

C. 5331/2010 “Asociación para la Defensa de la Competencia c. Estado Nacional Secretaría de Comunicaciones s. amparo”.

Buenos Aires, ²⁴ de febrero de 2010.

Por recibidos.

AUTOS Y VISTOS:

Los recursos de apelación interpuestos y fundados a fs. 187/92 y a fs. 206/33vta. contra la resolución de fs. 184/85vta., cuyos traslados fueron contestados a fs. 236/57 y 263/70, y

CONSIDERANDO:

1. Tal como se precisó en la resolución de fs. 171/80 -mediante la que este Tribunal revocó el rechazo *in limine* de la acción a fs. 149/52vta.-, la Asociación para la Defensa de la Competencia (ADC) promovió amparo colectivo en los términos del art. 43, segundo párrafo, de la Constitución Nacional, contra el Estado Nacional, Secretaría de Comunicaciones (SC), a fin de que se lo condene a garantizar la plena y efectiva prestación del servicio de Acceso a Internet que actualmente brinda Cablevisión SA, la comercialización y acceso a dicho servicio a todos aquellos usuarios que deseen contratarlo, el derecho a la libre competencia en dicho mercado, a la libre elección e igualdad de los usuarios y consumidores, a la libertad de expresión, amparados en la C.N. (art. 42), en Tratados Internacionales y en la ley 25.156; y solicitó que de ser necesario, se declare la inconstitucionalidad e ilegalidad de la Resol. SC N° 100/10 del 20-8-2010 (fs. 32/57).

Pidió, asimismo, que se dicte una medida cautelar para que el Estado Nacional se abstenga de ejecutar dicha resolución y/o de afectar o limitar de cualquier forma la efectiva prestación del servicio de Acceso a Internet que ofrece Cablevisión, y que garantice su continuidad y la posibilidad de contratación por parte de nuevos usuarios.

2. En tales condiciones, el *a quo* hizo lugar -en forma parcial- a la medida cautelar requerida por la accionante, al disponer que el Estado Nacional, Secretaría de Comunicaciones, se abstuviera de afectar o limitar de cualquier

USO OFICIAL

forma la efectiva prestación del servicio de acceso a Internet que ofrece Fibertel (Cablevisión), hasta tanto se resuelva el fondo de la cuestión planteada.

El juez fundó su decisión en los arts. 42 y 43 de la C.N. y en los elementos aportados a la causa en este estado liminar del proceso. Sobre esa base, consideró que se cumplía con los requisitos de la verosimilitud del derecho y del peligro en la demora, puesto que de no accederse con premura a la cautela, el acto impugnado podría afectar la situación de los usuarios y consumidores de Fibertel, dejándolos desprotegidos durante el trámite de la causa.

Por el contrario, no admitió la medida precautoria en cuanto a que se garantizase la posibilidad de contratación y prestación del servicio por parte de nuevos usuarios, por considerar que no podía verificarse un peligro de agravio concreto y actual suficiente para extender la medida a hipotéticos futuros interesados.

3. Contra esa decisión se agravian ambas partes.

3.1. La ADC cuestiona el alcance parcial con el que se otorgó la medida cautelar requerida en el escrito de inicio. Sostiene que el juez desconoce que el régimen de libre competencia -el cual pretende asegurar- resulta indivisible, porque protege a toda la comunidad, inclusive a los usuarios potenciales, y de ese modo lo confunde con la defensa de los consumidores, apartándose de la distinción efectuada por esta Sala en la resolución de fs. 171/80.

Añade que la resolución apelada impide que Fibertel compita efectivamente en el mercado de acceso a Internet, por lo que no garantiza genuinamente el régimen de libre competencia, y perjudica a toda la comunidad. Ello es así, puesto que, según alega, tal limitación distorsiona el mercado por la ausencia de puja en materia de precios y calidad del servicio con el fin de atraer nuevos clientes, a la vez que afecta el crecimiento de la empresa e incrementa el incentivo de los competidores para repartirse el mercado. En síntesis, afirma que la medida dictada es contraria al objetivo buscado, es decir, la protección de la competencia y del interés económico general, reconocido en el art. 42 de la C.N.

Manifiesta la recurrente que la resolución apelada reconoce la existencia de la verosimilitud del derecho, de modo que la limitación dispuesta es contradictoria con su propia finalidad, es decir que no se afecte "de cualquier

forma la efectiva prestación del servicio”, en tanto que el peligro en la demora que provoca la referida limitación radica en la restricción de la competencia -al no poder optar los usuarios por Fibertel-, con impacto negativo en los precios y en la calidad del servicio.

