



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

Resolución

Número: RESOL-2020-580-APN-SCI#MDP

CIUDAD DE BUENOS AIRES
Lunes 16 de Noviembre de 2020

Referencia: EX-2019-57625085- -APN-DGD#MPYT - C. 1676 INC VIII

VISTO el Expediente N° EX-2019-57625085- -APN-DGD#MPYT, y

CONSIDERANDO:

Que, mediante la Resolución N° 20 de fecha 29 de enero de 2020 de la SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR del MINISTERIO DE DESARROLLO PRODUCTIVO, se rechazó la medida cautelar solicitada por la firma AMX ARGENTINA S.A.

Que, el día 27 de febrero de 2020 la firma AMX ARGENTINA S.A., interpuso recurso directo contra la Resolución N° 20/20 de la SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR, ofreció prueba, solicitó la confidencialidad de la documentación acompañada como Anexo VII, Anexo VIII, Anexo IX, Anexo X, Anexo XI, Anexo XII, Anexo XIII y planteó el caso federal.

Que, el día 5 de marzo de 2020, la COMISION NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, organismo desconcentrado en el ámbito de la SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR del MINISTERIO DE DESARROLLO PRODUCTIVO, tuvo por interpuesto en tiempo y forma el recurso presentado en los términos del Artículo 66 de la Ley N° 27.442 contra la Resolución N° 20/20 de la SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR y, asimismo, ordenó la reserva de la documentación objeto de la confidencialidad solicitada en la Dirección de Registro de dicho organismo.

Que la firma AMX ARGENTINA S.A., indicó que el rechazo de la medida cautelar solicitada por esa parte le genera gravamen irreparable, por lesionar su derecho a ejercer su industria lícita y poder competir con los restantes oferentes competidores en igualdad de condiciones, viéndose excluido del mercado del servicio de radiodifusión por suscripción, con los consiguientes perjuicios millonarios derivados de la imposibilidad de comercializar en términos competitivos.

Que, cabe resaltar que, la Ley N° 27.442 tiene prevista una vía recursiva en su capítulo X, Artículos 66 y 67, se encontrándose estipulado lo que es materia de recurso de apelación.

Que, en este sentido, el Artículo 66 de dicho plexo legal, reza: “Son susceptibles de recurso de apelación aquellas resoluciones dictadas por el Tribunal de Defensa de la Competencia que ordenen: a) La aplicación de las sanciones; b) El cese o la abstención de una conducta conforme el artículo 55 de la presente ley; c) La oposición o condicionamiento respecto de los actos previstos en el capítulo III; d) La desestimación de la denuncia por parte de la autoridad de aplicación; e) El rechazo de una solicitud de acogimiento al Régimen de Clemencia establecido en el capítulo VIII de la presente ley; f) Las resoluciones emitidas conforme el artículo 44 de la presente ley”.

Que surge a las claras que el recurso directo interpuesto por la firma AMX ARGENTINA S.A. contra la Resolución N° 20/20 de la SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR, no encuadra dentro de ninguno de los incisos del Artículo 66, por ende, prima facie, no es susceptible de apelación.

Que, a su vez, se desprende de la Ley N° 27.442 que el recurso de apelación en materia de medidas cautelares, se circunscribe a aquellos casos en los cuales la Autoridad de Aplicación imponga el cumplimiento de ciertas condiciones u ordene el cese o la abstención de las conductas previstas en los capítulos I y II de dicha ley.

Que, sin perjuicio de ello, y en consonancia con la inteligencia de la manda legal supletoria, vale traer a colación el Artículo 449 del Código Procesal Penal de la Nación, donde se encuentra previsto el recurso de apelación y se lo prevé, no sólo para aquellos casos allí estipulados expresamente, sino también para los que medie gravamen irreparable.

Que, ahora bien, conforme ya se expidió la jurisprudencia al respecto, dicha cláusula no puede ser interpretada con una amplitud tal, que implique que cualquier acto dictado durante el procedimiento previsto en la Ley N° 27.442, sea recurrible mediante un recurso de apelación.

Que por gravamen irreparable debemos entender la vulneración o menoscabo de garantías o derechos de rango constitucional, que meritúen una revisión judicial en cualquier instancia, a fin de evitar un perjuicio a las partes de reparación dificultosa o imposible reparación posterior.

Que la referida Comisión Nacional, dentro de la órbita de sus facultades de instrucción y a fin de arribar a una verdad objetiva y verificar si efectivamente los hechos denunciados configuran una infracción al régimen de competencia, en el marco del Expediente N° EX-2018-11718334- -APN-DGD#MP, entre otras cosas, confirmó el traslado del Artículo 38 de la Ley N° 27.442, ordenó la apertura del sumario y realizó todas las medidas de prueba propias de una investigación.

Que la medida pretendida por la recurrente no resulta en otra cosa que un adelantamiento del procedimiento establecido por la Ley N° 27.442, es decir, existe un camino idóneo previsto por el legislador que garantiza, en caso de corresponder, el derecho de la recurrente.

Que, por ello, la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, entendió que la Resolución N° 20/20 de la SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR, no causa gravamen irreparable para la firma AMX ARGENTINA S.A.

