

SE PRESENTAN. MANIFIESTAN. SOLICITAN SER TENIDOS COMO PARTE EN EL PROCEDIMIENTO DE FUSIÓN DE LA EMPRESAS CABLEVISIÓN Y TELECOM

A las y los integrantes de la

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia:

El Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), representado en este acto por su Director Ejecutivo y apoderado, Gastón Chillier, y por el Director del Área Legal, Diego R. Morales, también apoderado, con el patrocinio letrado de los abogados del CELS, Tomas Griffa y Federico Efrón, constituyendo domicilio en Piedras 547, CABA, en el marco del expediente administrativo de autorización de la fusión de las empresas Cablevisión y Telecom, ante los Sres y Sras miembros de la Comisión de Defensa de la Competencia, decimos:

1. OBJETO DE ESTA PRESENTACIÓN

Nos presentamos ante esta Comisión para ser tenidos como parte en el proceso de análisis de la concentración económica notificada a esta Autoridad de Aplicación en los términos del artículo 8 de la ley 25.516 sobre Defensa de la Competencia y solicitamos que esta presentación sea considerada al momento de analizar y resolver el presente expediente administrativo.

La autorización solicitada por las empresas Cablevisión y Telecom, que pretenden fusionarse aún en los términos fijados por la Resolución 5644/2017 del ENACOM, debe ser rechazada, en tanto las condiciones de concentración extrema que generará su eventual aprobación conllevan un grave perjuicio para el interés económico general en los términos de la ley 25.156, y una amenaza al alcance, reconocimiento, ejercicio y garantía de la libertad de expresión y del derecho a la información de toda la sociedad argentina.

Como es de conocimiento de esta Comisión, existe un consenso internacional sobre los peligros que genera la concentración de los medios de comunicación y de los mecanismos de producción audiovisual para el real, efectivo y concreto ejercicio y goce de la libertad de expresión y el derecho a la información en una sociedad democrática.

Los mecanismos de protección internacional de derechos humanos han señalado que los monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación “conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos”¹.

La ley 25.156 de Defensa de la Competencia, a su vez, dispuso en el artículo 7° la prohibición de aquellas concentraciones económicas “cuyo **objeto o efecto sea o pueda ser la restricción o distorsión** de la competencia, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general” (el destacado es nuestro).

¹ Principio 12 de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que dice de manera completa: “12. Los monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes antimonopólicas por cuanto conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos. En ningún caso esas leyes deben ser exclusivas para los medios de comunicación. Las asignaciones de radio y televisión deben considerar criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en el acceso a los mismos.”

En el caso concreto, lo que está en análisis es si un solo propietario concentrará, en términos generales y a nivel país: el 34% de la telefonía móvil, el 35% de la internet móvil, el 40% de televisión por suscripción, el 42% de la telefonía fija y el 56% de las conexiones a Internet por banda ancha fija. Estos porcentajes son aún más elevados en las provincias del norte del país. Se trata de un escenario que pone en evidencia la incompatibilidad de esta fusión con las normas jurídicas que gobiernan el derecho a la competencia.

Con todo, esta Comisión, en función de lo que diremos seguidamente, debe realizar un proceso de ponderación y evaluación de la fusión solicitada que incluya tanto las previsiones de la ley 25.156, su decreto reglamentario 89/2001 y la resolución 164/2001 así como las previsiones específicas en materia de respeto, garantía y protección del derecho a la libertad de expresión y acceso a la información pública de los contenidos audiovisuales, previstos tanto en la 26.522 y en las obligaciones internacionales de derechos humanos asumidas por la República Argentina.

II. LEGITIMACIÓN DEL CELS

El Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) es una organización no gubernamental dedicada a la promoción y protección de los derechos humanos y el fortalecimiento del sistema democrático y el Estado de derecho en la Argentina. Con este fin, el CELS ha desarrollado una variada y cuantiosa labor desde su fundación en 1979. Entre los mandatos específicos del CELS, se encuentra el de contribuir al desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos, a través de la utilización de instrumentos judiciales y cuasi judiciales de derecho interno e internacional. En este sentido, el CELS ha llevado adelante numerosos casos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, denunciando la violación de los derechos fundamentales amparados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos por parte del Estado argentino.

Entre sus prioridades, se encuentra el fortalecimiento y desarrollo de la libertad de expresión y el acceso a la información. Por ello, ha llevado adelante acciones judiciales a nivel nacional e internacional, con la fuerte convicción que tanto la libertad de recibir, como la de acceder, difundir y buscar información son un requisito indispensable para el reconocimiento mismo de un Estado de derecho. Asimismo, el CELS ha elaborado y publicado diversos documentos sobre la importancia del acceso a la información, ya sea por medio de su publicación anual², o en su publicación “La información como herramienta para la protección de los derechos humanos”³, o el documento elaborado junto a otras organizaciones no gubernamentales titulado “Una radiodifusión pública para la Democracia”⁴.

La actividad del CELS en esta la materia se ha traducido a través de la tramitación de diversas causas judiciales. A modo de ejemplo, el CELS ha impulsado ante el Sistema Interamericano casos que versan sobre esta temática: el caso *Verbitsky*¹, por medio del cual se ha logrado incidir en la derogación de la figura de desacato en nuestra legislación nacional, por vulnerar los principios esenciales de la libertad de expresión. Los casos *Kimel*² y *Fontevicchia* y *D’amico*³ también constituyen un ejemplo de nuestro trabajo. Ambos abordan la problemática de las figuras públicas y la importancia de la amplia discusión de cuestiones de interés público, y el impacto que las sanciones —civiles y/o penales— generan por su posible efecto inhibitorio en perjuicio de la garantía de un debate libre y abierto en toda sociedad democrática. Asimismo, hemos elaborado memoriales en derecho, similares al presente, en causas como “*Felipe Agüero sobre*

² Publicación anual titulada *Informe anual sobre la situación de los Derechos Humanos en la Argentina*, que el CELS publica desde el año 1994 hasta la actualidad (Disponible en www.cels.org.ar).

³ *La información como herramienta para la protección de los derechos humanos*, publicada en el marco de la colección “Experiencias”, Editorial Siglo XXI, 2004.

⁴ *Una radiodifusión pública para la Democracia*, elaborado por el CELS, ADC, FARN, Poder Ciudadano, CIPPEC, Asociación Periodistas, FOPEA, Article XIX; Octubre 2003. (Disponible en www.cels.org.ar).

¹ CIDH, *Horacio Verbitsky y otros contra Argentina* - Caso N° 12.128

² CIDH, *Eduardo Kimel contra Argentina* - Caso N° 12.450

³ CIDH *Jorge Fontevicchia, Héctor D’Amico contra Argentina* -Caso N° 12.524

libertad de expresión y derecho a la verdad" en Chile⁴, "*Ríos Ereñu c/ D'Andrea Mohr s/ daños y perjuicio*" o "*Editorial Río Negro c/ Provincia de Neuquén s/ Amparo*", ante la CSJN en Argentina.

Al mismo tiempo, el CELS ha elaborado y publicado diversos documentos sobre la importancia del acceso a la información, ya sea por medio de su publicación anual⁵, en su publicación "La información como herramienta para la protección de los derechos humanos"⁶, o el documento elaborado junto a otras organizaciones no gubernamentales titulado "Una radiodifusión pública para la Democracia."⁷

Ha sido participante desde su fundación de la Coalición por una Radiodifusión de la Democracia, promotora de los "21 puntos Básicos por el derecho a la Comunicación", así como se ha presentado como amigo del tribunal en diversos casos en los que se dirimía medidas cautelares de suspensión a la ley 26522 tales como "Thomas" por ante VE, o "CODELCO" por ante la Cámara Federal de Apelaciones con asiento en la Ciudad de Salta.

También el CELS junto a muchas organizaciones, presentó un pedido de audiencia ante la CIDH, en el mes de marzo de 2016, ante la modificación por decreto de necesidad y urgencia de la ley 26.522. Allí anticipamos de manera clara y precisa las consecuencias negativas que podía generar la concentración mayor de los medios y servicios de comunicación audiovisual. Esta Comisión puede revisar ello en la siguiente presentación en el 157 Período de Sesiones de la CIDH: <https://www.youtube.com/watch?v=19PLdKiUEng&feature=youtu.be>

Es por ello, en los términos del art. 42 de la ley de defensa de la competencia y en función de lo que diremos seguidamente, nos encontramos legitimados para presentarnos ante Ustedes.

III. ANTECEDENTES RELEVANTES

III. 1. La Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual (26.522) y la Ley Argentina digital.

En 2009, luego de un largo proceso de participación ciudadana y debate parlamentario, el Congreso Nacional sancionó la Ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual (en adelante, la ley SCA o LSCA) que reemplazó el marco regulatorio que había impuesto la última dictadura militar en la Argentina, a través del Decreto-ley 22.285. La LSCA implicó un cambio de paradigma en materia de protección de la libertad de expresión y del derecho a la información.⁵

En lo que aquí interesa, la ley SCA estableció diversas restricciones a la concentración de la propiedad de los medios de comunicación audiovisual, destinadas a evitar la formación de monopolios y oligopolios de la información y la comunicación. Contempló, también, normas destinadas a fomentar la producción de contenidos y señales por parte de actores sin fines de lucro y estatales descentralizados, como las universidades, previendo porcentajes de licencias exclusivas. Y estableció una arquitectura institucional con el objeto de asegurar la autonomía y pluralidad en los órganos de control.

Con relación a esto último punto, creó la Autoridad de Servicios de Comunicación Audiovisual (AFSCA), como un órgano de aplicación descentralizado y autárquico en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional, con

⁴ Caso "Felipe Agüero sobre libertad de expresión y derecho a la verdad", presentado ante la SJL del Crimen (Chile), en el mes de Julio de 2001 (disponible en www.cels.org.ar).

⁵ Publicación anual titulada "Informe anual sobre la situación de los Derechos Humanos en la Argentina", que el CELS publica desde el año 1997 hasta la actualidad. Editorial Siglo XXI. (disponible en www.cels.org.ar).

⁶ "La información como herramienta para la protección de los derechos humanos", publicada en el marco de la colección Experiencias que realiza el CELS, Editorial Siglo XXI, 2004

⁷ "Una radiodifusión pública para la Democracia", elaborado por el CELS, ADC, FARN, Poder Ciudadano, CIPPEC, Asociación Periodistas, FOPEA, Article XIX; Octubre 2003. (disponible en www.cels.org.ar).

⁵ Esta Ley fue pionera en la región latinoamericana y encomiada por los relatores especiales para la libertad de expresión de la CIDH y Naciones Unidas. Véase, por ejemplo, el informe de la Relatoría de Libertad de Expresión de la CIDH de 2009, párrafo 11, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anauales/Informe%20Anual%202009%201%20ESP.pdf>

mecanismos reglados para la designación y remoción de sus directores a fin de garantizar su independencia y autonomía respecto de intereses políticos y económicos. Asimismo, creó un Consejo Federal de Comunicación Audiovisual (COFECA), como cuerpo de integración plural y federal, con intervención de las provincias y diversos actores no gubernamentales.

En 2014 el Congreso Nacional sancionó la Ley 27.078 sobre telecomunicaciones y TIC, también conocida como "Argentina Digital". Se estableció **como una cuestión de** interés público el desarrollo de las tecnologías de la información, comunicaciones, telecomunicaciones, y recursos asociados, con una garantía sobre la neutralidad de la red. Todo ello para posibilitar el acceso de todos los habitantes de la Argentina "a los servicios de la información y las comunicaciones en condiciones sociales y geográficas equitativas, con los más altos parámetros de calidad." (art. 1 de la referida ley).

La finalidad de la ley, de acuerdo al art. 2, es "garantizar el derecho humano a las comunicaciones y a las telecomunicaciones, reconocer a las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) como un factor preponderante en la independencia tecnológica y productiva de nuestra Nación, **promover el rol del Estado como planificador, incentivando la función social que dichas tecnologías poseen, como así también la competencia y la generación de empleo mediante el establecimiento de pautas claras y transparentes que favorezcan el desarrollo sustentable del sector, procurando la accesibilidad y asequibilidad de las tecnologías de la información y las comunicaciones para el pueblo**" (art. 2 ley 27.078, el destacado nos pertenece).

La ley también tiene por finalidad, "establecer con claridad la distinción entre los mercados de generación de contenidos y de transporte y distribución de manera que la influencia en uno de esos mercados no genere prácticas que impliquen distorsiones en el otro" (art. 2, segundo párrafo). Y se agregó que en la ejecución de la presente ley se garantizará el desarrollo de las economías regionales, procurando el fortalecimiento de los actores locales existentes, tales como cooperativas, entidades sin fines de lucro y pymes, propendiendo a la generación de nuevos actores que en forma individual o colectiva garanticen la prestación de los Servicios de TIC". (art. 2, 3er párrafo, ley 27.078).

Esta ley creó un órgano de aplicación, la Autoridad Federal de Telecomunicaciones y TIC (AFTIC), cuya integración multipartidaria y con participación de actores sociales, es similar a la de la AFSCA.

La ley estableció el principio de "poder significativo de mercado" en los sectores de telecomunicaciones e Internet para, de este modo, resguardar el interés público y evitar el abuso de posición dominante de los principales conglomerados empresariales, los que según la misma ley debían compartir parte de la infraestructura de redes esenciales para el desarrollo de las telecomunicaciones. La regulación de las tarifas de interconexión en las redes mayoristas, la prestación del Servicio Universal de Telecomunicaciones y el principio de neutralidad de la red están incluidos en la Ley Argentina Digital. Asimismo, la norma modificó la posibilidad de participación en el sector audiovisual por cable de las compañías de telefonía básica y móvil -que la LSCA impedía-, habilitando en el marco legal el principio de convergencia de servicios.

III.2. El Decreto de Necesidad y Urgencia N° 267/15 y la modificaciones que introdujo el Poder Ejecutivo a las leyes 26.522 y 27.078

Durante el primer mes de gobierno de Cambiemos se dictaron tres decretos que desarticularon y modificaron las ley 26.522 y 27.078.

El desmantelamiento de la ley 26.522 se inició con el Decreto de Necesidad y Urgencia 13/15, el 10 de diciembre de 2015. El PEN modificó la Ley de Ministerios, creó el Ministerio de Comunicaciones y le asignó diversas competencias que la ley 26.522 le concedía a la AFSCA.

Luego, el 23 de diciembre de 2015 el Decreto 236/15 ordenó la intervención de la AFSCA y de la Autoridad Federal de Tecnologías de la Información y la Comunicación (AFTIC), autoridad de aplicación de la ley 27.078 (Ley Argentina Digital). El Ejecutivo dispuso el cese en sus funciones de los integrantes de los respectivos directorios y en nombró a dos interventores por un plazo de 180 días prorrogable.

El 30 de diciembre el presidente Mauricio Macri firmó el DNU 267/15 que introdujo reformas sustanciales y permanentes a la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual y la Ley Argentina Digital.

El decreto fue publicado el 4 de enero de 2016 en el Boletín Oficial. Mientras que el 6 de abril de 2016 la Cámara de Diputados confirmó la validez de estos decretos, a la fecha el Senado no se ha expedido. A dos años de la modificación por decreto de las leyes SCA y de Argentina Digital, no se conoce todavía el proyecto de Ley de Comunicaciones Convergentes que la reemplazaría.

Entre otras cuestiones, el DNU 267/15 reemplazó a los organismos que preveía la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual -AFSCA y COFECA- y la ley de Argentina Digital, por un organismo a completa disposición del Ejecutivo (el ENACOM). Además, amplió los límites para la titularidad de licencias, extendió por 15 años las licencias concedidas, eliminó las limitaciones a las prórrogas y la obligación de presentarse a concurso, derogó la limitación para la transferencia de licencias y descartó la prohibición de delegar en terceros, entre otras medidas regresivas.

Todos los cambios introducidos por el decreto atentan contra un espectro de comunicación audiovisual diverso y plural y favorecen la concentración de licencias, la creación y fortalecimiento de posiciones dominantes, la toma de decisiones discrecional y la opacidad de la propiedad de los medios de comunicación.

El DNU también reformó el artículo 6 de la ley Argentina Digital N° 27.078, incorporando una serie de definiciones provenientes de la LSCA e incluyó en el ámbito de esta ley los servicios de radiodifusión por suscripción. Así, dispuso que las disposiciones de la LSCA no se aplicarán a los licenciarios de servicios de radiodifusión por suscripción, salvo aquellos proveedores de televisión por suscripción satelital, que seguirá rigiéndose por la LSCA.

Podrá advertir, esta Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, que el DNU anuló todo límite a la concentración de la tv por cable, que es el servicio televisivo más extendido en la Argentina.

Además, el DNU establece que los prestadores de TV por suscripción deberán tener autorización del ENACOM dentro de los 90 días de una eventual venta o transferencia de participaciones accionarias que impliquen pérdida de control sobre la empresa.

Por último, el DNU 267/15 modificó el artículo 94 de la 27.078 y dispuso que los titulares de licencias de servicios de telefonía fija y móvil podrán empezar a “prestar el servicio de Radiodifusión por suscripción, mediante vínculo físico y/o mediante vínculo radioeléctrico, transcurridos DOS (2) años contados a partir del 1° de enero de 2016” (artículo 10, DNU 267).

III.3. La existencia de un marco jurídico provisorio y precario. La inexistencia de un cuerpo legal sólido para la analizar la fusión en cuestión

Conviene tener en cuenta que el proceso de aprobación de la fusión en cuestión se da en paralelo y sin esperar el proceso de elaboración, discusión y aprobación de una nueva ley de servicios de comunicación audiovisual que modificaría a la ley 26.522. El proceso de concentración inédito al que nos referiremos y detallaremos más adelante, se lleva adelante en un marco jurídico

provisorio, reconocido por el propio Poder Ejecutivo Nacional, en el decreto de necesidad y urgencia 267 del año 2015, que creó una Comisión redactora para una nueva ley “convergente”.

Sin embargo, la Comisión Redactora incumplió los plazos, y su tiempo de vigencia ha sido nuevamente prórrogado, pero aún no hay ni proyecto de ley “convergente” ni debate al respecto. En efecto, la Comisión redactora fue creada en diciembre de 2015 mediante el artículo 28 del DNU 267/15, pero hubo que esperar a marzo de 2016 para que el Ministerio de Comunicaciones dictara la resolución 09/16. Dicha resolución la constituyó formalmente y le fijó un plazo de 180 días para elevar el proyecto de ley.

Sin embargo, aquél plazo venció el 28 de agosto de 2016 y el 27 de octubre de 2016 el Ministerio dictó la resolución 1098/16, que prorrogó el plazo por otros 180 días, plazo que vencía el 25 de abril de 2017, aunque, unos días antes, el 28 de marzo de 2017, el Ministerio dictó una nueva resolución, la 601/17. En esta afirmó que la Comisión *“ha dado cumplimiento a su cometido consistente en la confección de un anteproyecto de Ley de Reforma, actualización y unificación de las Leyes N° 26.522 y 27.078”*. Es decir, que ya existiría un anteproyecto de la “ley convergente”. La Comisión habría cumplido con su mandato y dejado de funcionar.

Más allá de aquella afirmación, en la última resolución citada, se señaló que *“resulta conveniente disponer la apertura y desarrollo de un proceso de nuevas consultas a fin de poner en consideración de los ciudadanos, profesionales especializados, organizaciones de la sociedad civil con injerencia en la materia, organizaciones de consumidores y usuarios, cámaras empresarias, organizaciones profesionales y sindicales y a entidades académicas, que así lo han requerido, los documentos preliminares sobre los que se fundará el anteproyecto de Ley de Reforma, actualización y unificación de las Leyes N° 26.522 y N° 27.078, previo a su elevación definitiva a esta Jurisdicción”*. (El destacado nos pertenece)

Como el anteproyecto de ley –pensábamos- ya estaría listo, el Ministerio ya no se dirige a la Comisión Redactora, la que habría cumplido con su cometido (aunque no se tuvo acceso a texto alguno), sino que instruye a la vicepresidente del ENACOM, que ofició como coordinadora de la Comisión, para que lleve adelante el proceso de consulta. Para esto establece un plazo de 180 días, que venció el 24 de septiembre de 2017. A todo esto, tampoco para esa fecha se tenía noticia de qué había pasado con el texto del proyecto.

Ahora bien, el 28 de diciembre por medio de una resolución del Ministerio de Modernización se prorrogó por 180 días más, para la elaboración (lo que supone que en realidad no hay proyecto alguno) presentación y discusión de un proyecto de ley supuestamente convergente, que reemplazaría a las leyes de Servicios de Comunicación Audiovisual y Argentina Digital.

Entonces, tiene que advertir esta Comisión que el proceso de análisis de la fusión entre Telecom y Cablevisión se plantea en un contexto jurídico de carácter provisorio, razón que exige una mayor cuidado y precaución al momento de ponderar el negocio jurídico en cuestión.

III.4. El Decreto N° 1340/16

El 30 de diciembre de 2016 se publicó en el Boletín Oficial el decreto 1340/16 que reglamentó el artículo 94 de la ley 27.078 (modificado por el DNU 267) y definió los plazos y condiciones para que los licenciatarios de servicios de comunicación audiovisual puedan acceder al mercado de las tecnologías de la información y las comunicaciones, y viceversa.

El artículo 5° del decreto 1340/16 estableció que los prestadores de servicios de telefonía podrán registrar el servicio de radiodifusión por suscripción por vínculo físico o radioeléctrico desde la fecha de publicación del decreto y que la prestación de dichos servicios podrá iniciar el 1 de enero de 2018 en los principales cascos urbanos (área metropolitana de Buenos Aires y las ciudades de Rosario y Córdoba). Mientras, en el resto del país, la fecha de inicio de la prestación de dichos servicios será determinada por el ENACOM.

A su vez, el artículo 3° dispuso “la protección de las redes NGN fijas de última milla para banda ancha que desplieguen los licenciatarios de Servicios de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones” por un plazo de 15 años.⁶

Por su parte, el artículo 6° habilitó que la empresa que presta servicios de televisión digital, en concreto, servicios de televisión satelital como Direct TV, en la Argentina pueda brindar servicios de internet también. Cabe señalar que esto se encontraba prohibido tanto en la LSCA como en el DNU 267/15 (art. 17).

En el contexto de un mercado altamente concentrado como la Argentina, el decreto 1340/16 permite que tres o cuatro grandes actores del mercado de la comunicación e información extiendan sus actividades económicas, con una especial protección de sus inversiones.

Con este nuevo decreto se favorece la concentración del mercado, beneficiando a un grupo reducido de actores, que son los actores dominantes en sus respectivos sectores, estableciendo además extensos periodos de protección de sus inversiones.

III.5. La Resolución 5641/17

Mediante la Resolución 5641/17 -de fecha 20 de diciembre de 2017 (el día antes de la aprobación de la fusión de Telecom y Cablevisión)- el ENACOM adelantó el plazo en el que permite la prestación del servicio de TV por cable por parte de las compañías telefónicas en casi todo el territorio y no sólo en las tres principales ciudades del país – Buenos Aires, Córdoba y Rosario-, como lo había establecido hace un año mediante el Decreto 1340/16.

La excepción la constituyen las localidades con menos de 80 mil habitantes y las de más de 80 mil habitantes con servicios únicamente operados por cooperativas o Pymes.

Hasta el 1 de enero de 2019 las telefónicas (incluida Telecom) no podrán operar TV por cable en localidades donde el servicio sea prestado exclusivamente por actores que no superan 10 por ciento de la cuota de suscriptores a nivel nacional. La TV por cable tiene en la Argentina una penetración superior al 50 por ciento de los hogares (lo que sumado a la DTH satelital alcanza aproximadamente un 75%) y es un vector clave para la convergencia.

Si no se hubiese alterado ahora el momento de largada para que las telefónicas brinden servicios de TV por cable, la fusionada hubiese tenido que restringir considerablemente las operaciones de Cablevisión.

⁶ Este tipo de medidas, que en el ámbito de las políticas de regulación se conoce como *regulatory holiday* o “vacaciones regulatorias”, permite eximir del cumplimiento de las normas de competencia a aquellas empresas que ejecuten inversiones en líneas de última tecnología. Sin embargo, lo cierto es que en el derecho comparado este tipo de regulación anticompetitiva y que pretende “alentar la inversión”, no ha sido adoptado por muchos países. Aunque la vacación regulatoria estuvo en boga hace unos diez años, ya no se encuentra prevista en la regulación de muchos países y, en ningún caso se establecieron plazos de 15 años de protección a las inversiones. Es más, en el caso de Alemania, que en 2007 aprobó una ley que beneficiaría a Deutsche Telekom con protección de sus inversiones en internet, en 2009 la Corte de Justicia de la Unión Europea condenó al Estado alemán, por la violación de las directivas europeas en materia de acceso a las redes de comunicaciones y su interconexión, así como las de servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Corte Europea de Justicia, Caso Comisión Europea vs. Alemania, número C-424/07, sentencia del 3 de diciembre de 2009).

Con la Resolución 5641/17 el Poder Ejecutivo Nacional, entendemos, le permite al Grupo Clarín (la fusionada Telecom) tramitar la fusión sin exigencias de desinversión y manteniendo sus operaciones sin sobresaltos.

Lo único que no podrá hacer, ni la fusionada Telecom ni sus eventuales competidoras como Telefónica o Claro (América Móvil), es integrar servicios en un mismo paquete fuera de los grandes centros urbanos hasta 2019.

IV. LA FUSIÓN DE CABLEVISIÓN Y TELECOM

IV. 1. Qué significa la fusión. Alcances

En julio de 2017, los grupos Cablevisión (Grupo Clarín y Fintech) y Telecom (Fintech) anunciaron su fusión. Este escenario profundiza la concentración de los servicios de comunicación audiovisual y es una amenaza a la competencia necesaria que impacta negativamente tanto en las condiciones mínimas que son necesarias para el ejercicio de la libertad de expresión como las necesarias para evitar el abuso de posiciones dominantes en el mercado.

El conglomerado infocomunicacional resultante concentrará el 42% de la telefonía fija; el 34% de la telefonía móvil; el 56% de las conexiones a Internet por banda ancha fija; el 35% de conectividad móvil; y el 40% de televisión por suscripción, ello a nivel nacional. En algunas regiones del país, como anticipamos y podrá advertir esa Comisión de Defensa de la Competencia, estos porcentajes son mayores. Se trata de la mayor concentración infocomunicacional de la historia argentina y, por la cantidad de mercados que comprende, es inédita también en el resto de América Latina.

Incluso con el marco normativo introducido por el DNU 267/15 en el que se relajaron significativamente las previsiones antimonopólicas, este tipo de concentración superaría los límites de espectro allí permitidos.

Además, como venimos adelantando, se debe considerar que estos porcentajes de concentración del mercado infocomunicacional son más elevados en las zonas de mayor poder adquisitivo y concentración demográfica del país. Así, por ejemplo, en la ciudad de Córdoba, segunda más poblada del país, la nueva compañía (que será controlada por el Grupo Clarín) tendrá más del 90% de las conexiones de banda ancha fija a Internet, más del 90% de los abonos de la tv por cable y más del 95% de las líneas de telefonía fija.

La excesiva concentración del sector no sólo es cuestión de conectividad sino que comprende toda la cadena productiva en comunicación, ya que el Grupo Clarín es el principal productor de información y entretenimientos masivos, pues es el mayor editor de diarios, posee radios líderes en AM (Radio Mitre) y FM (La 100) y una de las cadenas de TV abierta más importantes (El Trece), además de ser accionista mayoritario en Papel Prensa y contar con varias señales de TV paga y derechos de programación. A eso le suma ahora la concreción del dominio de las redes de transporte, distribución y comercialización al hogar de la información, las comunicaciones y los datos en todo el país.

IV.2. La Resolución 5644/17 y la aprobación de la fusión por parte del ENACOM

Con la resolución 5644/17 publicada en el Boletín Oficial el 21 de diciembre de 2017, el ENACOM aprobó la fusión con algunas condiciones que no morigeran los efectos de la concentración que produce.

Las condiciones dispuestas por el gobierno a la fusión tienen que ver con: a) la devolución de espectro en el plazo de dos años, dado que entre Telecom y Cablevisión superan el límite de 140 MHz vigente para operadores móviles; b) la regulación del precio minorista del servicio de banda ancha fija en localidades **donde la fusionada superará 80 por ciento de los abonos** (en estos casos el precio no podrá superar el menor valor que la empresa comercializa en la Ciudad de Buenos Aires, el destacado nos pertenece) y c)

la compartición de infraestructura soporte y los precios regulados para banda ancha fija en esas ciudades, **en condiciones no discriminatorias a otros prestadores** (el destacado también nos pertenece).

Según la Resolución 5644/17 del Ente Nacional de las Comunicaciones, estas condiciones tendrán dos años de duración y podrían renovarse a discreción del regulador.

Es en este contexto que nos presentamos ante esta Comisión de Defensa de la Competencia a fin de acercar planteos relevantes que deben ser tenidos en cuenta, en función de nuestra legitimación e interés en el tema, y en función también de la ineficacia de la respuesta de la autoridad regulatoria, Enacom.

V. LOS EFECTOS DE LA FUSIÓN CABLEVISION Y TELECOM Y EL PODER SIGNIFICATIVO EN EL MERCADO

V.1. La concentración en la Argentina. Una introducción

Si bien las economías de escala son reconocidas como factores de eficiencia en los negocios y maximización de utilidades, esto es especialmente pronunciado en el mercado de los medios de comunicación, en el que los costos se concentran principalmente en la producción y no tanto en la distribución.

El nivel de concentración de la propiedad de los medios de comunicación en América Latina es uno de los más elevados del mundo, en comparación con otras regiones.⁷

Como esta Comisión conoce, la concentración de los medios de comunicación audiovisual genera: a) una reducción de las fuentes informativas (que genera menor pluralidad de emisores), b) una relativa homogeneización de los géneros y formatos de entretenimiento (que implica que se estandarizan géneros y formatos, resignando diversidad de contenidos), y c) una predominancia de estilos y temáticas y a la concomitante oclusión de temas y formatos en los medios de comunicación y en el resto de las actividades culturales.⁸

Además, en estos contextos se tiende a la unificación de la línea editorial, resultando difícil que en un mismo grupo de comunicación se hallen divergencias profundas sobre temas sensibles, lo que a su vez se combina con un sesgo informativo respecto de los productos y servicios prestados por su Grupo y por sus competidores.⁹

La centralización geográfica de la producción de contenidos e informaciones en los lugares sede de los principales grupos ha sido identificada como una consecuencia negativa de la concentración. Hay ejemplos contundentes de esta afirmación: Buenos Aires en Argentina, Sao Pablo y Río en Brasil, Santiago en Chile. Este impacto también debilita el espacio público y empobrece la disposición de distintas versiones sobre lo real por parte de las audiencias/lectores, condenando a una subrepresentación a vastos sectores que habitan en el "interior".¹⁰

A su vez, se ha señalado que la concentración supone un ambiente de precarización del empleo, en un contexto en que algunos medios desaparecen y los subsistentes tienden a fusionarse generando economías de escala y ahorro de costos laborales. Además, en un sistema de medios muy concentrado,

⁷ UNESCO, 2017, Concentración de medios y libertad de expresión: Normas globales y consecuencias para las Américas, p.9

⁸ Para un análisis de la concentración en los medios de comunicación y sus efectos sobre la libertad de expresión, nos remitimos a lo señalado por Loreti, D. y Lozano, L., en *Derecho a Comunicar. Los conflictos en torno a la libertad de expresión en sociedad contemporáneas*, en particular, capítulo V, sobre "Concentración versus pluralismo: Debates en torno a los aspectos económicos del derecho a la comunicación", ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2014, p. 143 y ss.

⁹ Becerra, Martín. Surfear la concentración, 30 de noviembre de 2016, disponible en <https://martinbecerra.wordpress.com/2016/11/30/surfear-la-concentracion/>

¹⁰ Becerra, Martín. Surfear la concentración, 30 de noviembre de 2016, disponible en <https://martinbecerra.wordpress.com/2016/11/30/surfear-la-concentracion/>

los periodistas tienen pocas alternativas de conseguir un buen empleo si se enfrentan con alguno de los grandes grupos, dada la tendencia a la cartelización del sector, lo que hace aparecer la amenaza cierta de prácticas de autocensura.¹¹

Actualmente la lógica de acumulación de los principales grupos no se basa tanto en la concentración dentro de un mercado de medios específico (sea la televisión, la radio o la prensa), sino que busca adquirir posiciones dominantes en diferentes mercados en forma simultánea. De allí su carácter conglomeral. Esto sumado a las estrategias de las empresas de telecomunicaciones y el proceso de convergencia en que medios, telecomunicaciones e internet integran las mismas plataformas de distribución, robustece la tendencia a una estructuración oligopólica y la concentración de estas actividades en América Latina.¹²

A su vez, se debe atender que, conforme muestran las estadísticas a nivel regional, las telecomunicaciones en primer lugar y los medios de comunicación audiovisuales son las actividades económicamente más potentes del sistema convergente de información y comunicación. Esta es, precisamente, una de las principales razones de fusiones, adquisiciones y compras de grupos editoriales por parte de operadores audiovisuales y de telecomunicaciones.¹³

Ahora bien, la Argentina en particular presenta altos índices de concentración por parte de los cuatro primeros operadores en todos los diferentes sectores infocomunicacionales.¹⁴

Esta concentración en el país tiene, desde hace dos décadas, un comportamiento conglomeral, con una creciente tendencia a la convergencia entre los dos segmentos de mayor importancia económica: las telecomunicaciones móviles y la televisión de pago. Los conglomerados que operan con posición dominante en esos sectores (Telefónica, Telecom, Claro, Clarín y DirecTV) buscan expandirse a otros eslabones de la cadena de valorización infocomunicacional.¹⁵

TV Paga			Banda Ancha Fija		
Operadores	Abonados	%	Operadores	Abonados	%
Cablevisión	3.398.500	39%	Cablevisión	2.008.778	28%
DirecTV	2.663.000	30%	Telefónica	1.878.720	27%
Telecentro	550.000	6%	Telecom	1.813.770	26%
Supercanal	580.000	7%			
Otros*	1.405.063	18%	Otros*	1.361.162	19%
Total	8.809.463	100%	Total	7.062.430	100%

Telefonía fija			Telefonía móvil		
Operadores	Abonados	%	Operadores	Abonados	%
Telefónica	4.635.200	45%	Claro	21.427.000	34%
Telecom	4.044.430	39%	Telefónica	20.389.200	32%
Claro	279.310	3%	Telecom	19.656.000	31%

¹¹ Becerra, Martín. Surfear la concentración, 30 de noviembre de 2016, disponible en <https://martinbecerra.wordpress.com/2016/11/30/surfear-la-concentracion/>

¹² Becerra, Martín y Mastrini, Guillermo. La concentración infocomunicacional en América Latina 2000-2015: nuevos medios y tecnologías, menos actores. 1a ed. - Bernal: Universidad Nacional de Quilmes; Observacom, 2017, p.65

¹³ Becerra, Martín y Mastrini, Guillermo. La concentración infocomunicacional ... p.70

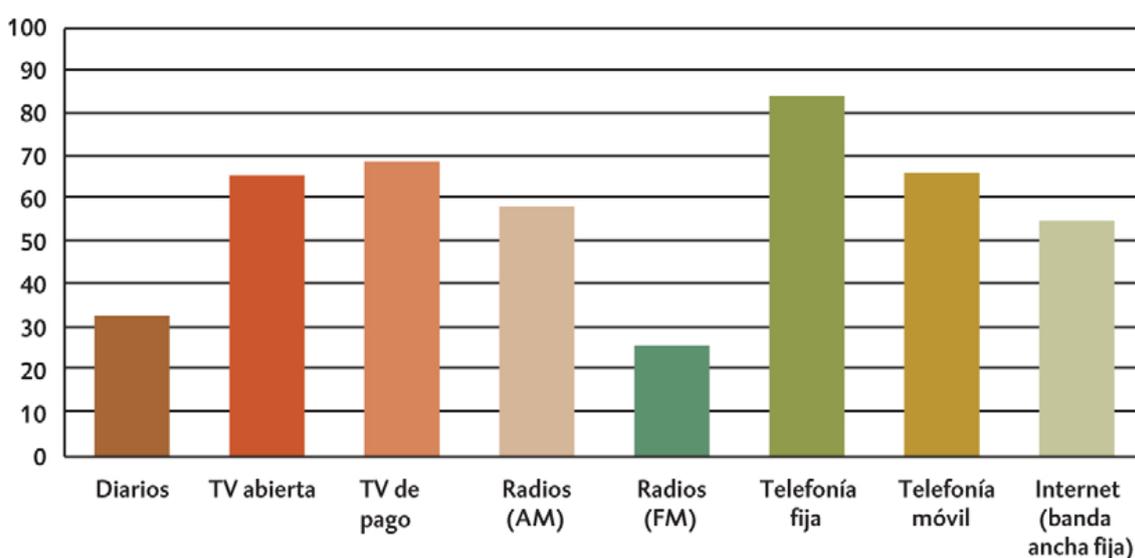
¹⁴ Becerra, Martín y Mastrini, Guillermo. La concentración infocomunicacional ... p. 92

¹⁵ Becerra, Martín y Mastrini, Guillermo. La concentración infocomunicacional ... p. 95

Telecentro	189.970	2%		Nextel	1.536.400	2%
Otros*	1.130.599	11%		Otros*	31.000	0,0%
Total	10.297.330	100%		Total	63.039.600	100%

La concentración de la estructura de propiedad de las actividades infocomunicacionales no fue afectada por cuestiones normativas, como pudo ser la ley 26.522, sino que sus variaciones obedecen mayormente a la expansión o contracción de los mercados (como el de diarios) en función de variables como la evolución tecnológica, la economía del sector y los cambios en los usos y consumos sociales.¹⁶

Tal es la situación de concentración en la Argentina que, a excepción de la prensa impresa y las radios, el resto de las industrias infocomunicacionales registran una concentración en que **los dos principales operadores superan el 60% del mercado**.¹⁷



V. 2. Los efectos y consecuencias de la fusión en estudio

La fusión que esta Comisión debe analizar une al actor dominante de la tv paga y banda ancha (cuyo mayor accionista es, a su vez, el actor dominante en todos los medios de comunicación, gráficos y audiovisuales) con uno de los actores dominantes en telecomunicaciones fijas y móviles.

Respecto del Grupo Clarín, corresponde advertir que se trata de uno de los mayores actores empresariales de la escena nacional, con presencia en casi todos los ámbitos del quehacer infocomunicacional y cultural de la Argentina. Clarín es un grupo consolidado que controla el principal periódico del país, algunas de las radios más influyentes, y el segundo canal de televisión abierta más visto. Además de ser dueño de la distribuidora de cable Cablevisión, posee la señal de televisión de pago más vista del país, Todo Noticias, que está presente en prácticamente todos los paquetes de abono. También, es un importante editor de revistas y participa del mercado de producción cinematográfica.¹⁸

Además, si se atiende a la forma en que Clarín, como multimedios dominante, participa en cada uno de los mercados, se advierte que, si bien enfrenta competencia en todos los sectores, por lo general esta

¹⁶ Becerra, Martín y Mastrini, Guillermo. La concentración infocomunicacional ... p. 96

¹⁷ Becerra, Martín y Mastrini, Guillermo. La concentración infocomunicacional ... p. 97

¹⁸ Becerra, Martín y Mastrini, Guillermo. La concentración infocomunicacional ... p. 76

competencia es de actores que operan en uno solo de esos sectores de la comunicación. Así, Clarín es líder en casi todos los segmentos y es el único presente en todos ellos.¹⁹ Esta situación da cuenta de la situación especial en la que se encuentra este actor dominante, que con esta fusión acrecentará su presencia en otros sectores y potenciará su posición de dominio en los distintos mercados, llegando incluso a ser monopolístico en diversos lugares. Al menos en 130 localidades la empresa fusionada concentrará a las dos únicas redes que hoy prestan servicios, eliminando así toda competencia.

De aprobarse la fusión en los términos planteados, se elevarían considerablemente las barreras de entrada para nueva competencia, generándose un escenario de clara preeminencia de un actor en todos los sectores infocomunicacionales. Así, Cablevisión Holdings concentrará a nivel nacional el 42% de la telefonía fija; el 34% de la telefonía móvil; el 56% de las conexiones a Internet por banda ancha fija; el 35% de conectividad móvil; y el 40% de la televisión paga.

La aprobación de una fusión de las características de la analizada trae consigo un grave perjuicio a la competencia en los mercados actuales –ya altamente concentrados- y obstaculiza la libre concurrencia de nuevos operadores en el futuro que puedan disputar mercado en condiciones medianamente competitivas.

Además, esta situación de mayor concentración de los mercados infocomunicacionales implica la indefensión de los usuarios de servicios fundamentales para el bienestar social e individual –como son el acceso a servicios de conectividad, de información, de entretenimiento y de cultura local- así como el deterioro de la esfera pública, el cercenamiento a la diversidad y pluralidad de voces y, en definitiva, el debilitamiento de nuestra democracia.

V. 3. El poder significativo de Mercado de la fusión Cablevisión Telecom. La ineficacia de la intervención del ENACOM

La Resolución del ENACOM nro. 5644/2017 que aprueba la fusión estableció que en aquellas localidades donde la empresa fusionada tenga “poder significativo de mercado” en los términos del artículo 7.h) de la ley 27.078, se deben cumplir con ciertas condiciones, como la de ofrecer el servicio minorista a un precio no superior al menor valor que comercializa en la Ciudad de Buenos Aires.

Para definir en qué lugares tendrá “poder significativo de mercado”, el directorio del ENACOM hace referencia a un informe “técnico” elaborado por la Dirección Nacional de Competencia en Redes y Servicios, en virtud del cual determinó que en 37 localidades repartidas en las provincias de Buenos Aires, Córdoba, Santa Fe, Entre Ríos, Formosa y Salta, la fusionada detentaría un “poder significativo de mercado” al exceder el 80% del abono, lo que justificaría la adopción de algunas medidas de mitigación.

Además, de que la falta de publicidad de este informe técnico (IF-2017-34186983-APN-DNDCRY#ENACOM) impide analizar de qué forma la autoridad reguladora arribó a esta conclusión, llama poderosamente la atención que el ENACOM estime prudente establecer que **sólo en aquellos lugares donde la fusionada cuente con más del 80% de los abonados, se entenderá que tiene “poder significativo de mercado”**.

Ahora bien, durante los primeros días de marzo de 2018, el investigador de la Universidad de Quilmes, Martín Becerra, accedió al informe a través de un pedido de acceso a la información pública. Y advirtió elementos que resultan centrales que justifican la oportunidad de esta presentación ante la Comisión Nacional de Defensa a la Competencia. En efecto, del informe técnico antes referido, disponible ahora para todos aquí

¹⁹ Becerra, Martín y Mastrini, Guillermo. La concentración infocomunicacional ... p. 81

<https://martinbecerra.files.wordpress.com/2018/03/documento-enacom-80-por-ciento-if-2017-34186983-apn-dndcrysenaacom.pdf>, se advierte que

- a) La autoridad reguladora no aportó justificación técnica alguna sobre por qué se adopta el 80%, como criterio para establecer la característica de “poder significativo de mercado”.
- b) La autoridad reguladora apoyó su decisión en normas jurídicas previas a las leyes 26.522 y 27.078, pero ni siquiera respetó los conceptos, reglas y límites allí fijadas. En efecto, citó el Reglamento de Licencias aprobado como Anexo I del Decreto N° 764/2000, que en referencia a Poder Significativo y Poder Dominante de Mercado. La referida norma, definió al prestador con Poder Significativo en la prestación de un servicio, cuando los ingresos generados por su prestación superen el 25 % de los ingresos totales generados por todos los Prestadores del servicio de que se trate, en un área determinada o en el ámbito nacional, según fuera el caso. Y al Prestador con Poder Dominante cuando los ingresos generados por su prestación superen el 75 % de los ingresos totales generados por todos los Prestadores del servicio de que se trate, en un área determinada o en el ámbito nacional, según fuera el caso.

Más allá de las críticas que merece en sí el contenido del Anexo I del decreto nro. 764 del 2001, la decisión de la autoridad reguladora, extiende aún más los límites allí señalados para definir a un prestador con poder dominante en el mercado, y ello lo hace en favor de las empresas fusionadas.

Además de lo dicho, la exigencia de un 80% de control del mercado para estimar que tiene “poder significativo” pareciera exagerado en atención a la definición en la ley 27.078 y las previsiones de la ley 25.156. Además, veremos, de acuerdo a las regulaciones comparadas sobre este tema, el criterio de la autoridad reguladora aparece como desproporcionado y arbitrario.

El artículo 7.h) de la ley 27.078 define el poder significativo de mercado como “la posición de fuerza económica que le permite a uno o más prestadores que su comportamiento sea, en una medida apreciable, independiente de sus competidores”.

Un contexto en el que un solo prestador reúne el 80% de los abonados, más que tratarse un “poder significativo de mercado”, se asemeja mucho más a una posición cuasimonopólica, en la que cuadruplica al resto de sus competidores.

Tal como adelantamos, el ENACOM estimó apropiado permitir el límite del 80% por parte de un solo prestador, cuando el Decreto N° 764/2000 preveía un baremo bastante diferente. En efecto, el Reglamento Nacional de Interconexión entendía que un prestador tenía Poder Significativo en la prestación de un servicio, cuando los ingresos generados por su prestación superaban el 25% de los ingresos generados por el resto de los prestadores del servicio en un área determinada o en el ámbito nacional, según fuera el caso.²⁰

Con **el criterio del ENACOM** para la fusión de Cablevisión y Telecom, **para ser considerado como prestador con poder significativo de mercado** en la prestación de un servicio determinado, un único prestador **tiene que cuadruplicar a sus competidores**. Si no los cuadruplica, se entendería que existe suficiente competencia y no detenta “poder significativo de mercado”.

²⁰ Artículo 4 del Reglamento nacional de interconexión (RNI), Anexo II del decreto 764/2000. También definía como prestador con Poder Dominante cuando “los ingresos generados por su prestación superen el SETENTA Y CINCO POR CIENTO (75%) de los ingresos totales generados por todos los Prestadores del servicio de que se trate, en un área determinada o en el ámbito nacional, según fuera el caso.”

Por otra parte, recuérdese que la ley 25.156 dispone que se entiende que una persona tiene posición dominante cuando es la única oferente o demandante o, “cuando sin ser única, no está expuesta a una competencia sustancial o, cuando por el grado de integración vertical u horizontal está en condiciones de determinar la viabilidad económica de un competidor participante en el mercado, en perjuicio de éstos”. En este sentido, pareciera algo exagerado entender que se goza de posición dominante recién cuando una persona cuadruplica al resto de sus competidores en la repartición del mercado de referencia.

Continúa la definición del artículo 7.h de la ley 27.078 señalando que “esta fuerza económica puede estar fundada en la cuota de participación en el o los mercados de referencia, en la propiedad de facilidades esenciales, en la capacidad de influir en la formación de precios o en la viabilidad de sus competidores; incluyendo toda situación que permita o facilite el ejercicio de prácticas anticompetitivas por parte de uno o más prestadores a partir, por ejemplo, de su grado de integración vertical u horizontal”.

Nuevamente, llama la atención que el ENACOM recurra a un único indicador, entre muchos, para determinar si un prestador tiene o no “poder significativo de mercado”.

A su vez, como se adelantó, en relación a regulaciones comparadas sobre este respecto, el criterio del ENACOM del 80% aparece como claramente desproporcionado y arbitrario.

En México, por ejemplo, es del 50%. El Decreto de la Reforma Constitucional de 2013 en referencia a servicios de telecomunicaciones y audiovisuales estableció que “se considerará como agente económico preponderante, en razón de su participación nacional en la prestación de los servicios de radiodifusión o telecomunicaciones, a cualquiera que cuente, directa o indirectamente, con una participación nacional mayor al cincuenta por ciento, medido este porcentaje ya sea por el número de usuarios suscriptores, audiencia, por el tráfico en sus redes o por la capacidad utilizada de las mismas, de acuerdo con los datos con que disponga el Instituto Federal de Telecomunicaciones.”

En este punto la Comisión Europea ha destacado que con un 40% de dominio en las cuotas de mercado se puede plantear la inquietud por una posible posición dominante individual y que cuotas de mercado elevadas, superiores al 50%, dan cuenta por sí mismas de la existencia de una posición dominante, salvo circunstancias excepcionales.²¹ Esta concepción dista mucho de la planteada por el ENACOM que entiende que la nueva empresa fusionada tendrá “poder significativo de mercado” recién cuando reúna el 80% del mercado.

Tal como podrá advertir esa Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, la Resolución de ENACOM, en su sesgo pro fusionada, elude el elemento central que es además la causa de la propia fusión: los mercados son convergentes y no pueden analizarse de modo separado. La conectividad a banda ancha es un servicio que en la mayoría de los casos los usuarios contratan junto con otros servicios, por lo que una posición de dominio en uno de ellos potencia la que la fusionada ejerce en otros segmentos.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN. LA RELEVANCIA DE LA PLURALIDAD Y DIVERSIDAD DE LA INFORMACIÓN. LOS MÁRGENES DE ESTA COMISIÓN DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

En función de lo expuesto en el apartado anterior, la autoridad regulatoria de los sistemas de comunicación en la Argentina no cumplió con su función en términos de eficacia, por el contrario, le aseguró a las empresas fusionadas la capacidad para consolidarse como un actor con poder preponderante en el mercado de los servicios de comunicación y comunicación audiovisual. Es en este contexto, en el que esta Comisión de Defensa de la Competencia debe intervenir.

²¹Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (2002/C 165/03), párr. 75 Disponible en [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52002XC0711\(02\)&from=ES](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52002XC0711(02)&from=ES)

Para aclarar una cuestión. No estamos reclamando aquí que se reemplace al ENACOM en sus funciones, lo que queremos dejar de manifiesto es que aquella habilitación (resolución 5644/2017), insistimos, profundizó las condiciones para la concentración y sus efectos contrarios al interés económico en general, y a los derechos al ejercicio a la libertad de expresión y de información en particular.

Se ha dicho, con razón y fundamento que hay una relación determinante en toda ocasión de ponderar una decisión del mercado (una fusión, por caso) y sus efectos sobre la sociedad, que está vinculada con el reconocimiento de los derechos de los consumidores. Así el derecho a la competencia, se ve “reforzado” o “agravado” por la existencia de derechos de los consumidores. Y ello es una derivación lógica del art. 42 y 43 de la Constitución Nacional, que establece el derecho de los consumidores y garantías para su protección.²²

Además, conviene señalar que en el caso concurren otros derechos con la misma o mayor relevancia dentro del proceso de ponderación de una decisión del mercado o de grupos económicos, vinculados con la existencia de derechos humanos fundamentales en juego, como el derecho a la libertad de expresión y acceso a la información ya señalados.

Es por ello, que las reglas que utilice esta Comisión de Defensa de la Competencia para analizar los efectos o impacto en la economía general del país, debe ponderarse necesariamente con la existencia de derechos humanos fundamentales, lo que exige revisar criterios ya elaborados por órganos del sistema de protección internacional de derechos humanos, como el referido principio 12 de la CIDH:²³

“12. Los monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes antimonopólicas por cuanto conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos. En ningún caso esas leyes deben ser exclusivas para los medios de comunicación. Las asignaciones de radio y televisión deben considerar criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en el acceso a los mismos.”

Unos años después, en el 2004, la misma Relatoría de Libertad de Expresión de la CIDH, agregó que:

“Desde hace algunos años se viene señalando que la concentración en la propiedad de los medios de comunicación masiva es una de las mayores amenazas para el pluralismo y la diversidad en la información. Aunque a veces difícilmente percibida por su carácter sutil, la libertad de expresión tiene un cercano vínculo con la problemática de la concentración. Este vínculo se traduce en lo que conocemos como pluralidad y diversidad”²⁴.

En aquel mismo Informe Anual, la Relatoría de la CIDH, agregó que:

“Siguiendo esta tendencia, en los últimos años se ha venido interpretando que uno de los mayores requisitos fundamentales de la libertad de expresión es la necesidad de que exista una amplia pluralidad en la información y opiniones disponibles al público. Y es por ello que el control de los medios de comunicación en forma monopolica u oligopolica puede afectar seriamente el requisito de la pluralidad en la información. Cuando las fuentes de información están seriamente reducidas en su cantidad, como es el caso de los oligopolios, o bien existe una única fuente como los monopolios, se limita la posibilidad de que la información que se difunda cuente con los beneficios de ser confrontada con información procedente de otros sectores, limitando, de hecho, el derecho de información de toda sociedad. La existencia de

²² Kemelmajer de Carlucci, Aída, Derechos de los consumidores y derecho de la libre competencia, La Ley. Buenos Aires 2001.

²³ Para un análisis de la jurisprudencia posterior de la CIDH, con relación a este punto, nos remitimos a Loreti, D. y Lozano, L., libro ya citado, p. 149 y ss.

²⁴ CIDH, Relatoría de Libertad de Expresión, Informe Anual 2004, capítulo V.

monopolios u oligopolios públicos o privados constituye un serio obstáculo para la difusión del pensamiento propio, así como para la recepción de opiniones diferentes”²⁵.

De la misma manera, conviene citar la Convención de Unesco sobre Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, ratificada por Argentina en el año 2007. Allí, el texto internacional, aclara que

“La diversidad cultural se manifiesta no sólo en las diversas formas que se expresa, enriquece y transmite patrimonio cultural de la humanidad mediante la variedad de expresiones culturales, sino también a través de distintos modos de creación artística, producción, difusión, distribución y disfrute de las expresiones culturales, cualesquiera que sean los medios y tecnologías utilizados” (art. 4.1 de la Convención citada).

Y se aclara en el preámbulo que “las actividades, los bienes y los servicios culturales son de índole a la vez económica y cultural, porque son portadores de identidades, valores y significados, y por consiguiente no deben tratarse como si sólo tuvieran un valor comercial”.

Es en este contexto que las leyes en el derecho comparado establecen límites a la concentración no sólo cuando ésta tienda a la formación de monopolios u oligopolios, sino también cuando se producen procesos de abuso de posición dominante. Por esta razón, esta Comisión de Defensa de la Competencia debe activar todos los resortes necesarios para que estas situaciones no se concreten a partir de la fusión en estudio.

Tal como se ha señalado, por ejemplo, en los Estados Unidos se fijan techos de concentración de mercado por porcentaje de audiencia potencial o por cantidad de emisoras en la misma área de cobertura, y se limita la propiedad cruzada con otros medios (gráficos) en la misma área como consecuencia de la aplicación de las reglas de la agencia de comunicación federal y la ley de comunicación del año 1996. Por aplicación, siguiendo con el mismo ejemplo de Estados Unidos, de las leyes antimopólicas no se pueden superponer periódicos con televisión abierta. También “las licencias de radio no pueden sumar más del 15 % del mercado local, la audiencia potencial nacional no puede superar el 35 % del mercado ni se pueden poseer en simultaneo licencias de TV abierta y radio. En un reconocido caso como fue la fusión de America On Line con Time Warner, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos estableció condiciones para la aprobación de la operación”²⁶.

Sin dudas, el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, del año 2013, en el marco del caso “Clarín”, resulta por demás relevante para establecer qué criterio de ponderación debe guiar la decisión de esta Comisión de Defensa de la Competencia. Allí, la Corte Suprema dijo que

“A diferencia de lo que sucede en la libertad de expresión en su faz individual, donde la actividad reguladora del Estado es mínima, la faz colectiva exige una protección activa por parte del Estado, por lo que su intervención aquí se intensifica. Los medios de comunicación tienen un rol relevante en la formación del discurso público, motivo por el cuál el interés del Estado en la regulación resulta incuestionable” (CSJN, caso Clarín, 29 de octubre de 2013).

Los jueces Lorenzetti y Highton, en mayoría y en lo que aquí interesa, señalaron que el escrutinio sobre la constitucionalidad de la norma (la ley 26.522) debe “realizarse teniendo en cuenta la naturaleza y entidad de los derechos en juego: el derecho de propiedad y libre comercio del grupo actor (Clarín), y el derecho a la libertad de expresión en su faz colectiva”. Y agregaron luego de anliazar las reglas de control de la concentración del art. 45 de la citada ley 26.522 que

²⁵ CIDH, Relatoría de Libertad de Expresión, Informe antes citado.

²⁶ Loreti y Lozano, libro ya citado, página 193 y los ejemplos en extenso allí descriptos.

“no se requiere un mayor esfuerzo expositivo para concluir que las medidas en cuestión resultan idóneas para cumplir con los objetivos mencionados, en tanto las restricciones a la cantidad de licencias aparecen como apropiadas o aptas para permitir la participación de un mayor número de voces. (...) A diferencia de otros mercados, en el de las comunicaciones la concentración tiene consecuencias sociales que se manifiestan sobre el derecho a la información, un bien esencial para las libertades individuales” (CSJN, caso Clarín, citado).

Por todo ello, solicitamos que esta presentación sea considerada al momento de analizar y resolver el presente expediente administrativo. Entendemos que autorización solicitada por las empresas que pretenden fusionarse aún en los términos fijados por la Resolución 5644/2017 del (ENACOM) debe ser rechazada, en tanto las condiciones de extrema concentración que se generará su eventual aprobación conllevan un grave perjuicio para el interés económico general en los términos de la ley 25.156, y una amenaza al alcance, reconocimiento, ejercicio y garantía de la libertad de expresión y el derecho a la información de toda la sociedad argentina.

VII. Sobre la legitimación del CELS y la participación en el procedimiento de fusión referido

Como último punto, señalamos aquí y en función de la legitimación del CELS, antes referida, que esta presentación es consistente con los términos de la ley de defensa de la competencia, 25.156.

Como es de su conocimiento, en el art. 42 de la mencionada ley, se establece que “El Tribunal podrá dar intervención como parte coadyuvante en los procedimientos que se substancien ante el mismo, a los afectados de los hechos investigados, a las asociaciones de consumidores y asociaciones empresarias reconocidas legalmente, a las provincias y a toda otra persona que pueda tener un interés legítimo en los hechos investigados.

Tal como lo afirmó Kemelmajer de Carlucci, la ley es de avanzada en tanto habilita que una asociación de consumidores esté legitimada para acceder a la justicia invocando la violación de una norma antitrust. Por ej., podría oponerse a una fusión autorizada por la autoridad administrativa si acredita que esa concentración producirá un abuso de la posición dominante en el mercado”²⁷. Esta afirmación, en función de los intereses relevantes en juego, es perfectamente extendible a una organización de derechos humanos, como el CELS.

Sin otro particular, solicitamos que esta presentación sea incorporada al expediente en trámite, se agregue los poderes de representación que se aportan, y se resuelva en consecuencia.

²⁷ Kemelmajer de Carlucci, Aída, Derechos de los consumidores y derecho de la libre competencia, La Ley. Buenos Aires 2001. Ver en particular, las citas allí señaladas, en concreto, en la nota al pie 124.