



Poder Judicial de la Nación
CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y
COMERCIAL FEDERAL – SALA II

Causa n° 2054/2010
AMI CABLE HOLDING LDT Y OTROS s/APEL RESOL COMISION
NAC DEFENSA DE LA COMPET

Buenos Aires, de septiembre de 2015.- HE

VISTOS y CONSIDERANDO:

Antecedentes de la cuestión planteada

• El trámite de notificación:

1°) Mediante una serie de operaciones comerciales – compraventa de acciones y reorganizaciones societarias– las empresas Grupo Clarín S.A. y Fintech Advisory Inc. pasaron a controlar directa e indirectamente el 60% y el 40%, aproximadamente, de las acciones de Cablevisión S.A., en ese orden. Al mismo tiempo, Cablevisión adquirió el 99,98% de las acciones de Teledigital Cable S.A y el 98,54% de las acciones de Multicanal S.A., a través de la cual también adquirió el 100% de las acciones de Primera Red Interactiva de Medios Argentinos (PRIMA) S.A.

Como esos actos encuadraban en las previsiones de la ley 25.156, el 4.10.06 las partes efectuaron la notificación prevista en su art. 8, lo cual dio lugar a diversos requerimientos de información, incluido el formulario F2 que prevé la Guía para la Notificación de Concentración Económica, aprobada por resolución SDCC n° 40/01 (ver fs. 1331, del expediente S01:0373486/06, cuyas copias certificadas se tienen a la vista y que se citará de aquí en más, salvo aclaración en contrario). También se concretaron algunas de las medidas probatorias ordenadas de oficio por el vocal de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) a cargo de la tramitación –otras fueron evacuadas con posterioridad a la autorización (ver, por caso, fs. 3082/3088 y 3089)– y se desestimaron ciertos planteos efectuados por terceras personas (ver fs. 2561/2566 y 2737/2741; resoluciones suscriptas por los cuatro vocales de la Comisión). Y por último, el interventor del Comité Federal de Radiodifusión remitió la nota COMFER n° 693/07 dejando sentado que no objetaba la operatoria (conf. fs. 2038).

Así las cosas, el 6.12.07 los compradores –Grupo Clarín, Fintech Advisory Inc., Fintech Media LLC, VLG Argentina LLC y Cablevisión S.A.– efectuaron una presentación ante la CNDC por la cual ofrecían realizar ciertas conductas por el plazo de dos años contados a partir de que se autorice la operación (conf. fs. 2780/2782, con los anexos en fs. 2783/2790).

Al día siguiente, la CNDC emitió el dictamen n° 637, que en rigor está integrado por dos piezas diferentes. La primera de ellas fue suscripta por los vocales Humberto Guardia Mendonça y Diego Pablo Póvolo, quienes aconsejaron al señor Secretario de Comercio Interior que autorizara la operación notificada en los términos del art. 13, inc. a), de la LDC, subordinada al estricto cumplimiento del compromiso ofrecido (conf. fs. 2793/2904, en especial punto n° 390, el énfasis no es del original). Por su parte, el presidente de la CNDC, José Sbatella, opinó que con algunas salvedades la operación podía ser aprobada sin cortapisas (conf. fs. 2917/2933).

El mismo día en que se emitió el dictamen –7.12.07–, el señor Secretario de Comercio Interior, Mario Guillermo Moreno, dictó la resolución SCI n° 257/07 por la cual: a) aceptó el compromiso ofrecido por los compradores en forma irrevocable, a cumplir por el plazo de dos años contados a partir de ese momento; b) autorizó la operación notificada de acuerdo con lo previsto en el art. 13, inc. a), de la LDC; y c) consideró parte integrante del acto administrativo a los dictámenes (sic) de la CNDC, que fueron agregados como anexo (conf. fs. 2935/2939).

- Trámite de verificación del compromiso:

2°) Luego de desestimar diversos recursos articulados en contra del acto de autorización (ver fs. 3340/3342 y 3402/3404), la Comisión dictó la resolución CNDC n° 36/08 por la cual fijó la metodología a seguir por los compradores a fin de dar cumplimiento con el compromiso ofrecido, disponiendo la presentación de informes trimestrales para acreditarlo con los



Poder Judicial de la Nación
CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y
COMERCIAL FEDERAL – SALA II

Causa n° 2054/2010
datos y documentación correspondientes (conf. fs. 3391/3397, con anexo en
fs. 3398/3400).

En ese contexto, los compradores fueron presentando los
mentados informes, el último de ellos con fecha 11.12.09 (ver fs.
3407/3409, 3702/3703, 4015/4016, 4374/4375, 4547/4548, 4645/4646,
4985/4986 y 5726/5727). Ínterin, se emitieron diversos actos
administrativos vinculados con el compromiso ofrecido, que conviene
reseñar sintéticamente:

_ Resolución CNDC n° 85/08, del 26.8.08, por la cual ordenó una
auditoría a fin de verificar la información y documentación aportada por los
compradores en cumplimiento del compromiso ofrecido (conf. fs.
3923/3931). Cablevisión y Grupo Clarín se pusieron a disposición de la
CNDC a esos fines (ver fs. 3934).

_ Resolución CNDC n° 103/08, del 8.9.08, que no está agregada al
expediente pero que es mencionada en diversas actuaciones, dejó sin efecto
todas las auditorías que debía llevar a cabo la CNDC, dado el “estado de
reorganización” en el que se encontraba el organismo.

_ Resolución CNDC n° 106/09, del 4.9.09, aclarada por resolución
n° 108/09, dispuso realizar una auditoría sobre las empresas notificantes
para verificar el cumplimiento del compromiso irrevocable y a fin de
armonizar la tarea de la Comisión con lo dispuesto en la resolución
COMFER n° 577/09 (conf. fs. 4942/4945 y 4952/4953). Ello dio lugar a un
pedido de aclaración por parte del apoderado de Grupo Clarín, quien
además puso información a disposición de la Comisión (conf. fs. 4955).

_ Resolución SCI n° 641/09, del 23.9.09, dictada con motivo de la
medida cautelar dispuesta por el Juzgado Nacional de Primera Instancia en
lo Contencioso Administrativo Federal n° 2 en la causa “**Multicanal c.
CONADECO**”, encauzó el trámite ordenando la verificación del
compromiso mediante una auditoría a cargo del vocal de la CNDC
Humberto Guardia Mendonça. Ya no hace más referencia a lo resuelto por
el COMFER respecto de la acumulación de licencias.

En el contexto de la citada auditoría, comenzaron a suscitarse múltiples conflictos entre los compradores y el funcionario designado, lo cual dio lugar a diversas denuncias y recusaciones que fueron rechazadas en sede administrativa (conf. fs. 5362/5368, 5444/5489, 5491/5496, entre otras), e incluso al pedido de una medida cautelar para que se suspendiera ese procedimiento, que fue desestimado por esta Sala (conf. causa “**Cablevisión c. Estado Nacional**” –expte. n° 9.714/09–, fallo del 15.12.11). Además, la CNDC, a través del mencionado vocal, ordenó una serie de diligencias probatorias también destinadas a corroborar el cumplimiento del compromiso (ver, entre otras, fs. 5725). Algunas de ellas –vgr. notas CNDC n° 1656 y 1658– no fueron agregadas a estas actuaciones, donde sí consta la respuesta de las empresas requeridas (ver fs. 6113/6115). Y el día 11.12.09 Grupo Clarín, Vistone y Cablevisión acompañaron el último de los informes trimestrales previstos en la resolución n° 36/08 (conf. fs. 5726/5727) e hicieron una presentación por la cual intentaron acreditar el cumplimiento del compromiso (ver fs. 6145/6160), adjuntando además informes legales, contables, económicos y técnicos de diversos profesionales (conf. fs. 6163/6193, 6194/6198, 6199/6277, 6278/6287 y 6354). Paralelamente, Fintech Media LLC efectuó un planteo de nulidad, que no está agregado al expediente principal (ver providencia de fs. 5713, del 11.12.09, que ordena formar incidente).

- El dictamen CNDC n° 770/09 y la resolución SCI n° 1011/09:

3°) El lunes 14.12.09, de conformidad con el dictamen n° 770 de la CNDC emitido ese mismo día (ver fs. 7743/7908), el Secretario de Comercio Interior dictó la resolución SCI n° 1011/08 a través de la cual: a) consideró incumplido el compromiso aceptado por la resolución SCI n° 257/07; b) declaró el cese de los efectos de la autorización otorgada por el citado acto administrativo; c) hizo saber a las empresas notificantes que en el lapso de 60 días la CNDC habría de establecer los “*mecanismos de instrumentación, conforme a lo dispuesto en los Artículos 1° y 2° de esta medida, en resguardo del interés económico general*” (sic); d) suspendió el



Poder Judicial de la Nación
CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y
COMERCIAL FEDERAL – SALA II

Causa n° 2054/2010
plazo “procesal” del art. 13 de la LDC, hasta tanto la autoridad de aplicación “*resuelva conforme los Artículos 1º, 2º y 3º de la presente, todo ello de acuerdo con lo dispuesto por el Artículo 24, inciso i) de la citada ley*” (sic); y e) consideró parte integrante de la medida al dictamen CNDC n° 770 (conf. fs. 7927/7935).

Al día siguiente, sin tener conocimiento de la decisión adoptada por la autoridad administrativa, esta Sala ordenó cautelarmente a la CNDC y al Secretario de Comercio Interior que permitieran a Grupo Clarín conocer el resultado de la verificación que estaban llevando a cabo y en el caso de que existiera algún cargo por formular, correrle traslado por el plazo de diez días (conf. resolución adoptada por mayoría el 15.12.09, en la causa “**Grupo Clarín S.A. Secretaría de Comercio Interior y otros s/ medidas cautelares**”, n° 10.506/09). Esa medida fue adecuada tres días después al conocer lo resuelto en sede administrativa, disponiéndose la suspensión de los efectos de la resolución SCI n° 1011/09, hasta tanto se diera cumplimiento con el mencionado traslado (conf. causa citada, resolución del 18.12.09).