Que, la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA emitió Dictamen de fecha 18 de Abril de 2020, correspondiente a la “C. 1676 INC VIII”, aconsejando a la señora Secretaria de Comercio Interior rechazar el recurso directo interpuesto el día 27 de febrero de 2020 por la firma AMX ARGENTINA S.A., contra la Resolución N° 20/20 SECRETARIA DE COMERCIO INTERIOR, en los términos de los Artículos 44 y 66 de la Ley N° 27.442 y 449 y cc. del Código Procesal Penal de la Nación e intimar a la firma AMX ARGENTINA S.A. para que en término de CUARENTA Y OCHO HORAS (48 h) retire la documental identificada como

Anexos VII, VIII, IX, X, XI, XII y XIII, sobre la cual solicitó la reserva, bajo apercibimiento de proceder a su destrucción, en los términos del citado dictamen.

Que en fecha 17 de julio de 2020 la SUBSECRETARIA DE POLITICAS PARA EL MERCADO INTERNO de la SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR del MINISTERIO DE DESARROLLO PRODUCTIVO remitió el presente expediente a la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, ya que la dicha Comisión Nacional posee actualmente una nueva composición de sus miembros, correspondiendo su tratamiento por la totalidad de los nuevos integrantes de la misma.

Que la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA con su actual composición, emitió el dictamen correspondiente a la “C. 1676 INC VIII”, no advirtiendo observaciones que formular al Dictamen de fecha 21 de abril de 2020.

Que la suscripta comparte los términos de los mencionados dictámenes, a los cuales cabe remitirse en honor a la brevedad considerándolos como parte integrante de la presente resolución.

Que la Dirección de Asuntos Legales de Comercio y Minería dependiente de la Dirección General de Asuntos Jurídicos del MINISTERIO DE DESARROLLO PRODUCTIVO, ha tomado la intervención que le compete.

Que la presente medida se dicta en virtud de lo establecido en los Artículos 44, 66 y 80 de la Ley N° 27.442, 5° del Decreto N° 480 de fecha 23 de mayo de 2018 y el Decreto N° 50 de fecha 19 de diciembre de 2019 y sus modificatorios.

Por ello,

LA SECRETARIA DE COMERCIO INTERIOR

RESUELVE:

ARTÍCULO 1°.- Recházase el recurso directo interpuesto el día 27 de febrero de 2020 por la firma AMX ARGENTINA S.A., contra la Resolución N° 20 de fecha 29 de enero de 2020 de la SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR del MINISTERIO DE DESARROLLO PRODUCTIVO, en los términos de los Artículos 44 y 66 de la Ley N° 27.442 y 449 y concordantes del Código Procesal Penal de la Nación

ARTÍCULO 2°.- Intímase a la firma AMX ARGENTINA S.A. para que en término de CUARENTA Y OCHO HORAS (48 hs) retire la documental identificada como Anexos VII, VIII, IX, X, XI, XII y XIII, sobre la cual solicitó la reserva, bajo apercibimiento de proceder a su destrucción.

ARTÍCULO 3°.- Considéranse a los Dictámenes de fecha 18 de abril de 2020 y 17 de septiembre de 2020, correspondientes a la “C. 1676 INC VIII” ambos emitidos por la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, organismo desconcentrado en el ámbito de la SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR del MINISTERIO DE DESARROLLO PRODUCTIVO, que como, IF-2020-26548464-APN-CNDC#MDP e IF-2020-62213881-APN-CNDC#MDP, respectivamente, forman parte integrante de la presente medida.

ARTÍCULO 4°.- Notifíquese a las firmas interesadas.

ARTÍCULO 5°.- Comuníquese y archívese.

Digitally signed by ESPAÑOL Paula Irene
Date: 2020.11.16 18:33:52 ART
Location: Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Paula Irene ESPAÑOL
Secretaria
Secretaría de Comercio Interior
Ministerio de Desarrollo Productivo



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

Dictamen firma conjunta

Número: IF-2020-62213881-APN-CNDC#MDP

CIUDAD DE BUENOS AIRES
Jueves 17 de Septiembre de 2020

Referencia: COND. 1676 INC. VIII - DICTAMEN RATIFICACION

SEÑORA SECRETARIA DE COMERCIO INTERIOR

Elevamos para su consideración el presente dictamen complementario referido a las actuaciones caratuladas “C. 1676 - INC. VIII INCIDENTE DE MEDIDA CAUTELAR AMX ARGENTINA S.A.” que tramitan bajo el expediente EX-2019-57625085- -APN-DGD#MPYT del registro del ex MINISTERIO DE PRODUCCIÓN Y TRABAJO, en el marco de la causa principal, EX-2018-11718334- -APN-DGD#MP caratulado: “ARTE RADIOTELEVISIVO ARGENTINA S.A. Y OTROS S/ INFRACCIÓN LEY 25.156” (C. 1676)”.