3.2. Por su parte, el Estado Nacional se agravia por considerar que la resolución dictada es nula debido a la falta de fundamentos que exhibe para suspender un acto administrativo que tiene presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria, en virtud de lo dispuesto en el art. 12 de la ley 19.549. En tal sentido, argumenta que el juez no tuvo en cuenta el marco normativo según el cual se dispuso la caducidad de la licencia de Fibertel, y que la medida que dictó importa la intromisión judicial en la zona de reserva de otro poder del estado, pues sustituye al autor de la norma considerándose mejor calificado para analizar las derivaciones sociales y económicas del acto. Agrega que el magistrado tampoco tuvo en cuenta la Resol. SC 102/10 mediante la cual se garantiza la tutela efectiva de los derechos de los actuales usuarios de la disuelta Fibertel.

Asimismo, el recurrente afirma que el *a quo* debió ajustarse a la doctrina de la Corte Suprema que acentúa los parámetros de ponderación para el dictado de las medidas cautelares en cuestiones atinentes al interés de la comunidad para que los servicios sean prestados en condiciones de legalidad.

También cuestiona los efectos *erga omnes* de la medida decretada, puesto que contraría los principios republicanos y, a la vez, veda al resto de los usuarios, que no intervienen en el proceso, la posibilidad de continuar o no vinculados a la actual prestadora del servicio de acceso a Internet. En esa línea, entiende que es cada interesado que se considere agraviado quien debe accionar en forma particular, máxime cuando pueden existir intereses contrapuestos entre los usuarios.

Por otro lado, el Estado Nacional sostiene que ante una supuesta violación del derecho a la defensa de la competencia es la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) la que tiene competencia primaria con revisión judicial a través de un recurso directo, en tanto que el ordenamiento jurídico no permite la intervención de la justicia de primera instancia en este tipo de controversias.

En lo que respecta a los requisitos propios de las cautelares, entiende que el juez dictó una medida innovativa, sin que estuviese acreditada la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y el perjuicio irreparable.

Desde esa perspectiva, señala que la verificación de una alteración de las condiciones del mercado requiere un exhaustivo análisis de conceptos técnicos y económicos, ausente en la resolución apelada. Añade que no están acreditados los presuntos perjuicios a los consumidores y a la competencia, y que el Derecho a la Competencia no se limita a la protección de estos últimos, sino que exige la ponderación de todos los intereses involucrados por el funcionamiento del mercado en cuestión.

Destaca el recurrente que no se configura en el caso una exclusión del mercado que implique una concentración, ya que Cablevisión carecía de licencia para prestar el servicio y, en todo caso, ello sería consecuencia de su caducidad. Y aduce que es irrazonable entender que el ejercicio de la competencia sancionatoria ejercida a través de la Resol. SC 100/10 pueda materializar una concentración económica ilícita en los términos del art. 6 de la ley 25.156.

En esa línea argumental, el Estado Nacional niega que existan fundamentos para sostener que Telefónica de Argentina SA y Telecom Argentina SA sean las únicas prestadoras que absorberán a los usuarios de Fibertel, pues hay otras empresas que brindan idéntico servicio, por lo que no se configura una situación monopólica. Precisa que hay una cantidad de empresas en el mercado que aseguran su funcionamiento, y en particular destaca que en la Ciudad de Buenos Aires existen 43 firmas en condiciones de prestar el mismo servicio que Fibertel.

Finalmente, el apelante considera que no está acreditada la existencia del peligro en la demora requerido para este tipo de medida, habida cuenta de que el juez no precisa los daños irreparables e irreversibles derivados de la Resol. SC 100/10 en cuanto implica la salida del mercado de Fibertel, fundando su decisión en una mera posibilidad de afectación de los usuarios. Es decir, no está acreditado que el mercado se concentrará como consecuencia del acto administrativo y que, por ende, se alterarán las condiciones de libre competencia.

4. Así planteados los agravios por ambas apelantes, se examinará en primer término, por razones de orden lógico, el recurso del Estado Nacional. Para ello, el Tribunal ponderará en forma expresa sólo aquellos argumentos sustanciales y conducentes para decidir las cuestiones planteadas (*Fallos 295:970, 305:1365, 311:1191 y 327:3157*), con un grado de conocimiento apropiado al estado liminar del proceso y a la naturaleza cautelar de la resolución apelada.