Independientemente de los recursos deducidos por el Estado Nacional, en función de lo decidido por este Tribunal, mediante resolución SCI n° 1101/09 del 23.12.09 y de conformidad con el dictamen CNDC n° 773/09, la autoridad administrativa confirió traslado del dictamen CNDC n° 770/09 a las empresas involucradas (conf. copia agregada sin foliar al cuerpo 31). Tal decisión fue cuestionada por diversos medios, mediante planteos de nulidad articulados en sede administrativa –que a la postre fueron desestimados en la resolución MECON n° 113/10– e incluso en el marco de la cautelar mencionada, donde este tribunal estimó que la impugnación formulada por Grupo Clarín resultaba infundada (conf. resolución del 30.12.09). Los traslados fueron evacuados con las presentaciones de fs. 8212/8371 –Grupo Clarín, Cablevisión y Vistone–, 8957/8960 –Ami Cable–y 8962/8963 –Fintech Media y Fintech–, donde también se efectuaron planteos de nulidad respecto del procedimiento seguido. Con fecha 26.2.10 la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones

en lo Penal Económico admitió parcialmente el recurso interpuesto por Grupo Clarín y Cablevisión contra las resoluciones administrativas que habían rechazado las recusaciones deducidas respecto del Secretario de Comercio Interior y de los integrantes de la CNDC, y apartó de las actuaciones al primero de los funcionarios nombrados por estimar que había prejuzgado con el dictado de la resolución SCI n° 1011/09 (el fallo se encuentra agregado en copia y sin foliar en el cuerpo 29 del expediente administrativo).

- El dictamen CNDC n° 788 y la resolución MECON n° 113/10:

4°) El 3.3.10 el señor Ministro de Economía y Finanzas Públicas dictó la resolución MECON n° 113/10, por la cual, de conformidad con el dictamen CNDC n° 788 del día anterior (conf. fs. 8987/9324), decidió: a) rechazar los planteos de nulidad deducidos en contra de las resoluciones SCI n° y 1011/09 y 1101/09; b) desestimar la prueba ofrecida por inconducente; c) considerar incumplido el compromiso aceptado en la resolución SCI n° 257/07; y d) declarar el cese de los efectos de la autorización otorgada en el mencionado acto administrativo, fijando un plazo de seis meses para que las partes dieran cumplimiento con esa medida (conf. fs. 9331/9350).

- Los recursos interpuestos por las partes y el trámite judicial:

5°) La decisión mencionada dio lugar a los recursos de apelación interpuestos en los términos del art. 52 de la LDC por Ami Cable (fs. 3/27 de las actuaciones judiciales), Grupo Clarín, Cablevisión y Vistone (fs. 28/125 y 126/139, en este caso sólo Cablevisión), Fintech Advisory (fs. 140/141) y VLG Argentina (fs. 151/257), que fueron concedidos con efecto devolutivo mediante resolución CNDC n° 45/10 del 9.4.10 (conf. fs. 320/326).

5.1) **Ami Cable** pide sustancialmente que se revoque por contrario imperio la resolución atacada y se haga lugar al planteo de nulidad formulado respecto de la resolución CNDC n° 85/08 y de todos los actos



Poder Judicial de la Nación
CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y
COMERCIAL FEDERAL – SALA II

Causa n° 2054/2010

dictados en su consecuencia. Subsidiariamente, peticionó que se revoque el acto mencionado, se declare que la operación de concentración se encuentra autorizada en los términos del art. 13, inc. a), de la LDC y se ordene la producción de la prueba ofrecida de acuerdo con lo previsto en el art. 32 del ordenamiento citado.

Alega, en sustento de su impugnación, que aun cuando no fuera parte del compromiso, era claro su interés como vendedor, lo cual en su momento la llevó a ser una de las empresas que notificaron la operación. Por esa razón, estima que debió dársele intervención previa, omisión que torna nulo lo actuado en función de lo previsto en los arts. 123 y 167, inc. 3, del CPPN. Entiende también que los traslados conferidos con posterioridad no subsanaron la nulidad porque fueron rechazadas por extemporáneas las medidas probatorias ofrecidas, cuando esa fue la primera oportunidad que tuvo para proponerlas. Y sostiene finalmente que todo el trámite resultó violatorio del art. 29 de la LDC.

5.2) **Grupo Clarín, Cablevisión y Vistone** pretenden que se declare que la operación notificada se encuentra autorizada en los términos del art. 13, inc. a), de la LDC, conforme lo dispuso la resolución SCI n° 257/07 y que el compromiso voluntario se encuentra cumplido. En subsidio, piden que se revoque la resolución MECON n° 113/10, declarándose que la citada operación se encuentra autorizada y ordenándose la producción de la prueba ofrecida al contestar el traslado conferido.

Los agravios formulados en este recurso pueden sintetizarse de la siguiente manera: a) resulta arbitrario y violatorio del art. 32 de la LDC el rechazo de la prueba ofrecida; b) la decisión de fondo viola los arts. 13, inc. a) y 15 de la LDC, pues pretende asimilar este caso a una autorización subordinada; vinculado con lo anterior, c) no existe condición resolutoria alguna, resulta arbitraria la interpretación de las normas civiles efectuadas en el dictamen CNDC n° 788, pues soslaya lo dispuesto en los arts. 558 y 560 del Código Civil, y también es falso que el compromiso haya sido la causa de la autorización dispuesta por la resolución 257/07; d) se violan derechos adquiridos y la cosa juzgada administrativa; e) no existe

afectación del interés económico general y hasta incluso se ha reconocido que la operación produjo ganancias de eficiencia para los usuarios; f) aun cuando pudiera existir algún punto del compromiso incumplido, la sanción sería desproporcionada; g) tal como surge de los informes trimestrales, que se verán corroborados por la prueba ofrecida, el compromiso está cumplido –aquí el recurrente analiza detalladamente cada ítem del compromiso para justificar la veracidad del aserto–.

Por pieza separada, Cablevisión cuestionó el rechazo de las nulidades planteadas, que en su criterio no son abstractas pues de prosperar el recurso en contra de la resolución MECON n° 113/10, recobraría vigencia la resolución SCI n° 1011/09.

5.3) **VLG Argentina** reitera sustancialmente las razones reseñadas en el punto anterior, al que cabe remitir a fin de evitar reiteraciones innecesarias.

5.4) **Fintech Advisory y Fintech Media** adhieren, directamente, al recurso mencionado en el punto 5.2).

6°) A fs. 472/473 la Sala rechazó la declinatoria formulada por el Estado Nacional en el escrito de elevación y denegó a fs. 562/564 el recurso extraordinario interpuesto en su contra. La cuestión de competencia quedó resuelta definitivamente con el fallo del 25.2.14 por el cual la Corte Suprema desestimó la queja planteada por la demandada.

Los traslados fueron contestados a fs. 573/597, 600/627, 718/756 y 760/784. En esas presentaciones, el Estado agregó copia de la resolución MECON n° 353/10, del 10.6.10, por la cual se rechazaron los planteos de nulidad deducidos por Cablevisión S.A., Grupo Clarín Fintech Media, Fintech Advisory, Ami Cable, contra las resoluciones SCI n° 1011/09 y 1101/09, y MECON n° 113/10 (ver fs. 630/634). Tal cuestión fue confirmada por esta Sala el 16.9.15 (conf. expediente n° 285/12).

Asimismo, cabe consignar que el tribunal admitió el recurso de queja interpuesto por Grupo Clarín y concedió la apelación deducida en contra de la resolución MECON n° 113/10 con efecto suspensivo (conf. sentencia del 20.4.10, en la causa n° 1.838/10).



Poder Judicial de la Nación
CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y
COMERCIAL FEDERAL – SALA II

Causa n° 2054/2010

7°) En sus contestaciones, el Estado Nacional pide que se declaren desiertos todos los recursos por ausencia de crítica concreta y razonada de la resolución administrativa. Adicionalmente, en lo que concierne a la impugnación de Grupo Clarín, Cablevisión y Vistone, sostiene que la Sala A de la Cámara en lo Penal Económico los tuvo por desistidos del recurso interpuesto contra la resolución MECON n° 113/10, que es la misma que atacan en autos. Agrega, a su vez, que en la primera presentación de estas actuaciones el Estado Nacional planteó declinatoria sobre la base de dos argumentos: a) el citado tribunal ya había intervenido en causas vinculadas con esta concentración; y b) la jurisprudencia de la Corte Suprema atribuye la competencia revisora a ese fuero. Sostiene, entonces, que hay dos recursos contra la misma decisión administrativa que tramitan por ante tribunales diferentes, con lo cual hay riesgo de que se dicten sentencias contradictorias. Y explica que el desistimiento de Cablevisión supone la inexistencia de una pretensión recursiva respecto de la resolución MECON n° 113/10, por aplicación de la doctrina de los actos propios.

Admisibilidad de los recursos

8°) Por obvias razones metodológicas, en primer término corresponde examinar si es viable declarar la deserción de los recursos deducidos, tal como lo pide la demandada.