I. ANTECEDENTES

1. El día 18 de abril de 2020, esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (en adelante “CNDC”) emitió el Dictamen IF-2020-26548464-APN-CNDC#MDP.
2. A continuación, luce agregado un proyecto de Resolución IF-2020-40158039-APN-DGD#MPYT conforme a lo dispuesto por la Ley N° 27.442.
3. Posteriormente, el día 17 de julio de 2020, el Subsecretario de Políticas para el Mercado Interno, de conformidad con las competencias establecidas por el Decreto N° 50/19 de: “asistir al Secretario en la supervisión del accionar de la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA hasta tanto se constituya la AUTORIDAD NACIONAL DE LA COMPETENCIA, creada por el artículo 18 de la Ley N° 27.442”, remitió las presentes actuaciones mediante providencia PV 2020-45894854-APN-SSPMI#MDP, señalando que “... *dado que la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA posee actualmente una nueva composición de sus miembros, se remiten las actuaciones de la referencia para su tratamiento por la totalidad de los nuevos integrantes de la mentada Comisión*”.

II. ANÁLISIS

4. Conforme a lo ordenado por el Subsecretario de Políticas para el Mercado Interno y habiendo analizado de forma completa el dictamen emitido agregado como IF-2020-26548464-APN-CNDC#MDP; esta CNDC con su actual composición no advierte observaciones que formular al mismo, dándolo por reproducido en honor a la brevedad.

III. CONCLUSIONES

5. Por los argumentos señalados precedentemente, esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA recomienda a la SEÑORA SECRETARIA DE COMERCIO INTERIOR DEL MINISTERIO DE DESARROLLO PRODUCTIVO: A) rechazar el recurso directo interpuesto el día 27 de febrero de 2020 por AMX ARGENTINA S.A., contra la RESOL-2020-20-APN-SCI#MDP fechada 29 de enero de 2020, en los términos de los Arts. 44 y 66 de la Ley N° 27.442 y 449 y cc. del Código Procesal Penal de la Nación y B) Intimar a AMX ARGENTINA S.A. para que en término de 48 horas retire la documental identificada como Anexos VII, VIII, IX, X, XI, XII y XIII, sobre la cual solicitó la reserva, bajo apercibimiento de proceder a su destrucción, en los términos del presente dictamen.

6. Elévense estas actuaciones para la continuación de su trámite.

Digitally signed by GESTION DOCUMENTAL ELECTRONICA - GDE
Date: 2020.09.11 17:55:27 -03:00

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

Digitally signed by GESTION DOCUMENTAL ELECTRONICA - GDE
Date: 2020.09.14 11:45:33 -03:00

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

Digitally signed by GESTION DOCUMENTAL ELECTRONICA - GDE
Date: 2020.09.16 20:06:08 -03:00

Pablo Lepere
Vocal
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

Digitally signed by GESTION DOCUMENTAL ELECTRONICA - GDE
Date: 2020.09.17 11:27:17 -03:00

Rodrigo Luchinsky
Presidente
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia



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

Dictamen firma conjunta

Número: IF-2020-26548464-APN-CNDC#MDP

CIUDAD DE BUENOS AIRES
Sábado 18 de Abril de 2020

Referencia: COND. 1676 INC. VIII Dictamen deniego apelación contra RESO SCI 20-2020

SEÑORA SECRETARIA DE COMERCIO INTERIOR

Elevarnos para su consideración el presente dictamen referido a las actuaciones que tramitan bajo el incidente Expediente **EX-2019-57625085-APN-DGD#MPYT**, caratulado: **“INC. VIII C. 1676 - INC. VIII INCIDENTE DE MEDIDA CAUTELAR AMX ARGENTINA S.A.”** en el marco de la causa principal EXP. N° EX-2018-11718334-APN-DGD#MP (C. 1676) caratulado: **“ARTE RADIOTELEVISIVO ARGENTINA S.A. Y OTROS S/ INFRACCIÓN LEY 25.156”** (C. 1676), en trámite por ante esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

I. SUJETOS INTERVINIENTES EN LA CAUSA PRINCIPAL

1. La denunciante es AMX ARGENTINA S.A. (en adelante, la “AMX”).
2. Las denunciadas son: **1. ARTE RADIOTELEVISIVO ARGENTINO S.A. 2. TELECOM ARGENTINA S.A.** (empresa absorbente de CABLEVISIÓN S.A.) (incorporada a la causa principal de oficio), **3. TELEARTE S.A. EMPRESA DE RADIO Y TELEVISIÓN, 4. AMÉRICA TV S.A., 5. EVENTOS PRODUCCIONES S.A., 6. RADIO Y TELEVISIÓN ARGENTINA SOCIEDAD DEL ESTADO, 7. CONTENIDOS PÚBLICOS SOCIEDAD DEL ESTADO** (también incorporada a la causa principal de oficio). (conforme DISFC-2018-32-APN-CNDC#MPYT del 11 de diciembre de 2018 esta CNDC dispuso que oportunamente se disponga al archivo de la causa principal respecto a las dos últimas entidades -6 y 7-.)