En efecto, las medidas cautelares no exigen un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud, desde que el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad propia del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede el marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad (*Fallos 306:2060, 316:2855, 322:2272, 325:3209 y 330:2610, entre otras*).

Atento el concreto agravio que expresa el Estado Nacional con relación a la naturaleza de la Resol. SC 100/10, es pertinente precisar que si bien, como principio, las medidas cautelares no proceden respecto de los actos administrativos, habida cuenta de su presunción de validez, tal doctrina cede cuando se los impugna sobre bases, *prima facie*, verosímiles (*Fallos 307:1702, 315:2956, 316:2855 y 324:3213*).

5. De acuerdo con las pautas antes indicadas, cabe recordar que el decreto 764/00 desreguló el servicio de telecomunicaciones y sujetó dicho mercado a un régimen de libre y efectiva competencia, como surge claramente de su Considerando, en el que se invoca el art. 42 de la C.N. en cuanto al deber de las autoridades de proveer a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados. Además, en la motivación de dicha norma se consideró con particular relevancia el servicio de Internet.

En tales condiciones, la intervención conjunta de la secretaría con atribuciones en materia de defensa de la competencia (actualmente la Secretaría de Comercio Interior -SCI-), que prevé el Reglamento General de Licencias para declarar la caducidad de una licencia (art. 2, inc. g, decr. 764/00), debe entenderse que está prevista a fin de permitir una valoración del impacto que ello podría tener en el mercado involucrado y, eventualmente, de establecer las medidas pertinentes para evitar la restricción o afectación de la competencia.

Surge de la propia Resolución 100/10 de la Secretaría de Comunicaciones (B.O. 20-8-2010) que no se cumplió con la referida intervención del órgano con incumbencia técnica en materia de defensa de la competencia, por lo que puede sostenerse, con grado de verosimilitud, que existe ilegalidad manifiesta suficiente para admitir la medida cautelar y suspender los efectos del acto hasta tanto se dicte la sentencia definitiva.

No se puede dejar de considerar la relación que existe entre la disposición del art. 2, inc. g), y la cláusula del art. 42 de la C.N., en cuanto dispone que las autoridades proveerán a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados y al control de los monopolios naturales y legales. Es decir, la valoración que en este marco cautelar se efectúa de dicha omisión -según la pretensión deducida (ver fs. 6/vta. del escrito de inicio y Considerando 6 de la resolución dictada por esta Sala a fs. 141/vta.)-, no es en un plano meramente formal, sino que tiene en cuenta la *ratio legis* y el espíritu de la norma (*Fallos* 312:1484, 323:1406, 327:4850 y 330:1649), con particular ponderación del bien jurídico cuya protección se persiguió con su dictado.

Cabe añadir que no puede entenderse, en este estado liminar del proceso, que la Resol. SC 102/10 -en la que se dispuso que los prestadores de Internet que reciban a los usuarios que decidan migrar los servicios que brindaba la “ex licenciataria” Fibertel no podrán percibir bajo ningún concepto derechos de conexión, de instalación, alquiler de *modem*, y/o cualquier otro cargo de acceso al servicio, como así tampoco una suma en concepto de abono mayor al que abonaban por la utilización de los servicios de la “ex Fibertel” (arts. 1 y 2)- modifique la conclusión anterior.

Ello es así, pues por un lado, el art. 2, inc. g) del decr. 764/00 prevé la intervención conjunta de la secretaría con incumbencia en materia de Defensa de la Competencia (SCI), requisito que no se puede entender suplido con la mera referencia que se hace en el Considerando de la Resol. SC 102/10 (B.O. 25-8-2010) de que ha tomado intervención ese órgano, habida cuenta de que el acto fue emitido sólo por el Secretario de Comunicaciones. Y por el otro, las medidas adoptadas están dirigidas a establecer las condiciones en que tendrá lugar la migración de los usuarios de Fibertel (en cuanto a costos de instalación y mantenimiento del precio que pagaban), y no a impedir los efectos sobre la

competencia resultante de una modificación estructural del mercado, aspecto para el cual ha sido prevista la intervención de la SCI.