Antes de ahora, a fin de delimitar el alcance de la intervención de los tribunales en el marco del art. 52 de la LDC, esta Sala recordó la clásica doctrina de la Corte Suprema que emerge de los precedentes “*Fernández Arias c. Poggio*”; “*Litoral Gas*” y “*Ángel Estrada*” –Fallos 247:646; 321:776 y 328:651, respectivamente–, según la cual el ejercicio de facultades materialmente jurisdiccionales por parte de los órganos administrativos queda supeditada a la existencia de control judicial suficiente (conf. lo resuelto en la causa “*Assicurazoni Generali Spa s/ recurso de queja por rec. directo denegado*”, n° 1561/09, del 23.6.09, entre muchas otras). Ello supone, en términos generales, que los afectados por la

decisión administrativa tienen derecho a ocurrir ante un tribunal perteneciente al Poder Judicial de la Nación, en un proceso en el que puedan controvertir todos los aspectos fácticos y jurídicos vinculados con la controversia. Y esa circunstancia ha llevado a parte de la doctrina a considerar que cuando determinadas leyes prevén un procedimiento especial de contralor judicial a través de recursos “directos” o de “apelación”, en rigor, se tratan de acciones judiciales en instancia única (conf. Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, FDA, 1998, T. 1, pág. IX-29), en las que no cabe hablar de “acto apelado” sino de “decisión impugnada” (conf. Hutchinson, Tomás, *Régimen de procedimientos administrativos*, Astrea, 2000, pág. 163), siendo por ende incorrecta su asimilación con el recurso de apelación previsto en las normas rituales (conf. Grau, Armando E., *Habilitación de la instancia contencioso administrativa*; Editora Platense, 1971, págs. 64 y siguientes).

De allí se sigue que las exigencias rituales respecto de la fundamentación de los recursos previstas en los códigos de procedimiento, que no rigen para el escrito de demanda, mal pueden ser trasladadas en forma *simpliciter* a la única instancia de revisión judicial de la actividad jurisdiccional desplegada por la administración. Esto no implica, claro está, desconocer la carga genérica que pesa sobre el impugnante de desvirtuar la presunción de legitimidad que ampara –en principio- cualquier actuación estatal, y que en materia de los actos administrativos tiene fundamento positivo (conf. art. 12 de la ley 19.549). Mas ello no habilita a declarar desiertas las impugnaciones directas ante las Cámaras de apelaciones. Lo contrario conllevaría la privación de toda tutela judicial en casos en los cuales se exponen argumentos que si bien pueden presentar deficiencias técnicas o no estar correctamente articulados, ameritan, al menos, algún tipo de examen por un juez.

8.1) Por otro lado, es claro que el planteo formal del Estado Nacional fundado en el desistimiento formulado por Cablevisión en el fuero penal económico, no es otra cosa que un velado intento de volver a introducir la cuestión de incompetencia que ya fue resuelta en su contra por



Poder Judicial de la Nación
CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y
COMERCIAL FEDERAL – SALA II

Causa n° 2054/2010

la Sala en dos oportunidades (conf. fs. 472/473 de estas actuaciones; fallo del 16.3.10 en la causa n° 10.506/09, caratulada “**Grupo Clarín SA c/ Secretaría de Comercio Interior y otros s/ medidas cautelares**”).

En ese orden, el art. 45 del Código de rito prohíbe al que propuso la cuestión de competencia volver a plantearla bajo cualquier rótulo (conf. Navarro, Guillermo R.- Daray, Roberto R., *Código Procesal Penal de la Nación*, Ed. Hammurabi, 2006, t. I. pág. 206), lo cual es congruente con el principio de estabilidad de competencia que impera en esta clase de juicios. Y lo cierto es que en autos el Estado Nacional no ha invocado un cambio en la base fáctica del proceso que permita alterar la solución ya adoptada, que por ende adquiere valor de cosa juzgada formal (conf. doctrina de Fallos CS 307:1608 y 1696; 308:273).

Pero además, la argumentación de la demandada parte de una premisa falsa: el recurso interpuesto por Cablevisión en el fuero penal económico sólo se refería al efecto con el que se concedió la apelación deducida contra la resolución MECON n° 113/10 (conf. fs. 468 y 469). No consta, en cambio, que haya cuestionado ese acto administrativo. Mal puede afirmarse entonces que existieron dos impugnaciones idénticas en fueros diferentes, circunstancia que torna imposible el dictado de sentencias contradictorias.

9°) Lo dicho, empero, no supone cohonestar la conducta procesal de los letrados de la actora, teniendo en cuenta que también plantearon ante esta Sala queja por el efecto con los que había sido concedido el recurso articulado en contra de la resolución MECON n° 113/10 (conf. causa n° 1838/10, resuelta el 20.4.10, que se tiene a la vista). En esas actuaciones, el recurso de hecho fue deducido por el doctor Damián F. Cassino en representación de Grupo Clarín. Y en el fuero penal económico, quien desistió de la queja fue el doctor José María Méndez Acosta, en representación de Cablevisión.

En ese contexto, no puede obviarse que Grupo Clarín es accionista mayoritario de Cablevisión y que ambas empresas dedujeron conjuntamente recurso judicial en contra de la resolución MECON n° 113/10.

Empero, a la hora de cuestionar el efecto con el que se concedió ese recurso ocurrieron por separado, ante tribunales diferentes. Y a eso se agrega que ambos profesionales integran el estudio jurídico “Sáenz Valiente y Asociados”.

9.1) Por ello, corresponde exhortar a las partes y a los profesionales que las asisten para que observen las reglas básicas sobre corrección y lealtad procesal, evitando introducir planteamientos que comporten un dispendio jurisdiccional injustificado.

Sin perjuicio de lo expuesto, dados los extremos que surgen del punto anterior, se llama la atención a los doctores Cassino y Méndez Acosta para que se abstengan en el futuro de llevar a cabo prácticas como las descriptas.

El compromiso ofrecido por los compradores y los términos de la autorización administrativa

- Introducción:

10°) Entrando al fondo de la cuestión debatida, corresponde examinar en primer término el alcance del compromiso ofrecido, porque de prosperar la interpretación propiciada por los recurrentes resultaría insustancial expedirse sobre la denegatoria de la prueba y los otros cuestionamientos formales. Tampoco habría que emitir juicio, claro está, respecto del presunto incumplimiento del compromiso. Recuérdese que la autoridad administrativa entiende que la autorización otorgada mediante resolución SCI n° 257/07 quedó condicionada al cumplimiento de todos y cada uno de los puntos ofrecidos por los compradores –los argumentos serán analizados en detalle en este capítulo-, lo cual es disputado por los apelantes.

- Formulación del compromiso:

11°) Tal como se anticipó en el relato de antecedentes, el 6.12.07 los compradores –Grupo Clarín, Fintech Advisory Inc., Fintech Media LLC, VLG Argentina LLC y Cablevisión S.A.– efectuaron una



Poder Judicial de la Nación
CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y
COMERCIAL FEDERAL – SALA II

Causa n° 2054/2010
presentación ante la CNDC por la cual se comprometían a realizar ciertas conductas por el plazo de dos años contados a partir de que se autorizara la operación. Expresamente afirmaron que la formulación del compromiso no podía ser interpretada *“bajo ningún concepto... como un reconocimiento de que la operación plantea algún problema de defensa de la competencia”* y que el único propósito era *“eliminar cualquier preocupación que la operación pudiera generar mediante la aceptación expresa de ciertas obligaciones de comportamientos que aseguren que la conducta de las partes se corresponda plenamente con la competencia efectiva en los mercados involucrados”* (conf. fs. 2780 vta.).

Los aspectos centrales del compromiso fueron: a) la libre disponibilidad de señales televisas comercializadas por las empresas compradoras para todos los operadores de televisión paga que compiten con Cablevisión y Multicanal; b) garantizar la ubicación en la grilla de programación a los proveedores de señales televisivas, siguiendo pautas de pluralismo, libertad de información y entretenimiento de los usuarios; y c) adopción de medidas para que las ganancias de eficiencia generadas por la operación beneficien a los usuarios, entre las cuales se puede mencionar la realización de un plan de inversiones, la mejora en la calidad de la prestación, el establecimiento de una tarifa básica representativa en determinadas zonas y un servicio social opcional, de abono reducido en el área metropolitana de Buenos Aires, y la provisión gratuita de la conexión en determinados establecimientos públicos

- Consideración del compromiso por parte de la CNDC en el dictamen n° 637:

12°) Según se ha visto, el dictamen fue suscripto por tres de los integrantes del organismo consultivo y se integra por piezas diferentes. La primera, suscripta por los doctores Guardia Mendonça y Povoletto; la restante por el licenciado Sbatella. Ambas llegan a conclusiones similares – autorización de la operatoria –, aunque presentan importantes matices en el análisis. El cuarto vocal que conformaba la CNDC por ese entonces y que

había suscripto el día anterior la resolución CNDC n° 97/07, no firmó por estar de licencia, de acuerdo con la nota agregada a mano alzada, tras las firmas asentadas en la primera ponencia.

En el impropiaamente llamado “dictamen de mayoría”, los doctores Povolo y Guardia Mendonça aconsejaron al señor Secretario de Comercio Interior que autorizara la operación notificada en los términos del art. 13, inc. a), de la LDC, “*subordinada al estricto cumplimiento del compromiso*” presentado por los compradores (conf. fs. 2793/2904, en especial punto n° 390). Para llegar a esa conclusión, pusieron de resalto algunas derivaciones desfavorables para el régimen de la competencia que se suscitarían con la operación: a) en cuanto a sus efectos horizontales el nivel de concentración –55% aproximadamente– sería alto lo cual no generaría tantas preocupaciones en el Área Metropolitana Buenos Aires, sino en las localidades donde se producía una superposición de redes como consecuencia de la fusión (ver especialmente punto 232); b) respecto de la integración vertical entre proveedores de señales y operadores de televisión paga, mencionaron que la empresa fusionada podía negar la venta de una señal determinada a operadores contrarios (ver puntos 243 y siguientes); y c) estimaron que existían importantes barreras de entrada en el mercado de servicios de televisión paga, lo cual podría cambiar con la difusión de tecnologías como el *triple play*, que de todos exigiría la modificación de ciertas normas que regulan la actividad de las licenciatarias de telefonía básica, que son las que se encuentran en mejores condiciones técnicas de proveer ese servicio (ver puntos 271, 272, 319 y siguientes). Empero, atendiendo al principio de la realidad económica, en pos de la autorización valoraron: a) la potencial prestación del *triple play* (ver punto 340); y b) la generación de ganancias de eficiencia derivadas de la concentración. En ese contexto, tuvieron en cuenta el beneficio para los usuarios que resultaría de las inversiones comprometidas por los compradores, que debían ser monitoreadas periódicamente (ver especialmente puntos 344 y 351), como así también que algunos aspectos del compromiso tenían por finalidad diluir



Poder Judicial de la Nación
CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y
COMERCIAL FEDERAL – SALA II

Causa n° 2054/2010
la preocupación sobre los efectos verticales y horizontales de la fusión (ver puntos 348 y 349).