II. ANTECEDENTES

3. El día 29 de agosto de 2019, esta CNDC emitió el dictamen IF-2019-78161672-APN-CNDC#MPYT (en mayoría) donde se aconsejó a la SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR DE LA NACIÓN (en adelante “SCI”) rechazar la medida cautelar solicitada por AMX, de conformidad con el Art. 44° de la Ley N° 27.442, en el marco del expediente principal.
4. En fecha 21 de noviembre de 2019, el Dr. Pablo Trevisan, entonces vocal de esta CNDC, emitió su voto particular, mediante el IF-2019-103865643-APN-CNDC#MPYT.
5. El día 29 de enero de 2020, la SCI emitió la resolución RESOL-2020-20-APN-SCI#MDP (en adelante RESOLUCIÓN SCI 20”) donde rechazó la medida cautelar solicitada por AMX y consideró al dictamen IF-2019-78161672-APN-CNDC#MPYT como parte integrante de la misma. Por razones de economía procesal y en honor a la brevedad también damos dicha resolución por reproducida en el presente.
6. En fecha 4 de marzo de 2020 AMX se notificó de la RESOLUCIÓN SCI 20.
7. El día 27 de febrero de 2020 AMX interpuso un recurso directo contra la RESOLUCIÓN SCI 20, ofreció prueba y planteó el caso federal.

8. El 5 de marzo de 2020 mediante providencia -PV-2020-14549975-APN-DNCA#CNDC-, esta CNDC, entre otras cosas, tuvo por interpuesto en tiempo y forma el recurso presentado en los términos del Art. 66 de la Ley N° 27.442 contra la RESOLUCIÓN SCI 20 y respecto a la solicitud de reserva de cierta documental que acompañó en esa oportunidad (Anexos VII, VIII, IX, X, XI, XII y XIII) ordenó la reserva de los mismos en su sobre contenedor blanco -provisoriamente en formato papel- en la Dirección de Registro de esta CNDC hasta tanto sea resuelta la cuestión planteada. Asimismo, en esa oportunidad, también se consignó que dichos anexos no tendrían vista para ninguna parte, con excepción de la empresa AMX y se tuvo presente la reserva del caso federal.

9. El 13 de marzo de 2020 AMX efectuó una presentación ante la Mesa General de Entradas solicitando la urgente elevación del recurso interpuesto a la alzada, en virtud de lo dispuesto en el Art. 67 de la Ley N° 27.442. Ello dio origen al expediente EX-2020-16760758-APNDGD#MPYT, caratulado: “SOLICITA URGENTE ELEVACIÓN EX2019-57625085-APN-DGD#MPYT – SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR”, por ende, se ordenó agregar el mismo como foja única al presente incidente (expediente asociado) y se hizo saber a la empresa presentante que el recurso planteado se encontraba a despacho.

III. RECURSO INTERPUESTO POR AMX

10. AMX interpuso un recurso directo contra la RESOLUCIÓN SCI 20, en los términos de los Arts. 66 y 67 de la Ley N° 27.442, toda vez que indicó que el rechazo de la medida cautelar solicitada por esa parte le genera gravamen irreparable, por lesionar su derecho a ejercer su industria lícita y poder competir con los restantes oferentes competidores en igualdad de condiciones, viéndose excluido del mercado del servicio de radiodifusión por suscripción (conocido como CATV) con los consiguientes perjuicios millonarios derivados de la imposibilidad de comercializar en términos competitivos, todo ello, consecuencia directa de las conductas denunciadas.

11. En esos términos, solicitó la elevación urgente del presente recurso a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal “*atento que a través del mismo se persigue el dictado de una medida cautelar, que debe ser dictada inaudita parte y la demora en su otorgamiento generará mayores perjuicios a esta parte que los ya ocasionados.*”

12. En este sentido, entendió que la autoridad de aplicación de la Ley N° 27.442 carece de competencias para analizar la admisibilidad del recurso directo, siendo ello una facultad privativa del poder judicial.

13. Sostuvo que el recurso directo planteado encuentra fundamento en el Art. 66 de la Ley N° 27.442 y en la garantía del control judicial suficiente y tutela judicial oportuna. Dejó planteada la inconstitucionalidad del Art. 66 de la Ley N° 27.442, para el caso de que se interprete que la enumeración de las resoluciones apelables es taxativa.

14. Desarrolló de manera extensa los antecedentes de la causa principal que incluyó un detalle sobre lo denunciado y de las constancias recabadas en el marco de la causa principal. Expresó que si continúan los hechos denunciados e ignorados por la RESOLUCIÓN SCI 20, harán posible un obrar anticompetitivo en perjuicio directo de los consumidores del servicio de TV paga e indirecto de los usuarios del servicio de banda ancha por vínculo físico.

15. Afirmó que RESOLUCIÓN SCI 20 debe ser revocada por no estar debidamente fundada y encontrarse basada en un criterio subjetivo, por cuanto no se plasmaron allí los parámetros valorados para decidir acerca de la medida cautelar solicitada por AMX, entendiendo entonces que la resolución resulta arbitraria e infundada, lo cual le causa gravamen irreparable.