Es decir, la Resol. 102/10, invocada por el apelante, tiene en cuenta exclusivamente la situación de los usuarios actuales de Fibertel, por lo que se trata de una disposición relacionada estrictamente con la defensa del consumidor (aunque, vale decir, no de todos), en tanto que el bien protegido que se pretende garantizar con la medida decretada, es la defensa de la competencia contra la distorsión del mercado en cuestión (art. 42 y 43 de la C.N.). Esta distinción fue expresamente efectuada por el tribunal en el considerando quinto de la resolución de fs. 171/80.

En síntesis, no puede admitirse el argumento del Estado Nacional en el sentido de que la Resol. SC 100/10 goza de presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria por carecer de vicios graves y manifiestos (fs. 228vta.), habida cuenta de que no fue dictada de acuerdo con el decr. 764/00 -norma en la que se fundó la caducidad de la licencia de Fibertel y el plazo de 90 días para migrar los servicios prestados a través de esa licencia-, en cuanto dispone sobre la autoridad de aplicación que debe intervenir en dicho supuesto, con las consecuencias que ello puede tener sobre la competencia en un mercado como el involucrado, aspecto que no surge haber sido ponderado de modo alguno en el acto impugnado por el órgano técnico competente. Dicha omisión no puede entenderse suplida con la mera manifestación, en esta oportunidad, de los letrados del Estado Nacional en cuanto a que existen numerosas empresas en la Ciudad de Buenos Aires que prestan idéntico servicio que Fibertel.

Por lo tanto, considerando que el *a quo* hizo mérito de la lesión de la defensa de la competencia como bien colectivo protegido para decretar la medida peticionada, de acuerdo con los argumentos invocados y los demás elementos de la causa, no se advierten razones para dejar sin efecto la medida cautelar por falta de fundamentación o de verosimilitud en el derecho.

6. Para desestimar los agravios vinculados con los efectos *erga omnes* de la medida dictada -cuestión que tiene relación directa con el derecho de incidencia colectiva expresamente previsto en el art. 43 de la C.N.-, como así también con la invocada necesidad de intervención de la CNDC, basta con remitirse a la resolución dictada por esta Sala a fs. 171/80, en la que dichas

questiones fueron extensamente ponderadas (ver Considerandos cuarto, quinto, sexto y noveno).

En lo que respecta al argumento relacionado con que el juez no valoró debidamente los intereses de la comunidad para dictar la medida cautelar, es pertinente recordar que ésta no se confirma por la afectación de un derecho individual de la empresa, sino que, por el contrario, es la ponderación de un derecho de incidencia colectiva -como el de la competencia en el mercado involucrado- el fundamento para decidir de esta forma. A ello hay que agregar que ante tal derecho garantizado en la Constitución Nacional, el recurrente se limita a invocar un interés genérico en que los servicios sean prestados en condiciones de legalidad, no obstante que el acto impugnado no fue dictado de acuerdo con el decr. 764/00.

A lo expuesto corresponde agregar que carece de relevancia alguna el agravio vinculado con la improcedencia de la medida en virtud de los intereses contrapuestos entre los usuarios del servicio de Internet. Ello es así, pues la continuidad del servicio por parte de Fibertel no implica en modo alguno afectar la libre elección del prestador que tiene la totalidad de los usuarios de Internet.

7. También se debe desestimar el planteo del Estado Nacional en el sentido de que la medida dictada importa invadir una zona de reserva que le es propia, y sustituir al autor de la norma que está en mejores condiciones para analizar las derivaciones sociales y económicas de la cuestión. Es que de acuerdo con los fundamentos expuestos, no se emite un juicio acerca de la conveniencia, acierto o eficacia de la Resol. SC 100/10, sino que el examen de razonabilidad que se hace de dicho acto se limita a la comprobación de la compatibilidad que la norma observa con las disposiciones de la Constitución Nacional y las demás normas vigentes (*ver doctrina de Fallos 311:1565, 312:122, 313:410 y 1333, 318:785, 320:1166, 322:842 y 324:3184*).

Es precisamente la falta de intervención del órgano que debió analizar las alegadas derivaciones económicas en el mercado en cuestión, el fundamento que lleva a desestimar los agravios del Estado Nacional.

8. Sólo resta añadir que, de acuerdo con el grado de verosimilitud del derecho en el que se funda la medida cautelar, son inadmisibles los agravios relativos a la inexistencia de peligro en la demora.

