

SALA "A"

REGISTRADO BAJO EL

Nº FOLIO AÑO

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

INCIDENTE DE APELACIÓN S.A. Y OTROS CONTRA RESOLUCIÓN SCI Nº 483/09 (EN AUTOS PRINCIPALES: "PIRELLI & CS.P.A. Y OTROS S/NOTIFICACIÓN ART. 8 LEY 25.156"

Causa Nº 59.871, Folio 252, Orden 26.376 – SALA "A" - Expte. Nº S01-0383522/2009 (CONC 741 Incidente) del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, Secretaría de Comercio Interior, Comisión Nacional de Defensa de la Competencia.

///nos Aires, 1.º de febrero de 2010.

VISTOS:

Los recursos de apelación interpuestos contra la resolución dictada por el Secretario de Comercio Interior del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas por los representantes de Telefónica S.A., Telecom Italia S.p.A., Telecom Italia Internacional N.V., Mediobanca S.p.A., Intesa Sanpaolo S.p.A., Edizione S.R.L., Assicurazioni Generali S.p.A. y Sintonia S.A.

Lo informado por escrito por los distintos apelantes.

CONSIDERARON:

Los Dres. Hendler y Repetto:

1.- Que la resolución traída en apelación concierne a las transacciones celebradas en el año 2007 entre distintas entidades constituidas en el extranjero por medio de las cuales fue adquirido el paquete accionario de la que era dueña de una participación en el capital de Telecom Italia S.p.A., sociedad esta última que tiene el control, junto con otra y por medio de una tercera, de la sociedad anónima constituida en nuestro país Telecom Argentina. Una de las adquirentes es la sociedad anónima Telefónica constituida en España, que controla a su vez a la constituida en Argentina, Telefónica de Argentina S.A.

2.- Que lo resuelto por el Secretario de Comercio Interior es subordinar la autorización de la operación al cumplimiento de condiciones que se imponen a la entidad cuyas acciones fueron objeto de adquisición, a la que se obliga a desinvertir la totalidad de su participación en la sociedad argentina Sofora, que es titular de acciones que le permiten controlar a otra, Nortel Inversora S.A., controlante a su vez de Telecom Argentina, dentro del plazo y

USO OFICIAL

con las modalidades que se encomienda proponer a una repartición de la secretaría a su cargo, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia.

3.- Que el Secretario de Comercio Interior sustenta sus determinaciones haciendo expresa remisión a un extenso dictamen – de doscientas catorce fojas – producido el mismo día de su resolución por la nombrada dependencia, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, un organismo con funciones de asesoramiento y de gestión de trámite, que fue creado por la anterior ley de la materia, 22262, actualmente derogada.

4.- Que el fundamento expresado, tanto en la resolución como en el dictamen, es el efecto restrictivo o distorsionador de la competencia por la concentración económica que se produciría al tener influencia decisiva, en una de las empresas prestadoras del servicio de telecomunicaciones, la otra empresa del mismo ramo que junto con aquella detentan la mayor parte del mercado de ese servicio en nuestro país. Se invocan disposiciones de la Ley de Defensa de la Competencia (Nº 25156): la que atribuye calidad de concentración económica a la adquisición de acciones o participaciones de capital que otorguen influencia sustancial sobre la persona que las emite (artículo 6º inciso c); la que prohíbe las concentraciones de esa índole que puedan ser perjudiciales para el interés económico general (artículo 7º); la que contempla que la autoridad de aplicación pueda subordinar la aprobación de las concentraciones económicas al cumplimiento de condiciones (artículo 13 inciso b).

5.- Que se alzaron en apelación contra esa resolución los representantes de cada una de las entidades adquirentes y también lo hizo el de las sociedades a quienes se impuso el condicionamiento referido. Todos ellos se agravian afirmando que la operación celebrada no implica la existencia de concentración económica o influencia decisiva por parte de las adquirentes. Los que representan a estas últimas, a su vez, insisten en que ni siquiera estaban alcanzadas por el deber de notificar a la autoridad que el artículo 8 de la ley 25156 impone cuando hay concentración económica y sostienen que la orden que recibieron para hacerlo es nula por emanar de un organismo carente de atribuciones.

6.- Que el abogado que actúa en nombre de Telefónica S.A. postula además la anulación de la resolución apelada invocando, entre otros motivos,

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

la circunstancia de estar pendiente un recurso interpuesto contra la mencionada orden de notificar con la que se inició el trámite. También basa esa postulación en que se habría impedido el ejercicio del derecho de defensa en el trámite administrativo. Añade la existencia de errores de apreciación en el dictamen y sostiene que la condición impuesta para autorizar la operación resulta de imposible cumplimiento.

7.- Que por su parte, el abogado de Telecom Italia S.p.A. y de Telecom Italia International N.V. se agravia por el hecho de que sus representadas sean obligadas a cumplir condiciones gravosas como consecuencia de una operación a la que fueron ajenas. Sostiene que la desinversión que se les impone constituye una expropiación de su patrimonio carente de causa y violatoria del artículo 17 de la Constitución Nacional. Añade que no fueron notificadas ni pudieron ejercitar su derecho de defensa en el trámite administrativo.

8.- Que antes de entrar a considerar esos agravios es conveniente hacer notar lo ocurrido con las normas legales que rigen en la materia. La Ley de Defensa de la Competencia vigente en la actualidad fue dictada por el Congreso de la Nación en agosto de 1999 y fue promulgada por el Poder Ejecutivo el 16 de septiembre de ese año. Esa ley reemplazó la anteriormente vigente, 22262, sancionada en agosto de 1980. Una de las causas fundamentales del reemplazo, claramente puntualizada en la doctrina, fue la inadecuada estructura de los órganos de aplicación de la ley anterior que la nueva ley procuró superar mediante la creación de un ente relativamente independiente del Poder Ejecutivo¹. Ese propósito se encuentra claramente expresado en la misma discusión parlamentaria en cuyo transcurso se puso de relieve que el elemento clave del proyecto que resultó sancionado era la autarquía del nuevo organismo de aplicación de la ley, el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia, totalmente independiente del poder político, en especial del Poder Ejecutivo² y se señaló también que el organismo creado por la ley anterior tenía una estructura que carecía de independencia del poder político.³

¹ Conf. Guillermo Cabonellas de las Cuevas *Derecho antimonopolístico y de defensa de la competencia*, Buenos Aires, 2005, T° I, p. 345.

² Conf. exposición del diputado Gabrielli en la sesión ordinaria de la cámara de la que formaba parte del 19 de mayo de 1999 (orden del día 1840) en <http://www.hcdn.gov.ar/dependencias/taam/gabriell-13.htm>

³ Conf. exposición del diputado Flores en la sesión indicada en nota anterior.

9.- Que en el interin se encuentra pendiente la creación del nuevo organismo, debe estarse a lo que establecen las disposiciones transitorias de la ley en las que se contempla la intervención de las autoridades de aplicación que había establecido la ley derogada en 1999 (artículo 58 ley 25156). Tal ha sido el criterio mantenido por este tribunal en los casos llegados hasta ahora a su conocimiento. Se debe advertir sin embargo que si bien no existe un plazo fijado para proceder a la creación del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia (conf. reg. 361/07 de Sala A), constituye un verdadero escándalo jurídico que la ley 25156, dictada en septiembre de 1999, es decir hace más de diez años, se encuentre incumplida por la demora del Poder Ejecutivo en proceder a la designación que le fue encomendada expresamente (conf. artículo 19 ley 25156).

10.- Que frente a la gravedad de la omisión de dar cumplimiento a la ley por parte de las autoridades que ejercieron el Poder Ejecutivo en los últimos diez años, es deber de este tribunal, al igual que ya se hizo en un caso reciente (conf. reg. 598/09 de Sala A "Grupo Clarín y otros"), cursar una comunicación a dichas autoridades para que procedan a integrar el organismo que debe aplicar y controlar el cumplimiento de la Ley de Defensa de la Competencia tal como está ordenado en el artículo 19 de la ley 25156.

11.- Que en cuanto a los motivos de apelación anteriormente mencionados, surge en primer lugar el cuestionamiento de la validez de lo resuelto a cuyo respecto resulta evidente el agravio expresado por el representante de Telecom Italia S.p.A. y Telecom Italia International N.V. La imposición de una carga gravosa como la establecida a título de condición por el Secretario de Comercio Interior al ordenar desinvertir la totalidad de la participación accionaria en una empresa constituida en nuestro país, Sofora S.A., tiene un claro sentido sancionatorio lo que no puede disponerse por ninguna autoridad sin previamente escuchar y permitir el ejercicio del derecho de defensa por parte de quien resulta sancionado, cualquiera sea la índole jurídica de esa sanción, tanto si se trata de una pena propiamente dicha como de una sanción administrativa.

12.- Que la defensa en juicio es una garantía que la Constitución Nacional declara inviolable (artículo 18) y los autores de derecho administrativo enseñan, de manera unánime y con remisión a la jurisprudencia

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

de la Corte Suprema y a los dictámenes de la Procuración del Tesoro, que se deriva de ella y constituye un principio fundamental del procedimiento administrativo el derecho de ser escuchado, incluyendo la posibilidad de participar en el trámite, ofrecer y producir prueba, destacando que esa prerrogativa debe poder ejercerse tanto antes como después de un acto que afecte los derechos del administrado.⁴

13.- Que en el caso está fuera de discusión que quienes se agravian a ese respecto, es decir las empresas extranjeras a las que se obliga a la desinversión de la totalidad de su participación en empresas argentinas, no fueron escuchadas ni tampoco advertidas de manera de que pudieran expresar, ya fueran sus descargos o sus explicaciones o argumentos respecto a lo que se encontraba en tratamiento. El dictamen que sirve de fundamento a la resolución del Secretario de Comercio Interior enumera con prolijo detalle quiénes fueron partes en la operación. Lo hace con indicación expresa del acápite "Partes de la operación" que comprende los apartados enumerados del 12 al 60 en los que se indican también las empresas argentinas en las que esas partes tienen intereses o ejercen algún control. Ninguna de ellas es la que resulta destinataria de la obligación de desinvertir. Igualmente ese dictamen se ocupa de hacer una "Reseña de lo actuado", discriminada en apartados enumerados del 76 al 182, de la que resulta la total prescindencia de haber dado alguna intervención a la mencionada destinataria de la obligación de desinvertir. En el acápite referido a las "Manifestaciones de las partes" se reseñan y se desestiman los planteos y argumentaciones de quienes tuvieron intervención en el procedimiento dejando nuevamente en evidencia que no se había escuchado a las entidades obligadas a la desinversión.

14.- Que, finalmente, la resolución dictada por el Secretario de Comercio Interior no fue ni siquiera notificada a esas entidades no obstante que en la misma se imponían graves consecuencias a su cargo y se disponía fijarles pautas, plazos y otras modalidades de la transacción a la que se las obligaba. Recién después de haber notificado a las partes que habían intervenido en el trámite fue dictada una providencia encomendando a esas partes que transmitieran lo resuelto a la empresa argentina a la que

⁴ Conf. Agustín Gordillo *Tratado de Derecho Administrativo*, 4ª edición, Buenos Aires, 2000, Tomo 2, pp. IX-10/IX-22. Véase Jorge Escobal *Tratado General de Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, 1975, pp. 143/144, Roberto Dreani *Derecho Administrativo*, 10ª edición, Buenos Aires, 2004, pp. 1171/1173.

correspondía la inversión. Aún admitiendo que la comunicación a la empresa argentina controlada sirviera para hacerlo con la extranjera controlante, esa manera de proceder, como si se tratase de una comunicación meramente informativa, pone de manifiesto una ligereza verdaderamente inconcebible. La trascendencia de una determinación de esa envergadura, cualquiera fuera el acierto o desacierto que quepa atribuirle, no puede ser hecha conocer de esa manera.

15.- Que la ley procesal que debe aplicarse en este caso, de acuerdo a lo previsto en el artículo 56 de la ley 25156, es el Código Procesal Penal de la Nación, en el que se sanciona de nulidad la inobservancia de las disposiciones que conciernen a la intervención del imputado (artículo 167 inciso 3º) reglamentando de esa manera la disposición constitucional que declara inviolable la defensa en juicio.

16.- Que por otra parte, surge de manera igualmente evidente la total desvinculación de los considerandos de la resolución, lo mismo que los del dictamen que le sirve de fundamento, con respecto a la determinación adoptada de imponer condiciones a cumplir por quien no fue parte de la transacción a la que se refieren esos considerandos. En ninguno de los once capítulos en que se divide el dictamen, desarrollado en párrafos enumerados del I al 1042, se contiene alguna indicación del porqué del condicionamiento impuesto. Las objeciones a la celebración de las transacciones que son materia de tratamiento de ninguna manera explican que se haya optado por hacer cargar con las consecuencias de esas objeciones a quien no fue parte del negocio. En ese aspecto, por ende, y a pesar de la extensión del dictamen, lo resuelto omite expresar los motivos en que se funda y pone de manifiesto una discrecionalidad poco menos que absoluta.

17.- Que esa omisión es igualmente repudiada en forma unánime por los autores de Derecho Administrativo⁵ quienes señalan asimismo la estricta limitación de la actividad discrecional de la administración y el deber ineludible de expresar las razones y las causas de sus decisiones así como, por supuesto, el de notificar a los interesados⁶. Tal como lo ha señalado la Corte Suprema en más de una ocasión, el ejercicio de facultades discrecionales por

⁵ *Autares y otros* mencionados en nota anterior.

⁶ Aguilar Gordillo, obra citada en nota anterior, tomo I, 5ª edición, Buenos Aires, 1998, pp. X-29/X-31.

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

parte de la administración no puede constituir justificativo de conducta arbitraria “[...] puesto que es precisamente la razonabilidad con que se ejercen tales facultades el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado” (Fallos 298:223 “Ind. Maderera Lanín”, considerando 10; id. 313:137 “Duclo”, considerando 6; id. 316:3077 “Jalife, Elías” considerando 10). El vicio se encuentra igualmente sancionado con la nulidad en la ley procesal aplicable (artículo 123 del Código Procesal Penal de la Nación).

18.- Que ese remedio, frente a las graves falencias de la resolución recurrida, resulta el más apropiado en tanto deja abierta la posibilidad de que las delicadas cuestiones concernientes a la afectación de la competencia en el mercado de las telecomunicaciones sean tratadas nuevamente con la seriedad que un asunto de esa envergadura requiere. La anulación que debe disponerse conduce a que deba renovarse el acto nulo y permite, asimismo, que sea relevado detener que pronunciarse nuevamente el funcionario causante del vicio tal cual se encuentra previsto en el artículo 173 del Código Procesal aplicable.

Por todo lo cual consideramos que corresponde resolver: 1º) Anular la resolución que es materia de apelación y disponer que por intermedio de quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento, previa la sustanciación pertinente. 2º) Librar oficio a la Secretaría de Superintendencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para que por intermedio de ese tribunal se curse una comunicación al Poder Ejecutivo Nacional a fin de que proceda a integrar el organismo que debe aplicar y controlar el cumplimiento de la Ley de Defensa de la Competencia.

El Dr. Bonzón:

1. ANALISIS DEL CASO:

El complejo tema en análisis, se relaciona con una operación comercial efectuada en el extranjero, entre empresas que conforman grupos económicos y que, conforme el Dictamen 744 de la CNDC de fecha 25 de agosto de 2009, que forma parte integrante de la Resolución 483 de la Secretaría de Comercio Interior de fecha 5 de agosto de 2009, tuvieron por parte: 1. Grupo comprador: Empresas “Intesa Sampaolo S.p.A.”; “Assicurazioni Generali S.p.A.” y “Telefónica S.A.”, todas ellas por medio de una compañía italiana “TELCO S.p.A.” (fs. 3/10 vta. del Dictamen) y 2) Grupo Vendedor: Empresa Pirelli &

C. S.p.A", "Sintonía S.p.A" y "Sintonía", que sería además de compradora, vendedora (fs.11 del Dictamen).

La interrelación empresarial y el objeto de la operación, están descriptos por el Dictamen 744 referido, a fs. 11/15. Del Punto 63 del Dictamen surgiría que la empresa holding argentina SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A. es controlada en forma directa (32,5% de las acciones) por TELECOM ITALIA y en forma indirecta (17,5% de las acciones) por TELECOM INTERNATIONAL N.V. El 50% de las restantes acciones de Sofora, pertenecerían a la empresa argentina W DE ARGENTINA S.L. (48%) y el GRUPO FRANCE TELECOM (2%).

El procedimiento llevado a cabo por la C.N.D.C. para llegar a la conclusión final del Dictamen 744 (fs. 202/204), está reseñado a fs. 15/29).

Los informes de la Comisión Nacional de Comunicaciones (C.N.C.) conforme lo dispuesto por el artículo 16 de la ley 25.156, obra a fs. 36 vta/38 y el de la Secretaría de Comunicaciones (SECOM) a fs. 39/50vta.

Las fusiones y concentraciones de empresas, son en general el resultado de decisiones económicas tendientes a adquirir ventajas competitivas, ya sea reduciendo costos, aumentando la producción o mejorando su calidad. Normalmente, las economías de escala generan las llamadas "ganancias de eficiencia", que benefician a la sociedad cuando se transmiten a los consumidores. Por lo tanto sólo se prohíben las concentraciones que produzcan o puedan producir un perjuicio al interés económico general.

Es muy difícil determinar la existencia de un perjuicio a la competencia que tenga por causa una concentración económica, máxime que puede generar simultáneamente tanto beneficios como perjuicios. Es por ello que debe evaluarse exhaustivamente cada caso, siguiendo criterios razonables desarrollados por la experiencia en casos ya analizados (BONZON RAFART, Juan Carlos, "Concentraciones y fusiones de empresas en la nueva ley de Defensa de la Competencia", Revista Información Empresarial N° 276 de diciembre de 1999, pág. 52).