16. Ahora bien, en primer lugar, se agravió por considerar que la RESOLUCIÓN SCI 20 omite valorar la verosimilitud en el derecho. En este sentido indicó que “*so pretexto de considerar que no se encontraba acreditado el requisito del peligro en la demora, no analizó la existencia de la verosimilitud en el derecho de mi mandante que fue debidamente acreditada y, que justifica el otorgamiento de la medida cautelar solicitada.*”

17. Sostuvo que el único argumento expuesto por la SCI para rechazar la petición de medida cautelar fue que –AMX- conforme surge de su propia página web, se encontraba efectivamente brindando servicios de televisión paga en diversas localidades y con diferentes planes que incluyen el servicio. Hizo hincapié en que ese argumento no fue el invocado por AMX para solicitar el dictado de la cautelar, sino que puso el foco en que, a pesar de poder brindar el servicio, lo hace en condiciones desiguales a sus competidores, particularmente respecto de TELECOM ARGENTINA S.A.

18. Focalizó que la desigualdad es consecuencia de las prácticas denunciadas que redundan en una negativa indirecta de cesión de las señales que son vitales para que la propuesta de AMX sea competitiva.

19. Resumió que los hechos de la denuncia y las presuntas exigencias arbitrarias de una cantidad mínima y creciente de abonados o usuarios obliga a AMX a asumir importantísimos costos para ingresar en nuevos mercados geográficos, conducta que comenzó a llevar a cabo la empresa ARTE RADIOTELEVISIVO ARGENTINO S.A. y fue replicado por AMÉRICA TV S.A. y TELEARTE S.A. EMPRESA DE RADIO Y TELEVISIÓN.

20. También realizó un resumen de las distintas propuestas comerciales exigidas por los titulares de señales denunciados y un relato de la negociación que mantuvo con cada uno de ellos. Vale aclarar que únicamente hace un resumen de las negociaciones mantenidas con ARTEAR, TELEARTE S.A. EMPRESA DE RADIO Y TELEVISIÓN y AMERICA.

21. En este orden de ideas, indicó que las propuestas comerciales uniformes ofrecidas por los titulares de señales, generan barreras artificiales al ingreso al mercado, dando como resultado el beneficio –sin causa ni justificación comercial ni racional– de los dueños de las señales, al asegurarles un volumen mínimo de abonados prescindiendo de la evolución real de los mismos.

22. En ese contexto indicó que AMX solicitó que cautelaramente se remuevan las barreras artificiales mencionadas a fin de garantizar la competitividad en el mercado convergente.

23. Realizó cuadros para demostrar que los mínimos garantizados exigidos a AMX afectan el bien jurídico protegido por la Ley de Defensa de la Competencia, dado el impacto en los costos de ingreso que presuntamente deben afrontar los entrantes.

24. Citó jurisprudencia de esta CNDC que entendió aplicable al presente caso.

25. En segundo lugar, expresó que la RESOLUCIÓN SCI 20 agravia a AMX ya que arbitrariamente entendió que no se acreditó el peligro en la demora. Sobre esto adujo que, como consecuencia de las prácticas denunciadas se genera una barrera artificial de ingreso al mercado involucrado, que beneficia a los prestadores que ya estaban establecidos, principalmente a aquellos integrados verticalmente como el Grupo Clarín, lesionando los derechos constitucionales de AMX sino que también lesionan el bien jurídico protegido por la Ley de Defensa de la Competencia.

26. Sostuvo que AMX presentó en el marco del expediente principal pruebas que denotan la nula penetración en el mercado a raíz de las conductas denunciadas y que ello no fue analizado por la autoridad de aplicación para definir la solicitud de medida cautelar. Indicó que la información sobre la penetración fue actualizada de manera periódica. Agregó que la presunta nula penetración de la oferta del servicio de radiodifusión por suscripción por vínculo físico de AMX es despreciable y el transcurso del tiempo no hace más que agravar la situación.

27. Manifestó que los severos e irreparables daños denunciados se agravan considerablemente cada día, en tanto se le niega a los operadores acceso a los contenidos. Sumó que AMX a fin de acreditar el peligro en la demora presentó el informe ante la CNDC titulado “Análisis Económico del Impacto de la fusión entre Telecom S.A. y Cablevisión S.A. en el sector de telecomunicaciones en Argentina”, confeccionado por Compass Lexecon y el “Informe de Perjuicios a la Competencia como resultado de la fusión Telecom-Cablevisión”, elaborado por Econologic Consulting.

28. En ese contexto afirmó que allí se encuentran plasmados los argumentos para probar ambos extremos del instituto preventivo, ya que la medida cautelar solicitada por AMX tiene por finalidad asegurar la competencia entre los licenciatarios de servicios de telecomunicaciones, quienes en la actualidad encuentran barreras artificiales de ingreso al mercado, que deben ser declaradas ilegítimas por las autoridades.

29. Aseveró que con todo lo argumentado nos encontramos ante un grave y fundado temor de que el paso del tiempo podría tornar inoperante la decisión final. Citó jurisprudencia y doctrina que consideró que apoya su tesis.

