórrogas establecidas por los Decretos de Necesidad y Urgencia Nros. 325/2020, 355/2020, 408/2020, 459/2020, 493/2020, 520/2020, 576/2020, 605/2020, 641/2020, 677/2020, 714/2020, 754/2020, 792/2020 y 956/2020 en el marco de la emergencia sanitaria nacional establecida por el Decreto de Necesidad y Urgencia N.º 260/2020 en razón de la pandemia generada por el Coronavirus COVID-19.

17. En la citada audiencia se presentaron los apoderados de AMX, el Sr. Juan Pablo

TOGNETTI y el Dr. Santiago DEL RÍO, este último en carácter de letrado patrocinante. Respondieron todo lo requerido y se comprometieron a ampliar información con relación a las solicitudes de portación numérica realizadas por CLARO y el número de rechazos recibido. Dicha información fue acompañada el día 11 de enero de 2021.

III. EL TRASLADO DE ARTÍCULO 38 LDC

18. Esta CNDC entendió que los hechos denunciados podían encuadrarse en el supuesto previsto en los artículos 1° y 3° inc. d) de la LDC, en tanto cabía la posibilidad de que los reiterados rechazos a las solicitudes de portación numérica realizados por la DENUNCIADA —en caso de ser ilegítimos- representaran una barrera artificial de entrada y expansión para los operadores en el mercado de los servicios de telecomunicaciones móviles, susceptible de afectar el interés económico general.

19. Con fecha 18 de mayo de 2021, se ordenó correr el traslado³ previsto en el artículo 38 de la LDC a TELEFÓNICA a fin de que brinde las explicaciones que considerasen pertinentes, acerca de la denuncia radicada en su contra por la empresa AMX.

IV. LAS EXPLICACIONES

20. El día 13 de agosto de 2021 la firma TELEFÓNICA presentó sus explicaciones en tiempo y forma.

21. Narró los hechos, detalló la normativa aplicable al caso y en particular se centró en los artículos 25 inciso c) y 28 del RPN aprobado por la resolución N.º 203/2018 del entonces Ministerio de Modernización.

22. Al respecto, señaló que el artículo 25 del RPN establece las disposiciones generales del proceso de portabilidad numérica y dispone lo siguiente: “El detalle del Proceso de la Portabilidad Numérica será especificado por el Comité de Portabilidad Numérica, teniendo en consideración las siguientes disposiciones generales: (...) c) La Portabilidad Numérica no eximirá al Cliente Titular ni al Prestador Donante de cumplir con sus obligaciones contractuales. El Cliente Titular deberá cancelar o acordar un plan de pago para las deudas provenientes de la utilización del servicio y sus intereses punitivos, de corresponder. Esto no debe suponer una barrera artificial para la Portabilidad Numérica que impida o retrase su ejecución, si el Cliente Titular ha realizado reclamos pendientes de resolución en sede administrativa o judicial”.

23. A su vez, mencionó el artículo 28 del RPN que establece las causales de rechazo de la siguiente forma: “El Prestador Donante podrá rechazar la Solicitud de Portabilidad Numérica sólo si se verifica alguna de las siguientes causales: a) Los datos contenidos en la Solicitud de

Portabilidad Numérica son incorrectos o incompletos; b) El número a portar es inexistente o no asignado; c) Se encuentra en proceso otra Solicitud de Portabilidad Numérica para el mismo número. El Prestador Receptor podrá rechazar la Solicitud de Portabilidad Numérica sólo si no presta servicios en el área de que se trate o si no se encuadra en los términos de los Procesos y Especificaciones Técnicas y Operativas de la Portabilidad Numérica aprobados por la Autoridad de Aplicación”.

24. TELEFÓNICA afirmó que, en oportunidad de presentar la denuncia ante el ENACOM, la firma DENUNCIANTE cuestionó la legitimidad del artículo 25 transcrito precedentemente alegando lo siguiente: “Que el prestador Telefonica de Argentina S.A. (Movistar), en su carácter de Operador Donante, esta impidiendo a sus clientes del servicio movil con factura, realizar las portaciones solicitadas hacia CLARO, de forma sistematica y reiterada, fundando su rechazo de las mismas en una causal que entendemos invalida e improcedente, como lo es impedir el derecho de los clientes de portar su linea alegando el registro de “deuda” por parte de los solicitantes” y señaló que “Mas aun consideramos que el Regimen de Portabilidad, aprobado por la Resolucion 203/2019 del Ex Ministerio de Modernizacion, en su articulo 25 inciso c), transgrede normas de rango superior como la Ley de Defensa del Consumidor, la cual establece en su articulo 37 que, sin perjuicio de la validez de un contrato, se tendran por no escritas “las clausulas que importen renuncia o restriccion de los derechos del consumidor o amplien los derecho de la otra parte”. Una deuda economica no puede tener el alcance de cercenar el derecho a portarse a la oferta de tipo de servicio o de alcance comercial de la preferencia del consumidor”. (...) “A la luz de lo argumentado en el punto 1) precedente, Movistar no puede invocar como valido el punto 25 c) del Regimen de Portabilidad Numerica para impedir la portabilidad; tampoco ello resultaria valido –aun cuando se sostuviera su validez legal, extremo que cuestionamos-, en la situacion de emergencia de los Decretos de Necesidad y Urgencia N.º 297/20; N.º 311/20 y normas complementarias, que han limitado el alcance de los efectos de la mora en la emergencia. Tal como expresamos precedentemente, y sin perjuicio de los argumentos que se desarrollaran a continuacion, el citado articulo colisiona con lo establecido en el Decreto 311/20, erigiendose en efecto como una barrera de entrada”.

25. De ello infirió que AMX reconoce que el RPN expresamente contempla en el artículo 25 inciso “c” a la falta de pago del usuario como causal para denegar la portabilidad, pero cuestiona su contenido y legalidad como norma de alcance general por entender que ésta colisiona con otras normas —de jerarquía superior-, como la ley de Defensa del Consumidor y el Decreto de Necesidad y Urgencia N.º 311/2020 que limita el corte del servicio ante la falta de pago en el marco de la emergencia sanitaria.

26. Prosiguió sus explicaciones quejándose por el hecho de que el DENUNCIANTE, tiempo

después de haber interpuesto la denuncia ante el ENACOM, realizó el reclamo que motiva el expediente de marras contradiciendo los fundamentos y la interpretación del artículo 25 inciso “c” efectuada previamente, en su presentación ante el ENACOM.

27. Cuestionó algunos de los argumentos esgrimidos por AMX, por basarse en premisas falaces según las cuales TELEFÓNICA estaría buscando retener indebidamente a su clientela para así lograr engrandecer su portfolio en el contexto de una supuesta operación internacional por la que el grupo TELEFÓNICA se retiraría del país, buscando —supuestamente- mejorar su situación competitiva de cara a los potenciales compradores.

28. Respecto de las actuaciones ante el ENACOM manifestó que si bien AMX ha denunciado el dictado de resoluciones de dicho organismo que intimaban a TELEFÓNICA a abstenerse de rechazar solicitudes de portabilidad cuyos usuarios fueran morosos, ha omitido acompañar la Disposición de fecha 4 de junio de 2021⁴, por medio de la cual el ENACOM sancionó a TELEFÓNICA con una multa de 12.500.000 Unidades de Tasación, contra la cual se interpuso recurso de reconsideración con jerárquico en subsidio. La mencionada impugnación no ha sido resuelta por el ENACOM y por lo tanto la sanción no se encuentre firme.

29. En ese sentido, resaltó que el propio regulador con competencia técnica y material sobre la materia ya ha intervenido.

30. Explicó que el punto central que motivó la denuncia de AMX ante el ENACOM, y ahora ante esta CNDC, no es otra que la interpretación propia del RPN, en particular, sobre el alcance del artículo 25 inciso “c” y el artículo 28. Destacó que el RPN confiere competencia exclusiva al ENACOM para dirimir cualquier cuestión relacionada con la portabilidad numérica, y que es ese organismo —y no la CNDC- quien se encuentra legamente habilitada a intervenir y ejercer la jurisdicción primaria conforme al marco regulatorio.

31. Por otro lado, consideró que, a todo evento, la intervención de la CNDC deviene abstracta toda vez que por imperio de la orden emanada del ENACOM, TELEFÓNICA ha cesado en el rechazo de solicitudes de portabilidad fundada en la falta de pago.

32. Aseguró que los rechazos cuestionados por AMX no pueden configurar un abuso de posición dominante y, menos aún, un perjuicio al interés económico general, como sostiene AMX, para fundar la intervención de esta CNDC.