Por su parte, el licenciado Sbatella no hizo referencia al compromiso ofrecido por los compradores, pero en cambio a lo largo de su ponencia efectuó diversas recomendaciones que luego no integraron las conclusiones –vgr. desmembrar la nueva compañía en ciertas localidades en las que la operación eliminaba toda competencia–, donde se limitó a proponer la autorización de la operación en los términos del art. 13, inc. a), de la LDC.

- La autorización conferida mediante resolución SCI n° 257/07:

13°) El 7.12.07 el señor Secretario de Comercio Interior dictó la resolución n° 257/07. En su motivación, sostuvo que la concentración notificada no infringía el art. 7 de la LDC “*al no disminuir, restringir o distorsionar la competencia, de modo que pueda resultar perjuicio al interés económico general*”. Y agregó que compartía los términos del dictamen emitido por los doctores Guardia Mendonça y Povoło, al cual remitió por razones de brevedad.

La parte dispositiva del acto fue redactada, en lo que aquí interesa, de la siguiente manera: “*Artículo 1°.- Acéptase el compromiso ofrecido ... en forma irrevocable a cumplir por el plazo de dos (2) años contados a partir de la fecha de la presente ... Artículo 2°.- Autorízase la operación de concentración notificada ... de acuerdo con lo previsto en el Artículo 13, inc. a) de la Ley N° 25.156. Artículo 3°.- Considérase parte integrante de la presente resolución, los dictámenes emitidos por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia... de fecha 7 de diciembre de 2007, que ... se agrega(n) como Anexo a la presente medida*”.

De lo expuesto, surgen algunas conclusiones preliminares que conviene ir destacando, sin perjuicio del desarrollo que se hará más adelante. Primero, el Secretario de Comercio Interior estimó que la operación no infringía el art. 7° de la LDC. Más allá de la remisión genérica a los dictámenes, no mencionó aspectos negativos que podrían derivarse de

ella, ni aludió a las “preocupaciones” mencionadas por los integrantes de la CNDC. Congruentemente, autorizó la concentración de acuerdo con lo previsto en el art. 13, inc. a) de la LDC, sin mencionar que esa decisión estaba subordinada al cumplimiento del compromiso ofrecido por los compradores y que fue aceptado en el mismo acto. Por otro lado, si bien dijo compartir los términos del dictamen “de mayoría”, en la parte resolutive también se consideró integrante del acto administrativo el dictamen del licenciado Sbatella, que como se ha visto, propiciaba en sus conclusiones la aprobación lisa y llana de la fusión.

- El alcance de la autorización según lo decidido en la resolución MECON n° 113/10:

14°) Suscitadas todas las alternativas que fueron reseñadas en los puntos 2°) y 3°) de la presente, el señor Ministro de Economía declaró el cese de los efectos de la autorización otorgada en la resolución SCI n° 257/07, por los fundamentos expuestos en el dictamen CNDC n° 788/10.

En lo que aquí importa, la CNDC sostuvo que la autorización estaba sometida a condición resolutoria, de modo tal que ante el incumplimiento del compromiso correspondía cesar sus efectos. Recordó las preocupaciones que en su momento le suscitaron la concentración notificada, que el compromiso de los compradores venía a disipar. Y en ese contexto explicó que fue indispensable a los efectos de la autorización; idea reiterada al sostener que constituyó la “*causa*” y “*motivación*” del acto administrativo, en el sentido que prevé el art. 7 de la ley 19.549, y que nunca se hubiera autorizado la concentración de no mediar ese compromiso (ver puntos 514/515, 517/519, 521/523, 532 y 578).

Por otro lado, la Comisión destacó los términos utilizados en el dictamen “de mayoría”, donde se recomendaba autorizar la operación “*subordinad(a) al estricto cumplimiento del compromiso*”. Afirmó que si bien el compromiso era un acto voluntario, resultaba de cumplimiento obligatorio para las partes una vez aceptado a través del acto administrativo



Poder Judicial de la Nación
CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y
COMERCIAL FEDERAL – SALA II

Causa n° 2054/2010
del Secretario y por ende jurídicamente exigible (conf. puntos 525, 527/528,
533 y siguientes).

En ese orden, siguiendo con la idea de que el compromiso constituía una condición resolutoria, consideró aplicables a la especie los arts. 534, 539 y 543 del Código Civil, razón por la cual para que pudiera existir un derecho adquirido a favor de las partes, debía cumplirse en su totalidad, en el lapso previsto. Y como para la CNDC esto no ocurrió, estimó que el acto de aprobación carecía de todo efecto. En ese orden, citó un precedente jurisprudencial en el que se admitía la emisión de actos administrativos sujetos a condición resolutoria, que debían regirse por los criterios del derecho privado, pudiendo el acontecimiento futuro e incierto quedar supeditado a la comprobación y determinación de la autoridad, aun cuando la condición no estaba prevista expresamente en el acto, si surgía de la normativa aplicable al caso (conf. puntos 544/546, 549 y 551). Y argumentando que en autos no se trataba de un acto bilateral, descartó la tesis de las compradoras, quienes postulaban que en caso de corresponder alguna analogía con el derecho civil, debía hacerse en relación al cargo impuesto sobre la adquisición de un derecho (conf. puntos 570/571).

También mencionó la existencia de una práctica según la cual la autoridad otorga a las partes libertad para proponer condiciones dirigidas a remediar problemas competitivos que podía ocasionar una operación. En ese sentido, sostuvo, con apoyo en precedentes administrativos y en doctrina, que las operaciones con efectos contrarios al régimen de la competencia pueden condicionarse de dos formas diferentes: a) el supuesto del art. 13, inc. a), de la LDC, donde las firmas notificantes voluntariamente se avienen aportando un compromiso irrevocable de comportamiento, que en caso de ser admitido, debe ser cumplido; y b) cuando la propia autoridad de aplicación subordina la aprobación al cumplimiento de condiciones, hipótesis contemplada en el inciso b) de la norma citada, que para la Comisión tienen carácter suspensiva. En ambos casos, adujo que la autoridad administrativa verificaba el cumplimiento de las obligaciones que surgen del acto de aprobación, dentro del procedimiento de control de

fusiones y no en el que concierne a las conductas anticompetitivas (conf. puntos 584 y siguientes, 744/747).

Encuadre jurídico de la autorización dada en la resolución SCI n° 257/07

- Supuestos de autorización contemplados en el art. 13 de la LDC:

15°) Antes que nada, conviene recordar que la LDC prevé tres alternativas frente a una concentración notificada: I. autorizar la operación; II. subordinarla al cumplimiento de las condiciones que establezca; y III. denegar la autorización (conf., en ese orden, incisos a), b) y c), del art. 13 de la LDC; ver además, Peña, Julián, “El control de concentraciones económicas a partir de la reglamentación de la ley 25.156”, *El Derecho*, 192-635; Waisman, Agustín - Hevia, Martín, “Límites a los condicionamientos a las operaciones de concentración en la ley de defensa de la competencia”, *La Ley*, 2008-B, 1312). En el primer caso, la autorización puede producirse en forma tácita, si no media resolución en el plazo de 45 días de presentada la solicitud (conf. art. 14).

El supuesto del art. 13, inc. a), de la LDC implica, como surge de su propio texto, que la concentración resulta autorizada, lisa y llanamente, sin cortapisas. Y esto sucede cuando la operatoria no encuadra, a criterio de la autoridad de aplicación, en la norma del art. 7 de la LDC (conf. Cabanellas de la Cueva, Guillermo, *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, Heliasta, 2005, t. 2, pág. 144).

No hay, pues, subordinación o condicionamiento en estos casos. Y buen indicio de que esto es así lo arroja la propia norma, que nada dice al respecto en el inciso a). El supuesto de autorización subordinada está previsto específicamente en el inciso b), que admite la inclusión de todo tipo de condiciones, suspensivas o resolutorias, o bien órdenes de desinversión u otras obligaciones de hacer o no hacer (conf. Cervio, Guillermo J. y Rópolo, Esteban P., *Ley 25.156 Defensa de la competencia – Comentada y anotada*, La Ley, 2010, pág. 428; en el mismo sentido: Cabanellas de la Cueva, Guillermo, *op. cit.*, pág. 149/150). Tal como lo expone el autor citado en



Poder Judicial de la Nación
CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y
COMERCIAL FEDERAL – SALA II

Causa n° 2054/2010
último término, esas condiciones tienen sentido en el contexto del art. 7 de la LDC: pueden y deben ser impuestas si son necesarias para que una concentración no resulte restrictiva de la competencia.

Por ello es que una vez producida la autorización en los términos del art. 13, inc. a), de la LDC, desaparecen las restricciones derivadas de su art. 8 y la operatoria pasa a ser plenamente efectiva y válida. Y esto también implica que la concentración autorizada no puede ser impugnada en sede administrativa, salvo cuando la resolución se hubiera obtenido en base a información falsa o incompleta proporcionada por el solicitante (conf. art. 15 de la LDC). De allí que la operación autorizada no puede ser susceptible de sanciones por violación al art. 7 de la LDC (conf. Cabanellas de la Cueva, Guillermo, *op. cit.*, pág. 143/144).

15.1) La inteligencia de las normas en disputa que se propicia en este pronunciamiento es la que mejor se condice con el texto y con la lógica de la LDC. De seguirse el criterio del dictamen –la autorización dada por el art. 13, inc. a), de la LDC puede incluir condiciones resolutorias–, carecería de todo sentido que el inciso siguiente prevea justamente la posibilidad de subordinar el acto al cumplimiento de condiciones. Y en este punto también es bueno recordar, por una parte, que la inconsecuencia y la falta de previsión del legislador no se presumen (Corte Suprema, Fallos 310:195, 312:1849, 314:258, 315:2668, 316:1115, 317:779, 319:1131 y 320:1909), y por la otra, que no son admisibles las exégesis que equivalen a prescindir del texto legal, si no media debate y declaración de inconstitucionalidad (conf. Fallos 307:928; 314:1849, entre otros). Porque afirmar que la autorización prevista en el inc. a) del art. 13 de la LDC permite incluir condiciones tornaría letra muerta el inciso siguiente. Y nada indica, como lo afirma la CNDC, que en esa hipótesis sólo puedan tener carácter suspensivo –aspecto sobre el cual se volverá más adelante–.

Además, desde el punto de vista de una Teoría General del Derecho, quien conciba al orden jurídico como un conjunto de reglas que forman un sistema, debe intentar conciliar las distintas normas como si emanaran de un legislador único, lo que algunos han calificado como ‘el

legislador racional’ (ver Nino, Carlos Santiago, *Introducción al Análisis del Derecho*, Astrea, Bs.As., pág. 328). Ello incluye, entre otros requisitos, el sostener que no hay normas innecesarias ni que regulen casos inexistentes o imposibles, y que en un sistema jurídico cada formulación normativa debe tener un sentido diferente de las demás, evitando, en lo posible, hasta la redundancia, por lo que dos normas que regulen el mismo caso suelen ser interpretadas como refiriéndose a casos diferentes (conf. Ross, Alf, *Sobre el Derecho y la Justicia*, EUDEBA, Buenos Aires, 1963, pág. 126) –conf. esta Sala causa “Enel Spa”, n° 7927/09, del 21.10.10–.

15.2) Es evidente, por otro lado, que si a la hora de interpretar una disposición legal surgen dos variantes, una que conlleva la aniquilación del derecho y la otra su mantenimiento, debe preferirse esta última (arg. art. 218, inc. 3°), del Código de Comercio). Una aplicación práctica de este principio, que como se verá tiene relación con el *sub examine*, es la prevista en el art. 558 del Código Civil: si existe alguna duda acerca de si el hecho previsto constituye condición o cargo, debe entenderse que es esto último. Porque la condición, sobre todo si es resolutoria, no se presume dado que es la más gravosa para el titular del derecho (conf. Belluscio, Augusto C. (Director) y Zannoni, Eduardo A. (Coordinador); *Código Civil y leyes complementarias - Comentado, Anotado y Concordado*; Astrea, 1988, T. 2, págs. 749 y 791).

Además, el derecho argentino de defensa de la competencia nada dispone, a nivel legal o reglamentario, sobre la aceptación de compromisos de conducta presentados por las partes de la operación notificada; tampoco hay normas que les otorgue el carácter de condición resolutoria. Adviértase, en esa inteligencia, que la facultad de imponer condicionamientos no es ilimitada, dado que por esa vía se podría afectar indebidamente la libertad contractual garantizada por la Constitución Nacional (conf. Waisman, Agustín - Hevia, Martín, *op. y loc. cit.*).

No hay, pues, razones jurídicas que permitan sostener, más allá de la práctica administrativa, que los dos primeros incisos del art. 13 de la LDC contemplan condicionamientos de diferente entidad. El inciso a) no



Poder Judicial de la Nación
CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y
COMERCIAL FEDERAL – SALA II

Causa n° 2054/2010
habla de condiciones, sólo hace referencia a la facultad de autorizar la operación; y en todo caso sería irrelevante la forma en que se originan, porque es la propia CNDC la que postula que el carácter vinculante del compromiso surge del acto unilateral del Estado que lo aprueba.

15.3) Los precedentes administrativos que se invocan en el dictamen CNDC n° 788/10 tampoco mejoran la posición del Estado. Constituyen, en el mejor de los casos, una práctica carente de fuerza normativa (conf. art. 17 del Código Civil; ver también: Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, Ed. Abeledo – Perrot, 1977, t. I, pág. 307), sobre todo si se pondera que no fueron mencionados al tiempo de la autorización.

Pero aun cuando pudieran existir antecedentes de operaciones autorizadas en los términos del art. 13, inc. a), de la LDC, que incluyeron compromisos ofrecidos por las partes, de allí no se sigue que estuvieran sujetas a condición y menos aún de carácter resolutorio. En ninguno de los antecedentes mencionados en el punto 592 del dictamen se hizo referencia alguna en ese sentido. Y tampoco le consta a este Tribunal que el incumplimiento de las obligaciones asumidas en esos casos haya dado lugar a la caducidad de la autorización, en los términos del art. 539 del Código Civil.

No puede, entonces, afirmarse la existencia de una práctica administrativa reiterada con los alcances que le da la Comisión. Esos precedentes administrativos tendrían valor, a lo sumo, para fundar la aceptación del compromiso mas no para sustentar una suerte de condición resolutoria implícita.

15.4) Por otro lado, conviene recordar que en la sonada causa “Telecom” la CNDC recomendó autorizar la operación de concentración notificada en los términos del art. 13, inc. b), de la LDC, subordinada al cumplimiento de ciertas condiciones que surgían del compromiso presentado por las partes. Esas condiciones tenían dos ejes: a) cumplimiento de una serie de obligaciones de carácter societario para mantener un control separado de Telecom y Telefónica a nivel local; y b) informar a la autoridad

pública sobre las variables relevantes de los mercados analizados. Y a su vez el propio compromiso previó las medidas correctivas y/o sancionatorias para el caso de incumplimiento (conf. dictamen CNDC n° 835/10, en especial punto XIV; la recomendación fue recogida por la autoridad decisora en el acto final).

La lectura de ese dictamen, en contraposición con la tesis sostenida en autos, permite efectuar ciertas conclusiones, más allá de la disparidad de criterios sobre la forma en que debería procederse frente al incumplimiento de las obligaciones asumidas. Primero, que alguna de las condiciones fijadas en el caso “Telecom” no eran meramente suspensivas, al menos en lo que se refiere a la información que las interesadas debían suministrar a la CNDC. Allí había una obligación de conducta –no estructural– que mal pudo tener carácter suspensivo porque la adquisición de los derechos derivados de la autorización no dependía de su ocurrencia: los informes deben presentarse mientras se mantenga la situación societaria derivada de la operación (arg. art. 545 del Código Civil; Llambías, Jorge J., *Tratado de derecho civil - Parte general*, Ed. Perrot, 1993, t. II, pág. 365). Y por eso es que se previeron diversas sanciones para el caso de incumplimiento –curiosamente, nada se dijo sobre una posible caducidad en los términos del art. 539 del Código Civil–.

A la luz de ese precedente administrativo, posterior al dictamen CNDC n° 788/10, pierde sustento la exégesis propiciada por la Comisión en esta causa, que distingue los primeros dos incisos del art. 13 de la LDC en función del tipo de condición impuesto. El supuesto del inciso b) no se limita a condiciones suspensivas sino que incluye las resolutorias. Y el incumplimiento de la condición podría traer aparejado consecuencias diferentes que la caducidad de la autorización, como ser una multa. Tal extremo demuestra, por lo demás, el carácter relativo de la división entre los dos procedimientos previstos en la LDC, cuando se trata del cumplimiento de obligaciones conductuales impuestas en el acto de autorización de una concentración.



Poder Judicial de la Nación
CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y
COMERCIAL FEDERAL – SALA II

Causa n° 2054/2010

15.5) Del mismo modo, resulta ciertamente discutible la forma en que el dictamen relativiza el carácter voluntario del compromiso. Porque aun cuando fuera vinculante a partir de la aceptación por parte de la autoridad competente, no parece posible alterar sustancialmente su sentido, so riesgo de afectar gravemente garantías constitucionales básicas de las empresas interesadas. Veremos, más adelante, que el invocado carácter unilateral de la resolución SCI n° 257/07 no es absoluto y tiene ciertos matices.

Tampoco puede obviarse, en el mismo orden, que la resolución administrativa adoptada en función de lo dispuesto en el art. 13, inc. a), de la LDC es inapelable, dado que no habría parte legitimada para hacerlo: quienes notificaron la operación vieron satisfechas sus expectativas con la autorización y la autoridad de aplicación no puede apelar sus propias decisiones (arg. art. 52, inc. c) de la LDC; ver también: Cabanellas de la Cueva, Guillermo, *op. cit.*, págs. 144/145). El razonamiento de la CNDC conduciría a una encerrona para los interesados: el Estado acepta las prestaciones comprometidas y autoriza la operación en los términos del inciso a) del art. 13 de la LDC, pero sin audiencia de parte y sin posibilidad de impugnar judicialmente altera veladamente su alcance jurídico. Y esto es así porque la invocación de la norma hace presumir que no existieron condiciones. Salvo, claro está, que se pretenda que la parte interesada se convierta en intérprete de la voluntad presunta de la autoridad de aplicación e imagine que debe interponer un recurso contra el acto que autorizó la operación porque la aceptación del compromiso tenía por efecto condicionar la decisión, pese a que nada decía al respecto. O peor aún, que el vendedor, que no propuso ese compromiso, se vea forzado a recurrir la decisión administrativa.

15.6) A modo de síntesis, esta Sala entiende que si la aceptación del compromiso voluntario conlleva alguna condición, cualquiera sea la especie, la operación se autoriza en forma subordinada, por aplicación del art. 13, inc. b), de la LDC. En ese caso, la reglamentación prevé la fijación de un plazo dentro del cual debe ser satisfecha la condición

bajo apercibimiento de denegar la autorización (conf. art. 13, del decreto n° 89/01, que aun así admite prórroga por razones fundadas). En cambio, una operación autorizada en los términos del inciso a) de la disposición citada no puede tener el mismo efecto jurídico, so riesgo de tornar superflua la distinción efectuada por el legislador.

- La resolución SCI n° 257/07 autorizó la operación sin condiciones:

16°) Dicho esto, tal como se anticipara en el punto 13°), en el *sub lite* es indudable que la autoridad de aplicación aprobó la operación en los términos del art. 13, inc. a), de la LDC (conf. resolución SCI n° 257/07, artículo 2° de la parte dispositiva). Incluso, dejó sentado en sus considerandos que la concentración notificada no infringía el art. 7 de la LDC al no disminuir, restringir o distorsionar la competencia, perjudicando el interés económico general. Y también es claro que nada dijo allí sobre condiciones resolutorias o subordinaciones.

La decisión, pues, era coherente con la motivación contextual del acto, dado que la imposición de condiciones procede, justamente, cuando se pretende evitar que la operación afecte la competencia (conf. Cabanellas de la Cueva, Guillermo, *op. cit.*, pág. 150). Porque si bien es cierto que el dictamen “de mayoría” propuso una autorización subordinada al estricto cumplimiento del compromiso ofrecido, ese aspecto nodal de la cuestión no fue recogido en el acto administrativo: la autoridad de aplicación se limitó a dar su aceptación al compromiso presentado por los compradores, dejando en claro que debía cumplirse en el lapso de dos años.

16.1) Por otro lado, en el razonamiento de la Comisión hay un salto lógico no explicado ni fundado, más allá de la apelación a una supuesta práctica administrativa que carece de toda fuerza normativa. La importancia que pudo tener el compromiso para conformar la voluntad de la administración no determina, necesariamente, que la autorización haya estado sometida a condición resolutoria, aun cuando fuera cierto que comportó la causa del acto, en el sentido que prevé el art. 7 de la ley 19.549.



Poder Judicial de la Nación
CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y
COMERCIAL FEDERAL – SALA II

Causa n° 2054/2010

Del carácter obligatorio para las partes que lo ofrecieron tampoco se sigue que la autorización conllevara una suerte de título precario.

Adviértase, en ese orden, que nada se previó en la resolución SCI n° 257/07 para el caso en que se detectara algún incumplimiento. Y menos aún existían indicios de que el compromiso operaba como condición resolutoria de la autorización. Sólo se dejó sentada su aceptación irrevocable, a cumplir por el plazo de dos años.

16.2) La remisión a los fundamentos del dictamen “de mayoría”, aspecto sobre el cual la CNDC pone especial énfasis, tampoco puede sustentar el temperamento ahora adoptado. Primero y principal, porque en la parte resolutoria del acto administrativo nada se dijo sobre subordinaciones o condicionamientos, siendo obvio que de haber existido la intención de otorgar una autorización con ese alcance se habría dicho sin más, tal cual ha ocurrido en otras oportunidades (vgr. la concentración que afectaba a Telecom y Telefónica, mencionada *supra*). Y esto se ve corroborado por la motivación contextual del acto, cuando en sus considerandos afirmó que: “... *la operación de concentración económica que se notifica no infringe el Artículo 7° de la Ley N° 25.156 al no disminuir, restringir o distorsionar la competencia, de modo que pueda resultar perjuicio al interés económico general*” (conf. considerando 4°), de la resolución SCI n° 257/07, en fs. 2936).

En esa línea, tal como quedó expresado en los puntos anteriores, la previsión del art. 13, inc. a), de la LDC contempla el supuesto de autorización sin condicionamientos. Al ser esto así, mal podría sostenerse con sustento en esa norma, que la resolución SCI n° 257/07 trajo aparejada una suerte de autorización subordinada. El objeto de ese acto administrativo debe ser jurídicamente posible y no sería tal si a la par de autorizar la fusión en los términos de la norma legal citada la hubiera sujetado a una condición resolutoria (conf. el art. 7 inc. c), de la ley 19.549, que sigue la regla general del art. 953 del Código Civil y que resultaría aplicable a la especie según la CNDC; ver además: Comadira, Julio R. y Monti, Laura –colaboradora–; *Procedimientos Administrativos*; La Ley, 2002, t. I, págs. 198).

Lo cierto es que, descartada la interpretación del art. 13 de la LDC que propone la CNDC, la diferencia que se derivaría entre una y otra opción normativa impide suponer –en términos de razonabilidad, claro está– que se trató de una omisión involuntaria, un defecto de redacción o que incluso pudo haber existido un mero error de tipeo al consignar el inciso. Sobre todo, porque la propia CNDC es la que afirma que la autorización en los términos del art. 13, inc. a), de la LDC, puede estar –como entiende que ocurrió en el caso– sometida a condición resolutoria.

16.3) Por otro lado, en tren de compatibilizar las conclusiones de la ponencia suscripta por los doctores Guardia Mendonça y Póvolo, con las razones expuestas en la resolución SCI n° 257/07, resultan decisivos los términos empleados en la parte resolutoria de ese acto administrativo, que en momento alguno alude a la existencia de una condición resolutoria.

Desde ese ángulo, no puede obviarse que en materia penal la parte dispositiva es el aspecto más trascendente de la sentencia, porque concreta en ella la voluntad del órgano que resuelve (conf. Navarro, Guillermo R. – Daray, Roberto Raúl, *op. cit.*, Hammurabi, 2006, t. 2, pág. 1148). Lo mismo cabe en el ámbito civil, dado que en principio los considerandos de un fallo no hacen cosa juzgada (conf. Couture, Eduardo J., *Fundamentos de derecho procesal civil*, Depalma, 1993, págs. 431/432). Algo similar ocurre en el contexto del procedimiento administrativo: en casos de desinteligencia entre la motivación y el objeto del acto administrativo, prevalece este último (conf. Hutchinson Tomás, *op. cit.*, pág. 373). Y esto es así porque el objeto del acto, también llamado contenido, es la resolución concreta que adopta el órgano estatal, lo que éste decide o dispone para el caso concreto (conf. Marienhoff, Miguel S., *op. cit.*; t. II, págs. 298/299).

En la mejor de las hipótesis para la demandada, habría existido una contradicción entre la motivación *in aliunde* del acto –el dictamen de mayoría que hablaba de subordinación– y la motivación contextual –los considerandos de la resolución SCI n° 257/07 donde quedó asentado que la operación no afectaba la competencia–. Pero esa



Poder Judicial de la Nación
CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y
COMERCIAL FEDERAL – SALA II

Causa n° 2054/2010
contradicción quedó zanjada por los términos empleados al adoptar la decisión concreta, que nada decía sobre condiciones. De allí que al no mediar aclaratoria o revisión en tiempo oportuno, hay que tener por cierto lo expresado en la parte dispositiva de la resolución SCI n° 257/07 (conf. Hutchinson Tomás, *op. y loc. cit.*; del mismo autor: “La ‘aclaratoria’ en el procedimiento administrativo nacional”, *El Derecho*, t. 127, pág. 756, donde cita la opinión concordante de Marcelo Pearson). Y la conclusión a la que se arribó en el acto final del trámite de concentración no puede verse desvirtuada por la nueva argumentación ensayada en sede administrativa. Incluso en materia penal existe un límite temporal para rectificar contradicciones entre los considerandos y la parte resolutive de una sentencia, que quedan subsumidos dentro de los llamados “errores materiales” (conf. art. 126 del Código Procesal Penal; D’Albora, Francisco J., *Código Procesal Penal de la Nación – Anotado, Comentado y Concordado*, Ed. Abeledo Perrot, 1997, pág. 189).

16.4) Por otra parte, no debe olvidarse el principio general que privilegia la conservación de los actos jurídicos, que se enmarca en una tendencia dirigida a restringir los actos e institutos que conducen a la aniquilación de un derecho (caducidad, prescripción, renuncia, perención de instancia, etc.).

Partiendo de esa premisa, aun cuando en el caso se admita la existencia de dos opciones interpretativas válidas, debe prevalecer la que tiende al mantenimiento del derecho. Y ello conduce, como es natural, a desechar la posición adoptada por la autoridad estatal sobre el alcance de la autorización dada, más allá de que la decisión se sustenta primordialmente en una práctica administrativa derivada, en el mejor de los casos, de una peculiar visión de la LDC. Conclusión que además era perfectamente compatible con los motivos invocados por la Comisión para aceptar el compromiso: que las ganancias de eficiencia derivadas de la concentración beneficiaran a los usuarios. Ahora se alega que ese aspecto fue decisivo al momento de propiciar la autorización, razón por cual parece lógico que primero se persiga el cumplimiento de las prestaciones comprometidas por

los adquirentes, que según el propio dictamen traerían aparejado un rédito social, una ventaja para el interés económico general.

16.5) Lo expuesto no supone privar de eficacia jurídica al compromiso aceptado en la resolución SCI n° 257/07. No hay dudas sobre su carácter obligatorio y vinculante para las partes. Ya en el trámite cautelar la Sala reconoció facultades a la CNDC para llevar a cabo la verificación sobre su cumplimiento. Pero de allí no se sigue, más allá de los esfuerzos dialécticos desplegados en el dictamen CNDC n° 788/10, que la operación haya sido autorizada bajo condición resolutoria o que el incumplimiento supuestamente verificado pueda traer aparejado el cese de sus efectos.

La interpretación desarrollada por el órgano consultivo no se aviene al texto y a la lógica de la ley; tampoco es conteste con el objeto de la resolución SCI n° 257/07 y en parte con sus propios fundamentos. Resultan, pues, inatendibles las razones dadas *ex post* para sostener que la autorización fue dada bajo condición resolutoria. Y esto por una sencilla razón: la motivación del acto debe concurrir al momento de ser emitido (conf. Corte Suprema, Fallos 314:1091, voto del doctor Belluscio), porque lo que persigue la ley, al decir de Mairal, es que las potencialidades intelectuales de la administración se apliquen a la decisión de los problemas y no a la justificación de decisiones ya tomadas (conf. Marial, Héctor A., *Control judicial de la administración pública*, Depalma, 1984, t. II, pág. 657; ver en el mismo sentido: Comadira, Julio R. y Monti, Laura – colaboradora-, *op. cit.*, t. I, págs. 202/203).

En suma, la decisión administrativa de cesar los efectos de la autorización dispuesta por resolución SCI n° 257/07 carece de fundamentos en las disposiciones legales aplicables a la especie. El argumento central desarrollado por la CNDC y recogido por el Ministerio de Economía parte de un principio fijado de *lege ferenda* por la propia administración, que ni siquiera se sustenta en las constancias de la causa. Y contraría reglas básicas de interpretación jurídica, aplicables al ámbito de la defensa de la competencia.



Poder Judicial de la Nación
CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y
COMERCIAL FEDERAL – SALA II

Causa n° 2054/2010

- Forma de extinción del acto administrativo condicionado:

17°) Si bien lo expuesto es suficiente para revocar la resolución MECON n° 113/10, dada la trascendencia de la cuestión debatida resulta conveniente efectuar algunas consideraciones adicionales.

Así, pues, corresponde analizar si la existencia de una condición en el acto de autorización justifica el cese de los efectos declarado por el Ministerio de Economía –dando por cierto, a título de hipótesis, que la condición existió y que el compromiso no fue cumplido–. Y ese examen debe abordarse, en primer término, siguiendo las reglas propias del derecho público. Porque en el caso es evidente que la relación habida entre las firmas involucradas en la operación y los órganos estatales que transitoriamente tienen a su cargo el control de fusiones y adquisiciones se encuentra regida por esa rama del derecho. Y tampoco puede obviarse que nos encontramos frente a un supuesto no previsto, al menos expresamente, en la LDC y en las normas penales aplicables supletoriamente.

Este enfoque, que da primacía a las reglas de derecho público sobre las civiles en conflictos entre un particular y el Estado encuentra sustento en la jurisprudencia. La propia Corte Suprema tiene dicho que si bien es cierto que las disposiciones del Código Civil son aplicables en la esfera del derecho administrativo con las discriminaciones impuestas por la naturaleza de lo que constituye la sustancia de este último, la analogía resulta innecesaria cuando la propia ley administrativa regula directamente los hechos que dan lugar a la controversia (conf. Fallos 321:174 y sus citas). Y en cualquier caso, las normas civiles a las en las que se sustenta el dictamen n° 788/10 sólo podrían resultar aplicables en cuanto sean congruentes con la naturaleza, garantías y fines propios del acto administrativo, de modo tal que los efectos jurídicos derivados de las reglas del derecho civil alcanzan la categoría de principios generales del derecho (conf. CNApel en lo Cont. Adm. Federal, Sala II, *in re* “Enecor c. Consejo Federal de la Energía Eléctrica” del 20.10.04, entre otros). A nivel doctrinario, también se ha negado una aplicación lisa y llana de las normas de derecho civil a la materia administrativa, en especial en lo que se refiere

al régimen del acto administrativo (conf. Gordillo, Agustín, *op. cit.*, Ed. Macchi, 1995, t. 1, pág. VIII-2 a 6; del mismo autor, *op. cit.*, FCA, 2000, t. 3, pág. II-29).

Por ello es que antes de establecer si la autorización estaba sometida a condición resolutoria, en los términos y con los alcances fijados en las normas civiles que invoca la administración, corresponde examinar las formas de extinción de los actos administrativos reguladas en la ley 19.549. Y no es óbice, en ese orden, la exclusión dispuesta en el art. 57 de la LDC. En autos se presenta un caso complejo, no contemplado en la LDC, lo cual determinó que la CNDC acudiera a las disposiciones del Código Civil para fundar la decisión. En esa disyuntiva, empero, parece adecuado acudir primero a las disposiciones de derecho público federal que regulan las declaraciones de voluntad de los órganos administrativos. Tampoco puede obviarse que las decisiones que se adoptan en el ámbito de la LDC por parte de la autoridad transitoria de aplicación constituyen formalmente actos administrativos (ver, por caso, lo resuelto en la Corte en el precedente “Credit Suisse”, Fallos 330:2527; esta Sala, causa n° 1473/10, del 4.10.11). Y lo cierto es que en el ámbito nacional el régimen jurídico del acto administrativo –los elementos, vicios y formas de extinción– están contenidas en el Título III de la ley 19.549. Además de las normas procesales y procedimentales, vale decir adjetivas, en el ámbito de ese ordenamiento también se encuentra esa materia, de naturaleza sustantiva, lo que Fiorini denomina el “derecho común” de la administración (conf. Fiorini, Bartolomé, *Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, t. II, págs. 411/414 y 417). Y lo cierto es que la propia CNDC es la que afirma que el acto final de un trámite de concentración, en este caso resolución SCI n° 257/07, debe contener todos los elementos enumerados la ley 19.549, pese a la exclusión dispuesta en el art. 57 de la LDC.

17.1) Así las cosas, conviene recordar que los actos administrativos pueden ser extinguidos por diversos medios, entre ellos la caducidad. Ésta puede ser declarada unilateralmente por la administración cuando “*el interesado no cumpliera las condiciones fijadas*” en el acto



Poder Judicial de la Nación
CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y
COMERCIAL FEDERAL – SALA II

Causa n° 2054/2010
primigenio. Pero para hacerlo, debe mediar previa constitución en mora por parte del Estado y concesión de un plazo suplementario para que el interesado pueda remediar ese incumplimiento (conf. art. 21 de la ley 19.549). Comporta, entonces, una sanción al incumplimiento de una obligación del particular, que no se limita a relaciones contractuales: también puede surgir de un acto administrativo unilateral (conf. Cassagne, Juan C., *Derecho Administrativo*, Abeledo–Perrot, 1993, t. II, pág. 250). Y cuando se trata de actos de esa especie, de acuerdo con la doctrina, la falta que da lugar a la caducidad debe ser grave y culpable (conf. Gordillo, *op. cit.*, t. III, pág. XIII-18 y sus citas).

Esa norma impide, por lo tanto, la distinción propia del derecho común entre las obligaciones cuya naturaleza designan una época y las que no reúnen tal circunstancia (conf. Hutchinson, Tomás, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, Astrea, 1987, t. 1, pag. 428). Y sobre todo, desplaza la previsión del art. 539 del Código Civil, invocada por la CNDC, que establece la caducidad automática de la obligación contraída bajo condición de que un acontecimiento sucederá en un tiempo fijo, si pasa el término sin realizarse. Lo mismo cabe para la cita jurisprudencial de la Cámara Federal de Mendoza –causa “**Cambio Santiago**”, en el punto 549 del dictamen n° 788/10–, porque aun cuando pueda haber aplicación de normas civiles al acto condicionado, la resolución debe respetar las pautas de la ley 19.549. Además, y este no es un dato menor, ese temperamento debe preferirse al que surgiría de las normas civiles citadas por la autoridad administrativa, teniendo en cuenta el criterio estricto que debe primar frente a institutos que conllevan la aniquilación de un derecho. En ese sentido, la Procuración del Tesoro tiene dicho que la caducidad del acto administrativo debe aplicarse en forma restrictiva, porque al afectar la subsistencia de los derechos, constituye una excepción al principio general que tiende a la conservación de los actos jurídicos (conf. Dictámenes 251:147).

17.2) No se le escapa a este tribunal, por otra parte, que la pauta del art. 21 de la ley 19.549 cede frente a disposiciones especiales que prevean una caducidad automática (conf. Gordillo, Agustín – Daniele,

Mabel, *Procedimiento Administrativo*, Lexis Nexis, 2006, pág. 230). Pero lo cierto es que en el caso no hay otra norma específica que no sean las del Código Civil que rigen las obligaciones condicionales –que son desplazadas por la norma de derecho público–. Porque la propia CNDC admite que no se trata en autos una operación subordinada al cumplimiento de condiciones en los términos del art. 13, inc. b), de la LDC, que cuenta con una norma reglamentaria que facilitaría la cuestión (conf. art. 13 del decreto n° 89/01, que aun así admite prórrogas por razones fundadas).

Por consiguiente, la solución especial prevista en la ley administrativa también justificaría revocar la resolución ministerial atacada, que declaró el cese de los efectos de la autorización sin intimación previa.

- El compromiso voluntario como condición resolutoria:

18°) A mayor abundamiento, la decisión adoptada tampoco se sustenta en las normas del Código Civil¹, aun si se soslayaran las disposiciones de la ley 19.549. Y el yerro viene dado por la calificación jurídica efectuada en el dictamen. Aun cuando se admitiera la analogía con ese ordenamiento, aceptando que el derecho nacido al amparo de la resolución SCI n° 257/10 estaba subordinado al cumplimiento de las obligaciones insertas en el compromiso, esa modalidad no sería una condición resolutoria sino un cargo, que en el mejor de los casos tenía carácter resolutorio –de ahí que la doctrina los denomine cargo resolutorio o cargo condicional, para distinguirlo del cargo simple–.

En efecto, el cargo no es un suceso extraño e impersonal, ajeno a la voluntad humana como ocurre generalmente con la condición. Supone una obligación para una de las partes interesadas y por esa razón resulta coercible, vale decir exigible judicialmente. La condición, aun cuando es resolutoria, no constituye propiamente una obligación; se trata de un hecho futuro e incierto, razón por la cual no puede ser puramente potestativa. Su cumplimiento resulta ajeno de la voluntad de las partes y tampoco admite reclamo judicial por su cumplimiento (arg. arts. 528, 542,

¹ Se analizan las normas del antiguo Código Civil, vigente al momento de los hechos y actos que dieron lugar a este litigio (conf. su art. 3, solución reiterada en el art. 7 del Código Civil y Comercial).



Poder Judicial de la Nación
CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y
COMERCIAL FEDERAL – SALA II

Causa n° 2054/2010
553, 558 y su nota, y concordantes, del Código Civil; conf. Llambías, Jorge J., *op. cit.*, págs. 376/377; en sentido análogo: Belluscio, Augusto C. (Director) y Zannoni, Eduardo A. (Coordinador); *op. cit.*, T. 2, pág. 815; Alterini, Atilio A. – Ameal, Oscar – López Cabana, Roberto, *Curso de obligaciones*, Ed. Abeledo - Perrot, 1992, t. II, págs. 33, 56 y 59).

Por otro lado, la condición resolutoria provoca *ipso iure* la aniquilación del derecho, lo cual no sucede en el cargo, siquiera cuando tiene carácter condicional (conf., en ese orden, arts. 539 y 559 del Código Civil).

18.1) En el *sub lite*, todos los puntos que integran el compromiso aprobado suponen obligaciones a cargo de las empresas adquirentes. Ni uno solo de ellos depende de la voluntad de un tercero o de eventos propios de la naturaleza. La resolución del derecho adquirido dependía, en todo caso, de la no concreción de las prestaciones prometidas por los propios beneficiarios de la autorización adquirentes. Y a simple vista, esas prestaciones resultaban coercibles porque era posible demandar su cumplimiento, lo cual incluso parecía razonable frente a los fundamentos del propio dictamen n° 637/07: según la Comisión el cumplimiento de las obligaciones comprometidas habría implicado que las ganancias de eficiencia derivadas de la concentración serían transferidas a los usuarios, generando por ende un beneficio para el interés económico general. En ese contexto, parecía lógico exigir su concreción antes de resolver todo el negocio jurídico. Y esa conclusión es conteste con el principio interpretativo fijado en el propio Código Civil –ya mencionado–: si la intención de quien impuso la cláusula era dudosa, el cargo, como restricción menor, debe admitirse con preferencia a la condición (conf. art. 558 del Código Civil y la nota de Vélez Sarsfield; Llambías, Jorge J., *Compendio de derecho civil – Obligaciones*, Ed. Perrot, pág. 247; ver además la opinión de Belluscio y Zannoni, citada en el punto 15.2). Esa pauta parece decisiva en la especie, donde existe cuando menos un caso dudoso. Recuérdese aquí lo dicho sobre la parte dispositiva y la motivación contextual de la resolución SCI n°

257/07, que jamás mencionó la palabra “condición”, en contraposición con las conclusiones del dictamen CNDC n° 637/07.

Por otro lado, aun cuando se pudiera afirmar que el cargo estaba sometido a condición resolutoria, en esa hipótesis habría resultado necesaria una sentencia judicial para que el beneficiario pierda el derecho adquirido (conf. art. 559 del Código Civil). Solución normativa que se compadece con las reglas propias de otros institutos que conllevaban la aniquilación de un derecho adquirido. Así, por mencionar un par de casos, la nulidad de un acto administrativo irregular debe ser declarada por un juez cuando hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo (conf. art. 17 de la ley 19.549). Del mismo modo, la partición de empresas que abusan de su posición dominante o que adquieren una posición monopólica u oligopólica también debe ser resuelta por un tribunal de justicia (conf. art. 46, inc. c), de la LDC). Lo mismo cabe para la impugnación de una concentración autorizada, que en principio no puede ser impugnada administrativamente (conf. art. 15 de la LDC).

18.2) En los términos descriptos, resultan insuficientes los argumentos del dictamen n° 788/10 para sustentar que el compromiso actuó como condición resolutoria de la autorización, sobre todo cuando desecha de plano la posibilidad de que en autos haya existido un cargo resolutorio (ver puntos 570 y 571). Ese equívoco viene dado por una aplicación *simpliciter* de las normas civiles a una situación regida por el derecho público, soslayando las particularidades que le son propias.

En efecto, aun cuando la resolución SCI n° 257/07 sea un acto administrativo individual de allí no se sigue que la participación de los particulares en la formación de la voluntad estatal y en los efectos jurídicos derivados de la autorización sea irrelevante. Primero, porque ese acto es fruto de la petición efectuada por las empresas que intervinieron en la fusión –bilateralidad en su formación–, explícita en la notificación cursada en los términos del art. 8 de la LDC (conf. fs. 3/7 y 74/76, del expte. administrativo). Y más importante aún, porque genera obligaciones a cargo del particular –bilateralidad en sus efectos–, precisamente la hipótesis del



Poder Judicial de la Nación
CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y
COMERCIAL FEDERAL – SALA II

Causa n° 2054/2010

art. 21 de la ley 19.549, que como se ha visto no está limitado a los contratos. En esta materia existen actos administrativos *stricto sensu* que requieren del concurso de la voluntad del administrado, quien incluso puede ser destinatario de obligaciones allí fijadas (conf. Corte Suprema, *in re* “Metalmecánica”, Fallos 296:672). Y esto no los transforma necesariamente en contratos, aunque de acuerdo con ese precedente podrían serle aplicables ciertas reglas que le son propias –vgr. en materia de prescripción–. No habría, según la clásica definición del art. 1137 del Código Civil, una declaración de voluntad común de las partes.

Se trata, más bien, de un supuesto que suele suscitarse en el derecho público donde la concurrencia de voluntades de la administración y el particular no se expresa a través de una declaración conjunta o simultánea, sino mediante actos jurídicos sucesivos que se mantienen perfectamente diferenciados como propios de cada uno de los sujetos que intervienen en el procedimiento. El ejemplo clásico de esa categoría es, precisamente, el acto de autorización que la administración dicta frente a una petición (conf. García de Entrerría, Eduardo – Fernández, Tomás, *Curso de derecho administrativo*, Madrid, Ed. Civitas, 1993, T. I, págs. 643/644).

Por ello es que resulta irrelevante el carácter unilateral del acto de autorización para rechazar la aplicación de las reglas civiles que rigen al cargo. En el derecho público no es posible la distinción tajante del art. 946 del Código Civil. Existen actos unilaterales que, necesariamente, requieren la participación de un sujeto ajeno al Estado y que aun así no son contratos.

Conclusiones

19°) Las razones desarrolladas en el presente conducen a revocar en su totalidad la resolución atacada, dado que el presupuesto en el que se fundó carece de sustento jurídico. Y en ese entendimiento, deviene insustancial expedirse sobre las nulidades planteadas por las recurrentes,

como así también respecto de los restantes agravios formulados. Ha quedado claro a lo largo de esta ponencia que, a la luz de las disposiciones de la LDC y de las circunstancias particulares del caso, la resolución SCI n° 257/07 no subordinó la autorización al cumplimiento de una condición resolutoria, aun cuando el compromiso haya sido causa de esa decisión. Y en función de ello sus efectos no pueden ser cesados en sede administrativa en la forma dispuesta por la resolución MECON n° 113/10.

A la misma conclusión se arribaría por aplicación de las normas que rigen la extinción de los actos administrativos y de las reglas civiles que de acuerdo con la CNDC, deberían regir la controversia. Incluso siguiendo el razonamiento de la autoridad administrativa correspondía utilizar otros remedios ante el supuesto incumplimiento.

Esto no implica, desde ya, negar el carácter vinculante de las obligaciones asumidas por los adquirentes. Y menos aún supone que el Estado no pueda adoptar las medidas correctivas que estime corresponder, en pos del interés económico general. Nótese, incluso, que el presunto incumplimiento de los dos primeros puntos del compromiso –libre disponibilidad de señales televisivas comercializadas por las compradoras y ubicación en la grilla de programación a otros proveedores de señales televisivas, bajo ciertas pautas–, constituyen conductas que podrían ser juzgadas como restrictivas de la competencia, en función de lo dispuesto en los arts. 1° y 2° de la LDC. Y en la medida en que se ha resuelto autorizar la operación en forma incondicionada, la concurrencia de prácticas restrictivas de la competencia posteriores al acto en cuestión debería dilucidarse según las normas de procedimiento del Capítulo VI de la ley (conf. Cabanellas de la Cueva, *op. cit.*, pág. 146; Martínez Medrano, Gabriel, *Control de monopolios y defensa de la competencia*, Lexis Nexis, 2002, pág. 188).

En cuanto al resto de las prestaciones estipuladas en el compromiso, en la mejor de las hipótesis para el Estado Nacional correspondía una intimación previa a las empresas compradoras para obtener un cabal cumplimiento, procurando, eventualmente su ejecución. Solución que además de tener apoyo en diversas normas, públicas y



Poder Judicial de la Nación
CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y
COMERCIAL FEDERAL – SALA II

Causa n° 2054/2010
privadas, que podrían aplicarse supletoriamente, se compadece mejor con el principio de conservación de los actos jurídicos y con el propio fundamento de la autorización.

Por todo lo expuesto, esta Sala **RESUELVE**: I. rechazar los planteos de inadmisibilidad formal efectuados por el Estado Nacional; II. exhortar a los profesionales para que observen las pautas de conducta mencionadas en el punto 8.3); III. llamar la atención a los doctores Cassino y Méndez Acosta, en función de lo expuesto en el punto 9°); IV. revocar la resolución n° 113/10, con costas en el orden causado, teniendo en cuenta las particularidades de la cuestión resuelta.

Se deja constancia que el doctor Alfredo Silverio Gusman no interviene en virtud de la excusación formulada a fs. 173 del expediente “*Ami Cable Holding s. incidente de recusación*”, n° 6723/12, que fue aceptada a fs. 416/420 de las referidas actuaciones (conf. art. 109 del R.J.N.).

Regístrese, notifíquese por vía electrónica y devuélvase.

RICARDO VÍCTOR GUARINONI

GRACIELA MEDINA