A efectos de analizar el grado de competencia existente en un determinado mercado, en relación a los productos (bienes y servicios) que se producen o intercambian y el eventual efecto perjudicial que pueda generar la concentración económica de dos o más empresas sobre ese grado de

Podor Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

competencia, debe determinarse el denominado "mercado relevante". El mismo debe determinarse desde dos puntos de vista: a) del producto y b) del geográfico. Para determinar el mercado relevante del producto, deben agruparse los diversos bienes y servicios que presenten competencia real o potencial entre sí, teniendo especialmente en cuenta los productos sustitutos o alternativos. Puede definirse el mercado relevante del producto, como "el menor grupo de productos en el cual a un hipotético monopolista de los mismos, le resultaría rentable imponer un aumento de precios pequeño, aunque significativo y no transitorio". Realizada tal determinación, se deberá seguidamente delimitar el mercado relevante geográfico, definido como "la menor región dentro de la cual, en caso de existir un único proveedor del producto relevante, le resulta rentable imponer un aumento del precio pequeño, aunque significativo y no transitorio". Es importante en esta delimitación geográfica, tener en cuenta las zonas cercanas, donde el consumidor trasladándose, pueda adquirir análogo producto a menor precio. Estas áreas cercanas deben formar parte del mercado geográfico relevante que se analice. Ambos conceptos de mercado relevante se refieren a un aumento de precios pequeño, aunque significativo y no transitorio. Si bien estas apreciaciones surgirán del análisis concreto del mercado en estudio, la experiencia sobre la materia permite sostener con carácter general, que se considera que se da tal circunstancia cuando el aumento representa un 5% del precio y se mantiene durante un periodo no inferior a un año. Asimismo, se refieren a la variable "aumento de precio", por ser el objetivo más común buscado por las concentraciones empresarias, lo cual no quiere significar que no se tengan en cuenta otras variables, tal por ejemplo la calidad del producto que puede disminuir y comercializarse al mismo precio, lo que significaría un ahorro de costos, pero paralelamente un perjuicio a los consumidores.

La C.N.D.C. en el referido Dictamen, realiza un exhaustivo análisis de los distintos mercados relevantes relacionados con las telecomunicaciones. Analiza a partir de la fs. 58 el mercado de servicios minoristas residenciales, que implica el estudio del mercado de telefonía fija local (fs. 60/61 del Dictamen); el mercado de servicio de acceso a Internet (fs. 61/65); el mercado de telefonía fija de larga distancia (fs. 66/69), como asimismo, la evaluación de los efectos de la operación notificada (fs. 80/93). A continuación, analiza

exhaustivamente y evalúa los servicios minoristas corporativos (fs. 93/100), los servicios de telefonía pública (fs.100/105) y data center (fs. 105/111).

De fs. 111 a fs. 146 describe y analiza el Dictamen, el mercado de telefonía móvil, para finalizar con la descripción, análisis y evaluación del mercado mayorista de telecomunicaciones (fs. 147/186).

Respecto al mercado minorista residencial de telefonía fija local, la C.N.D.C. estima que el mercado relevante geográfico es local (fs. 60 del Dictamen) y que puede ser sustituido por la telefonía celular. No sólo se tuvo en cuenta la variable "precio", sino también las prestaciones tecnológicas y oportunidades de consumo (fs. 61 del Dictamen). Asimismo, se sostiene que la infraestructura de "última milla", es individual para cada abonado e implica un "costo hundido" de tal magnitud relativa que hasta el momento ha tenido a ser considerada una facilidad esencial, es decir difícil de replicar económicamente por parte de competidores entrantes (fs. 69 del Dictamen).

Cabe hacer notar que la Resolución de la Ex-Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor N° 164 del 27 de noviembre de 2001, que fija los "Lineamientos para el control de las concentraciones económicas", en su Anexo I punto IV referente a barreras a la entrada en el mercado relevante ejemplifica como "costos hundidos," los conceptos de diseño y prueba del producto, instalación de equipos, desarrollo de canales de distribución, etc., y que la doctrina especializada considera a éstos como los costos difícilmente recuperables (ver artículo citado *ut supra*).

En opinión de la C.N.D.C. y respecto al mercado residencial de telefonía fija, la operación de concentración analizada preocupa desde el punto de vista de la competencia en las localidades donde existen varios proveedores del servicio y afecta negativamente la competencia potencial en las localidades con baja o nula competencia (fs. 81 y 84 del Dictamen).

Respecto al mercado de servicio de acceso a Internet, la C.N.D.C. considera mercado geográfico relevante al nacional (fs. 62 y 63 del Dictamen) y que las condiciones de competencia son disímiles según las regiones y/o realidades socio-demográficas, en tanto éstas inciden en la posibilidad de competencia entre diversas plataformas (fs. 65 del Dictamen). Asimismo, sostiene que han surgido competidores vigorosos que utilizan plataformas sustitutas a las de "última milla" (fs. 69 del Dictamen). También sostiene que

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

el mercado ha sufrido en los últimos años un proceso de concentración en el cual tanto Speedy de Telefónica como Arnet de Telecom, han incrementado notoriamente sus respectivas participaciones y que por lo tanto, los efectos horizontales de la operación resultan preocupantes (fs. 85/86 del Dictamen).

Respecto al mercado de larga distancia nacional e internacional, la C.N.D.C. sostiene que existen tres grupos fuertes: Telefónica, Telecom y Telmex-AMX y un grupo de operadores más pequeños (fs. 90 del Dictamen), por lo que despierta preocupaciones desde el punto de vista de la competencia (fs. 92).

Respecto a los servicios minoristas corporativos, la C.N.D.C. considera que el mercado relevante geográfico es el nacional (fs. 97 del Dictamen) y que la posición del liderazgo es de Telefónica y Telecom, mientras que las fusionadas IMPSAT S.A. y GC Argentina S.A. tienen el 16% y más abajo se encuentra TELMEX (fs. 98 del Dictamen), y que por lo tanto la concentración llevaría a una participación superior al 57% (fs. 99 del Dictamen), advirtiendo que la competencia sólo puede darse entre las telefónicas en vastas regiones del país. También opina la C.N.D.C. que los efectos horizontales de la operación analizada, resultan preocupantes desde el punto de vista de la competencia (fs. 100 del Dictamen).

Respecto al mercado de telefonía pública, la C.N.D.C. opina que el mercado geográfico es local, pero que debido a las posibilidades de sustitución desde el lado de la oferta, estos servicios pueden considerarse de alcance nacional (fs. 101 del Dictamen), y que de aprobarse la operación en análisis, el grupo resultante pasaría a controlar el 92% del mercado de telefonía pública del país. Por ende, considera que la operación en análisis genera riesgos desde el punto de vista de la competencia (fs. 102 del Dictamen). Finaliza opinando que de respetarse la regulación del segmento (Resolución 1122/98 de la Secretaría de Comunicaciones), la posibilidad de aumento en el precio final del servicio, posibilitado por la exclusión de competidores o generado por subas en el precio de los insumos más importantes, debería ser prácticamente descartada (fs. 103 del Dictamen).

Respecto al servicio de Data Center, la C.N.D.C. sostiene que pese a los dictámenes internacionales, el mercado geográfico relevante debe ser considerado local, en relación a la empresa prestadora de servicios

informáticos externos, y nacional, porque los demandantes de Data Center requieren una conectividad a la red de internet (fs.107 del dictamen). Asimismo, opina que existen otros competidores que cuentan con capacidad para disciplinar el mercado, como ser: IBM, EDS y Global Crossing, entre otros (fs.108 del Dictamen) y que por lo tanto, la operación en análisis indica que el mercado no sufrirá variaciones importantes (fs.109 del Dictamen).

Respecto al mercado de telefonía móvil, la C.N.D.C. opina que el mercado relevante geográfico es el nacional (fs.136 del Dictamen). Asimismo sostiene a fs.138 del Dictamen, que de autorizarse la operación en análisis, las empresas involucradas tendrían una acumulación del espectro radioeléctrico que superaría a los 50 MHz permitidos por el decreto 266/1998. También sostiene en relación a los efectos competitivos horizontales, que las empresas involucradas podrían influir en los precios, calidad, variedad, cobertura del servicio y otras variables, aún sin el acompañamiento de los competidores (fs.139 del Dictamen). Según la C.N.D.C., citando el índice Herfindahl-Hirschman (H.H.), antes de la operación en análisis la participación en el mercado de Movistar (Telefónica) alcanzaba el 34% y la de Personal (Telecom) el 29% (fs. 141 del Dictamen) y que de aprobarse la operación analizada, alcanzarían una participación a valor total de facturación del 63%. Con ello, según la C.N.D.C., la empresa que se consolidara con la operación en análisis, pasaría a detentar la mayor parte de la oferta de telefonía móvil y servicios de valor agregado con poder de mercado suficiente para restringir la oferta y aumentar el precio del bien que se comercializa (fs. 142 del Dictamen). También opina la C.N.D.C., que de aprobarse la operación en análisis, quedaría conformado un operador con una estructura de red asimétrica, el cual tendría incentivos económicos para incrementar el precio de la terminación y esto generaría problemas en el mercado de terminación de llamadas, el cual afectaría a las empresas competidoras y finalmente al usuario (fs. 147 del Dictamen).

Respecto al mercado mayorista de telecomunicaciones, la C.N.D.C. sostiene, en relación al mercado de acceso mayorista a la red de internet, que es nacional (fs.156 del Dictamen). Asimismo, opina que de aprobarse la operación en análisis, se consolidaría un monopolio de jerarquía nacional, en tanto se fusionan las dos empresas que compiten en la provisión de este

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

servicio (fs. 165 del Dictamen), sin que el mismo pueda ser replicado por otras empresas competidoras a través de su red de acceso nacional y/o internacional, por lo que genera motivos de preocupación desde el punto de vista de la competencia (fs. 166 del Dictamen).

Respecto a los efectos verticales de la operación en análisis, la C.N.D.C. opina que de aprobarla, podría implicar, en el extremo, la desaparición de cualquier oferente de acceso mayorista de internet de jerarquía mayor al del Backbone resultante de la fusión entre Telefónica y Telecom (fs. 180 del Dictamen).

Respecto al transporte de larga distancia nacional e internacional, la C.N.D.C. sostiene que las redes de transporte de Telefónica y Telecom se superponen en todo el territorio nacional y que en la principal ruta (Buenos Aires-Mendoza), poseen en conjunto una participación de alrededor del 60% medido en facturación para el año 2006 (fs.167 del Dictamen), y que de aprobarse la operación analizada, las condiciones de competencia sufrirán variaciones importantes (fs.168 del Dictamen), resultando perjudiciales dado que el control del tráfico de información (voz y datos) y en el resto de las redes del país, una posición monopólica. Referente a los enlaces locales, Telefónica y Telecom poseen una participación conjunta superior al 70% de la facturación a nivel nacional para el 2006, pudiendo afectar negativamente la competencia en forma diferenciada, según las distintas áreas geográficas (fs.172 del Dictamen). Asimismo, la C.N.D.C. opina que de aprobarse la operación en análisis se verificaría una integración vertical entre dos operadores que en la actualidad compiten efectivamente entre sí (fs. 180 del Dictamen).

También la C.N.D.C. opina que existen fuertes incentivos económicos por parte de Telefónica y Telecom, para generar ingresos adicionales mediante la incorporación de nuevos servicios ofrecidos como canasta, a partir de la misma plataforma (bucle local). A nivel mundial se denomina "triple play", conformando un paquete formado por telefonía fija residencial, internet residencial, televisión e IPTV (contenidos bajo protocolo de internet) (fs. 70 del Dictamen). Como el marco regulatorio en el país no admite que las telefónicas ofrezcan estos servicios, se emplean modelos híbridos de Triple

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

servicio (fs. 165 del Dictamen), sin que el mismo pueda ser replicado por otras empresas competidoras a través de su red de acceso nacional y/o internacional, por lo que genera motivos de preocupación desde el punto de vista de la competencia (fs. 166 del Dictamen).

Respecto a los efectos verticales de la operación en análisis, la C.N.D.C. opina que de aprobarla, podría implicar, en el extremo, la desaparición de cualquier oferente de acceso mayorista de internet de jerarquía mayor al del Backbone resultante de la fusión entre Telefónica y Telecom (fs. 180 del Dictamen).

Respecto al transporte de larga distancia nacional e internacional, la C.N.D.C. sostiene que las redes de transporte de Telefónica y Telecom se superponen en todo el territorio nacional y que en la principal ruta (Buenos Aires-Mendoza), poseen en conjunto una participación de alrededor del 60% medido en facturación para el año 2006 (fs.167 del Dictamen), y que de aprobarse la operación analizada, las condiciones de competencia sufrirán variaciones importantes (fs.168 del Dictamen), resultando perjudiciales dado que el control del tráfico de información (voz y datos) y en el resto de las redes del país, una posición monopólica. Referente a los enlaces locales, Telefónica y Telecom poseen una participación conjunta superior al 70% de la facturación a nivel nacional para el 2006, pudiendo afectar negativamente la competencia en forma diferenciada, según las distintas áreas geográficas (fs.172 del Dictamen). Asimismo, la C.N.D.C. opina que de aprobarse la operación en análisis se verificaría una integración vertical entre dos operadores que en la actualidad compiten efectivamente entre sí (fs. 180 del Dictamen).

También la C.N.D.C. opina que existen fuertes incentivos económicos por parte de Telefónica y Telecom, para generar ingresos adicionales mediante la incorporación de nuevos servicios ofrecidos como canasta, a partir de la misma plataforma (bucle local). A nivel mundial se denomina "triple play", conformando un paquete formado por telefonía fija residencial, internet residencial, televisión e IPTV (contenidos bajo protocolo de internet) (fs. 70 del Dictamen). Como el marco regulatorio en el país no admite que las telefónicas ofrezcan estos servicios, se emplean modelos híbridos de Triple

Play, consistentes en brindar los tres servicios combinando más de una plataforma (fs. 71 del Dictamen).

Tal como expuse en el trabajo citado ut supra, si del análisis concreto de un caso de concentración surge que podría afectar negativamente el mercado, no significa que esta sola circunstancia permita prohibir la fusión de empresas, ya que deben analizarse otros aspectos, tales como: a) futura acción de los competidores restantes; b) existencia de barreras a la entrada de nuevos competidores y c) competencia de productos análogos importados.

Por las particularidades de la operación en análisis, adquiere suma importancia el aspecto de la existencia de barreras a la entrada de nuevos competidores.

A partir de la foja 186, la C.N.D.C. analiza la existencia de barreras a la entrada. Sostiene la C.N.D.C., que esta industria presenta economías de escala y fuertes costos hundidos, elementos que constituyen una barrera a la entrada económica para cualquier competidor (fs. 187 del Dictamen); que también se caracteriza por un principio fundamental que rige todos los servicios finales: la interconexión entre los operadores (fs. 188 del Dictamen). Asimismo, opina que la fusión entre Telefónica y Telecom implicaría la conformación de un operador con una red de cobertura nacional, tanto troncales como de última milla, con capacidad de ofrecer todos los servicios de telecomunicaciones, casi sin necesidad de complementarse, con la interconexión (fs. 188 del Dictamen). También que la integración vertical existente, en tanto Telefónica y Telecom contarían con poder dominante en el transporte del tráfico, iniciación y terminación del mismo, acrecienta las barreras a la entrada natural del sector (fs. 190 del Dictamen), por lo cual de autorizarse la operación, se generaría un mercado altamente concentrado, sin la posibilidad efectiva de que un operador alternativo ingrese en los mercados relevantes analizados, debido a las importantes barreras a la entrada que tiene la actividad y que, a su vez, se verían incrementadas por la operación (fs. 192 del Dictamen).

Llegado a la conclusión de que subsiste el riesgo potencial al interés económico general, por el aumento de poder de mercado que surja de la concentración y que el mismo no puede ser neutralizado suficientemente por otros competidores, resta aún considerar para prohibirla, la existencia simultánea que ella pueda generar de beneficios a la sociedad. En los

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

USO OFICIAL

mercados competitivos se incentiva el logro de una mayor eficiencia empresaria, mediante el mejor uso de los factores económicos existentes. En tal sentido, las concentraciones económicas generan normalmente eficiencias significativas que no pueden lograr las empresas concentradas por separado, logrando comerciar o producir el producto a un menor costo. Ese menor costo puede traducirse en menor precio o menor calidad o desarrollo de un nuevo producto sustitutivo o alternativo a causa de que se liberan recursos que pueden ser destinados a otras actividades. En tal caso, deben analizarse las llamadas "ganancias de eficiencia", que significan un beneficio social y comparar su magnitud con el perjuicio potencial de la operación de concentración. Como las ganancias de eficiencia son muy difíciles de probar y cuantificar, sobre todo cuando se relacionan con variables no pecuniarias, tales como la calidad o variedad del producto, las empresas que las invoquen deben esmerarse en aportar datos precisos y verificables para posibilitar su evaluación. Más fácil es la evaluación cuando están en juego los precios del producto. Todo producto tiene un precio en el mercado (valor) dado por los consumidores. Cuando ese valor es mayor que el que cuesta producirlo (costo), el producto es factible de ser vendido y consumido, a un precio determinado. Esto es así en un entorno competitivo, en el cual el precio final del bien se acerca a su costo de producción. Ahora bien, cuando una concentración empresaria genera o fortalece su poder en un mercado y se hace uso de dicho poder para restringir la oferta del producto, con el objeto de aumentar su precio, se está perjudicando a la sociedad, porque se dejan de consumir unidades que tienen un valor menor para los consumidores que el comercializado. En otras palabras y equiparando el concepto de interés económico general con el de eficiencia económica, puede sostenerse, con buen criterio, aunque sea subjetivo, que "se perjudica el interés económico general, cuando se dejan de comercializar unidades de un bien para los cuales la valoración otorgada por los consumidores es mayor que los recursos asignados para producirlos" (Trabajo citado *in supra*, pág. 56).

La C.N.D.C. opina a fs. 197 del Dictamen, que si bien desde un punto de vista técnico se podrían verificar economías producto de la operación, los efectos de la concentración en los mercados analizados hacen improbables que

las mismas se traduzcan en beneficios para los consumidores (sea por mejoras en los precios y/o calidad).

2.-AGRAVIOS:

2.1. A fs. 3175 del incidente de apelación, el apoderado de TELEFONICA S.A. interpuso y fundó su recurso contra la Res. 483/09 de la S.C.I.

A fs. 4131, presentó el memorial sustitutivo de la audiencia fijada para el 23 de diciembre de 2009. El primer agravio (fs. 13vta.), se relaciona con la supuesta incompetencia de la C.N.D.C. para dictar la Resolución 4/09, que no trató por estar sustanciada por ante la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal.