En efecto, ante la falta de intervención del órgano con incumbencia técnica en materia de Defensa de la Competencia que prevé la normativa vigente, no es razonable exigir que se acredite con precisión, en este estado liminar del proceso, los daños que puede provocar en el mercado involucrado la exclusión de un competidor como Fibrtel. Es que dicha circunstancia debió ser, precisamente, valorada por la Secretaría que no intervino al momento de declararse la caducidad de la licencia.

Recuérdese que el requisito del peligro en la demora se refiere a la necesidad de disipar un temor de daño inminente, sea que esté acreditado *prima facie* o que se presuma según las circunstancias del caso (*Podetti, Ramiro, Tratado de las medidas cautelares, T. IV, Ediar Editores, 1956, pág. 57*).

9. El agravio de la ADC acerca del alcance con el que se concedió la medida cautelar debe ser admitido.

En efecto, la cautela otorgada por el *a quo* enfoca de modo primordial la situación de los actuales usuarios de Fibertel, y si bien es la defensa de la competencia su fundamento, la limitación cuestionada tiene por consecuencia que no se garantice en forma suficiente el interés económico general protegido por dicho régimen que, como se destacó, tiene jerarquía constitucional.

Cabe recordar que este tribunal precisó a fs. 171/80 que el derecho de defensa de la competencia tiene entidad propia, por lo que no debe ser confundido con el derecho de los consumidores, por la mera circunstancia de que puedan resultar beneficiados, en forma indirecta, por el comportamiento competitivo de los mercados. Ambos derechos tienen su propia regulación legal y protegen bienes jurídicos distintos, más allá de sus puntos de conexión y de que los consumidores resulten los destinatarios finales de la protección que otorga el régimen de defensa de la competencia, la cual excede la de los directamente afectados y se relaciona con el sistema económico en su conjunto.

En tal inteligencia, no puede descartarse que la medida cautelar, en cuanto distingue entre actuales y potenciales usuarios, distorsione la competencia en el mercado involucrado, desde que tiene por consecuencia limitar la puja entre las empresas que participan en él para atraer nuevos clientes, elemento esencial en el régimen que se intenta garantizar.

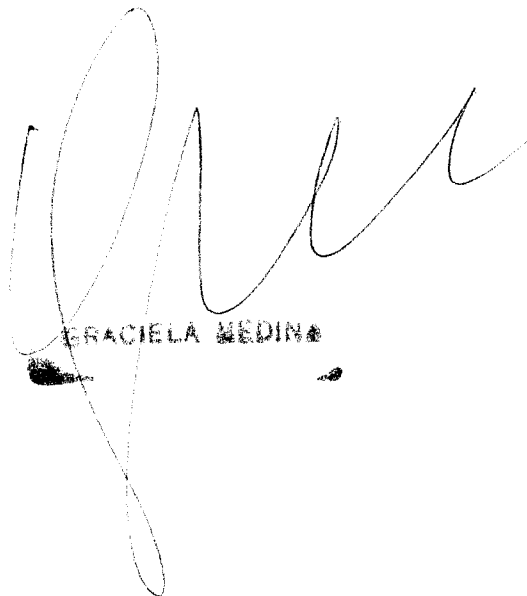
De este modo, no parece razonable modificar las condiciones imperantes en el mercado con anterioridad a los efectos que provocará la ejecución de la Resol. 100/10, los cuales no fueron ponderados debido a la falta de intervención del órgano competente en la materia prevista en el art. 2, inc. g, del decr. 764/00.

Por los fundamentos expuestos, **SE RESUELVE:** 1. confirmar la resolución apelada en cuanto fue motivo de agravios por parte del Estado Nacional, y 2. modificar parcialmente la medida cautelar, ampliando sus efectos de modo tal que el Estado Nacional se abstenga de ejecutar la Resol. 100/10 garantizando la posibilidad de que nuevos usuarios contraten los servicios de Acceso a Internet que ofrece Cablevisión (Fibertel), tal como fue solicitado a fs. 1/vta.-

Teniendo en cuenta las particularidades y complejidad de las cuestiones debatidas, las costas se distribuyen, en ambos recursos, por su orden (art. 68, segundo párrafo, y 69 del Código Procesal).

El Dr. Guillermo Antelo no interviene por encontrarse en uso de licencia (art. 109 del R.J.N.).

Regístrese, notifíquese y devuélvase.



FRACIELA MEDINA



Ricardo Gustavo Recondo