30. Como tercer y último agravio esbozó que la SCI también omitió analizar que existe menor perjuicio en otorgar la medida que en negarla. Sobre esto entendió que *“la medida cautelar peticionada debe ser otorgada, toda vez que su concesión en nada afectarían a los actores alcanzados, a la vez que garantizaría disipar los graves perjuicios que se le está causando a mi mandante en forma directa, y al consumidor en forma directa, todo ello mientras se investigan las ofertas comerciales denunciadas ante la CNDC.”*

31. Finalizó su relato argumentando que no es opción para AMX aceptar las ilegítimas condiciones hasta que se resuelva la causa principal, ya que, además de ser ello comercialmente imposible, una vez que esa empresa acceda al mercado será cómplice de ese mínimo garantizado y se encontraría incurso en las mismas conductas anticompetitivas denunciadas.

32. Por último, ofreció prueba. Acompañó documental que identificó como Anexo I, Anexo II, Anexo III, Anexo IV, Anexo V, Anexo VI, Anexo XIV y Anexo XVII, solicitó la remisión de la documental identificada como Anexos XV y XVI sea remitida *ad effectum vivendi et probandi* y como se consignó *ut supra* peticionó la reserva de la documental contenida en los Anexos VII, VIII, IX, X, XI, XII (que se encuentran reservado en el formato presentado en la Dirección de Registro de esta CNDC); solicitó también sea remitido *ad effectum videndi et probandi* dos causas en trámite ante este organismo, a saber: el expediente principal y el EX2017-20007888-APN-DDYME#MP, caratulado: “CABLEVISIÓN S.A. Y TELECOM ARG. S/ INFRACCIÓN LEY 25.156” (C.1659), ofreció prueba informativa e hizo reserva del caso federal.

IV. PROCEDENCIA DEL RECURSO DE APELACIÓN PLANTEADO POR AMX

33. Corresponde en esta instancia expedirse acerca del recurso de apelación interpuesto por AMX el día 27 de febrero de 2020.

34. En primer lugar, cabe resaltar que la Ley N° 27.442, tiene prevista una vía recursiva. Específicamente en su capítulo X, arts. 66 y 67, se encuentra estipulado lo que es materia de recurso de apelación. En este sentido, el art. 66 de dicho plexo legal, reza: “*Son susceptibles de recurso de apelación aquellas resoluciones dictadas por el Tribunal de Defensa de la Competencia que ordenen: a) La aplicación de las sanciones; b) El cese o la abstención de una conducta conforme el artículo 55 de la presente ley; c) La oposición o condicionamiento respecto de los actos previstos en el capítulo III; d) La desestimación de la denuncia por parte de la autoridad de aplicación; e) El rechazo de una solicitud de acogimiento al Régimen de Clemencia establecido en el capítulo VIII de la presente ley; f) Las resoluciones emitidas conforme el artículo 44 de la presente ley.*”

35. Surge a las claras que el recurso directo interpuesto por AMX contra la RESOLUCIÓN SCI 20, no encuadra dentro de ninguno de los incisos del art. 66, por ende, prima facie, no es susceptible de apelación. Concretamente el inc. f) del Art. 66 de la Ley N° 27.442 prevé como apelables las resoluciones emitidas conforme el Art. 44 de la Ley N° 27.442. Entonces vale traer a colación que la parte pertinente del Art. 44 de dicho plexo legal (es decir la referida al recurso de apelación) reza: “*Contra esta resolución podrá interponerse recurso de apelación con efecto devolutivo, en la forma y términos previstos en los artículos 66 y 67 de la presente ley. En igual sentido podrá disponer de oficio o a pedido de parte la suspensión, modificación o revocación de las medidas dispuestas en virtud de circunstancias sobrevinientes o que no pudieron ser conocidas al momento de su adopción.*”

36. En resumen, se desprende de la Ley N° 27.442, que el recurso de apelación en materia de medidas cautelares, se circunscribe a aquellos casos en los cuales la autoridad de aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia imponga el cumplimiento de ciertas condiciones u ordene el cese o la abstención de las conductas previstas en los capítulos I y II de dicha ley.

37. Sin perjuicio de ello y en consonancia con la inteligencia de la manda legal supletoria, vale traer a colación el art. 449 del Código Procesal Penal de la Nación, donde se encuentra previsto el recurso de apelación y se lo prevé, no sólo para aquellos casos allí estipulados expresamente, sino también para los que medie gravamen irreparable. Ahora bien, conforme ya se expidió la jurisprudencia al respecto¹, dicha cláusula no puede ser interpretada con una amplitud tal, que implique que cualquier acto dictado durante el procedimiento previsto en la Ley de Defensa de la Competencia, sea recurrible mediante un recurso de apelación.

38. Por gravamen irreparable debemos entender la vulneración o menoscabo de garantías o derechos de rango constitucional, que meriten revisión judicial en cualquier instancia, a fin de evitar un perjuicio a las partes de reparación dificultosa o imposible reparación posterior².

39. En el presente caso, esta CNDC entiende que la RESOLUCIÓN SCI 20 al denegar el dictado de la medida cautelar solicitada por AMX, no causa gravamen irreparable para la recurrente.

40. Adelantamos que con ninguno de los agravios invocados por AMX se logra ver de qué manera la denegatoria de cautelar podría causarle un gravamen irreparable. No obstante lo cual, cada uno de ellos será tratado seguidamente.

41. En primer lugar, esta CNDC entiende que la resolución en crisis se encuentra debidamente fundada, dado que desarrolló los argumentos para el rechazo de la medida cautelar solicitada por AMX.

42. Ahora bien, recordemos que, en primer lugar, AMX se agravio concretamente respecto a que la RESOLUCIÓN SCI 20 omite examinar la verosimilitud en el derecho y en ese contexto realiza una pormenorizada explicación del caso principal.

43. En particular sobre esto, cabe resaltar que AMX no se agravia sino que se dedica a realizar un relato detallado de los hechos denunciados, de las constancias recabadas al momento en el expediente principal para finalmente culminar con una valoración propia y subjetiva sobre el fondo del caso principal.

44. Efectivamente en la RESOLUCIÓN SCI 20 se entendió que el extremo del peligro en la demora no se encontraba acreditado. Se justificó esa circunstancia y en función de eso, la verosimilitud en el derecho no fue abordada.

45. Sin perjuicio de ello, el potencial perjuicio que invoca AMX que conllevarían las prácticas denunciadas, que aduce que no fue tratado en la RESOLUCIÓN SCI 20, es justamente materia de análisis en la causa principal. La medida cautelar pretendida por AMX, hoy convertida en agravio, pareciera que no es más que su mera pretensión sobre la decisión de fondo que pretende se dicte en el marco de la causa principal pero de manera inmediata.

46. Este organismo, dentro de la órbita de sus facultades de instrucción y a fin de arribar a una verdad objetiva y verificar si efectivamente los hechos denunciados configuran una infracción al régimen de competencia, entre otras cosas, confirió traslados del Art. 38 de la Ley N° 27.442, ordenó la apertura del sumario y realizó y se encuentra realizando todas las medidas de prueba propias de una investigación (pedidos de

informes, testimoniales, etc.)

47. En atención al segundo agravio planteado, cabe recordar que AMX indicó que la RESOLUCIÓN SCI 20 arbitrariamente no consideró acreditado el peligro en la demora.

48. Frente a esto, preliminarmente, cabe decir que la arbitrariedad endilgada por AMX no es más que su apreciación, y que no justifica tal aseveración. Y no la motiva justamente porque en la RESOLUCIÓN SCI 20 se indicó que ese requisito no estaba probado dado que a pesar de las prácticas denunciadas y aun sin contar en su grilla con alguna de las señales pertenecientes a las firmas denunciadas, AMX se encontraba brindando el servicio de TV paga habiendo, por lo tanto, ingresado en el mercado involucrado.

49. Conforme se verificó en la causa principal, no sólo AMX presta el servicio en cuestión, sino que también lo hace TELEFÓNICA DE ARGENTINA S.A. Además, la propia AMX denunció la celebración de un contrato con AMÉRICA TV S.A. En el número de orden 548 -de la causa principal- luce agregada la presentación efectuada por la propia AMX donde suministró un resumen no confidencial del contrato que finalmente celebraron entre ambas partes para la adquisición de las señales de titularidad de AMÉRICA TV S.A. Allí mismo se consigna que el contrato es "*sin obligación alguna de contratación de mínimos*". En virtud de ello AMX solicitó la desvinculación de AMÉRICA TV S.A. de la investigación que se cursa en la causa principal.

50. Surge a las claras que, al menos con AMÉRICA TV S.A., AMX logró celebrar un contrato, y acceder a los contenidos de las señales titularidad de esa empresa de la manera que pretende.

51. Con ello, queda desvirtuado el agravio invocado en segundo lugar, toda vez que la celebración del contrato con AMÉRICA TV S.A. denunciada por la propia recurrente, se contradice con sus propios argumentos sobre el peligro en la demora y su constante agravamiento.

52. Lo anterior se menciona sin ánimo de pronunciarnos sobre la cuestión de fondo, que está siendo analizada en la causa principal, pero tampoco puede obviarse que si efectivamente no se encontraban reunidos los extremos requeridos para el dictado de una medida cautelar, mal puede invocarse la presencia de un gravamen de imposible reparación ulterior.

53. Por otra parte, AMX valora la información relativa a la penetración que ella misma presenta y concluye que eso no fue analizado por la autoridad de aplicación. Es la propia AMX quién asevera que la penetración fue nula. Eso, reiteramos una vez más, es materia de análisis en la causa principal.

54. AMX no sólo da por hecho que hay una baja penetración de esa empresa en el mercado involucrado, sino que el paso del tiempo agrava esa situación. El grado de penetración en un mercado hay que evaluarlo conforme la naturaleza del mismo y eso también está siendo analizado en el marco de la causa principal. Además, tampoco puede atribuirse que el grado de penetración depende únicamente de la adquisición de señales, sino que depende un conjunto de variables.

55. Cabe aclarar que la cuestión traída a debate por la recurrente resulta idéntica a la pretensión de la denuncia incoada, por lo que el rechazo de la medida propuesta en nada implica una vulneración a las garantías constitucionales del debido proceso, puesto que existe una vía más propicia para la obtención del remedio pretendido: el procedimiento llevado adelante en las actuaciones principales.