Sin perjuicio de ello, como el apelante sostiene que la misma tiene decisiva influencia y conexidad con la aquí apelada, Resolución 483/09, me detendré al análisis de algunos conceptos que estimo necesarios puntualizar, en relación también con el segundo agravio (fs. 14): "la existencia o inexistencia de concentración económica". Sostiene el apelante que la C.N.D.C. en los considerandos 11 y 202 de su Dictamen 744, "solapada y escurridizamente", modificó su criterio y atribuyó una "toma de control" conjunta por parte de los notificantes -T.E. y los demás accionistas en Telco-, sin dar fundamento jurídico ni fáctico alguno (fs. 1). Luego sostiene a fs. 16, que: "de manera sorprendente la comisión en los numerales 11 y 203 del Dictamen 744, manifiesta como acreditada la existencia de una concentración económica mediante "la toma de control de los notificantes en TELECOM ITALIA" y "TELCO", control conjunto cuando lo único que tuvo por acreditada la Resolución 4/09, fue la existencia" de por lo menos una influencia sustancial de T.E. en Telco" y jamás se refirió ni justificó la existencia de un "control conjunto de todos los accionistas en Telco". Seguidamente, cita a fs. 17 vta., el artículo 6° de la ley 25.156, que entiende por concentración económica la toma de control de una o varias empresas, a través de la realización de algunos de los actos enumerados en sus 4 incisos, concluyendo que, para que exista una concentración económica que deba ser notificada y pueda ser analizada, es condición *sine qua non* que se verifique una "toma de control" por parte de una o varias empresas, sobre la empresa

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

objeto de la transacción. Aplicando tales conceptos al caso en análisis, sostiene a fs. 18, que T.E. no controla ni individual ni conjuntamente con los restantes accionistas de Telco, ni ejerce influencia sustancial sobre Telco, ni indirectamente sobre T.I. y las empresas del Grupo T.I. en Argentina. Continúa diciendo a fs. 19, que considera un error conceptual jurídico, el considerar que la transacción Telco constituyó una concentración económica, por el mero hecho de haberse verificado un "cambio de control" en Telecom Italia, en el sentido que Pirelli dejó de controlar Olimpia, pues lo determinante para que exista una concentración económica bajo nuestra normativa, es que exista una "toma de control" respecto de aquella; seguidamente, reconoce como posiblemente correcto, que previo a la transacción Telco, Pirelli era controlante de Olimpia y T.I. -e indirectamente de Telecom Argentina- pero que, con motivo de la transacción, ni T.E. ni los demás accionistas de Telco han "tomado el control" o una "influencia sustancial" sobre Telco e indirectamente sobre T.I.

Luego de analizar los conceptos de "control" en distintos ordenamientos normativos, sostiene a fs. 20, que para determinar la existencia de "toma de control" o "influencia sustancial" individual o conjunta sobre Telco, deben seguirse los criterios establecidos por las normas de competencia previstos en la L.D.C. y sus normas reglamentarias. Y analógicamente, la regulación europea, sin interferencias o aplicaciones subsidiarias del concepto de control como el societario. También sostiene que debe excluirse del análisis, el inciso "E" del artículo 6 de la L.D.C., porque el estudio se centró en el inciso "C" de dicho artículo.

Seguidamente, citó criterios interpretativos de la propia C.N.D.C. vertidos en opiniones consultivas, que considera aplicables para sostener que: "...resulta fundamental el criterio sentado por la Comisión respecto a lo que se ha denominado "variabilidad de condiciones" o "shifting majorities", ya que la situación descripta se verifica en la transacción Telco y es a la conclusión a la que arribó la Comisión Europea, para resolver que dicha transacción no constituía una "concentración económica", -bajo la normativa comunitaria de control de concentraciones- y por lo tanto la misma no debía ser notificada para su autorización (fs. 22 vta/23). Sobre el concepto "control", termina sosteniendo a fs. 23 vta que: "La noción de variabilidad de coaliciones

demuestra que el hecho de que Pirelli pudiera haber sido *controlante* de Olimpia no significa que necesariamente tenga que haberse verificado un "cambio de control" al transferirse a TE y las demás inversionistas dichas acciones- así lo declaró la Comisión Europea de Competencia. Lo que debió ocurrir en los términos de la LDC para que existiera concentración económica fue una "toma de control" individual o conjunta con la/s inversionista/s sobre Telco, circunstancia que no tuvo lugar tal como demuestran tanto los instrumentos contractuales suscritos por ellas, como los hechos acontecidos con posterioridad, tal como veremos más adelante".

Respecto al concepto de "influencia sustancial", cita la Resolución 4/09 de la C.N.D.C. que expresa: "...se generan incertidumbres sobre el concepto jurídico que corresponde otorgarle al término influencia" (fs. 24). Luego de analizar doctrinariamente el concepto, concluye que la transacción Telco no constituye una concentración económica en los términos del artículo 6 inc. "c" de la LDC (fs. 24 y siguientes). Sostiene que: "...los demás accionistas de TELCO son empresas internacionales de reconocido prestigio y envergadura para las cuales la inversión realizada resulta patrimonialmente importantísima y, en consecuencia, privilegiarán el interés social de TI y evitarán que éste entre en conflicto con el interés de TE -esa es la razón de la "autonomía e independencia" de ambos grupos-. En otras palabras, los accionistas impedirán que TE realice actos de interés propio que perjudiquen el interés social de TI, y por lo tanto sus intereses individuales. En éste sentido no cabe duda alguna que no existe racional económico alguno que permita sostener que los accionistas italianos de TE en Telco, permitirán que ésta incentive sus activos en Argentina en desmedro de los activos de TI ubicados en este país" y que: "es allí donde surge la lógica racional y jurídica, la limitación impuesta a TE y TI, y transforma en completamente conjetural y maliciosa la afirmación de la Comisión en el sentido de que "se trata de un compromiso privado que se reduce a una simple declaración de las partes", ya que es evidente que serán los propios accionistas de TELCO quienes controlarán que se cumplan dichas previsiones, ya que de otra manera estaría afectando su propia inversión indirecta en TI; ello en el marco de un convenio de accionistas absolutamente legal a la luz de la legislación italiana aplicable a dicho instrumento". De allí en adelante, hasta la fs.39 que trata el cuarto agravio (se omitió el tercero),

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

sólo recalca el apelante fundamentos tendientes a demostrar la inexistencia de una concentración económica.

El cuarto agravio del apelante (fs. 39 y siguientes), se relaciona con la supuesta nulidad de la resolución apelada por vicios sustanciales de procedimiento. El apelante describe las tres etapas previstas en la Resolución 40/01 de la Ex-Secretaría de Defensa de la Competencia y del Consumidor - hoy Secretaría de Comercio Interior- que aprueba la "Guía para la notificación de Operaciones de Concentración Económica", en su relación con lo dispuesto por el artículo 11 del Decreto 89/01, reglamentario de la ley 25.156 y la Resolución 26/06 S.C.I. (Procedimiento aplicable a solicitudes de opiniones consultivas). Considera el apelante que la C.N.D.C. al no formular una "opinión consultiva", violó el derecho de defensa de las partes notificantes porque les privó de fundamentar lo que consideran la cuestión medular del presente análisis: determinar si la operación Telco constituye o no una concentración económica sujeta al control previo (Conf art.8 del Decreto 89/01). Es así que sostiene que hubieran podido presentar argumentos y defensas relativas a la definición de mercado relevante, competidores actuales y potenciales, inexistencia de barrera de entrada, ganancias de eficiencia y/o argumentos y/o remedios estructurales o de conducta que disiparan todas las dudas de la C.N.D.C. (fs. 40). Asimismo, sostiene que la C.N.D.C. debió abstenerse de ordenar la notificación y/o debió suspender el procedimiento de notificación bajo expediente PIRELLI, hasta tanto estuviera firme y consentida la Resolución 4/09. Seguidamente, sostiene que la mencionada Resolución 4/09 que ordenó a su mandante la notificación en los términos del artículo 8 de la LDC, bajo apercibimiento de aplicar severas sanciones, vulneró severamente sus derechos y principios constitucionales (fs. 43). Ante la situación fáctica creada, sostiene que su mandante presentó con fecha 21 de enero de 2009 el formulario F1, dado que la C.N.D.C. todavía no había resuelto el recurso de apelación interpuesto contra tal resolución, al 14 de enero del mismo año. Ante tal denegación del recurso de apelación por parte de la C.N.D.C. (Res. 25/09), su mandante interpuso recurso de queja posteriormente concedido por la Sala II de la Cámara Civil y Comercial Federal; sigue detallando que pese a lo dispuesto por la Sala II referida, cumplió con los sucesivos requerimientos de la C.N.D.C. (fs. 44). Por ello

estima que el tildado de "renuente" empleado por la C.N.D.C. (considerando 1022 del Dictamen 744) es injusto y arbitrario, porque su mandante colaboró hasta el límite de sus posibilidades fácticas y jurídicas (fs. 44 vta.). Continúa diciendo que con fecha 24/7/2009, la C.N.D.C. intimó a su mandante a presentar el Formulario F2, en el insólito plazo de 10 días y sin estar concluida la etapa de F1 (fs. 46). Ante tal situación, su mandante presentó con fecha 4 de agosto de 2009 un pedido de medida cautelar solicitando la suspensión de la Res. 4/09, la que fue rechazada con fecha 7 de agosto por la Sala II de la Cámara Civil y Comercial Federal (fs. 46). Pocos días después de tal rechazo, la S.C.I. dictó la Resolución 483/09 objeto de esta apelación. Con fecha 7 de agosto de 2009, haciendo reservas de sus derechos, presentó el F2 requerido por la C.N.D.C. (fs. 46 vta.).

Hace hincapié en el "esfuerzo conceptual" que le significó desvirtuar los groseros errores conceptuales sobre los "mercados de telecomunicaciones en general", a los que parecía dirigirse la C.N.D.C., a tenor de lo declarado por los testigos (fs. 46 vta.).

También puntualiza, (fs. 48) que la C.N.D.C. violó lo expresamente dispuesto en el artículo 11 del decreto 89/01, en cuanto dispone que sólo cuando la información presentada en una etapa resultara insuficiente para dictar la resolución prevista en el art. 13 de la ley 25.156, se pasaría a la etapa siguiente. La C.N.D.C. debió declarar tal insuficiencia y dar por concluida la etapa del F1. Lejos de ello, intimó por Nota N° 905/09 a la presentación del F2, tramitando conjuntamente los F 1 y F 2. También consideró violado su derecho porque la C.N.D.C. dictó la resolución en apelación pendiente el plazo legal para que T.E. completara la información y documentación solicitada en el F 2 (fs. 49).

A fs. 50/vta. y siguientes, el apelante se agravia por considerar que el Dictamen 744/09 de la C.N.D.C., parte integrante de la resolución apelada, sostiene que: "...las consideraciones formuladas por la SECOM y la C.N.D.C. pueden servir de suficiente sustento para resolver los presentes actuados..." (considerandos 1025 y 1031 del Dictamen). Luego de largas consideraciones sobre la intervención del estado, los principios del llamado "poder de policía" y la regulación del mercado, opina que la defensa de la competencia y regulación, son dos técnicas de intervención pública claramente distintas y

Podas Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

diferenciadas jurídicamente (fs. 52 vta.) y que lo que es materia de "competencia", no puede ser objeto de decisión del "regulador" y viceversa; lo que es materia de "regulación" no puede ser objeto de decisión de la entidad concurrencial (fs.53). La invasión del campo de competencia del uno por el otro, se encuentra viciada (según su opinión) de "incompetencia en razón de la materia", en los términos del art. 14 inc. B de la ley 19.549 (fs. 53 vta). También sostiene que la circunstancia de que la C.N.D.C haya hecho propias las consideraciones vertidas por la SECOM en su informe, ha colocado al apelante en estado de indefensión en tanto que se ha emitido un acto administrativo basado en consideraciones de índole regulatoria, que afecta su situación jurídica sin haberse seguido los procedimientos administrativos previos que correspondían (fs. 56). Estima vulnerados sus derechos porque el único ámbito para cuestionar el informe de la SECOM era la misma SECOM y no tuvo esa oportunidad (fs.56 vta.). Con tal proceder se violó la "segunda instancia administrativa" y la imposibilitó de "la garantía de tutela administrativa efectiva" (fs.57). Seguidamente, expone lo que considera defectos del informe de la Secretaría de Comunicaciones (fs. 57 y sigs.), en especial lo que considera su interpretación errónea del marco regulatorio del sector, ya que opina que hechó mano a variadas normas que sólo hacen referencia a restricciones impuestas a las licenciatarias o a sus "controlantes", mas correspondiendo entender a esta última situación en los términos del artículo 33 de la ley 19.550, a cuyo amparo no puede considerarse comprendida su mandante (fs. 58 vta.).Citando el artículo 2° del decreto 731/89 y el numeral 5.8.2.3. del pliego de licitación, opina que un mismo oferente podía ser adjudicatario de las dos LSB que se formaron (fs. 59). Por eso estima errónea la opinión de la SECOM, que dogmáticamente afirma que el proceso de desmonopolización de ENTEL, de modo alguno asumió como homónimo de la pluralidad de prestadores independientes entre sí como condición *sine qua non* legitimante de la acción gubernamental (fs.59). Asimismo, opina que si bien el numeral 3.1.1. del pliego, expresamente prohibía a un mismo operador presentarse a la licitación como integrante de más de un consorcio oferente, esa limitación por estar dirigida a los oferentes —se encontraba a su vez limitada por la vigencia del período de exclusividad— dentro del cual se aguardaba que las LSB desarrollaran su expertise en la

operación del servicio (también en la fs. 59). Por ello el decreto 764/2000 no estaba vigente, ya que la restricción impuesta por el numeral 3.1.1. del pliego había caducado al finalizar el período de exclusividad, tres años antes de su dictado (fs. 59 vta.). El régimen de licencias aprobado por el mencionado decreto 764/2000, no contiene norma alguna que prohibiese las participaciones accionarias cruzadas e indirectas que ahora se cuestionan (fs. 60).

A fs. 60 y siguientes el apelante se agravia por los groseros errores de apreciación en que había incurrido la C.N.D.C., siendo por ende nula por estar viciada en sus elementos objeto, causa y motivación. Con referencia a la Res. 164/2001 de la Ex-Secretaría de la Competencia, que estableció los "Lineamientos para el control de las concentraciones económicas", opina que la C.N.D.C., al citar en su párrafo 446 de su Dictamen 744 el Dictamen 417 del 2003, efectúa una comparación metodológica incorrecta, adoleciendo de dos errores insalvables: comparar facturación total en número de clientes y no referirse exclusivamente al mercado de internet (fs. 63). En lo relacionado con las barreras de entrada, la C.N.D.C. hace abuso de la terminología técnica, empleada habitualmente en el análisis de mercados, dando ejemplos de sus argumentos en los distintos sub-mercados analizados en la presente apelación (fs. 64/66 vta.). A fs. 66 vta./67 vta. opina que la C.N.D.C. se basó en presunciones basadas en la extrapolación del argumento estructural, como suficiente para determinar el eventual daño al interés económico general, cambiando su propia jurisprudencia anterior al caso en análisis. Con ello omitió elementos esenciales de la industria, tales como su cambio tecnológico y la potencialidad de los entrantes en un esquema combinado de regulación de facilidades esenciales y de convergencia tecnológica.

En el agravio de fs. 67 vta. y sigs. el apelante sostiene que la orden de desinversión a su mandante (artículo 1° de la resolución impugnada), resulta de cumplimiento imposible, ya que en virtud de los instrumentos contractuales suscriptos con los demás accionistas de TELCO, específicamente el "Shareholders Agreement", se debe garantizar la total "autonomía e independencia entre los grupos T.E. y T.I.". La lógica de dicha previsión está dada por la circunstancia de que los demás accionistas de TELCO, son empresas internacionales de reconocido prestigio y envergadura patrimonialmente

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

importantísima y en consecuencia, privilegiarán el interés social de T.I. y evitarán que éste entre en conflicto con el interés de T.E. (fs. 68). Seguidamente, reitera conceptos sobre la cláusula de autolimitación ya expuesta anteriormente y que la misma ha sido operativa desde el cierre de la operación TELCO (fs. 68 vta.). También a fs. 69 vta. y siguientes, reitera conceptos expuestos anteriormente sobre la desproporcionada medida de desinversión ordenada, que afecta irrazonablemente su derecho de propiedad al afectar su inversión. A fs. 70 vta. y sigs., se agravia por la eventual multa que se le podría aplicar por notificación tardía (no se tratará en el presente análisis, por no ser un hecho actual sino futuro).

Respecto a los agravios expuestos por el representante de Telefónica S.A., considero necesario formular los siguientes comentarios:

1. La concentración en análisis debe analizarse desde un punto de vista económico-jurídico, teniendo en cuenta todo el ordenamiento anti-trust argentino. Pretender como lo hace el apelante, centrar con exclusividad el análisis en lo dispuesto por el inciso C del artículo 6° de la ley 25.156, es en mi opinión, carente de toda lógica jurídica, atento que una conducta se analiza en relación con un determinado sistema normativo y no un eventual encuadramiento en una hipótesis del régimen, máxime, teniendo en cuenta que el inciso "D" del citado artículo, debe ser considerado una fórmula residual y amplia, abarcativa de los tres incisos que le anteceden.
2. Los términos "control", "toma de control", "influencia", "influencia sustancial", etc., por ser conceptos vagos e imprecisos, conforman un camino harto difícil para llegar a una conclusión razonable en el caso en análisis. Lo importante, en mi opinión, es determinar si las vinculaciones de la operación Telco, tienen relevancia competitiva en la Argentina, más allá de un control de derecho o de hecho, o si hay una influencia sustancial en empresas locales.
3. La limitación impuesta a T.E. en la cláusula 5 del S.H.A. (Shareholders Agreement), respecto a aquellos mercados en los cuales concurren o pueden concurrir operaciones de T.E. y T.I., más allá de la determinación de su eventual cumplimiento futuro (efectividad de la limitación contractual), sólo debe tenerse en cuenta para analizar la realidad económica en el mundo y en nuestro país, en el que ambas empresas pueden determinar competir entre sí, ajustándose al convenio, pero también, pese al mismo, pueden decidir no

competir e intentar adueñarse o dominar un mercado. Lo que hoy se contrató, mañana puede ser dejado sin efecto, o bien simplemente, ser letra muerta de un convenio firmado para guardar una formalidad supuestamente pro-competencia. Debe primar el análisis económico-jurídico abstracto y aprovechar la experiencia existente respecto al principio de "realidad económica" desarrollada por el derecho tributario (artículo 2º ley 11.683), prevista concretamente en el régimen anti-trust por previsión del art. 3º de la ley 25.156 (ver BONZON RAFART, Juan Carlos, "Comentarios al proyecto de ley de reforma de la competencia" y "Comentarios a la Ley de Defensa de la Competencia", Revista El Derecho (Legislación Argentina) ejemplares Nros. 16 y 36 del 21 de mayo de 1999 y del 8 de octubre de 1999 respectivamente).

4. El apelante, reiteradamente hace mención a la resolución 4/09 que aún está irresuelta, lo que nulificaría a su criterio, la Resolución apelada, por cuanto podría significar que aquella, de ser resuelta por la Sala II de la Cámara Civil y Comercial Federal, en el sentido que no existe deber de notificar, constituiría un escándalo jurídico.

Llama la atención que a esta altura de la situación procesal, en la cual la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación está entendiendo en la cuestión de competencia planteada, se siga opinando de tal manera. Considero que la resolución 4/09 ha devenido abstracta, en virtud de los términos de la resolución apelada; los insistentes, reiterados y repetitivos reclamos sobre el tema, sólo implican producir un enredo aún mayor al ya existente (ver resolución de este Tribunal sobre habilitación de feria (Reg. 5, Folio 2010)

5. En relación al perjuicio que le habría causado al apelante la circunstancia de que la C.N.D.C. no hubiere efectuado una opinión consultiva, conforme lo reglado por la Resolución S.C.I. 26/06, cabe hacer notar que no existe ninguna constancia que él o los apelantes de las otras partes, hayan presentado una petición concreta sobre el tema. Debe tenerse en cuenta que si el apelante lo hubiera solicitado, la C.N.D.C. no hubiera podido hacer otra cosa que lo determinado expresamente en el artículo 8 del decreto 89/01: emitir la opinión sobre si la concentración en análisis estaba sujeta a control previo o no, en el término de 10 días, quedando suspendido el plazo de una semana para la notificación de la operación, previsto en el artículo 8º de la ley 25.156.

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

USO OFICIAL

6. Pedir la nulidad del procedimiento llevado a cabo por la C.N.D.C. hasta llegar a la resolución hoy cuestionada, por aplicación de la ley 19.549 de Procedimientos Administrativos (falta de objeto, causa y/o motivación del acto administrativo), es desconocer palmariamente lo dispuesto por el artículo 57 de la ley 25.156. Si bien en mi voto en el expediente relacionado con las medidas cautelares tomadas por la C.N.D.C. (Res. 64/09 Reg. 478/09 fs.673), opiné que era aplicable tal ley, fue en ese caso concreto, en que se analizaba la facultad de hacerlo por la C.N.D.C. *per se* y sin intervención del Señor Secretario de Comercio Interior, que es la Autoridad de Aplicación, mientras rija el tiempo de transición y se conforme el Tribunal de Defensa de la Competencia, ordenado por la propia ley 25.156. El caso en análisis es muy distinto, porque la resolución impugnada fue emitida por el mencionado funcionario (Res. 483/09), rigiendo para el análisis de la concentración económica por la C.N.D.C. y su resolución por la S.C.I., en exclusividad, las normas de la ley 25.156, su decreto reglamentario 89/01 y resoluciones complementarias, con exclusión de las normas de la L.P.A. Nº 19.549, aplicándose sólo supletoriamente, para casos no previstos y siempre que no se epongán al régimen especial, el Código Procesal Penal y el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (art. 56 ley 25.156). Los apelantes tienen toda la posibilidad y así lo han hecho de impugnar por ante la Justicia y conforme lo dispone el artículo 52 de la ley 25.156, toda resolución de la C.N.D.C. y/o S.C.I. que consideren equivocada, arbitraria y/o ilegítima. Lo que sí llama poderosamente la atención, es que el apelante, reiteradamente, presenta numerosos y largos escritos ejerciendo su defensa, pero haciendo reserva de que considera a este fuero Penal Económico como incompetente, lo que sólo cabe interpretar, en mi opinión, que estima al fuero Civil y Comercial Federal como más proclive a la defensa de sus intereses, o bien, como el más garantista en el control directo judicial de los actos emanados de la C.N.D.C. y la S.C.I.

7. En lo referente al agravio de fs. 50 vta. (cuestionamiento al informe de la SECOM), no se entiende cómo se ve conculcado su derecho de defensa, al sostener que no pudo alegar discrepancias con el referido informe, si a partir de fs.57, formula una extensa crítica al mismo. Además, tal como el apelante cita pero no desarrolla, el artículo 16 de la ley 25.156, es claro al determinar

que: "...previo al dictado de su resolución, deberá requerir a dicho ente estatal un informe y opinión fundada sobre la propuesta de concentración económica en cuanto al impacto sobre la competencia en el mercado respectivo o sobre el cumplimiento del marco regulatorio respectivo..."

La claridad del texto exime de todo comentario, ya que hasta hipotéticamente, no se puede imaginar un informe del ente regulador, respecto al "impacto" sobre el mercado competitivo, sin que analice los temas como lo hizo el informe de la SECOM.

2.2. A fs. 537/593 del incidente de apelación, el representante de Telecom Italia S.p.A. (T.I.) y Telecom Italia International N.V. (T.I. INT.), interpuso y fundó su recurso contra la Res. 483/09 de la S.C.J. A fs. 4061/4075, presentó el memorial sustitutivo de la audiencia fijada para el 23 de diciembre de 2009. A fs. 540/545 vta., reseña los antecedentes fácticos que precedieron la resolución aquí apelada. A fs. 545 vta., consigna su primer agravio. Sostiene que sus representadas no intervinieron en la operación de concentración y por lo tanto no pueden ser afectadas por la resolución 483/09 impugnada. Durante el procedimiento administrativo, se dictaron, según su opinión, gravísimas medidas que mantuvo indisponible el patrimonio de sus representadas y les impidió administrar y votar en las Sociedades del Grupo Telecom Argentina, en las cuales participa, cediendo el control de las mismas a otro accionista (fs. 545 vta.); continúa sosteniendo en la misma foja, que la resolución 4/09 no consideró a T.I. ni a T.I. INT. como partes de la operación y tampoco las obligó a notificar la operación.

A fs. 546 explicita que la C.N.D.C. tenía tres posibilidades: a) rechazar la operación; b) aprobar la operación o c) aprobar la operación, pero condicionándola. Ninguna de las dos primeras opciones hubiera implicado un perjuicio para T.I. y T.I. INT. Pero la C.N.D.C. eligió la tercera opción, pero la condición establecida no puede significar la afectación de derechos de terceros que no intervinieron en la operación. De las tres opciones, la C.N.D.C. eligió la más gravosa para T.I. y T.I. INT. De esta forma se hacen recaer en el patrimonio de sus representadas las consecuencias de actos de terceros, lo que es doblemente injusto, a poco que se considere que T.I. no hubiera sufrido ninguna consecuencia si la operación hubiera sido rechazada. Eso sería castigar a T.I. que no ha sido parte de la operación en vez de a sus

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

causantes. Además sostiene que T.I. tiene muchos otros accionistas además de Telefónica y que representan la absoluta mayoría de su capital social. A fs. 546 vta. cita fallos de la C.S.J.N., que abonarían su fundamento, en el sentido que la C.N.D.C. no tiene facultades para disponer medidas que trasciendan a la operación que se somete a su análisis, o que afecten o perjudiquen a terceros, mucho menos del talante de la condición de desinversión adoptada por la Res. 483/09 y máxime cuando la C.S.J.N. ha resuelto que las facultades para limitar o restringir los derechos subjetivos de los particulares, deben interpretarse de manera restrictiva. A fs. 547 y siguientes, desarrolló su teoría de que T.I. no tiene ninguna vinculación económica con las compradoras o con Telefónica. No hay confusión alguna en la dirección de ambas, no existiendo tampoco confusión entre el patrimonio de las mismas. Son sociedades distintas, con una personalidad jurídica propia y diferenciada.

Considera a fs. 547 vta. que la C.N.D.C. partió de la errónea premisa que Telecom Argentina y Telefónica Argentina son una misma entidad jurídica, tal como si se hubieran fusionado. La C.N.D.C. no demostró, en su opinión, que concurrían los presupuestos que toman aplicable la teoría de la inoponibilidad de la personalidad jurídica, conforme el artículo 54 de la Ley de Sociedades Comerciales -Nº 19.550. También opina que la C.N.D.C., debió haber indagado la realidad económica, levantando el velo societario de las sociedades comprometidas, para penetrar en la verdad que subyace a las formas societarias y concluir, con suficiente evidencia empírica que TELCO fue creada con la única finalidad de participar de una concentración económica en violación del artículo 7 de la L.D.C., para que Telefónica S.A. y Telecom Argentina puedan beneficiarse impunemente y al abrigo de su personalidad jurídica, lo que demás está decirlo, hubiera sido imposible por ser absolutamente inexacto. A fs. 548 sostiene que aún en la hipótesis de vinculación económica entre sus representadas y las compradoras, tal extremo debe ser efectivamente probado mediante pruebas directas, no resultando suficientes los dogmas y afirmaciones fundamentalistas de la Res. 483/09.

Cita como precedentes de su opinión, un fallo de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal (cita Nº12) y un fallo de la Sala B de la Cámara Comercial (Cita Nº13).

Cita asimismo un fallo de la C.S.J.N. referido al artículo 54 de la ley 19.550 (Cit N°14). A fs. 549 sostiene que el principio de realidad económica previsto en el artículo 3 de la Ley 25.156, no autoriza a la C.N.D.C. a apartarse del resto de nuestro ordenamiento jurídico, so pretexto de estar adecuando su conducta a la realidad económica subyacente a una determinada operación. A fs. 549 vta./554 vta., se agravia de una supuesta sanción que la C.N.D.C. le pretende imponer (art. 3° de la resolución impugnada), que no analizaré, por tratarse de un hecho futuro incierto que de ningún modo puede configurar un agravio actual. En su segundo agravio, el apelante reitera a fs.554 vta. y siguientes, conceptos vertidos respecto a considerar que la Res. 483/09 constituye una flagrante violación del debido proceso de defensa en juicio. Del debido proceso, porque a T.I. y T.I. INT, se les desconoció el rol de parte a lo largo de todo el procedimiento administrativo, reconociendo en la cita N°31, que sólo participaron de la Diligencia Preliminar, con motivo de las apelaciones a las resoluciones 123/08 , 44/09 y 64/09. Se les privó de su derecho a ser oídas, ofrecer y producir pruebas y controlar la producción de las pruebas recopiladas. De la defensa en juicio, porque jamás se le dio posibilidad de intervenir en defensa de sus derechos y que por motivo de una operación en la cual no participó y no obtuvo ningún beneficio, se le obliga a desinvertir de sus activos en Sofora. A fs. 556 y siguientes, sostiene que la C.N.D.C. omitió considerar la siguiente información, que sus representados hicieron saber por nota de fecha 12 de marzo de 2009 (ver cita N° 40): a) Telefónica no tiene mayoría en el directorio de TELCO, puesto que designa sólo a 4 de los 10 directores y tampoco puede bloquear las decisiones de la asamblea de accionistas de TELCO; b) Que la Comisión Europea consideró que la operación no implicó una concentración económica y c) No se demostró que Telefónica controle o ejerza influencia dominante en TELCO (cita como fundamento el acuerdo de accionistas de TELCO; los estatutos de TELCO y T.I. y los compromisos asumidos por los directores propuestos para el directorio de T.I.; el procedimiento de separación aprobado por el directorio el 2 de diciembre de 2008; la asamblea del directorio de T.I. del 27 de febrero de 2009 en la cual se decidió modificar estructuralmente el gobierno corporativo de las actividades del GRUPO TELECOM ARGENTINA; la aceptación de tal régimen por el CEO de T.I. Sr. Franco Bernabé; información

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

presentada a las autoridades argentinas con fecha 12 de marzo de 2009; el informe del Dr. Manóvil y decisión del Juez Comercial a cargo del Juzgado N°16, en los autos caratulados: "WERTHEIN Gerardo y otros c/Telecom Italia S.p.A. y otros s/medida precautoria"; la opinión de los doctores Galgano y Cassagne y la aprobación de la operación en Brasil por parte de ANATEL). En su tercer agravio (fs. 559 y sigs.), el apelante sostiene que la resolución impugnada es absolutamente irrazonable y absurda. La considera un absurdo, dado que sostiene que si T.I. cumple con la condición de vender todos sus activos que ella y T.I. INT tienen en Sofora, incluyendo la opción, la operación no necesitará ser autorizada dado que no tendrá efectos en Argentina (fs. 559). Asimismo, con cita de destacados autores nacionales, sostiene que aunque la decisión de la C.N.D.C. sea consecuencia de potestades discrecionales, será inválida si es contraria a los principios generales del derecho, entre los cuales se destaca por su importancia el principio o garantía de razonabilidad (fs. 560). Sigue opinando que la Res. 483/09 ha transgredido la juridicidad en su faz negativa, en tanto infringe la garantía de razonabilidad que en el sentido negativo limita la actuación discrecional de la Administración Pública (fs. 560 vta.). La irrazonabilidad de la resolución impugnada surgiría de obligar a un tercero ajeno a la operación a desinvertir, con lo que se extermina de plano cualquier posibilidad de que Telefónica intervenga en el GRUPO TELECOM ARG. Ahora bien, considera evidente que es una medida extrema, irrazonable e intolerable en cualquier régimen jurídico serio (fs. 561). Opina además, que: "para que un condicionamiento en los términos del inciso b) del art. 13 de la LDC sea legítimo, es necesaria la concurrencia de dos requisitos: a) que la restricción se dirija a las partes de la operación de concentración (que son las que supuestamente causaron las consecuencias anticompetitivas y son quienes deben remediarlas) y no a terceros como T.I. que no han participado, intervenido o decidido en ella; y b) que el derecho involucrado sea restringido en la menor medida posible, es decir, que sólo se restrinja en la medida necesaria para lograr que la operación de la concentración autorizada no afecte el mercado nacional. En el caso, ninguno de estos requisitos se ha cumplido en razón de que: a) la condición ha sido impuesta a un tercero T.I. -que nada ha tenido que ver con la operación-; y b) tal como se demostrará seguidamente -aunque salta a la vista

USO OFICIAL

por evidente- la condición impuesta por la Resolución 483 extirpa el derecho de propiedad de mi mandante y todo ello ante la evidencia de que existen medidas alternativas menos restrictivas e igualmente eficaces, para asegurar que la competencia no sea afectada, si Telefónica influyera en la operadora o administración de las sociedades que conforman el GRUPO TELECOM ARGENTINA".

Sostiene a fs. 562 que: "...resulta fácil advertir que la C.N.D.C. hubiera podido elegir entre muchas otras alternativas, a fin de que quienes fueron parte de la operación resuelvan cualquier conflicto derivado de su presencia en dos operadores. Sin duda alguna, todas esas alternativas son menos restrictivas que la adoptada en la Resolución 483, pues cualquier opción resulta menos lesiva del derecho de propiedad que la desinversión de todos los activos de los que T.I. y T.I. INT son propietarios en la República Argentina" y que un claro ejemplo de lo expuesto, es lo resuelto en Brasil por la ANATEL (Agencia Nacional de Telecomunicaciones).

Sigue diciendo que no existió proporcionalidad en la Res. 483/09; que el aniquilamiento del derecho constitucional de propiedad de T.I., no tiene como contrapartida una mayor satisfacción o cumplimiento más eficaz del fin perseguido por la C.N.D.C., en tanto aquél puede conseguirse por medios alternativos menos lesivos de la propiedad privada (fs. 563).

A fs. 563 vta., sostiene textualmente que: "A esta altura del razonamiento efectuado en el presente, es dable formularse la pregunta que da inicio a este capítulo. A ello se suma, si la C.N.D.C. concluye en su dictamen 744 que la operación debía prohibirse. ¿Por qué la subordina? ¿Quién se beneficia con esa subordinación? ¿Cuál es el propósito escondido? ¿Por qué no la prohibió? Las respuestas saltan a la vista. Si la C.N.D.C. hubiera prohibido la operación, en tal caso, las partes de esa operación deberían haberla retrotraído. No se imponía otra solución. En ese caso, T.I. no habría sufrido perjuicio alguno y sería libre de continuar su inversión en la Argentina. Pero esa solución, ¿es funcional a los intereses a los que responde la C.N.D.C.? Evidentemente no. Si la C.N.D.C. tiene por objetivo obligar a T.I. a vender sus acciones a como dé lugar, la prohibición no le servía. Entonces construyó sin sumar ningún tipo de argumentación, la subordinación de la aprobación. De este modo, se termina afectando a mis mandantes y se

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

atienden los intereses claramente ajenos a la L.D.C. Insistimos que si la Resolución 483 hubiera sido coherente con el razonamiento contenido en el Dictamen 744, debió prohibir la operación, o debió tomar las medidas necesarias para limitar o exigirle a los causantes de la presunta concentración económica, que tomen las medidas necesarias para que resuelvan su presencia accionaria indirecta en ambos operadores en competencia, desprendiéndose de una de ellas. Las razones son evidentes: se tenía que obligar en los hechos a T.I. a vender su participación y derechos en Sofora; otra solución no podría adoptarse..."

A fs. 564 y siguientes, expresa su cuarto agravio, respecto a que la Res. 483/09 no puede fijar pautas de desinversión. Este agravio relacionado con el artículo 2º de la resolución impugnada, no será tratado en el presente, por no significar un perjuicio actual, sino objeto de otras resoluciones y eventuales apelaciones (ver Resolución de este Tribunal de fecha 13 de enero de 2010, referido a la habilitación de feria por el dictado de la Res. S.C.I. 3/2010 - Registro 5 folio 5 de 2010). El artículo 2º de la resolución cuestionada, sólo faculta para el futuro, que la C.N.D.C. fije pautas de desinversión, las que reitero, han sido fijadas por otras resoluciones distintas a la aquí cuestionada.

El quinto agravio obrante a fs.569 y siguientes, se relaciona con la no concurrencia de los presupuestos previstos por el artículo 7º de la ley 25.156. Sostiene que es dudoso el encuadre de la operación analizada en las previsiones del referido artículo 7º (fs. 569 vta.), por lo que estima aplicable el principio subrogatorio de la prueba: "*in dubio pro reo*".

Considera que la C.N.D.C. y la S.I.C. debieron demostrar de forma irrefutable, que el objeto y efecto de la operación es restringir o distorsionar la competencia, de modo de perjudicar el interés económico general, y que nada de eso se ha demostrado y más, ni siquiera una sola línea a la afectación al interés económico general (fs. 570 vta.).

Continúa sosteniendo que no existe prueba alguna que Telefónica de Argentina S.A. y el Grupo Telecom Argentino, actúen como un único operador telefónico y tampoco hay ninguna evidencia acerca de que el mercado de las telecomunicaciones se haya visto distorsionado o pueda verse distorsionado como consecuencia de la operación en cuestión (fs. 571). Citando al Dr. Peña, Julián (cita Nº 82), opina que el artículo 7º de la ley

25.156 no es otra cosa que la proyección de las conductas previstas en los artículos 1 y 2 de la L.D.C., conductas que el procedimiento previsto en el Cap. III de la L.D.C. pretende evitar (también fs. 571).

Continúa diciendo que la C.N.D.C. no analiza las particularidades de la operación y su supuesta subsunción en el artículo 7° de la L.D.C. Sólo construye su resolución 483 en la falsa premisa que Telecom Argentina y Telefónica de Argentina S.A. son una misma entidad, al estar ambas supuestamente controladas por Telefónica (fs. 571 vta.). Continúa enumerando conceptos ya vertidos tendientes a demostrar que Telefónica no ejerce influencia sustancial en el Grupo Telecom Argentina (fs. 571 vta./572 vta.). También alega que luego de casi dos años de concretada la operación, no hay ninguna prueba cierta que dé cuenta de la supuesta influencia sustancial de Telefónica en el Grupo Telecom Argentina. Por el contrario, todas las circunstancias dan cuenta que las dos compañías son manejadas de forma independiente (ver informe coincidente del Dr. Manóvil) (fs. 573). En su opinión, existen barreras legales, fácticas y contractuales que impiden que Telefónica ejerza algún tipo de influencia en el Grupo Telecom Argentina, a través de su participación indirecta en T.I. (también fs. 573).

Sostiene a fs. 573 vta., que la C.N.D.C. no puede válidamente afirmar que la reducida participación indirecta de Telefónica en Telecom Argentina, que es de tan solo el 1,8% -sumada a las importantes barreras legales, contractuales y fácticas-, pueda otorgarle a Telefónica la posibilidad de determinar la estrategia comercial de T.I. y mucho menos de Telecom Argentina, o pueda excluir un competidor del mercado. Luego a fs. 574, citando doctrina brasileña, en la cual el análisis de las concentraciones, al igual que en Argentina, sería posterior, afirma que a más de dos años de la firma de los contratos relevantes (concreción de la operación), la C.N.D.C. no puede caer en meras "teorizaciones", sino que debe demostrar en los hechos de qué modo la operación tuvo por objeto o efecto restringir o distorsionar la competencia, afectando el interés económico general. A partir de fs. 574 vta., sostiene que la L.D.C. es de naturaleza penal y por lo tanto le son aplicables las siguientes reglas de interpretación:

Podor Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

1) debe ser interpretada de modo estricto y restringido por ser la libertad la regla, y la restricción la excepción; 2) vigencia del principio *pro homine* y 3) se aplica ante la duda el principio *in dubio pro reo*.

A fs. 576/579, sostiene que la definición de mercado efectuada por la C.N.D.C. es vetusta, dogmática y burda, porque la competencia se da entre plataformas y no entre servicios (triple play). A partir de fs. 579 critica la determinación segmentada de los mercados relevantes efectuada por la C.N.D.C.: 1) Sostiene en lo relacionado con la telefonía fija, que es un error de la C.N.D.C. considerar que no es sustituible por la telefonía celular y que recurre a un inexistente test S.S.N.I.P. 2) En relación a la telefonía móvil, considera un error de la C.N.D.C. sostener que no existe competencia, ya que el mercado en análisis es uno de los más dinámicos, con mayor modificación de las participaciones accionarias y con fuertes competidores; cita el precedente "Telefónica-Movicom" (Res. S.C.I. 196/2004 y Dictamen C.N.D.C. 117), a efectos de sostener que se podría haber optado por obligar a las partes a utilizar únicamente el máximo de espectro radioeléctrico que les confieren las respectivas licencias.

A fs. 581 vta. y siguientes, reitera críticas al informe de la Secretaría de Comunicaciones y a la supuesta premisa falsa de que Telefónica no ejerce influencia sustancial sobre el Grupo Telecom Argentina.

Respecto a los agravios expresados por el representante de T.I. y T.I. INT., considero necesario formular los siguientes comentarios:

I. Respecto al primer agravio, de que sus representadas no fueron parte en la operación, por lo que considera que la resolución impugnada no puede afectar sus derechos por ser tercero ajeno a la concentración en análisis, la misma recurrente reconoce que debe aplicarse el principio de "realidad económica", a que hizo referencia *ut supra* y que autoriza el análisis de "conjuntos económicos" y no de empresas individuales con personería distinta, aunque vinculadas operacionalmente y/o económicamente. En relación a que se castiga su patrimonio y no el de los causantes de los contratos de concentración, ya que se debería haber rechazado la misma en vez de ordenar su aprobación con condicionamiento, cabe hacer notar que es imposible jurídica y fácticamente hacerlo, porque la concentración en análisis fue

concretada en el extranjero, y sólo se puede accionar sobre "sus efectos" en el país, conforme lo prevé expresamente el artículo 3º de la ley 25.156.

2. Al sostener que se afectó el debido proceso (agravio segundo), por haber intervenido solamente en la Diligencia Preliminar y no en el resto del procedimiento que concluyó con la resolución impugnada, la doctrina especializada, si bien no en forma unánime, sostiene que no es obligatorio tener por parte a las empresas investigadas en una supuesta concentración perjudicial al interés económico; sin perjuicio de lo cual, soy de opinión de que es conveniente, aún informalmente, que las mismas se involucren en el procedimiento, a efecto de lograr la verdad objetiva de la base fáctica. Pero la experiencia indica que normalmente, las empresas y grupos investigados son renuentes a colaborar en la investigación y menos, a ser parte de un procedimiento administrativo, cualquiera sea su objeto.

3. En su tercer agravio desarrolla el principio de razonabilidad, en su relación con la discrecionalidad del poder de policía estatal, considerando la desinversión de sus activos en Sofora como una desproporcionada sanción, que viola todo el ordenamiento argentino. Cita entre otros autores, a los doctores WAISMAN y HEVIA, quienes en un importante trabajo titulado: "Límites a los condicionamientos a las operaciones de concentración en la Ley de Defensa de la Competencia" (L.L. t. 2008-B-Sección Doctrina págs. 1312 y siguientes), sostienen entre otros conceptos que: "...condicionar la autorización al cumplimiento de ciertas condiciones...ha generado -y sigue generando- muchas discusiones prácticas... Si una concentración puede poner en riesgo el funcionamiento del mercado y los posibles medios para evitar ese riesgo son varios, el único condicionamiento legítimo es aquel que importe una restricción menor a los derechos de las partes involucradas. Esta conclusión no requiere la modificación de las normas vigentes, sino que tiene un sólido fundamento en el derecho de libertad contractual".

Coincido totalmente con lo expuesto, y en el escrito sobre concentraciones *ut supra* citado, sostuve concretamente que: "El principio general debe ser el de autorizar todo acuerdo que no atente contra el interés económico general y si el mismo no mejora o beneficia a la competencia en un mercado, es decir si el efecto es neutral, debe ser admitido por configurar un ejercicio legítimo de la libertad contractual". Es por lo expuesto que hay que

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

analizar exhaustivamente la concentración apelada, a efectos de determinar si limita, restringe o distorsiona la competencia o el acceso al mercado, o constituye un abuso de posición dominante, del cual pueda resultar un perjuicio para el interés económico general (artículo 1º de la ley 25.156 y ejemplos no taxativos enumerados en su artículo 2º). Es también por ello, que opino debe analizarse el caso concreto en apelación, bajo la concepción del "principio de realidad económica", recepcionado en el artículo 3º de la L.D.C. y como manifiesta el apelante, levantar el velo societario de las sociedades comprometidas, para penetrar en la verdad que subyace a las relaciones privadas entre las distintas empresas.

4. En mi opinión, se equivoca el apelante al sostener en su agravio quinto, que lo decidido (caso de la concentración económica aprobado con condicionamientos), configura una sanción de naturaleza penal y que por lo tanto le deben ser aplicados principios de rigidez constitucional-penal. Participo y así lo expuse concretamente, con la mayoría de la doctrina especializada que sostiene que el Capítulo III de la L.D.C., configura un régimen preventivo, tendiente a evitar un futuro daño a la competencia y que tiene naturaleza administrativa no penal (ver voto del suscripto en el incidente de verificación de cumplimiento de resolución 44/09 (Reg. 418/2009, Folio 581).

2.3. A fs. 919/1015, el representante de Mediobanca S.p.A. interpuso y fundó su recurso de apelación contra la Res. 483/09 y a fs. 4076/4086 presentó su memorial sustitutivo de la audiencia del 23 de diciembre de 2009. De fs. 919 a fs. 930 vta., reseña los antecedentes de la resolución impugnada (Nº 483/09) y critica el procedimiento llevado a cabo por la C.N.D.C., en especial la resolución 4/09, por no tener facultad la C.N.D.C. para dictarla. También sostiene la inexistencia de "toma de control" que interesada y parcialmente dispuso la C.N.D.C. (fs. 927 vta.). Su representada recién tuvo conocimiento del procedimiento administrativo, cuando le fue notificada la resolución 4/09 (misma foja). Fue ajena a todo el trámite de la Diligencia Preliminar (DP 29), con lo que se privó a su representada de su derecho a discutir o debatir si la operación TELCO, implicó una toma de control en TECO y mucho menos por qué y desde cuándo (fs. 928). A fs. 930, sostiene que la C.N.D.C. y la S.C.I. tendieron una celada a su mandante, que consistió en: 1) resolver la DP29 sin

darle intervención; 2) negarle el derecho a apelar lo resuelto en la DP29, sobre la base de que no había agravio, porque en oportunidad de notificar la operación Telco podría ejercer sus derechos y 3) resolver ahora que el tema de control no había que tratarlo acá, porque ya había sido decidido en la DP29 (ver párrafos 203 y 204 del Dictamen 744 según cita N° 6). A fs. 931, opina que imponer una medida radical sin precedentes, de aprobar sujeto a condición, obliga en realidad a la venta total de los activos de T.I. en la Argentina. A fs. 932 vta. sostiene que todas las resoluciones tomadas por la C.N.D.C., fueron en beneficio del grupo empresario local WERTHEIN, en detrimento de sus socios extranjeros en los que invirtió su representada. Continúa sosteniendo que su mandante no acepta como presupuesto de hecho de la resolución impugnada, que exista un control indirecto de T.E. sobre T.I. y el supuesto control indirecto de T.E. sobre TECO (cita el párrafo 11 del Dictamen -cita N°8) (fs. 933). Considera a fs. 933 vta., que su mandante tiene derecho a participar indirectamente del mercado argentino de las telecomunicaciones, porque no existe tal concentración y al ordenar que T.I. desinverta como ordenó la resolución apelada, se priva a su representada de un derecho sin causa ni justificación valedera. A fs. 934, citando al Dr. Manóvil Rafael (cita N°12), estima que la C.N.D.C. para analizar si existió o no toma de control, debió aplicar el derecho italiano, ya que TELCO y T.I. fueron constituidas en Italia, y continúa diciendo a fs. 934 vta., que si el supuesto hecho del control ocurrió en el extranjero, son las normas del país donde ocurrió ese hecho las que rigen su análisis. Considera que ésta es la línea que sigue el artículo 118 de la Ley de Sociedades Comerciales (Ley 19.550), ya que el control o la relación de control es una especial relación de los socios con la sociedad, que se proyecta en la relación de los socios entre sí y entre los socios y terceros vinculados con la sociedad. Como corolario de ello, sostiene que pretender aplicar nuestro derecho para determinar quién controla TELCO directamente y T.I. en forma indirecta, importaría darle al derecho nacional una extraterritorialidad no autorizada, cuando en realidad las normas de derecho internacional privado nos remiten a la aplicación de la ley extranjera (fs. 935). Es además la solución dada por los tratados firmados por la Argentina en la materia (Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles, aprobada por ley 22.921)

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

(fs. 935 vta.). También los Tratados de Derecho Comercial Internacional de Montevideo, de 1889 y 1940, ratificados por ley 3.192 y por D/ley 7771/56 y ley 14.467 (cita Nº 17) (misma foja). La C.N.D.C. y la S.C.I. no han hecho ni el más mínimo análisis sobre cuál es el derecho aplicable para decidir cómo lo hicieron (fs. 936). Afirma a fs. 936, que bajo el régimen legal italiano, ni T.E. controla TELCO ni TELCO controla T.I. Acompaña como prueba de ello, la opinión del Estudio de Abogados Chiomenti y el análisis de Ana María M. de Aguinis. Respecto a los efectos en la Argentina, opina, siempre bajo las normas italianas, que no existirá porque las restricciones sobre T.E. son válidas y ejecutables, lo que impide que T.E. pueda tomar decisiones que repercutan en los negocios e inversiones que T.I. tiene en el país. Insiste que, bajo la luz italiana, no puede afirmarse que Olimpia controlaba a T.I. (cita Nº19), referida a la votación del 16/4/2007 y en consecuencia, si Olimpia no controlaba, nadie puede adquirir el control de T.I. por el hecho de adquirir Olimpia (fs. 937). A partir de fs. 937 vta., opina que tampoco existe control interno o externo (art. 33 de la L.S.C.), conforme al derecho argentino, ya que los vínculos no generan dependencia o sometimiento de manera estable y continuada. En lo referente a TELCO, sostiene que nadie lo controla, ya que un solo accionista no puede imponerse, necesitándose siempre de dos o más accionistas para formar mayoría, por lo que claramente en TELCO estamos frente a un típico caso de mayorías fluctuantes, (fs. 938 vta.). Continúa sosteniendo respecto a T.I., que el acuerdo de accionistas dispuso que T.E. designa únicamente dos directores sobre los quince, y en lo que hace a las inversiones de T.I. en el país, el directorio de T.I., adoptó un procedimiento que restringe a los directores de T.E. el acceso a la información y las decisiones de las operaciones en Argentina y que el Grupo Telecom Argentina debe manejar sus negocios, de manera absolutamente independiente de T.I., de modo tal que ningún asunto será tratado, analizado y mucho menos decidido por el directorio de T.I. (fs. 939). Concluye que: "Se deriva de lo expuesto que, en relación a los efectos que en los términos del artículo 3 de la LDC, pudiera tener la relación entre T.E., TELCO y T.I., jamás puede sostenerse que T.E. tiene la posibilidad de dirigir las cuestiones de la otra sociedad, ni que esté en condiciones de imponerle las directivas para su gestión con cierta continuidad y permanencia. Menos que pueda determinar su estrategia

competitiva y muchísimo menos que ello pueda ocurrir con efectos en la República Argentina" (fs. 939 vta.).

A fs. 942, sostiene, citando al Dr. Cabanellas de las Cuevas, que el inciso d) del artículo 6 de la LDC, es un caso especial del principio general del primer párrafo del mencionado artículo, que habla de "toma de control" y no de "cambio de control", lo que es una distinción no menor y que la noción de cambio de control puede conducir a errores, como efectivamente ocurrió con la C.N.D.C., quien basada en la equivocada opinión de que Pirelli controlaba T.I., a través de Olimpia, entendió sin más que la venta de sus acciones importaba un cambio de control y que entonces el control pasó a T.E. como adquirente. A partir de fs. 948, analiza antecedentes internacionales (Comunidad Económica Europea y Brasil), que considera necesario tener en cuenta en la resolución sobre la existencia o no de una concentración económica.

A fs. 954 desarrolló un argumento relacionado con su actividad comercial (empresa de inversiones), que nada tiene que ver con el mercado de telecomunicaciones y que por lo tanto la C.N.D.C. -en relación a ella- no debía notificar por inexistencia de relaciones horizontales ni verticales entre empresas involucradas (conglomerado). Seguidamente, extiende sus argumentos a otras partes, "Intesa" (financieras y bancarias); "Sintonía" (negocios inmobiliarios y textil) y Assicurazioni (seguros) (fs. 954 vta.). En la misma foja aclara, que T.E. es la única de las partes compradoras que tiene participación previa en algunos de los mercados de telecomunicaciones argentinos, a través de empresas de su grupo (telefonía fija y celular y transmisión de datos), pero que su participación en la operación es solamente del 42,3%, mientras que las nombradas suman el 57,7% restante. Seguidamente critica a la C.N.D.C., por omitir en el análisis una operación de conglomerado. Concluye que ello le significó a su representada un grave perjuicio patrimonial, ya que preponderantemente debió analizar que se estaba delante de una operación de conglomerado puro, que no afectaba para nada la competencia en los mercados, en los que previamente operaban mayoritariamente las partes compradoras y vendedoras. En el caso TELCO, el grupo societario se ha formado por empresas que operan en una diversidad de sectores no competitivos entre sí, ni vinculados a una misma rama de la

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

producción (fs. 955). Continúa diciendo que la C.N.D.C. analizó la operación como si T.E. fuera el único adquirente, sin considerar para nada el papel que en la operación cumplían Intesa, Mediobanca, Sintonía y Assicurazioni, y que las operaciones de conglomerado (según los lineamientos) prevén que tales operaciones no serán objetadas y sólo se consideraría que son potencialmente perjudiciales, en aquellos casos en que se demuestre que, de no haber existido la concentración, una de las empresas involucradas habría ingresado al mercado como una competidora relevante en la que operan las restantes empresas involucradas (fs. 955 vta.). Al no tratar la C.N.D.C. su situación particular, equivale a condenar a su representada por el hecho ajeno (fs. 956 vta.), lo que al aplicarse los principios del derecho penal, implica la violación grave e inadmisibles de sus garantías constitucionales. A fs. 957/962 vta., sostiene que en el caso en análisis, la C.N.D.C. ni siquiera respetó sus propias opiniones consultivas anteriores, con lo que, al no existir fundamento alguno sobre el cambio de criterio, puso a su representada en un estado de indefensión, al no poder analizarlo (al cambio de criterio), ni cuestionarlo (fs. 962).

A fs. 962 vta., crítica que en el caso en análisis, no se hubiera seguido el mismo criterio que en el dictamen de "Cablevisión-Multicanal", ya que si por efecto de la convergencia, el mercado evolucionara hacia el triple play (no se necesita la red física hasta el hogar), para qué analizar como lo hizo la C.N.D.C. la red física, sobrevalorándola. Tampoco mide la C.N.D.C. con la misma vara, según su opinión, la operación precedente "Cablevisión-Multicanal", en materia de telefonía celular y televisión (misma foja y fs. 963). También considera una desigualdad, el no aplicar criterios de casos análogos anteriores, ya que el compromiso asumido por T.E. y T.I. fue ignorado, mientras que el de "Cablevisión-Multicanal" tuvo recepción favorable (fs. 965). Entre fs. 966 y 967 vta., amplía conceptos sobre el compromiso asumido por T.E. A fs. 967 vta./968 vta., sostiene que, a casi dos años de que TELCO comprara Olimpia, no se ha probado la existencia de hechos u actos concretos que hayan limitado, restringido o distorsionado la competencia.

A fs. 969/971 vta., desarrolla fundamentos relacionados con T.E. y no con su representada, opinando que ésta, (T.E.) de modo alguno puede dar

cumplimiento a la orden de desinversión, ya que sus compromisos contractuales se lo impiden.

A fs. 974/974 vta. describe lo que considera un error de la C.N.D.C., al describir los mercados relevantes; según su opinión, surgen dudas respecto a los productos que deben incluirse como sustitutos y la importancia que debe darse a los productos que se distribuyen a través de redes. En su opinión, a diferencia de otras situaciones en que tuvo que opinar, la C.N.D.C. le dio poca importancia a la cuestión geográfica, definiendo la misma con alcance nacional. Ello parece razonable para la telefonía móvil y ciertos mercados mayoristas, pero no para los mercados minoristas de telefonía fija local y de larga distancia-, internet y telefonía pública. En especial considera un grave error de la C.N.D.C., considerar mercado geográfico nacional al de telefonía fija, ya que los operadores (TECO y TEAR), tienen bien diferenciadas sus zonas y en este momento no existe entre ellos una competencia efectiva. Si la C.N.D.C. no hubiera analizado el mercado geográfico erróneamente, en relación a una concentración de tipo horizontal, habría concluido en forma similar a un caso análogo precedente (Cablevisión-Multicanal), que se está ante un caso de extensión de mercado, que no genera por sí mismo problemas de competencia (fs. 973 vta.). Asimismo, y en relación al mercado de internet que es local y no nacional, la principal opción de los consumidores se plantea entre elegir entre TEAR o TECO y un prestador de cable, por ejemplo Prima o Fibertel, dependiendo de cual sea el área geográfica donde resida el consumidor (fs. 976). También el error de considerar nacional a lo que es local, se da respecto a la telefonía pública. También considera errónea la apreciación de la competencia referida a los cableoperadores, que opina son de competencia creciente de las empresas telefónicas, por efecto de la convergencia y que la C.N.D.C. pretendió diluir esa realidad, analizando el acceso a los hogares a partir del par de cobre; por ello, considera que la C.N.D.C. tiene una patente contradicción, al opinar por un lado que debe tenerse en cuenta el futuro del mercado, y por otro ver el presente, es decir afirmar que TECO y TEAR son competidores (fs. 977 vta.).

Respecto al marco regulatorio, opina que actualmente se permite la portabilidad numérica, que es de gran ayuda para el cambio de una empresa prestadora a otra, por lo que es errada la opinión de la C.N.D.C. del párrafo

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

718 de su Dictamen 744 (fs. 979 vta.). Lo mismo se aplica a la utilización del espacio radioeléctrico, citando los casos CLARO y MOVISTAR (misma hoja).

A fs. 980/986 vta., sostiene que la opinión de la SECOM, no puede ser tenida en cuenta. A fs. 986 vta./987 vta., desarrolla argumentos según los cuales opina que se han violado derechos constitucionales. Entre esos argumentos considera que se violó su derecho de defensa al dictarse la resolución apelada, estando pendiente de resolución la 4/09 (fs. 992 vta./997 vta.).

A fs. 1000 vta./1005 vta., desarrolla lo que considera violación a la garantía de razonabilidad, opinando que, habiendo una cantidad de alternativas posibles, se obliga a su representada a desinvertir, pese a que no ha sido parte de la operación TELCO, ni parte en la diligencia preliminar, ni en el expediente Pirelli. Opina que la desinversión impugnada, no se ajusta a los subprincipios de adecuación, necesidad y razonabilidad *stricto sensu*, porque no es un medio apto para regular la competencia, no es el menos restrictivo en relación a su derecho de propiedad y no guarda una relación razonable con el fin que se procura lograr.

A fs. 1005 vta./1008 vta., considera violada su garantía de la propiedad, citando doctrina y fallos de la C.S.J.N. También a fs. 1008 vta./1010, considera violado el principio constitucional de igualdad, al no observarse precedentes similares.

Por ser los agravios de Mediobanca, sustancialmente similares a los ya analizados anteriormente, sólo me limitaré a comentar uno que considero distinto:

1. Respecto a que Mediobanca, en forma similar a "Intesa" y "Sintonía", nada tienen que ver en sus actividades con las telecomunicaciones y que por lo tanto son empresas vinculadas con una operación de "conglomerado", y que la C.N.D.C. no analizó y le causó serios perjuicios. No resulta en mi opinión de importancia para el análisis del caso, ya que la misma apelante reconoce expresamente que en la operación TELCO, se vinculó con una empresa con vastos conocimientos y participación en el mercado mundial y local de telecomunicaciones (T.E.) y lo que se está analizando es la influencia de tal operación en el mercado argentino.

2.4. A fs. 1575/1675, el representante de "Intesa Sanpaolo S.p.A." interpuso y fundó su escrito de apelación contra la Resolución 483/09, y a fs. 4087/4097 presentó su memorial sustitutivo de la audiencia del 23 de diciembre de 2009. Por considerar que sus agravios son sustancialmente similares a los expuestos por el representante de "Mediobanca", me eximo de sintetizarlos y de formular comentarios.

2.5. A fs. 2225/2258, el representante de "Edizione S.R.L.", interpuso y fundó su escrito de apelación contra la Resolución 483/09 y a fs. 4120/4130, presentó su memorial sustitutivo de la audiencia del 23 de diciembre de 2009. Por considerar que sus agravios son sustancialmente análogos a los expuestos por "Mediobanca" e "Intesa Sanpaolo S.p.A.", me eximo de sintetizarlos y de formular comentarios.

2.6. A fs. 2643/2739, el representante de "Assicurazioni Generali S.p.A." presentó y fundó su apelación contra la Resolución 483/09 y a fs. 4098/4108 presentó su memorial sustitutivo de la audiencia del 23 de diciembre de 2009. Por considerar que sus agravios son sustancialmente similares a los expuestos por "Mediobanca" e "Intesa Sanpaolo S.p.A.", me eximo de sintetizarlos y formular comentarios.

2.7. A fs. 3311/3408, el representante de "Sintonia S.A." presentó y fundó su escrito de apelación contra la Resolución 483/09 y a fs. 4109/4119 presentó su memorial sustitutivo de la audiencia del 23 de diciembre de 2009. Por considerar que sus agravios son sustancialmente análogos a los expresados por "Mediobanca", "Intesa Sanpaolo S.p.A." y "Edizione S.R.L.", me eximo de sintetizarlos y formular comentarios.-

3.CONCLUSIONES

3.1. VIOLACION AL DEBIDO PROCESO Y DEFENSA EN JUICIO.-

Con variaciones pero coincidencias conceptuales, los apelantes consideran violado sus derechos y garantías constitucionales del debido proceso y defensa en juicio.

La moderna doctrina constitucional denomina a la "defensa de la competencia", entre otros, como derechos de tercera generación. Un prestigioso doctrinario argentino, sostiene que: "Es deber de las autoridades públicas defender el derecho de los usuarios contra cualquier abuso o

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

interpretación extensiva de ese poder monopólico o privilegiado, toda vez, que conforme a una abundante doctrina y jurisprudencia, las cláusulas que confieren exclusividad o monopolio para la prestación de un servicio público deben interpretarse con un criterio restrictivo" (DALLA VIA, Alberto R. "Derecho Constitucional Económico", Ed. Lexis Nexis. Abeledo Perrot, Bs.As., segunda edición, 2006, pág. 350).

Lógicamente, la defensa del interés público, no puede ser con prescindencia de los derechos y garantías de los particulares. Las restricciones a esos derechos, deben ser no sólo razonables, sino también excepcionales, buscando el justo equilibrio entre ambos intereses. Entre esos derechos esenciales que deben ser preservados, se encuentra el del debido proceso y la defensa en juicio de toda persona.

El debido proceso adjetivo, debe ser observado en todo tipo de proceso, sea o no penal, aunque es en este último donde debe acentuarse su observancia (BONZON RAFART J.C. "Descriminalización de las infracciones y contravenciones aduaneras y tributarias", (E.D. t. 184-1353) y " Sanciones administrativas y penales impuestas por la administración. Distinto tratamiento jurídico" (E.D. t. 197-843, entre otros), y voto del suscripto en el incidente relacionado con la nulidad de la resolución 64/09 de la C.N.D.C.-Reg.418/2009, folio 581).

Si debe observarse el debido proceso adjetivo en todo tipo de procedimientos, cabe formularse la siguiente pregunta: ¿Guardó la C.N.D.C. la observación del debido proceso adjetivo y de no ser así cuál es la consecuencia jurídica de no hacerlo?

El primer aspecto lo constituye la impugnación que formulan los apelantes respecto a la Diligencia Preliminar (D.P.29) llevada a cabo por la C.N.D.C. Al respecto, cabe hacer notar como sostiene un destacado doctrinario, que a partir de la sanción de la ley 25.156 se advirtieron ciertas dificultades para el cómputo del inicio del plazo fijado por su artículo 8º, motivo por el cual se dictaron diversas disposiciones interpretativas, que fueron luego recogidas por el decreto reglamentario, que en su art. 8º establece reglas especiales para la determinación del momento en que empieza a correr el plazo de una semana, para la notificación de concentraciones

(CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, "Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia", tomo 2, pág. 128, Ed. Heliasta, Bs.As. 2005).

Posteriormente y conforme lo dispuesto por el artículo 11 de la ley 25.156 y mismo artículo de su decreto reglamentario (decreto 89/01) la ex – Secretaría de la Defensa de la Competencia y del Consumidor (actual Secretaría de Comercio Interior), dictó la Resolución 40/01, que al establecer la "Guía para la notificación de operaciones de concentración económica", configura la reglamentación de ese procedimiento. Esta guía establece tres etapas sucesivas para la presentación gradual de información, de modo tal que sólo cuando la información presentada en una etapa resultare insuficiente para dictar la resolución del artículo 13 de la L.D.C., se pasará a la etapa siguiente, la que implica la presentación de mayor información. La primera etapa informativa se hace mediante el F.1. Si la Autoridad de Aplicación requiriera información adicional o información deficiente volcada en el F.1, quedan suspendidos los plazos establecidos para el procedimiento.

Conforme lo informado por la C.N.D.C. en la fs.16 vta. de su Dictamen 744, el expediente se formó a partir del 15 de enero de 2009, fecha en que PIRELLI presentó el formulario F.1 como consecuencia de la resolución 4/09. Pero antes de tal fecha, la C.N.D.C. había instruido una Diligencia Preliminar, tendiente a determinar si la operación TELCO, de la cual hacían referencia los medios periodísticos, debía o no ser notificada.-

Los apelantes consideran vulnerados sus derechos, porque no fueron parte en esa diligencia preliminar, que culminó con el dictado de la resolución 4/09. Además sostienen que esa diligencia preliminar debió ser transformada en "opinión consultiva". Al respecto, estimo un grave error conceptual confundir una diligencia informal, en una consulta reglada por el artículo 8º del decreto 89/01. Esta consulta no es obligatoria para la Autoridad de Aplicación y las partes interesadas tienen el derecho o no de pedirla o involucrarse en ella, ya que la norma reglamentaria es totalmente clara al determinar su "voluntariedad". Como sostuvo *ut supra* (punto 5. del comentario al agravio de Telefónica S.A.), no existe constancia alguna de que algún apelante se haya presentado a pedirla y/o transformar el incipiente procedimiento llevado a cabo por la C.N.D.C., con carácter de "diligencia preliminar".

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

La diligencia preliminar, tildada por T.I. de procedimiento híbrido carente de asidero legal, fue utilizada en variados casos anteriores al aquí analizado y tiene perfecto basamento legal, ya que el artículo 24 de la ley 25.156, autoriza expresamente a la Autoridad de Aplicación a realizar los estudios e investigaciones de mercado que considere pertinentes (inciso a-) y a promover el estudio y la investigación en materia de competencia (inciso e-). Para ello puede formular requerimientos a particulares, entidades públicas y asociaciones de defensa de los consumidores y usuarios. Además, la diligencia preliminar era de público y notorio conocimiento, ya que era informada profusamente por todos los medios del país, en especial a partir de la designación de veedores, por lo cual nada obstaculizaba a los apelantes a impugnar el procedimiento al que ahora tildan de nulo, ya sea vía administrativa o judicial. Igual comentario le cabe al resultado de tal diligencia preliminar (resolución 4/09), con la diferencia de que los apelantes no pueden alegar indefensión, porque fueron notificados de la misma y fue apelada por ante el fuero Civil y Comercial Federal. Ahora bien, sostener que la resolución 4/09, precedente indiscutido de la ahora apelada 483/09 por defectos de procedimiento, parece a todas luces como pura retórica defensiva, ya que todos los fueros intervinientes (penal económico, civil y comercial federal y contencioso administrativo), conocen abundantemente las argumentaciones de los apelantes, que reiterativos, no hacen otra cosa que admitir, sin limitación alguna, su legítimo derecho de defensa.

En segundo término, cabe hacer notar siguiendo, al extinto profesor Bidart Campos, que "el derecho a la jurisdicción no se agota con el acceso al órgano judicial. Al acudir a él sólo se cumple una primera etapa. El desarrollo subsiguiente, importa un despliegue del derecho a la jurisdicción que, fundamentalmente, requiere: a) que se cumpla la garantía del debido proceso, cuyo meollo radica en el derecho de defensa; b) que la pretensión se resuelva mediante la sentencia, la que a su vez debe ser oportuna en el tiempo, debidamente fundada y justa" (BIDART CAMPOS, Germán J. "Manual de Derecho Constitucional Argentino", 4ª edición, Ed. Ediar, Bs.As., 1975, pág. 385).

Siguiendo los claros conceptos del maestro citado, cabe transcribir que: "Si bien la Corte reiteró la necesidad de respetar la defensa en juicio dentro

del procedimiento administrativo... b) desde 1960 hasta la actualidad, además de mantener el requisito de la defensa, impone como condición *sine qua non* para la constitucionalidad del procedimiento administrativo, la posibilidad de usar una vía ulterior de revisión judicial suficiente" (pág. 401 del manual citado).

Sostiene un destacado profesor de derecho administrativo, que: "La Corte ha precisado que el pronunciamiento jurisdiccional de órganos administrativos, ha de quedar sujeto a control judicial suficiente y que el alcance de este control no depende de reglas generales u omnicomprensivas, sino que ha de ser más o menor extenso y profundo según las modalidades de cada situación jurídica" (CASSAGNE, Juan Carlos, "Derecho Administrativo", Tomo I, cuarta edición, pág. 85, Ed. Abeledo Perrot, Bs.As.1993).

Una reconocida y destacada constitucionalista, se pregunta: "...¿Cuál es el alcance del control judicial?" ¿Cómo efectuar el control de razonabilidad, sin ingresar a la evaluación prohibida? Un criterio aceptable, compatible con el Estado de Derecho y con lo preceptuado por el art.109 de la Constitución Nacional, consiste en partir del principio en virtud del cual toda la actividad de la Administración Pública es controlable o revisable por el Poder Judicial, pero cuando se trata del ejercicio de actividades discrecionales varía el alcance o extensión de tal control" (GELLI, María Angélica, "Constitución de la Nación Argentina", 4ª edición, Tomo II, pág.452, Ed. La Ley, Bs.As.2008). Asimismo, en la cita 1012, consigna y recomienda el importante trabajo de otro destacado doctrinario, el Dr.Coviello ("El control judicial de la administración pública en la República Argentina", JUS Rivista de Scienze Giuridiche, Estrato. Anno XLVII, maggio-agosto 2000, pág. 218). Continúa diciendo la jurista nombrada, que "el principio de revisión suficiente no admite réplica posible cuando la administración aplica medidas que constituyen una sanción o limitaciones severas a los derechos de propiedad, de comerciar y de ejercer industrias lícitas. No obstante, también, resultan legítimos los intereses de la sociedad... el conflicto de valores e intereses no puede resolverse afectando principios constitucionales, ni derechos personales a la defensa en juicio. El dilema entre aquellos valores e intereses, se evidencia en los argumentos enumerados por la minoría de la Corte Suprema y

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

en los fundamentos esgrimidos por la minoría en la sentencia recaída en la causa "ELIAS, Jalife" (págs. 453/454 del libro citado).

Comparto tales fundamentales conceptos, que considero plenamente aplicables al caso en análisis (Conf. comentarios al fallo: "LA PLATA CEREAL C.C.S.A." de la C.S.J.N. de fecha 19 de diciembre de 1991, que efectuáramos con especial referencia al voto minoritario del Dr. Moline O'Connor, conjuntamente con el extinto profesor Bidart Campos -E.D. t.147-421).

A mayor abundamiento, el fallo "ELIAS JALIFE, s/acción de amparo" (Fallos 316:3077), fue comentado con la solvencia que lo caracteriza, por el destacado doctrinario Dr. Miguel Angel EKMEKDJIAN (E.D. t. 159-399).

Más reciente en el tiempo, el Supremo Tribunal tuvo oportunidad de expedirse sobre el tema. Así sostuvo que no se afecta el derecho de defensa, si los apelantes no indican concretamente qué pruebas o defensas se vieron privados en el procedimiento administrativo (Fallos 300:1047 y 302:1564) y que: "...desde antiguo, ha dicho la Corte en numerosos precedentes que es perfectamente compatible con la Ley Fundamental, la creación de órganos y procedimientos especiales -de índole administrativa- destinados a hacer más efectiva y expedita la protección de los intereses públicos (Fallos: 193:408; 240:235; 244:548; 245:351; 247:646; entre muchos otros). Ello no debe entenderse como menoscabo de la garantía del debido proceso de los particulares cuando -aún sin haber tenido plenitud de audiencia en sede administrativa (Fallos: 205:549)- aparece asegurada la posibilidad de ocurrir ante un órgano jurisdiccional que efectúe un control suficiente de lo actuado en aquel ámbito para el debido resguardo de los derechos supuestamente lesionados, y que en este particular supuesto se hallaría representado por el recurso contemplado por los arts. 42 y 46 de la ley 21.526 que debe resolver la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal" (Fallos 311-49 considerando 6º).

En un sustancial y profundo estudio sobre el tema de la jurisdicción administrativa, el destacado doctrinario citado *ut supra*, Dr. Coviello, critica la mal llamada "jurisdicción primaria", teoría que estima importada de E.E.U.U. y que considera inaplicable e innecesaria en nuestro país (COVIELLO, Pedro José, "¿Qué es la jurisdicción primaria? Su aplicación a nuestro ordenamiento

(a propósito de su invocación en el caso Angel Estrada)", (Revista El Derecho, serie especial de Derecho Administrativo, T.2005, pág.429).

Más allá de concordar con los profundos conceptos vertidos, para el análisis del caso concreto apelado, considero necesario destacar que el fallo: "ESTRADA, Angel y Cía.S.A. c/Sec.de Energía y Puertos", de fecha 5 de abril de 2005, introduce por primera vez en la doctrina judicial de la Corte, el concepto de "jurisdicción primaria", para referirse a la potestad de la administración activa, de ejercer constitucionalmente la actividad de juzgar. Dicha actividad tildada de jurisdicción primaria por el referido fallo, para ser aceptada constitucionalmente, no sólo necesita contar con el tradicional requisito del "control judicial suficiente" (Fallo "Fernández Arias y posteriores), sino que se le agregan dos nuevos: a) Que la ley especial que otorga esa facultad jurisdiccional, sea de contenido "especial", es decir no referida al derecho común aplicable en el ámbito provincial o nacional, según el territorio (códigos de fondo) y b) Que el tribunal u órgano administrativo creado por la ley especial que lo faculta, pueda ejecutar sus decisiones directamente, sin intervención judicial (principio de ejecutoriedad).

Esta nueva tendencia jurisprudencial de la Suprema Corte, puede aplicarse al caso concreto en análisis, debiendo partirse, en mi opinión, del siguiente interrogante: ¿cumple la resolución de la S.C.I. con los nuevos requisitos exigidos por el fallo Estrada? Considero que sí, ya que la ley 25.156, configura un régimen especial de defensa de la competencia y sus decisiones hacen cosa juzgada, con las limitaciones del "debido control judicial", si son apeladas por recurso directo, conforme lo previsto por su artículo 52°.

El segundo interrogante a contestar conforme a la jurisprudencia del Supremo Tribunal, debe ser: ¿Se observó el principio del debido proceso en relación con el principio de defensa en juicio? También, en mi criterio, la respuesta debe ser afirmativa, ya que considero que la presente apelación es el medio idóneo para resolver adecuadamente los argumentos de los apelantes, sobre la razonabilidad y proporcionalidad de la resolución 483/09, con lo cual queda satisfecho el suficiente "control judicial de los actos administrativos impugnados" (diligencia preliminar, resolución 4/09, y finalmente, la

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

existencia de una concentración económica, en los términos del artículo 7° de la ley 25.156).

Por último, considero necesario hacer notar que en el caso en análisis, donde los apelantes reiteradamente invocan las supuestas arbitrariedades de la C.N.D.C., por afectar sus derechos constitucionales del debido proceso adjetivo y de defensa, al no dárles oportunidad de ser oídas, ofrecer pruebas y controlar las restantes, confunden, en mi opinión dos tipos de procedimientos establecidos en la ley 25.156, que son sustancialmente diferentes. Ellos son:

1. Averiguación de actos anticompetitivos: son procedimientos *ex post*, que analizan conductas concretas que puedan violar el bien jurídicamente protegido. Son las normas del Capítulo VI (Del procedimiento), que están directamente relacionadas con el Capítulo VII (De las sanciones). Para sancionar o no, debe observarse estrictamente el procedimiento del Capítulo VI, porque tal como manifesté *ut supra*, en un proceso de tipo penal, debe observarse y acentuarse el debido proceso adjetivo. Por ello es que el artículo 29 ordena el traslado por diez (10) días para dar explicaciones y el artículo 32 determina que concluida la instrucción, los presuntos responsables contarán con quince (15) días para efectuar su descargo y ofrecer prueba. También se les da a las partes posibilidad de alegar sobre el mérito de la prueba (art. 34).

2. Distinto es el procedimiento administrativo preventivo en el análisis de las concentraciones económicas (Capítulo III De las Concentraciones y Fusiones). Este procedimiento es *ex ante* y analiza posibles efectos anticompetitivos que pueden darse en el futuro y si bien en el mismo también debe observarse el debido proceso adjetivo, es más informal que el anteriormente descripto y la ley deja librado a la reglamentación su instrumentación (arts. 11 y 12).

Lo importante es determinar si razonadamente se llegó a una conclusión fundada, en base a documentación y testimonios tanto de las empresas vinculadas como de terceros, y concluir, que de existir "riesgo potencial" al régimen competitivo, se ordenó un condicionamiento proporcional al daño potencial que se quiere evitar.

Por lo expuesto, soy de opinión que tanto en el procedimiento administrativo como ahora en el judicial, los apelantes tuvieron plena libertad de alegar y probar todo lo que consideraron necesario en defensa de sus derechos.

3.2. ANALISIS TECNICO-JURIDICO DEL CASO.

3.2.1 Dificultad jurídica de un análisis basado en cuestiones técnicas:

Resulta muy difícil, por no decir imposible para un jurista o para un economista, analizar y decidir sobre un complejo problema técnico, como es el mercado de telecomunicaciones y sus distintos submercados, que evidentemente conforma el marco conceptual con influencia decisiva para determinar si existe o no la potencialidad de riesgo futuro para la competencia en la Argentina, de una operación empresaria llevada a cabo en el extranjero y con eventuales "efectos" en el país. Aún es difícil llegar a un consenso entre expertos, ya que a modo de ejemplo, difieren en sus conclusiones, los testimonios brindados por los testigos, Henoeh, Domingo Aguiar (fs. 1571/1580, 1595/1613 y 1648/1651) y Diego Petrocolla (fs. 1707/1710), ambos especialistas en el tema.

3.2.2 Principio de la realidad económica:

Sin perjuicio de ello, puede enfocarse el tema desde un principio conceptual económico, que considero aplicable al caso: el "principio de la realidad económica". Este principio ha sido muy desarrollado en el derecho tributario y puede ser analógicamente aplicado, en mi opinión, a la L.D.C. y ser útil para resolver el caso en análisis, dado la especial previsión del segundo párrafo del art. 3º de la ley 25.156.

En reiterados escritos relacionados con el derecho tributario, he sostenido la aplicación de tal principio, con el objeto de determinar la real situación fáctica que se analice y su eventual consideración como "hecho imponible" (BONZON RAFART, Juan Carlos: "La libertad contractual, el principio de la realidad económica y su relación con el derecho infraccional y penal tributario", Revista Información Empresaria N° 255 de noviembre de 1.993, pág.14 y "La Elusión tributaria", Doctrina del Boletín de la Asociación Argentina de Estudios Fiscales- Tomo I (1999-2004) pág.590, entre otros). Distinto tratamiento debe darse a la aplicación del principio referido en el derecho penal e infraccional tributario, dado su naturaleza penal y cualquiera sea la doctrina que lo incluya ya sea en el derecho penal nuclear o en el derecho tributario. Ello así, porque aplicado en normas de naturaleza penal,

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

implicaría utilizar la analogía, ampliando los tipos o tomando más laxa la interpretación del "hecho punible".

Trasladando tales conceptos al derecho *anti-trust*, considero que le es plenamente aplicable, porque el Capítulo III de la ley 25.156, conforma un sistema normativo preventivo de naturaleza administrativa y no penal (ver mi voto en el incidente en que se anuló la resolución 64/09-Reg.418 /09 folio 581).

Coincide al respecto un destacado doctrinario, que sostiene la aplicación del principio previsto en el artículo 2º de la ley 11.683 (t.o.) a la Ley de Defensa de la Competencia (MOLINA SANDOVAL, Carlos A. "Defensa de la Competencia", Ed. Errepar, Bs.As., 2006, pág.98).

Sostiene el Dr. Molina Sandoval, que: "...este principio interpretativo procura indagar el verdadero alcance asignado por la ley competitiva, determinando la correcta extensión de la hipótesis condicionante de la norma concurrencial. Muchas veces la ley (incluida la de defensa de la competencia) no expresa, por la propia limitación de su forma escrita, lo que tuvo en miras al redactarse. Muchas otras, los agentes económicos utilizan opciones legales para sus actos jurídicos que, si bien procuran y obtienen el mismo fin sustancial difieren en su tratamiento competitivo". Continúa diciendo que: "...Por ello, bien ha distinguido la doctrina entre la intención de los hechos y la del derecho: entre la intención empírica (*intention facti*) y la intención jurídica (*intention juris*). En este sentido, la *intention facti* es la que procura el resultado económico por el cual el acto jurídico se realizó, mientras que la *intention juris* adapta el acto pretendido en un determinado esquema jurídico y, por supuesto, con todos sus beneficios y consecuencias derivados de tal opción. Por ello, cuando ambas intenciones concuerden no habrá problemas de imputación competitiva a una determinada situación. Entonces, la norma competitiva podrá aplicarse tal cual fue perfeñada, pues el contenido económico del hecho (que distorsiona la competencia) se ha ajustado a la realidad jurídica establecida por la legislación económica. Esta "hipótesis legal condicionante" ha sido delimitada en toda su extensión y debe aplicarse cuando exista concordancia entre el aspecto material del acto competitivo y la realidad del acto jurídico (o situación) procurada por el competidor" y que: "...en este punto se vislumbra en la relación (y puntos de contacto) entre la

inoponibilidad típicamente societaria (artículo 54, tercer párrafo, LSC) y el principio de la realidad económica incluido en el artículo 3, segundo párrafo, LDC. La óptica concurrencial, dotada de ciertos particularismos -y sin entrar en la discusión dogmática respecto de la autonomía de este derecho-, procura la regulación adecuada de los distintos aspectos referidos a la competencia, protegiendo un correcto funcionamiento del mercado (y todos los valores que ello trae implícito). Sólo este punto de vista puede sustentar la modificación de las estructuras legales típicas del derecho común. Puede, entonces, pregonarse una aplicación subsidiaria o alternativa del artículo 54, tercer párrafo, LSC." Termina sobre el tema, opinando que: "... asimismo, la LDC es clara cuando señala que si los agentes económicos someten las situaciones (o relaciones) económicas a estructuras jurídicas que no sean las adecuadas para configurar la intención efectiva económica en el ámbito del derecho privado, se "atenderá a las situaciones y relaciones económicas que efectivamente se realicen, persigan o establezcan". Luego, si el velo de la sociedad fue sólo una estructura jurídica (una pantalla) que procure ocultar la *intention facti* del obligado escondido, el real fin o designio del agente económico al constituirse la entidad societaria, el derecho económico podrá eludir la personalidad jurídica de la sociedad e imputar la actividad anticoncurrencial a quienes sean los verdaderos mentores de la misma...".

Por lo expuesto, considero que el núcleo del análisis del caso en apelación, consiste en determinar si la operación TELCO puede tener potencial influencia en el país y de ser así, si la misma atenta contra el bien jurídico protegido de "interés económico general". De llegar a una conclusión positiva a tal interrogante, deberá determinarse si "la desinversión" ordenada por Resolución 483/09, es razonable y proporcional y si existe otro medio tendiente a evitar, para el futuro, limitación, distorsión o restricción a la competencia en el mercado de telecomunicaciones argentino.

3.2.3. Autolimitaciones contractuales:

Todos los apelantes sostienen que la cláusula 5º del "Shareholders Agreement" (S.M.A.), evitarían los efectos estructurales en la Argentina. En mi opinión, sólo demuestra acabadamente que la operación TELCO, puede tener efectos nocivos en el mercado de telecomunicaciones argentino. No puede interpretarse de otra manera, ya que nadie se autolimita en algo que no

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

puede influenciar. Además, admitir una interpretación distinta, significaría algo parecido a "privatizar" la potestad del Estado Nacional de disponer la existencia de concentraciones económicas nocivas a la competencia, ya que bastaría que empresas o grupos, de común acuerdo, conforme al derecho privado, dispusieran que sus conductas se hallan excluidas del riesgo potencial de monopolio, porque ellas voluntariamente así lo decidan. Sería una manera de invertir el principio mundial que rige todo derecho actual moderno disponiendo que el derecho privado prevalece sobre el derecho público.

Otra cosa es determinar si tal autolimitación es suficiente y válida, aunque no vinculante, para que la Autoridad de Aplicación estime que no existe riesgo potencial para el mercado. Bien puede sostenerse que dado el prestigio mundial de las empresas vinculadas, su "promesa" va a ser cumplida en el futuro. Pero evidentemente tal tesis no prosperó y por el contrario, la C.N.D.C. y la S.C.I. sostienen la existencia concreta de riesgo potencial.

En mi opinión, si bien no surge del expediente en análisis, los medios periodísticos profusamente informan de las dificultades que le acarrearán, no sólo en la Argentina sino en toda Latinoamérica, las inversiones cruzadas y con distintas empresas de distintos países, la vinculación entre los dos grandes operadores mundiales (T.I. y T.E.). Así por ejemplo, el diario Clarín de fecha 20 de enero de 2010, informa que T.I. estudia si se fusionará con T.E. o si se separará en los próximos tres meses. El diario Buenos Aires Económico del 19 de enero de 2010, es más concreto: citando, al diario italiano, La Repubblica, sostiene: "Telefónica España y su socia Telecom Italia se han dado un plazo de tres meses para decidir si se fusionarán o dan por finalizada su alianza. Las hipótesis son dos: matrimonio con Telefónica o adiós a Telefónica. La fórmula del noviazgo no ha funcionado y ahora es el momento de tomar una decisión que no puede seguir siendo pospuesta. Los motivos por lo que la situación no puede mantenerse, son los problemas que ambas compañías están teniendo en América Latina, la única área en crecimiento donde Telecom Italia está presente y donde, si no hubiera habido impedimentos, habría podido sacar adelante sus planes de desarrollo".

Ante tal información pública y teniendo en cuenta la inexorable tendencia tecnológica mundial al "triple play", ¿cómo no dudar que una actual

estrategia comercial de un grupo, puede variar rápidamente mañana, por el dinamismo propio del mercado en análisis?

Otro punto de vista a analizar respecto a la autolimitación contractual invocada, es el tema que algunos apelantes lo equiparan al "compromiso", que se tuvo en cuenta en el precedente "Cablevisión-Multicanal". Considero que es un grave error conceptual equiparar ambas situaciones. Ello así, porque el Acuerdo de Accionistas es de naturaleza estructural "privado", en tanto el "compromiso", es un acuerdo con el Estado Nacional, que se formula precisamente para evitar las dudas futuras sobre afectación al régimen de competencia. Así lo dispone taxativamente el artículo 36 de la ley 25.156, y el mismo no está solamente sujeto a la aprobación de la Autoridad de Aplicación, sino que también sus efectos son "suspender" el proceso investigativo, lo que implica su reanudación ante un eventual incumplimiento. La ley 22.262 que es el antecedente de este artículo, establecía en su exposición de motivos, que el compromiso tenía caracteres especiales, que sólo podían apreciarse debidamente en el marco de ese procedimiento. Complementa la ley, el artículo 36 del decreto 89/01.

Tales características especiales, lo distinguen claramente de un acuerdo privado, ya que, cabe hacer notar, su incumplimiento no sólo hace renacer las facultades instructorias de la Autoridad de Aplicación, sino que pueden ser la causa de aplicación de la multa del artículo 46 inc. d. de la ley 25.156. Por último, no está previsto para los procedimientos reglados por el Capítulo III de la ley (De las concentraciones y fusiones), sino para el procedimiento de análisis concretos de conductas (Capítulo VI de la ley), que es sustancialmente distinto al aquí en análisis. Sin perjuicio de ello, en mi opinión, se podría aplicar analógicamente al procedimiento *ex ante* preventivo, pero no existe ninguna constancia en el expediente de que algunos de los apelantes lo hayan intentado. A mi criterio, tampoco sirve de antecedente el acuerdo citado por algunos apelantes realizado en Brasil, porque se trata de mercados sustancialmente diferentes, con regulaciones legales no trasladables a otros países.

3.2.4. Derecho administrativo de la competencia (L.D.C.) Autonomía de conceptos. Precedentes Argentinos:

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

Algunos apelantes consideran aplicables los conceptos comerciales y la Ley de Sociedades Comerciales N° 19.550. Otros, por el contrario, sostienen la autonomía de los conceptos del derecho administrativo de la competencia. En mi opinión, ambos ordenamientos tratan temas similares, tales como "empresas vinculadas", "toma de control", "influencia sustancial", etc, que pueden ser utilizados para el correcto entendimiento del complejo tema traído en análisis. Pero tal como lo adelantara en el punto 2 de los comentarios a los agravios de Telefónica S.A., lo que debe analizarse en profundidad, es la real existencia de vinculación entre grupos económicos, en base al principio de la realidad económica y su posible potencialidad que ponga en riesgo la competencia en el país.

Asimismo, algunos apelantes sostienen que por no haber antecedentes en el país sobre concentraciones económicas, debe estarse a la experiencia desarrollada por la Unión Europea y/o E.E.U.U.

Si bien esta doctrina foránea es muy útil para el análisis abstracto del caso, mucho más importante es, en mi opinión, tener en cuenta sustanciales antecedentes locales, similares a la operación TELCO cuestionada.

Caso 1: "QUILMES-BRAHMA": En el mes de enero de 2003, la C.N.D.C. aprobó la concentración entre Amber (dueña de Brahma) y la empresa Cervecería Quilmes Industrial, sociedad holding del grupo Bemberg, con la cual se pasaría a controlar el 82% del mercado cervecero. Esta concentración de tipo horizontal, transformaba al grupo en cuarto competidor mundial, junto con los gigantes Budweiser y Heineken. Por tal motivo, la C.N.D.C. aprobó tal concentración pero con un condicionamiento: el grupo debía efectuar fuertes desinversiones, tales como vender dentro de un año a un nuevo competidor que no operara en la Argentina, la planta de Brahma en Luján, Provincia de Buenos Aires y vender sus marcas "Bieckert y Palermo" y optar en vender algunas de sus licencias "Imperial o Heineken". También Quilmes debía ceder su maltería en Llavallol, Provincia de Buenos Aires, ya sea vendiéndola o alquilándola. La competidora "Isenbeck" se opuso a la concentración, atento que consideró que la operación perjudicaba a los consumidores, solicitando ser parte en el proceso administrativo, a lo que la C.N.D.C. no hizo lugar y motivó un recurso judicial, resuelto por la Sala III de la Cámara Federal Civil y Comercial, que hizo lugar a una medida precautoria,

ordenando suspender el proceso, hasta tanto decidiera si el apelante podía ser parte del proceso administrativo. Finalmente, dicha Sala III se pronunció en forma negativa, por considerar que "Isenbeck" no probó que tenía un interés directo en la aprobación o no de la concentración referida. Ante tal situación, "Isenbeck" solicitó a la C.N.D.C. que el grupo "Quilmes-Brahma" se abstuviese de operar en conjunto, hasta tanto se cumpliera la desinversión ordenada por la Res. 5/2003, que había para ese entonces aprobado la concentración, pero condicionándola a la desinversión en el plazo de un año. Ante la negativa a sus pretensiones por parte de la C.N.D.C., apeló, tocando intervenir nuevamente a la Sala III, quien decidió anular la resolución 5/2003. Una derivación de este engorroso trámite judicial, fue el tratamiento de una acción penal por publicidad engañosa, contra "Isenbeck", titulada "padres y amigas", la que terminó por extinción de la acción por prescripción. Interesante trabajo sobre la posibilidad de ser tenido por "parte coadyuvante en los procedimientos de la ley 25.156, es el del Dr. Martínez Medrano, Gabriel, comentando el fallo de la citada Sala III de fecha 29 de octubre de 2002 (L.L. 2003. E-321). Más importante, en mi opinión, porque trata el tema del condicionamiento y de la desinversión como solución, es la fundada sentencia emitida por la Sala III citada, que con fecha 24 de agosto de 2006, decidió revocar la resolución del entonces Secretario de Coordinación Técnica N° 169, relacionada con el incumplimiento de la resolución 5/2003 (condicionamiento de la operación), ya que la demora en el cumplimiento, no sólo puede lesionar potencialmente al interés económico general, sino que implica el incumplimiento de un acto de autoridad nacional.

Caso 2: En el año 2003, en la venta de Pecom al grupo Petrobras, las empresas voluntariamente tomaron la decisión de que Petrobras vendería sus acciones en Transener, para evitar una posición dominante. Es decir que mediante la firma de un compromiso, la firma brasileña se comprometió a vender sus acciones a otro grupo económico (Transportadora de Electricidad Transener), lo que permitió autorizar la concentración pero con la condición de que la venta fuera efectivamente supervisada por el ENRE y la Secretaría de Energía (Dictamen C.N.D.C. N° 388 - Memoria Anual C.N.D.C. 2003).

Caso 3: En el 2004, el Estado aprobó la concentración por venta de la compañía local Fargo a la empresa mexicana Bimbo, pero con el

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

condicionamiento de vender una de las marcas de Fargo (Lactal) y la planta productora de Pacheco Provincia de Buenos Aires. La importancia de este caso, es que se analizó una concentración económica llevada a cabo en el exterior, pero con efectos de tipo horizontal en el país (Dictamen C.N.D.C. Nº 395 de fecha 10 de septiembre de 2004) y que se aplicó, al compromiso suscripto por las empresas involucradas el "sistema europeo", que implica que sólo se considera aprobada la concentración, si se cumple de manera efectiva el condicionamiento ordenado, ello con el fin de evitar que las partes autorizadas con condicionamientos, recurran posteriormente a cuestionar judicialmente la desinversión por ellas consentidas y aprobadas por la Autoridad de Aplicación, tal como ocurrió, por ejemplo, en la adquisición por parte del grupo chileno Cencosud, de la cadena de Supermercados Disco (año 2004).

Caso 4: Un caso por demás importante sobre materia de competencia, es el fallado por la C.S.J.N. en la causa: "Círculo Odontológico de Venado Tuerto", resultando de la disidencia parcial de los Dres. Petracchi y Zaffaroni, un andamiaje jurídico para el análisis de todos los casos concretos. Sostuvieron los prestigiosos Vocales, entre otros conceptos, que: "...el derecho a la libre competencia no ampara las libertades...de modo abstracto, es decir como objetos ideales, sino que las tutela en su contenido material, removiendo los impedimentos que constituyan un obstáculo para su realización efectiva...tutela la posibilidad real de los individuos que las ejercen en situaciones de concurrencia" (Fallos 328:1063).

Caso 5: Caso "MOVICOM-BELLSOUTH": Este caso de 2004 es sumamente interesante para el supuesto en análisis, dado su referencia al mercado de telecomunicaciones y sus distintos sub-mercados. Se trató de la compra de los activos de "Bellsouth Corporation" por parte de la empresa "Telefónica Móviles S.A.", sociedad integrante del Grupo Telefónica. La compra implicó la toma de control de las empresas "Compañía de radiocomunicaciones móviles S.A." (Movicom) y de su controlada, "Compañía de teléfonos del Plata S.A.". La concentración generaba superposición en varios mercados relevantes (telefonía fija local, telefonía de larga distancia nacional e internacional, transmisión de datos, acceso a internet, transporte de larga distancia y provisión de enlaces locales y telefonía

celular). También se analizaron las normas regulatorias del decreto 266/98 y la resolución 268/2004 de la Secretaría de Comunicaciones, que condicionó la operación de concentración a la obligación de las empresas involucradas de reintegrar casi 35% Mhz del espectro radioeléctrico (Dictamen de la C.N.D.C. N° 7 de fecha 22 de diciembre de 2004).

Caso 6: Un caso histórico por referirse a la derogada ley 22.262 y que motivó divergentes opiniones, aún dentro del seno de la C.N.D.C., fue la denuncia en 1998 de AMFIN S.A., editora del diario Ambito Financiero, contra la empresa AGEA S.A., editora del diario Clarín. Por mayoría, se decidió que AGEA S.A. debía cesar en los descuentos exclusivos que otorgaba a sus anunciantes en sus avisos, porque restringía la competencia, generando a su vez potencial peligro al ingreso de los actuales y futuros competidores.

Caso 7: El segundo caso antecedente histórico pero plenamente aplicable a la normativa de la ley 25.156, es el fallado por la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, en la causa caratulada: "Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. s/ Ley 22.262", que confirmó la Res. 189/99 de la Ex Secretaría de Industria, Comercio y Minería; ésta había ordenado el cese inmediato de abusar de su posición dominante en el mercado de gas licuado de petróleo a granel. En el caso, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia realizó una investigación exhaustiva sobre los mercados relevantes, influencia sustancial en el mercado, cláusulas contractuales etc. Apelada la sentencia por ante la Suprema Corte, ésta, haciendo suyo los importantes argumentos del entonces Procurador General de la Nación, Dr. Becerra y agregando otros también sumamente importantes, confirmó la sentencia de la Sala B con fecha 2 de junio de 2002. (Fallos 325:1718).

3.2.5. El tema del control: si bien como sostengo en el punto 3.2.2. (Principio de la realidad económica), considero que el enfoque del análisis concreto no debe basarse exclusivamente en el análisis del control entre empresas y/o grupos vinculados, el énfasis puesto por todos los apelantes, en diferenciar los conceptos de "tener control" y de "toma de control", me obliga a formular el siguiente comentario: algunos apelantes reconocen expresa o implícitamente el control que tenía "Olimpia", pero consideran que la venta a

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

"Telco", no puede tenerse por "toma de control", o "influencia sustancial", para encuadrar en la hipótesis de los incisos c. y/o d. del artículo 6° de la ley 25.156.

Toda vinculación entre empresas o grupos económicos, con o sin control de un o unos socio/s sobre otro/s, implica necesariamente un potencial conflicto de intereses. Ello no significa que pueda haber convergencia de intereses frente a terceros, ya que normalmente las empresas o los grupos vinculados, tienen por objeto ganancias, no interesando, en mi opinión, la distribución de los beneficios entre los socios y tampoco las eventuales disidencias internas de los mismos, referente a la política empresarial a llevar a cabo; lo que sí interesa, en mi criterio, desde el punto de vista defensivo de la competencia, es cómo esa vinculación puede influenciar un mercado, ganando una situación de privilegio en comparación con potenciales y/o actuales competidores y afectando el principio de la libre competencia. Es así que, en mi opinión, es intrascendente que T.I. y T.E. coincidan en algunas o en todas sus estrategias empresariales; lo que sí es importante, es su potencial poder empresarial hacia terceros competidores y su posición dominante que pueda afectar el libre desarrollo de la economía de un país.

Los apelantes hacen hincapié en la cláusula restrictiva, que rige el accionar interno del grupo, derivando de tal circunstancia de que consideran es un obstáculo insalvable para evitar prácticas anti-competitivas. Considero que no es así, tal como lo desarrollé en el punto 3.2.3 (autolimitaciones contractuales), haciendo extensivo este razonamiento a las asambleas de socios, citadas por los apelantes como fundamento de autolimitaciones. No son otra cosa, en mi entender, que autolimitaciones que pueden o no cumplirse por una empresa o grupo empresario, según la conveniencia en un determinado momento y en un determinado mercado.

3.3. EL CONDICIONAMIENTO, LA DESINVERSIÓN: La resolución apelada, ordenó que la autorización de la concentración efectuada en el exterior, quedaba subordinada a la efectiva e irrevocable desinversión de la totalidad de la participación accionaria que la empresa TELECOM ITALIA S.p.A. posea, directa o indirectamente, en la empresa argentina SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A., lo que implica desprenderse de todos los

activos y derechos sobre ésta y sus controladas, incluyendo la opción de compra pactada con fecha 9 de septiembre de 2003 en el contrato denominado "Call Option Agreement", celebrado entre "TELECOM ITALIA INTERNATIONAL N.V." y "W. DE ARGENTINA INVERSIONES S.L.", conforme lo dispuesto por el artículo 13 inciso b- de la ley 25.156. Las pautas y la eventual multa por notificación tardía, como sostuvo *ut supra*, no es tratado por ser objeto de distintas resoluciones a la aquí apelada.

Si considero necesario analizar el plazo máximo de un (1) año, ordenado para desinvertir, con el objeto de determinar si resulta razonable y proporcional, conforme a derecho.

3.3.1. Naturaleza administrativa no sancionatoria:

Considero un grave error conceptual de algunos de los apelantes, el considerar lo resuelto como una sanción, remitiéndome a los fundamentos expuestos en el punto 4 de los comentarios a los agravios expresados por T.I. y T.I. INT. Sin perjuicio de ello, atento que toda desinversión implica una restricción al derecho constitucional de la propiedad, debe analizarse prudente y exhaustivamente la resolución apelada, para determinar si restringe el derecho con razonabilidad y proporcionalidad (artículo 28 de la Constitución Nacional).

3.3.2. La razonabilidad y proporcionalidad:

Un excelente enfoque sobre el tema, es el trabajo suscripto por los doctores WAISMAN y HEVIA, citado *ut supra* (L.L. 2008 -B-1312). La intervención, según opinión de tales autores, debe ser limitada a las restricciones necesarias para prevenir ese riesgo que busca evitar. Es decir, se debe elegir la restricción menor a la libertad contractual de los interesados.

También otro autor desarrolla solvientemente el tema: el Dr. TOIA, en su trabajo titulado: "Consideraciones sobre la ley de defensa de la competencia", publicado en la Revista La Ley, ejemplar del 2 de agosto de 2007. Sostiene dicho autor que: "...la libertad contractual y la autonomía de la voluntad deben ser enfocadas actualmente desde una nueva concepción ideológica que armonice las garantías constitucionales de propiedad y de comerciar y ejercer industria lícita, con el interés económico general, teniendo en cuenta el cambio de paradigma que significa el protagonismo del sector privado en la prestación de servicios. Ahora bien, ¿Cuándo y dentro de que

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

límites es legítima la intervención estatal?... Ahora bien, dado el margen de discrecionalidad que la norma confiere a la Autoridad de Aplicación, su control judicial se limitará al análisis de:

a) irrazonabilidad en los fines perseguidos que se apartan de lo preceptuado en las normas de habilitación (de carácter constitucional, legal o reglamentario) o de los principios generales del derecho; b) desproporción entre el objeto de la medida de policía y los fines perseguidos (argumento incorporado al derecho positivo por el art. 7º, inc. F in fine de la L.N.P.A); c) exceso de limitación o de punición (en el caso de aplicación de sanciones de naturaleza penal-administrativa) cuando las normas y/o medidas administrativas no guarden una adecuada proporción con los fines que persigue el ordenamiento; y d) violación de la igualdad al introducirse en las normas o en los actos respectivos un factor de discriminación que atribuye a algunas situaciones de ventajas o de gravamen que no se conceden a otras personas que se encuentran en similares condiciones objetivas”.

En mi voto en la causa: “IBOPE ARGENTINA S.A. y otras s/medidas cautelares”, opiné que: “...La potestad de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de aplicar tales medidas es indiscutible, pero la misma no es absoluta o ilimitada. Tales límites surgen en primer lugar de la Constitución Nacional y en segundo término, del orden jurídico general. La defensa del interés económico general, debe lograrse sobre la base del respetuoso acatamiento del Capítulo sobre Declaraciones, Derechos y Garantías de nuestra Carta Magna. Asimismo, en el estudio del caso concreto debe analizarse, en profundidad, si se observó debidamente el principio de razonabilidad, que de no hacerlo se transforma en el opuesto: arbitrariedad. La razonabilidad de un acto administrativo o jurisdiccional, existe si hay proporcionalidad y eficacia entre el medio instrumental empleado y el mal que se procura evitar. El acto administrativo o jurisdiccional que carece de eficacia técnica para lograr su objetivo, o bien se basa en razonamientos incorrectos, aunque aparente y formalmente lo sea, es un acto arbitrario” (Revista Jurisprudencia Argentina 2007-IV-74 y Revista de Derecho, Penal y Procesal Penal de enero de 2008, pág.88).

El prestigioso y consultado tratadista sobre derecho antimonopólico, Dr. Cabanellas de las Cuevas, opina que: “En el caso de condiciones que consistan

en desprenderse de ciertas participaciones y activos, un problema recurrente en el derecho comparado es la dificultad para encontrar adquirentes que estén dispuestos a pagar un precio razonable por tales participaciones y activos. Respecto a esta dificultad no hay un criterio matemático y de allí que sea razonable la posición adoptada por el artículo 13 del D.R., en cuanto permite que la autoridad de aplicación evalúe las dificultades experimentadas para cumplir con la condición. En el contexto de tal evaluación deberá determinarse si es razonable la posición de no vender a un precio que las empresas concentradas estiman insuficiente. Cuando la condición de una concentración consista en una transferencia de activos o participaciones, tal transferencia deberá cumplir con los requisitos de la L.D.C. en materia de validez frente a su artículo 7° y de notificación bajo su artículo 8°; no hay una excepción en tal sentido” (Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia, tomo 2 pág. 151, editorial Heliasta, Bs.As. 2005). En la cita N° 423 de la hoja citada, dicho jurista también sostiene que: “Las empresas participantes en la concentración no tienen derecho a frustrar las condiciones impuestas, alegando que el precio que les es ofrecido por los activos que se ven obligados a vender es insatisfactorio. De lo contrario, estas condiciones se convertirían en potestativas y perderían su función en el contexto de la aprobación de las concentraciones. Pero el plazo para disponer de activos debe ser razonable, como para no crear una presión innecesaria sobre el precio, al cual se podrán vender tales activos”.

Tan autorizada y equilibrada opinión, parece ajustable perfectamente al caso en análisis, dada la información de público conocimiento sobre el tema, que es motivo de largos y repetitivos enfoques periodísticos.

A simple vista, lo decidido en la Res. 483/09, no se aparta de los precedentes expuestos, ni configura un abuso discrecional de la administración.

3.3.3. ¿Por qué ordenar desinvertir a T.I y no a T.E.? Algunos apelantes, en especial los no vinculados con el negocio directo de las telecomunicaciones, se formulan este interrogante que, al principio, parece totalmente lógico y sencillo.

El argumento parece por demás lógico. Si Telefónica Argentina, que es el principal operador en la Argentina es controlada en casi su 100% por

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

Telefónica España, que conformó el Grupo comprador en la operación TELCO, debería ser ella la destinataria de la desinversión. La respuesta es que está dentro de las facultades discrecionales de la administración tal elección, ya que no se trata del análisis de empresas en particular, sino de grupos económicos que se interconectan e influyen mediante la creación de una empresa nueva (TELCO), en la llamada "Operación TELCO", y cuyas vinculaciones complejas están descritas a fs. 1/14 del Dictamen 744 de la C.N.D.C.; Cabe hacer notar que la facultad de imponer condicionamientos a una concentración, es potestativa de la Autoridad de Aplicación. (Cfne. Sentencia por voto unánime de los Vocales de la Sala A, de fecha 28 de diciembre de 2006, recaída en la causa caratulada: "R.T.C. Argentina S.A. y Fresenius Medical Care S.A. s/ Inf. Ley 25.156", (Reg. 787 folio 1008 del 2006).

Asimismo, la operativa exhaustivamente analizada por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, puede sintetizarse, en mi opinión, de la siguiente manera: T.I. era controlada por Olímpia, que a su vez fue absorbida por fusión por TELCO S.p.A., siendo TELCO S.p.A. quien ejerce el control actual indirecto de T.I., designando parte de sus directores por ser uno de sus principales accionistas. El riesgo potencial consistiría, siempre en mi opinión, que T.E. priorice sus intereses en "Telefónica Argentina", en desmedro de los intereses de "Telecom Argentina", estando SOFORA y sus controladas sujeta al control de T.I., e indirectamente de T.E. Si T.E. y T.I. mantienen una relación estratégica de grupo, es indiferente a quién se ordena desinvertir, porque el objeto es evitar la potencialidad nociva del grupo en las operaciones en la Argentina. Lo que se trata de evitar no es los intereses de T.E. en desmedro de los intereses de T.I., como sostienen algunos de los apelantes, sino el riesgo cierto y potencial que ambos grandes operadores mundiales, mediante operaciones y decisiones concertadas, establezcan beneficios para ambos; eso sí, con el desmedro del interés económico general argentino.

3.3.4. Medio alternativo a la desinversión: Algunos apelantes sostienen, pero no explican ni desarrollan, que la S.C.I., podría haber ordenado una medida anti-competitiva menos gravosa que la desinversión. Conforme los precedentes internacionales y nacionales que se han tenido en cuenta, no

existiría otro medio idóneo que la desinversión, para evitar el concreto y potencial riesgo competitivo. Sólo hubiera sido conveniente, tal como ocurrió en los antecedentes argentinos citados, que las empresas vinculadas en la operación TELCO hubieran transformado sus limitaciones contractuales en un "compromiso" formal, conforme lo previsto en el artículo 36 de la ley 25.156. Con ello se hubiera evitado el desgaste jurisdiccional administrativo y judicial que hoy toca a este Tribunal resolver.

Por todo lo expuesto, mi voto es que debe confirmarse en un todo la Resolución 483/09 apelada, con expresa imposición de costas a los apelantes.

Por lo cual, por mayoría, **SE RESUELVE:**

1º) **ANULAR** la resolución que es materia de apelación y disponer que por intermedio de quien correspondá, se dicte un nuevo pronunciamiento, previa la sustanciación pertinente.

2º) **LIBRAR** oficio a la Secretaría de Superintendencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para que por intermedio de ese tribunal se curse una comunicación al Poder Ejecutivo Nacional a fin de que proceda a integrar el organismo que debe aplicar y controlar el cumplimiento de la Ley de Defensa de la Competencia.

Regístrese, notifíquese, remítanse los autos principales al Ministerio de Economía mediante oficio de estilo, y devuélvase.


EDMUNDO S. HENDLER
JUEZ DE CÁMARA


NICANDRO R. REPETTO
JUEZ DE CÁMARA


JUAN CARLOS BORZÓN
JUEZ DE CÁMARA

ANTE MI

MARIA MARTA NOVATI
SECRETARIA