33. Planteó excepción de incompetencia de la CNDC para dirimir el conflicto suscitado en torno al RPN y, de no aceptarse, la excepción de litispendencia argumentando lo siguiente: “aún cuando esta CNDC se atribuyera competencia, la denuncia de AMX requeriría, en primer lugar, analizar el marco normativo y determinar si el accionar de TMA de rechazar la

portabilidad fundada en la morosidad de los usuarios se encuentra prevista en el RPN, cuestión que actualmente se encuentra sometida al análisis del ENACOM con motivo del impugnación administrativa interpuesta por TMA, lo cual en el supuesto caso de avanzar con la presente denuncia podría dar lugar a resoluciones administrativas y/o judiciales contradictorias, configurándose un verdadero escándalo jurídico”.

34. Subsidiariamente, ofreció sus explicaciones en las que profundizó sobre lo narrado previamente en su presentación.

35. Recalcó que la DENUNCIANTE realizó dos interpretaciones opuestas del artículo 25 inc. c) del RPN, una ante el ENACOM y otra ante esta CNDC.

36. Explicó por qué consideraba que el artículo 25 inc. c) del RPN permitía rechazarles la portabilidad numérica a aquellos usuarios morosos; y respecto del artículo 28 de ese mismo reglamento, indizó que no excluía la interpretación antes señalada respecto al artículo 25, sino que debía hacerse una interpretación armónica.

37. Alegó la inaplicabilidad de la LDC e inexistencia de afectación al mercado y/o al interés económico general. Además, estimó necesario continuar desvirtuando la denuncia de AMX en lo que consideró su punto más endeble: que ha existido una práctica exclusoria de TELEFÓNICA perjudicial de interés económico general.

38. Aseguró que TELEFÓNICA no posee posición dominante en el mercado de telecomunicaciones móviles, citó jurisprudencia y el trabajo publicado por la CNDC en mayo de 2019: “Guías para el Análisis de casos de abuso de Posición Dominante de Tipo Exclusorio”, que establece que es poco probable que participaciones de mercado inferiores al 40% resulten en dominancia.

39. Recordó lo estipulado en el artículo 5 de la LDC, a saber: “A los efectos de esta ley se entiende que una o más personas goza de posición dominante cuando para un determinado tipo de producto o servicio es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional o en una o varias partes del mundo o, cuando sin ser única, no está expuesta a una competencia sustancial o, cuando por el grado de integración vertical u horizontal está en condiciones de determinar la viabilidad económica de un competidor participante en el mercado, en perjuicio de éstos”.

40. Consideró que AMX no puede sostener que TELEFÓNICA detenta posición dominante simplemente porque no la tiene, y aseguró que tampoco esta en condiciones de ejercer poder de mercado actuando de manera independiente de sus competidores y clientes, limitando la competencia.

41. Argumentó que ello es prueba suficiente de que la controversia traída ante esta CNDC, es de estricta y única índole regulatoria y propia del ámbito del ENACOM que es el regulador sectorial.

42. Recordó que tanto el ENACOM como la Autoridad de Aplicación de la LDC han analizado los mercados de Servicios TICs en el marco de numerosas operaciones de concentración económica como Cablevision/Multicanal¹⁹, Telefonica/Bell South²⁰, Telecom Italia²¹, Telecom/Cablevision²², entre otras, y han llegado a la conclusión que cada uno de los mercados relativos a los Servicios TIC actúan en condiciones de competencia efectiva, no haciéndose jamás alusión a que un operador como TELEFÓNICA tuviera posición dominante o poder de mercado. Únicamente en el caso Telecom Italia —citado precedentemente- se efectuó una recomendación regulatoria con miras a implementar la portabilidad numérica para incentivar aún más la competencia en dicho mercado.

43. Concluyó que es claro que no se verifica el primer presupuesto para que exista una práctica exclusoria como la denunciada: la posición dominante en el mercado.

44. Posteriormente manifestó que tampoco existe practica exclusoria alguna, tal como lo denuncia AMX. Por el contrario, considera que se trata de una práctica absolutamente legítima.

45. Se quejó de que AMX le endilga haber tenido como motivación “la necesidad de Movistar de retener clientes para que sus números de clientes y facturación luzcan mejor dentro del proceso de venta iniciado por el Grupo Telefonica..., entre las que se encuentran las operaciones en Argentina”.

46. Recalcó que, lejos de constituir su accionar una conducta exclusoria o un intento de “crear barreras artificiales que no solo impiden la entrada de nuevos jugadores al mercado, sino que también obstaculizan que sus competidores como CLARO y PERSONAL puedan expandirse”, implica un accionar legítimo y conforme a la regulación sectorial vigente.

47. Puso de resalto que no existe ninguna evidencia —sino todo lo contrario- de que el supuesto accionar de TELEFÓNICA haya restringido, disminuido u obstaculizado la entrada o permanencia de ningún actor del mercado, o lo haya excluido, en los términos del inc. d) de la LDC y menos aún que ello haya implicado un “perjuicio al interés económico general”.

48. Exhibió información que surge del ENACOM tendiente a demostrar que, más allá de que TELEFÓNICA sostenga la legalidad de su accionar, no pudo jamás tener la capacidad de lograr cambios perceptibles en las estadísticas de portabilidad.

49. Por último, exhibió los números el *market share* de los tres grandes prestadores de servicio

de telefonía móvil en el país (CLARO, PERSONAL y MOVISTAR) que muestran que se trata de un mercado altamente competitivo, en el que una conducta como la alegada por AMX no tendría una explicación ni fundamento racional en términos económico y/o jurídicos.

50. Manifestó que no existe afectación al interés económico general, y en ese sentido expresó que, si bien el concepto de interés económico general ha variado con los años, parecería existir consenso en que se encuentra asegurado cuando está preservado el correcto funcionamiento del mercado —bien jurídico tutelado por la Constitución Nacional y la LDC-, ya que de esa forma se obtienen todos los beneficios o excedentes que resultan del mayor grado de competencia posible (bienestar social).

51. Sobre este punto aseguró que la estadística publicada por el ENACOM no hace más que desvirtuar cualquier tipo de elucubración manifestada por la DENUNCIANTE en autos. Aun si la conducta de TELEFÓNICA fuera manifiestamente ilegítima y tuviera una sentencia firme que así lo indique en el ámbito regulatorio competente, consideró que la presente denuncia caería de lleno a la hora de analizar si ello pudo repercutir en el mercado de telefonía móvil y/o en el interés económico general.

52. Alegó que, AMX no ha hecho más que argumentar dogmáticamente la potencial afectación del interés económico general, sin acompañar evidencia sobre sus afirmaciones bajo la premisa de que “si un acto afecta el libre funcionamiento del mercado, tiene potencialidad de afectar el interés económico general”. Sin embargo, resaltó que las estadísticas de mercado presentadas por el ENACOM no avalan dicha pretensión, por el contrario determinan que: (i) hubo una mayor cantidad de portaciones numéricas durante el periodo denunciado y una merma en los meses subsiguientes; (ii) hubo un mayor porcentaje de solicitudes de portabilidad aprobadas durante el periodo investigado, y un mayor porcentaje de solicitudes rechazadas en los meses subsiguientes; y (iii) las participaciones de mercado se han mantenido sin variaciones.

53. Como corolario señaló que: (i) la conducta denunciada es legítima de acuerdo al RPN dictada por el regulador sectorial; (ii) TELEFÓNICA no detenta una posición dominante, no actuó de manera abusiva en los términos de la LDC, (iii) no hay evidencia alguna de que dicha firma haya incurrido en prácticas exclusorias de la competencia, y (iv) no se ha verificado una afectación al interés económico general.

54. Finalmente, solicitó a esta CNDC que acepte las explicaciones brindadas y proceda al archivo de las actuaciones.

V. ANÁLISIS JURÍDICO ECONÓMICO DE LA CONDUCTA

55. Planteados los principales puntos de la denuncia en autos, y atento al estado de las presentes actuaciones, esta CNDC debe expedirse acerca de la procedencia de la apertura de sumario prevista en el artículo 39 de la Ley N.º 27.442, de Defensa de la Competencia.

56. De los términos de la denuncia surge que la conducta que se reprocha tiene como presupuesto necesario la definición interpretativa del RPN que rige en la materia y que es competencia exclusiva del ENACOM realizar esa labor.

57. Conforme explicó la firma DENUNCIADA, existe un recurso de reconsideración con jerárquico en subsidio planteado contra la Disposición del ENACOM que ordenó multarla por incumplimiento del RPN, que aún no fue resuelto, por lo tanto, la medida no se encuentra firme.

58. Sin embargo, y sin perjuicio de lo que el ENACOM pueda definir respecto al supuesto incumplimiento del RPN, se realizará un breve análisis sobre la conducta denunciada y el impacto que esta supuesta infracción genera en el mercado en cuestión, potestad exclusiva de esta CNDC.

59. Según información pública del ENACOM, la cantidad de puertos móviles activos en la Argentina es de 56,96 millones⁵.

60. Asimismo, utilizando los datos aportados tanto en la denuncia de AMX como en las explicaciones de TELEFÓNICA⁶, podemos aseverar que el mercado se divide en partes similares entre tres empresas AMX, TELEFÓNICA y PERSONAL.

61. De esta forma, podemos estimar que cada una de ellas posee más de 18 millones de abonados en sus servicios de telefonía móvil.

62. Por otra parte, la DENUNCIANTE mostró que durante el periodo abril-octubre de 2020; es decir en los siete meses previos al de la presentación de su denuncia, obtuvo un total de 126.416 rechazos por parte de MOVISTAR bajo la categoría de mora, lo cual equivale a 18.059 abonados por mes y representa un 20,7% del promedio de portaciones mensuales total que recibió CLARO durante el mencionado año.

63. Si se compara el número anterior; es decir, la cantidad de rechazos por parte de MOVISTAR hacia CLARO, bajo la categoría de mora promedio mensual, con el total de abonados estimado de cada competidor en el mercado de telefonía móvil, este porcentaje solo representa un 0,1%⁷.

64. Dada la baja relevancia del número de rechazos en la portación numérica de la empresa DENUNCIADA hacia la DENUNCIANTE, se desestima que TELEFÓNICA se haya valido

de esta presunta infracción normativa con fines contrarios a la ley de Defensa de la Competencia, así como también la posible obstaculización en la permanencia de CLARO o su exclusión del mercado.

65. Por otro lado, la conducta denunciada, desde el punto de vista de la defensa de la competencia exclusivamente, comparte ciertas características particulares de las conductas conocidas como “negativa de venta”. En estos casos, la empresa que niega la venta de un servicio o bien, o como en este caso el traspaso de clientes, podría estar justificada desde el punto de vista comercial. Si el cliente adeuda dinero y no desconoce tal deuda, la empresa que deja de brindarle el servicio de telefonía móvil ve disminuida su posibilidad de cobro⁸.

66. De lo expuesto hasta aquí, y en función del análisis de la información recabada, puede concluirse que no surge evidencia en las presentes actuaciones de que la conducta denunciada constituya una infracción a la Ley N.º 27.442.

67. En consecuencia, esta CNDC considera que debe aceptar las explicaciones brindadas oportunamente por TELEFÓNICA y disponer el archivo de las presentes actuaciones.

VI. CONCLUSIÓN

68. En virtud de lo expuesto, esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA aconseja al SEÑOR SECRETARIO DE COMERCIO INTERIOR del MINISTERIO DE DESARROLLO PRODUCTIVO, aceptar las explicaciones oportunamente brindadas y ordenar el archivo de las presentes actuaciones, de conformidad con el artículo 40 de la Ley N.º 27.442.

69. Elévese el presente Dictamen al SEÑOR SECRETARIO DE COMERCIO INTERIOR del MINISTERIO DE DESARROLLO PRODUCTIVO para su conocimiento.

[1] Resolución de la ex Secretaría de Comunicaciones N.º 98 del 19 de agosto de 2010 que dispone la implementación de la portabilidad numérica a nivel nacional y Resolución N.º 203/2018 del ex Ministerio de Modernización, de fecha 17 de abril de 2018, que aprueba el Régimen de Portabilidad Numérica.

[2] Ver DI-2021-35-APN-DNCYF#ENACOM

[3] DI-2021-44304868-APN-CNDC#MDP (orden 25 del expediente, sin pase)

[4] Ver DI-2021-35-APN-DNCYF#ENACOM

[5] Ver <https://datosabiertos.enacom.gob.ar/dashboards/199998/telefonía-movil/>.

[6] Ver IF-2020-82966102-APN-DR#CNDC (Denuncia) e IF-2021-74203454-APN-DR#CNDC

[7] Se divide la cantidad de rechazos promedio mensual de TELEFÓNICA hacia AMX debido a mora, sobre el total de abonados totales estimado para cada una de las empresas de telefonía móvil. (el cálculo es el siguiente: 18.059/18.225.927).

[8] Ver al respecto Guías para el análisis de casos de abuso de posición dominante de tipo exclusorio publicadas en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/guias_abuso_posicion_dominante.pdf

Digitally signed by Gestion Documental Electronica
Date: 2022.05.19 13:38:57 -03:00

Guillermo Marcelo Perez Vacchini
Vocal
Dirección Nacional de Promoción de la Competencia
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

Digitally signed by Gestion Documental Electronica
Date: 2022.05.19 14:25:21 -03:00

Balbina Maria Griffa Diaz
Vocal
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

Digitally signed by Gestion Documental Electronica
Date: 2022.05.19 18:58:56 -03:00

Pablo Lepere
Vocal
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

Digitally signed by Gestion Documental Electronica
Date: 2022.05.20 10:22:27 -03:00

Rodrigo Luchinsky
Presidente
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia