

Doctrina Jurisprudencial
Cámara Federal de Apelaciones de General Roca

General Roca, 21 de abril de 2015.

VISTOS:

Estos autos caratulados "Catedral Alta Patagonia S.A. s/ apel resol Comisión Nac Defensa de la Compet" (Expte.Nº FGR 6501/2015CA1); remitidos por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia; y

CONSIDERANDO:

Que de acuerdo con lo establecido en el art.26 del decreto ley 1.285/58, es facultad de las cámaras de apelaciones dictar sus resoluciones interlocutorias por voto de los magistrados que las integran, por lo que en esta ocasión cada uno de los miembros del tribunal emitirá su opinión en la forma que sigue.

El doctor Mariano Roberto Lozano dijo:

1. Que la resolución Nº 48/12 de fs.706/709 de la Secretaría de Comercio Interior, mediante la que se ordenó a Catedral Alta Patagonia que se abstuviera de bloquear pases o exigir cánones diferenciales a los fotógrafos que trabajan o pretendan trabajar en el Cerro Catedral, y se prohibió la celebración de contratos que otorgasen la concesión del servicio de fotografía y, finalmente, se impuso a la mencionada una multa de ciento cincuenta mil pesos (\$150.000) por infracción al art.1 de la ley 25.156, fue recurrida por la firma sancionada mediante el escrito motivado de fs.816/835vta.

2. Que la autoridad administrativa interviniente concedió el remedio y elevó las actuaciones a la Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal, todo mediante el despacho de fs.838.

3. Que en la resolución obrante a fs.866/866vta. la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial

USO OFICIAL

~~Fuere el recurso de apelación que se interpuso en el caso de autos, por lo que se dispuso la remisión a esta cámara.~~

dispuso la remisión a esta cámara.

4. Que la competencia asignada a este cuerpo en mi opinión no admite objeciones, pues así surge de lo establecido en el art.53 de la ley 25.156, el cual establece que "El recurso de apelación deberá interponerse y fundarse ante el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia dentro del plazo de quince (15) días de notificada la resolución. Dicho Tribunal dentro de los cinco (5) días de interpuesto el recurso deberá elevar el expediente a la Cámara Nacional de Apelaciones en Comercial o a la Cámara Federal que corresponda en el interior del país" (el resaltado me pertenece).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, avocada a interpretar la norma atributiva de competencia territorial en un caso regido por la antigua ley de defensa de la competencia n°22.262, que contenía exactamente la misma disposición que aquella, sostuvo que "es aquí donde ha tenido comienzo el proceso ejecutivo de la infracción cuya sanción se procura, dato este que en el caso adquiere eficacia dirimente a los fines de determinar la competencia, desde que, asimismo, es en esta ciudad donde se encuentran los respectivos registros y el domicilio social de la supuesta infractora, con lo cual, asignándose el conocimiento del recurso a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal y Económico, se respeta el principio en virtud del cual es competente el tribunal con jurisdicción en el lugar de comisión del hecho y se satisfacen también las exigencias planteadas por la economía procesal y la necesidad de favorecer, con el buen servicio de justicia, la defensa de la imputada." (El resaltado de Fallos 311:1717 es mío).

5. Que en lo que es materia de recurso, observo que para resolver del modo en que lo hizo la Secretaría de

Comercio Interior se apoyó en las recomendaciones y fundamentos que desplegó la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia en su dictamen de fs.684/704. Allí se sostuvo que Catedral Alta Patagonia S.A. (CAPSA) ostentaba una clara posición dominante en el mercado merced a su condición de concesionario monopólico de los medios de elevación del Cerro Catedral, y que si bien la empresa no era un oferente directo de los servicios de fotografía, la señalada posición dominante le otorgaba la capacidad de determinar la viabilidad económica de esa actividad.

A continuación, el organismo analizó las constancias reunidas en el expediente y, puntualmente, los testimonios de varios fotógrafos que habían suscripto contratos con CAPSA, en los cuales se estipularon limitaciones para el desarrollo de la actividad de toma de fotografías, circunscribiéndola a zonas específicas del cerro. Asimismo, constató que sin la suscripción de esos contratos los trabajadores no podían obtener sus pases a los medios de elevación, o estos les eran bloqueados.

Más adelante, la Comisión descartó que CAPSA contara con la prerrogativa de concesionar el servicio de fotografía en el cerro. Para llegar a esa conclusión se apoyó en los informes emitidos por la Fiscalía de Estado de la Provincia de Río Negro y por el Ministerio de Turismo de la misma provincia, en los que explícitamente se indicó que el servicio fotográfico no constituía materia concesionada y que, por lo tanto, no estaba alcanzado por el contrato de exclusividad de la concesión.

De las premisas descritas la Comisión extrajo la conclusión de que la conducta de CAPSA resultaba abusiva por

imponer restricciones que impedían a los fotógrafos prestar libremente sus servicios en el Cerro Catedral, cuando sus potestades se limitaban exclusivamente a exigir el pase correspondiente para acceder a la montaña a través de los medios de elevación bajo su administración. Explicó que, además, esa conducta de la empresa limitaba la libre competencia de los distintos oferentes y repercutía en el precio del servicio, que había aumentado un 25% entre las temporadas 2004 y 2005.

Concluyó diciendo que el obrar de CAPSA constituía una violación a los arts. 1 y 2 inc.f) de la ley 25.156, por lo que aconsejó al señor Secretario de Comercio a tomar la resolución que finalmente adoptó en el pronunciamiento de fs.706/709, ya citado.

6. Que en su memorial la recurrente postuló la presencia de severas inconsistencias de la denuncia del fotógrafo, señor Castro, en virtud de la cual se dio inicio a las actuaciones que desembocaron en la resolución recurrida. De ello se derivaba, según sostuvo, la carencia de una imputación clara, descriptiva de un hecho ilícito efectivamente ocurrido, con lo que se lesionaba la garantía al debido proceso. Para sumar a lo anterior, recordó el desistimiento practicado por el denunciante en el curso del proceso, lo que terminaba por dejar huérfana la acusación en contra de CAPSA.

Por otro lado, destacó que el contrato con Castro había sido firmado voluntariamente por ambas partes, sin reserva alguna y sin presencia de cláusulas predispuestas. Asimismo, recordó que la propia Municipalidad de Bariloche (autoridad encargada de otorgar las habilitaciones a los fotógrafos) había indicado en su momento, como un requisito

Cámara Federal de Apelaciones de General Roca

para trabajar en el cerro Catedral, la firma del mencionado convenio con la concesionaria de los medios de elevación.

El recurrente siguió diciendo que la conducta de CAPSA no solo no había derivado en un perjuicio para el interés económico general (art.1 de la ley 25.156), sino que en el curso de las actuaciones había quedado acreditado que se preservó el mercado, protegiendo la libertad de los trabajadores y evitando toda injerencia en los precios del servicio. En ese sentido, negó que el contrato con la empresa "Defotos.com" implicara exclusividad, y citó testimonios de fotógrafos que así lo declararon. También echó mano a los dichos de los testigos para sostener que los precios de las fotografías no variaban entre los distintos prestadores.

Sostuvo que la empresa solo exigía a los trabajadores la habilitación municipal para desempeñarse en sus tareas y el pase de acceso a los medios de elevación, sin agregar ningún requisito con virtualidad para obstaculizar el libre desenvolvimiento de la actividad comercial.

Explicó que las limitaciones que se impusieron no pasaron de ser requerimientos ordenatorios que no constituían per se conductas anticompetitivas, ni podían ser tildadas de ilegítimas o inconstitucionales. En igual sentido, defendió lo hecho por CAPSA argumentando que similares prácticas eran llevadas a cabo comúnmente por otras empresas titulares de concesiones e, incluso, por organismos públicos -mencionó expresamente a la Administración de Parques Nacionales-, las cuales se instrumentaban mediante contratos similares a los que había suscripto CAPSA.

Conectado con lo anterior, la recurrente destacó que la toma de fotografías no constituía un derecho

irrestringido, por lo que era susceptible de reglamentación; y que lo era especialmente en el presente caso, teniendo en cuenta que CAPSA debía cumplir con las normas del "Reglamento de Funcionamiento y Seguridad de Pistas de Esquí del Cerro Catedral", sancionado por la resolución 166/2006 del Ente Regulador para la Concesión del Cerro Catedral (ENRECAT), que ponía en cabeza de la concesionaria el deber de velar por la seguridad de esquiadores y peatones en las pistas y en los medios de elevación. En tal sentido, y en varios pasajes de su memorial, hizo hincapié en que el control y otorgamiento de cupos era absolutamente necesario para llegar a ciertos estándares de excelencia y seguridad en la prestación del servicio a su cargo, pues con esa práctica la empresa podía conocer la cantidad de fotógrafos que se encontraban trabajando y en qué lugares del área esquiable lo hacían. Al mismo tiempo, sostuvo, se garantizaba la comodidad de los esquiadores que también era un derecho que les asignaba el citado reglamento.

En un apartado siguiente postuló la incompetencia de la Secretaría de Comercio Interior para dictar la resolución 43/2012, argumentando que la ley 25.156 no otorgó a ese órgano administrativo autorización para ejercer funciones jurisdiccionales. Explicó que si bien la justicia federal había admitido que el Secretario de Comercio y la CNDC podían ejercer las competencias que la ley le confirió al Tribunal de Defensa de la Competencia -aun no constituido- esa habilitación se limitaba a las causas ya iniciadas bajo la ley 22.262, pero sin incluir a las nuevas.

Para concluir, sostuvo que se había violado la garantía del debido proceso al faltarse al deber de

Cámara Federal de Apelaciones de General Roca

desentrañar la verdad material y obviar el principio de inocencia, ambos pilares de todo sistema sancionatorio.

7. Que es menester iniciar la solución del presente caso despejando el agravio referido a la competencia del órgano administrativo para dictar la resolución que viene recurrida, pues de prosperar dicha queja resultaría innecesario pronunciarse sobre las demás cuestiones incluidas en el recurso.

Pues bien, entiendo que este planteo de la recurrente no debería ser receptado. Si se atiende al texto completo del art.58 de la ley 21.156 -dejándose de lado el análisis que de ella hizo la recurrente, y que peca de importantes omisiones en punto a su texto-, se observa que el organismo de aplicación de la derogada ley 22.262 (CNDC y Secretaría de Comercio) mantuvo la misma competencia sancionatoria, no solo para los procesos iniciados con anterioridad a la entrada en vigencia de aquella, sino también "en todas las causas promovidas a partir de la entrada en vigencia de esta ley". Queda claro que la postura sostenida en el recurso no encuentra respaldo en la letra de la norma.

8. Que zanjado ese asunto preliminar, corresponde avanzar sobre los demás cuestionamientos realizados a la resolución.

En autos no se halla controvertido el hecho de que CAPSA prestó servicios monopólicos en el mercado de los medios de elevación del Cerro Catedral, los cuales, lógicamente, y como bien se señaló en el dictamen de la Comisión de Defensa de la Competencia, constituían lo que la doctrina denomina una "facilidad esencial" pues sin ellos no

era posible acceder a las pistas donde se prestaba el servicio de fotografía a los esquiadores (SERVIO, G. y ROPOLO, E., en "Ley de Defensa de la Competencia", Ed. La Ley, Pág.170). Tampoco está discutida la materialidad de la conducta llevada adelante por la empresa, consistente en imponer a los fotógrafos, como requisito previo a habilitarles el pase de acceso a los medios de elevación, la celebración de contratos que delimitaban zonas específicas para que desarrollasen su labor, además de imponerles el pago de un canon a favor de la empresa.

Según entiendo, la controversia se ciñe entonces a la evaluación de dicha conducta a la luz de la normativa vigente, focalizando especialmente en una incógnita que es menester develar. Esto es, si CAPSA, en abuso de su posición de dominio y de su absoluto control sobre el acceso a una facilidad esencial, efectivamente limitó y/o restringió irrazonablemente la competencia, distorsionando así el mercado de servicios de fotografía y, por ende, cometió una infracción a la ley de defensa de la competencia, o si, por el contrario, la restricción de acceso que vengo tratando estuvo justificada en el alcance de un objetivo de mayor importancia -impuesto legalmente según la quejosa- y distinto del que se le atribuyó en la resolución impugnada (el de quedarse ilegítimamente con una porción -en este caso total- de ese mercado).

De tener razón la apelante se estaría, a mi modo de ver, ante una "causa de justificación" con virtualidad para restar antijuridicidad a la conducta que se le enrostró. Así lo contemplan, para los campos del derecho en que cada uno rige, los arts.34 inc.4° del CP y 1071 del CC; y la misma conclusión se impone sobre la base del principio de unidad.

Cámara Federal de Apelaciones de General Roca

del ordenamiento jurídico según el cual un mismo acto no puede ser lícito en un ámbito y, al mismo tiempo, ilícito en otro, sino que lo será, o no, en confrontación con todo el derecho.

Dicho ello, computo que CAPSA en todo momento -no solo cuando le tocó expresar agravios, sino mucho antes, cuando hizo su primer descargo del 30 de noviembre de 2005- señaló, enfáticamente, que la restricción de acceso a los fotografías estuvo motivada en el cumplimiento de deberes legales que le imponían el logro de ciertos estándares de seguridad para los esquiadores. Entre los agravios mencionó concretamente la resolución del ENRECAT 166/2006, que así lo estableció.

En el caso que aquí ocupa al tribunal es sencillo colegir que la imposición de límites en la cantidad de fotografías oferentes en el mercado probablemente pudo repercutir -y de hecho, según la CNDC, repercutió- en los precios que los consumidores debían pagar por el servicio que ellos prestaban.

No obstante, si bien un aumento de precios puede, por hipótesis, acarrear el "perjuicio para el interés económico general" al que se refiere el art.1° de la LDC, entiendo que es necesario dar un paso más adelante en el análisis para así, en una observación más fina de lo ocurrido, dilucidar si la "práctica horizontal exclusoria" que hizo la sancionada -que, como su nombre indica, está destinada a quitar del mercado a uno o varios actores, o bien, dentro de la misma categoría pero de forma más específica, a obstaculizar la entrada o permanencia de uno o

más competidores (art.2 inc.f de la ley 21.156)- estuvo justificada y por ello debió ser tolerada.

En igual sentido la Comisión Europea, órgano de aplicación de legislación que es inspiradora de nuestro régimen de defensa de la competencia -según se explica en la obra arriba citada, pág.167- establece tres requisitos para considerar anticompetitivas las prácticas exclusorias: a) que sean llevadas a cabo por una empresa con posición dominante; b) que se utilicen métodos considerados ilegales; y c) que no existan justificaciones suficientes para la conducta en cuestión.

Pues bien, propongo centrar el análisis en el último de tales requisitos. En esa faena, no tengo dudas de que la causa de justificación invocada realmente existió, y de que CAPSA obró en cumplimiento de deberes legales que pesaban sobre ella. Me estoy refiriendo concretamente al deber de seguridad que, en virtud de lo que establece el art.42 de la CN reformada en 1.994 -reglamentado en este punto por el art.5° de la ley de Defensa del Consumidor n°24.240- tiene todo prestador de un servicio para con quienes son sus destinatarios. Deber que, en el caso que aquí se analiza, si bien se vio reafirmado, contextualizado, y precisado por la resolución n°166/2006 del ENRECAP que impuso a aquella el cumplimiento de un determinado estándar de seguridad, no nació con el dictado de ésta sino que ya pesaba sobre esa concesionaria en virtud de las normas de mayor jerarquía que describí.

Por otro lado, creo que no tiene nada de irrazonable -sino todo lo contrario-, si se atiende a lo que implica la práctica del esquí, el que se limitase la cantidad de fotografías apostados en las pistas. La sola compulsas de

Cámara Federal de Apelaciones de General Roca.

las normas FIS para la práctica de ese deporte -y los comentarios que sobre ellas ha hecho esa misma Federación- (y que algún fallo y la doctrina consideraron derecho consuetudinario regulatorio de la circulación en pista -sent. de la Cámara Civil y Comercial de Bariloche, en autos "Beloqui c. Esc. Esquí y Otros s/ Daños y Perjuicios", del 30/06/1999, inédito; y José Luis Marcó, en "Daños en la Actividad Deportiva. La práctica del Esquí y Disciplinas Afines", diario La ley del 18/11/2004), que pueden consultarse fácilmente por internet en los portales del Club Andino de Bariloche y otras instituciones vinculadas a esa actividad, y que nacieron como consecuencia de aplicar el sentido común en aras de reducir los riesgos intrínsecos en él, permite afirmar que la detención de un esquiador en cualquier lugar de la pista y la distracción o atención insuficiente en lo que acontece en el entorno, son factores de riesgo y, muy frecuentemente, causa de accidentes y de daños a la salud e integridad física de propios y terceros.

Y si la aparición de cualquier obstáculo o elemento distractivo en el recorrido de la pista puede incidir de forma decisiva en la producción de un accidente, va de suyo que la superpoblación de fotógrafos y la anarquía en la asignación de lugares seguros para su apostamiento, de ningún modo contribuye a brindar el estándar mínimo de seguridad al que, por mandato constitucional, tiene todo consumidor.

Para graficar lo que pienso, imagino a los fotógrafos llamando la atención de los esquiadores para tomarles una placa, y a éstos, naturalmente, desentendiéndose de circular de manera segura para hacerlo en pos de privilegiar la toma. A lo que sumo las previsibles disputas

USO OFICIAL

entre los oferentes del servicio, pugnando por hacerse de los mejores lugares para vender su producto, y ni que hablar de la azarosa -en el mejor de los casos- manera de solucionarlas, civilizadamente o, por qué no, mediante la selvática ley del más fuerte. Situación caótica que sin dudas a nadie beneficia.

Claro que harina de otro costal es la cuestión atinente a la modalidad que escogió CAPSA para asignar las zonas a cada profesional, suscribiendo un contrato y cobrándoles un canon por ello. Empero, entiendo que la solución no debería cambiar si se atiende a ese aspecto del caso, pues ese *modus operandi* no aparece en sí mismo irrazonable, ni se ha dicho siquiera que a la sazón se privilegiara a algún contratante por sobre otro, o que de esa manera se persiguiese, solapada y principalmente, un beneficio económico ilegítimo. Nada de eso fue planteado ni analizado por la CNDC, cuya acusación se centró en la prohibición de sub-concesionar, sin evaluar la causa de justificación que invocó la sancionada.

Recapitulando: Por prescripción constitucional CAPSA debió velar siempre por la seguridad de los usuarios del centro invernal, lo que le otorgó prerrogativas de control más amplias que aquellas formalmente descritas en el contrato de concesión originario. A su vez, la distribución de los fotógrafos en zonas especialmente asignadas conforme patrones de seguridad seguidos por la empresa, y la limitación de su número, aun cuando ello pudiese afectar la competencia y motivar un aumento en los precios del servicio, aparecieron como cursos de acción razonables y justificados en el cumplimiento de aquel deber. Por último, las constancias de autos no demuestran una utilización arbitraria

Cámara Federal de Apelaciones de General Roca

o maliciosa de tal prerrogativa, ni que su utilización haya derivado en un perjuicio especial para alguno de los oferentes.

Todo lo dicho hasta aquí me lleva a la conclusión de que el recurso debería ser admitido y, en consecuencia, la resolución de la CNDC revocada.

El doctor Richar Fernando Gallego dijo:

Coincido con lo expuesto en el voto que antecede y adhiero a la propuesta que formula.

Por lo expuesto, EL TRIBUNAL RESUELVE:

I. Hacer lugar al recurso de fs. 816/835vta., y revocar la resolución N° 48/12 de la Secretaría de Comercio Interior, sin costas;

II. Registrar, notificar, publicar y devolver a la autoridad de origen.

El doctor Ricardo Guido Barreiro no suscribe la presente (Acordada 9/82)

USO OFICIAL

MARIANO E. LOZANO
JUEZ DE CAMARA

RICHAR FERNANDO GALLEGO
JUEZ DE CAMARA

Ante mí:

MARIA FEDRA GIOVENALI
SECRETARIA