56. La medida pretendida por la recurrente no resulta en otra cosa que un adelantamiento del procedimiento establecido por la Ley N° 27.442. Es decir, existe un camino idóneo previsto por el legislador que garantiza, en caso de corresponder, el derecho de la recurrente.

57. Respecto al tercer y último agravio -la SCI no analizó que hay menor perjuicio en conceder la medida cautelar que en denegarla- resta decir que el mismo no constituye un agravio. No puede inferirse siquiera que una circunstancia contra fáctica constituya un agravio.

58. Sin perjuicio de ello, sobre su tesis que tiene menos costo conceder la medida que denegarla, vale decir que esta CNDC tampoco se encuentra en condiciones de aseverar ello, dado que también eso es una mera afirmación de AMX sobre la situación denunciada.

59. En resumen y conforme todo lo anterior, no se advierte un gravamen irreparable para la recurrente que amerite la concesión de la apelación bajo estudio. AMX pretende imperiosamente lograr mediante el dictado de una medida excepcional y cautelar exactamente lo mismo que a lo que se arribaría con un eventual pronunciamiento final sobre el fondo de la cuestión, es decir, que los proveedores de señales le faciliten las mismas sin la cláusula de los mínimos garantizados.

60. Por todo ello, este organismo entiende que corresponde rechazar el recurso interpuesto –en los términos del Art. 66 de la Ley N° 27.442- por AMX el día 27 de febrero de 2020 contra la RESOLUCIÓN SCI 20.

61. En atención a la documental identificada por AMX como Anexos VII, VIII, IX, X, XI, XII y XIII, sobre la cual solicitó la reserva, y siendo

que la misma se encuentra reservada, de manera provisoria en el formato presentado (papel) en la Dirección de Registro de esta CNDC sin acceso a ninguna parte, y en virtud de lo que se aconseja en el presente dictamen, intímese a la recurrente para que en el término de 48 hs. la retire, bajo apercibimiento de proceder a su destrucción. A los fines de instrumentar el reintegro a AMX de la información confidencial en cuestión, hágase saber a esa parte que la documental se encontrará a su disposición para su retiro en la Mesa de Entradas de este organismo en el horario de 9.30 a 13.30 a fin de ser retirada por cualquiera de los apoderados debidamente acreditados en autos y los letrados patrocinantes presentados en la causa principal.

62. Finalmente, respecto al planteo de inconstitucionalidad, cabe recordar que, ni este organismo ni la autoridad de aplicación son los organismos idóneos para analizar, tramitar ni dirimir sobre esas cuestiones, las cuales le competen exclusivamente al Poder Judicial, razón por la cual esta CNDC entiende que esta cuestión no revista mayor análisis.

63. Este organismo se encuentra facultado para el dictado del presente en virtud de las facultades emergentes de la Resolución N° 359/2018 y de los arts. 80, 66 y ss. de la Ley N° 27.442 y 449 y cc. del Código Procesal Penal de la Nación.

V. CONCLUSIÓN

64. En virtud de lo expuesto, esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA aconseja a la SEÑORA SECRETARIA DE COMERCIO INTERIOR del MINISTERIO DE DESARROLLO PRODUCTIVO: A) rechazar el recurso directo interpuesto el día 27 de febrero de 2020 por AMX ARGENTINA S.A., contra la RESOL-2020-20-APN-SCI#MDP fechada 29 de enero de 2020, en los términos de los Arts. 44 y 66 de la Ley N° 27.442 y 449 y cc. del Código Procesal Penal de la Nación y B) Intimar a AMX ARGENTINA S.A. para que en término de 48 horas retire la documental identificada como Anexos VII, VIII, IX, X, XI, XII y XIII, sobre la cual solicitó la reserva, bajo apercibimiento de proceder a su destrucción, en los términos del presente dictamen.

65. Elévese el presente dictamen a la SEÑORA SECRETARIA DE COMERCIO INTERIOR.

¹ FRESENIUS KABI S.A. S/ REC. DE QUEJA POR RECURSO DIRECTO DENEGADO”. CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL. SALA N° III, CAUSA N° 1957/13, sentencia del 10 de septiembre de 2013.

² “CÁMARA ARGENTINA DE ESPECIALIDADES MEDICINALES Y OTRO s/ RECURSO DE QUEJA CNDC”, CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL. SALA N° I, CAUSA N° 210/17, sentencia del 15 de agosto de 2017. “GOOGLE INC. c/ ESTADO NACIONAL MINISTERIO DE ECONOMÍA s/ RECURSO DE QUEJA CNDC”, CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL. SALA N° I, CAUSA N° 2257/17, sentencia del 11 de julio de 2017.

Digitally signed by GESTION DOCUMENTAL ELECTRONICA - GDE
Date: 2020.04.17 19:21:39 -03:00

María Fernanda Viicens
Vocal
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

Digitally signed by GESTION DOCUMENTAL ELECTRONICA - GDE
Date: 2020.04.18 10:00:27 -03:00

Rodrigo LUCHINSKY
Presidente
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia