



República Argentina - Poder Ejecutivo Nacional
2021 - Año de Homenaje al Premio Nobel de Medicina Dr. César Milstein

Dictamen firma conjunta

Número:

Referencia: COND 1756 - MEDIDA CAUTELAR - DICTAMEN

SEÑORA SECRETARIA DE COMERCIO INTERIOR

Elevamos para su consideración el presente dictamen referido a las actuaciones que tramitan bajo el Expediente EX-2020-58601735- -APN-DGD#MDP, caratulado “**TELECOM ARGENTINA S.A. S/ INFRACCION LEY 27.442 (C. 1756)**”, del Registro del MINISTERIO DE DESARROLLO PRODUCTIVO, en trámite ante esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

I. SUJETOS INTERVINIENTES.

1. La denunciante es la firma ATX S.A. (en adelante, “ATX”), una empresa argentina licenciataria de Servicios de Telecomunicaciones^[1] autorizada para prestar servicios de valor agregado. Entre los servicios corporativos que presta se destacan: desarrollo de aplicaciones móviles, soporte tecnológico, integración de sistemas, comunicaciones masivas y plataformas interactivas.
2. La denunciada es la firma TELECOM ARGENTINA S.A. (en adelante, la “DENUNCIADA” o “TELECOM”, indistintamente), una empresa argentina prestadora de servicios de tecnología de la información y las comunicaciones, entre los que se encuentran los servicios de comunicaciones móviles.
3. A su vez, la DENUNCIADA presta servicios de internet de alta velocidad y conectividad fija y móvil, en voz y datos, para personas, hogares, empresas y gobiernos, en todo el ámbito de la República Argentina. También cuenta con una plataforma de contenidos en vivo y *on demand*, a través de las marcas comerciales Personal, Fibertel, Cablevisión y Flow.

II. ANTECEDENTES.

4. Las presentes actuaciones se originaron con fecha 2 de septiembre de 2020, a partir de la denuncia efectuada ante esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (en adelante, “CNDC”) por ATX contra la firma TELECOM, por la presunta comisión de conductas y prácticas restrictivas de la competencia, en violación de la Ley N.º 27.442 de Defensa de la Competencia (en adelante, “LDC”).
5. El DENUNCIANTE manifestó que su actividad principal consiste en brindar servicios de telecomunicaciones corporativos, para lo cual debe contratar los servicios de las empresas que proveen el servicio de telefonía móvil.

6. Además, indicó que la DENUNCIADA presta servicios de telecomunicaciones regidos por la Ley N.º 27.078, manteniendo con esta una relación licenciatario–licenciatario; por lo que si bien ambas empresas realizan actividades económicas en todo el territorio nacional, dentro del mismo mercado, tienen diferencias significativas en cuanto a las posiciones relativas que cada una posee.

7. Sobre el hecho que motivó la denuncia, ATX expresó que con fecha 13 de mayo de 2020, TELECOM modificó las cláusulas del contrato del servicio de terminación de ciertas llamadas, que le prestaba en el marco de un acuerdo de fecha 28 de febrero de 2020, renovado el 1º de abril de 2020. Además, TELECOM le notificó que a partir de la fecha mencionada precedentemente, el servicio deberá contratarlo con terceras empresas *off shore* que no poseen licencia de Servicios TIC en Argentina, ni son reconocidas por la normativa local.

8. Explicó que TELECOM designó a las firmas COMFONE AG e INFOBIP LTD como intermediarias en la contratación del servicio, situación que sólo generarían interfases absurdas e innecesarias, generando en consecuencia un uso ineficiente de la red de ATX y de sus recursos asociados y provocándole a su vez una grave distorsión de sus servicios de telecomunicaciones, con la consiguiente pérdida de calidad para sus clientes y usuarios.

9. Agregó que con tal maniobra, TELECOM estaría internacionalizando un servicio que es doméstico, regulado por la normativa nacional y que tributa en el país.

10. En ese sentido, sostuvo que *“con estos acuerdos con terceros, no sólo modifica unilateralmente la ‘ruta técnica’ para que ATX pueda prestar sus servicios sino que, además, impone a ATX una nueva forma de pago configurando así una ‘ruta del dinero’ con destino en el extranjero”*.

11. Sostuvo que tal internacionalización forzosa impactaría negativamente sobre ATX, en tanto le genera un incremento exorbitante en sus costos, tanto por el aumento del precio del servicio en dólares, como por la obligación de pagar a las empresas intermediarias mediante giros al exterior, situación que en el contexto del país, resulta prácticamente imposible.

12. ATX manifestó que tal aumento implicaría una fijación de precios excesivos indirecta ya que el precio del servicio pasó de U\$S 0,020, a U\$S 0,060 y luego a U\$S 0,075 a los treinta y cuarenta y cinco días, respectivamente.

13. Adicionalmente, detalló que INFOBIP LTD., una de las empresas intermediarias designadas por TELECOM, es una compañía que opera a nivel global y que además posee una filial en Argentina, INFOBIP LATAM S.A., que si bien no son licenciatarios de servicios de telecomunicaciones, tal como queda documentado en el “Listado de Licencias” del ENTE NACIONAL DE COMUNICACIONES, ambas firmas compiten de manera directa contra ATX en la prestación del mismo servicio y en el mismo mercado.

14. Habida cuenta de lo antes mencionado, señaló que tal situación implicaría una concertación entre ambas empresas con el objeto de excluir a ATX del mercado, instrumentado a través del intercambio de información.

15. Manifestó que la conducta de la DENUNCIADA encuadraría en el artículo 2, inc. a) y b), y en el artículo 3 inc. a), b), c), e), f) y g) de la Ley N.º 27.442.

16. Ante este escenario, ATX solicitó a esta CNDC el dictado de una medida cautelar en los términos del artículo 44 de la LDC, con el propósito de que TELECOM *“cese de su práctica absolutamente restrictiva de la competencia y por la cual establece obligaciones de compra que imponen condiciones para la prestación limitada de servicios para los cuales ATX está debidamente licenciada por el Estado Nacional”*.

17. Agregó que el fin de la medida solicitada sería evitar que se produzca un daño que puede terminar con la exclusión de la empresa ATX del mercado, en beneficio de un prestador histórico en el mercado de las telecomunicaciones como lo es la DENUNCIADA.

18. Finalmente, en el mismo escrito de denuncia, acompañó la siguiente documental: a) Anexo I: Acta de designación de ATX; b) Anexo II: Constancia de CUIT de ATX; c) Anexo III: Certificado MIPyME de ATX; d) Anexo IV: Licencia emitida a favor de ATX por Resolución SC N° 1060/1999; e) Anexo V: Facturación emitida por Telecom Argentina a ATX donde consta la aplicación de la Alícuota del 27%; f) Anexo VI: Copia de los contratos entre Telecom Argentina y ATX; g) Anexo VII: Notificación de Telecom Argentina a ATX sobre cambio de términos y condiciones del contrato vigente entre las partes; h) Anexo VIII: Acta del RENAPER. Finalmente, formuló reserva del caso federal.

III. ATX DENUNCIA HECHO NUEVO.

19. Con fecha 10 de septiembre de 2020, el Sr. Rubén Santiago Ward, en representación de ATX, denunció como hecho nuevo que *“TELECOM ARGENTINA S.A. procedió a cortar intempestivamente los servicios que provee a ATX, obstaculizando así la permanencia de ATX en el mercado para luego excluirla del mismo”*.

20. Informó asimismo, que cursó múltiples reclamos a TELECOM por la degradación en la calidad de servicio sufrida, los que *“no fueron atendidos en tiempo y forma y al escalar los mismos el problema quedó de manifiesto y el bloqueo de servicios quedó consumado y confirmado por el propio autor”*, impidiendo que ATX pueda continuar con el ejercicio de su industria y comercio.

21. En apoyo de sus dichos, la DENUNCIANTE adjuntó documentación respaldatoria de dichas comunicaciones y requirió nuevamente el dictado de una medida cautelar, con la finalidad de que TELECOM restituya los servicios que le presta y se abstenga de aplicar otros términos y condiciones sobre el contrato vigente con ATX.

IV. AUDIENCIA DE RATIFICACIÓN.

22. Con fecha 17 de septiembre de 2020, se celebró la audiencia de ratificación de la denuncia.

23. En dicha oportunidad, el presidente de ATX señaló que la actividad principal de la empresa es la prestación de diversos servicios de tecnología y telecomunicaciones, particularmente el desarrollo de software, plataformas de *contact center* y servicios transaccionales vía SMS a clientes corporativos e institucionales, tanto a nivel nacional e internacional.

24. Expresó que la relación contractual con TELECOM existe desde hace más de 10 años.

25. En su declaración describió la conducta de TELECOM, indicando que la referida firma alteró de manera unilateral las condiciones contractuales vigentes. Como consecuencia de eso incrementó desproporcionadamente los precios, introduciendo una diferenciación entre los precios cobrados a los clientes internacionales de ATX y los clientes nacionales, interrumpiendo finalmente sus servicios, asignando el monopolio del tráfico internacional de SMS a clientes de Personal a INFOBIP LTD, empresa competidora de ATX.

26. Indicó que esto dejó a ATX sin posibilidad de contratar con ningún proveedor alternativo, lo cual constituiría una práctica abusiva, restrictiva de la competencia que podría determinar su exclusión del mercado y generar un aumento de precios al consumidor y a las empresas que demanden el servicio en un futuro.

27. Agregó que a nivel nacional se compite por calidad y prestaciones mientras que a nivel internacional la competencia se da exclusivamente por precio.

28. Continuó diciendo que la pérdida del servicio SMS a clientes de Personal implicaría la pérdida del 100% de la facturación de ATX, ya que sus clientes elegirían un proveedor de servicios alternativo que le garantice la recepción del 100% del tráfico de terminación hacia los tres operadores móviles, Movistar, Claro y Personal.

29. Indicó que el mercado afectado por la supuesta conducta es el de prestación de servicios de *“SMS Clientes de PERSONAL”*.

30. Aseguró que la única vía para prestar el servicio a sus clientes corporativos y/o institucionales que requieren enviar SMS a clientes de PERSONAL es acceder necesariamente a la red de TELECOM y la de sus socios técnicos INFOBIP LTD y COMFONE AG, ya que si bien resulta técnicamente factible (a través de la red de otro agregador), esto implicaría un sobrecosto económicamente inviable.

31. Por otra parte, al ser preguntado si conocía si otras empresas que demandan el servicio a TELECOM habrían sido perjudicadas por el cambio de condiciones comerciales, expresó que todas las agregadoras que compiten en el mercado a nivel nacional fueron afectadas.

32. Sostuvo que desde que se presentó la denuncia ante esta CNDC, ATX habría perdido el 50% del tráfico internacional.

33. El día 18 de septiembre de 2020, presentó ante esta CNDC documentación respaldatoria y solicitó su confidencialidad, lo que dio lugar a la formación del expediente EX-2020-65348106- -APN-DGD#MDP, caratulado "INC. C. 1756 - ATX S.A. S/ CONFIDENCIALIDAD".

V. NUEVA PRESENTACIÓN DE ATX.

34. Con fecha 12 de noviembre de 2020, el Sr. Rubén Santiago Ward, en representación de ATX, realizó una nueva presentación ante esta CNDC y manifestó que el corte y bloqueo de servicios ejecutado por TELECOM contra ATX persistía en la actualidad, y señaló la necesidad de una medida cautelar que ordene el cese de las conductas denunciadas.

35. Concretamente, solicitó a esta CNDC que *"ordene a la empresa TELECOM ARGENTINA S.A. el cese de su práctica absolutamente restrictiva de la competencia y por la cual establece obligaciones de compra que imponen condiciones para la prestación limitada de servicios para los cuales ATX está debidamente licenciada por el Estado Nacional."*

36. Reiteró que *"TELECOM ARGENTINA S.A. pretende así obligar a ATX a que proceda a contratar con terceras empresas, extranjeras y sin registro bajo la normativa argentina, para enrutar a través de ellas el tráfico de ATX y que tiene por destino, precisamente, la 'Terminación Local' en la propia red de TELECOM ARGENTINA S.A."* y que, con este accionar, *"está extranjerizando la interconexión, haciéndola forzosa, cara e innecesaria técnica y económicamente"*.

37. Manifestó que, con este proceder, TELECOM estaría actuando en detrimento del interés económico general.

38. Agregó que, con su conducta, TELECOM estaría generando una *"afectación mediante acuerdos para controlar la prestación de los servicios de ATX; fijación indirecta de precios por incremento exorbitante de costos; concertación para el intercambio de información; concertación para la exclusión del mercado"*.

39. Volvió a mencionar los múltiples reclamos cursados ante TELECOM por la degradación en la calidad de servicio sufrida, y adjuntó documentación respaldatoria de dichas comunicaciones.

40. Finalmente, señaló que ATX no tiene un poder significativo de mercado, ni dominancia, y que *"vive desarrollando su industria y prestando sus 'Servicios Públicos' esenciales y estratégicos en competencia"*.

VI. ANALISIS DE LA PROCEDENCIA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES SOLICITADAS.

41. A los fines de determinar si se encuentran acreditados los extremos suficientes para el dictado de una medida cautelar, es preciso identificar previamente, aunque sea de una manera preliminar y evitando un prejuzgamiento sobre la conducta, cuál es el servicio de ATX que se encuentra afectado, cómo funciona su proceso productivo, su presunto mercado y actores involucrados, incluyendo clientes y proveedores de los insumos críticos.

42. Una vez dilucidados esos puntos se abordará concretamente la cuestión de la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora.

VI.1 El Servicio afectado por la conducta.

43. De acuerdo a los dichos del DENUNCIANTE y las pruebas acompañadas, ATX estaría viendo afectado por la conducta de TELECOM su servicio denominado “bulk SMS service” o “servicio de SMS masivo”.

44. Dicho servicio funciona a grandes rasgos de la siguiente manera:

a. Una firma o institución denominada contractualmente “anunciante” requiere el envío o recepción de cierta información hacia o desde sus clientes. La información puede ser una clave, el estado de un trámite, cierta publicidad o cualquier otra información. En general se trata de envíos masivos que se realizan a través de SMS y que contractualmente se definen como “aplicaciones y campañas”.

b. El anunciante, una firma o institución que puede estar radicada en nuestro país o en el exterior, contrata a un “integrador” o “agregador” para que procese los mensajes y los entregue al “cliente” a través de una de las redes de telefonía móvil. En el caso bajo análisis, el integrador o ATX, es una empresa local y los clientes son usuarios locales de una de las empresas de telefonía móvil que operan en nuestro país.

c. La firma ATX recibe el requerimiento de entrega del SMS del anunciante de diferentes maneras, en general podemos decir que es a través de alguna aplicación que trabaja sobre Internet y no sobre una red de telefonía móvil. Esto significa que TELECOM no interviene necesariamente en el vínculo técnico entre el anunciante y ATX, por lo que desde el punto de vista del tráfico y del costo, el lugar donde esté radicado el anunciante o desde donde parta al requerimiento no hacen ninguna diferencia.

d. Una vez que el integrador (en este caso ATX) recibe el pedido del anunciante, se comunica con las empresas prestadoras de servicios móviles para que estas entreguen los SMS correspondientes a sus clientes, una de ellas es TELECOM. La transmisión de esta información opera sobre la red local móvil. En rigor el cliente podría encontrarse en el exterior, pero el ruteo del SMS hacia el exterior es más una cuestión interna entre la empresa de telefonía móvil y su cliente y no afecta el presente análisis.

La siguiente infografía resume el circuito del mensaje de texto entre los distintos actores.



Fuente: gráfico realizado a partir de la información que surge del expediente.

e. Puede darse el caso de que un cliente inicie una comunicación destinada a cierto anunciante. Supongamos que necesita

comunicarse vía SMS para solicitar una clave, para verificar alguna información determinada o para brindar cierta información. Ese SMS que envía esta persona, utiliza la red de las empresas prestadoras de telefonía móvil para llegar a la empresa integradora. Esta última, luego informa al anunciante los datos que le llegaron a través de un SMS. Este último envío de información se suele hacer a través de Internet.

f. El uso de la red de telefonía móvil es entonces un insumo crítico para el integrador para poder brindar su servicio. El integrador debe poder acceder a todas las redes existentes en un mercado determinado, ya que un servicio limitado solo a ciertos clientes de ciertas redes perdería mucha de utilidad.

VI.2 Los contratos y sus modificaciones.

45. Analizado el proceso productivo del servicio de SMS masivo, pasamos a examinar las relaciones comerciales a las que este da lugar.

46. Es fácil apreciar en este punto que las relaciones cliente-anunciante y cliente-empresa de telefonía móvil no son relevantes a los fines del presente análisis. Solo es importante destacar que una vez que un cliente elige una compañía de telefonía móvil, para cualquier agente que requiera comunicarse de cualquier manera con dicho cliente, la red de su prestador es un insumo crítico que no puede ser sustituido y la empresa propietaria es monopólica frente a dicho agente.

47. Tal como surge del resumen previo, una firma integradora necesita establecer dos tipos de contratos distintos para poder operar en el mercado.

48. Por un lado, necesita suscribir contratos con los anunciantes para vender sus servicios de SMS masivos. Estas firmas, tal como fuera dicho previamente, pueden encontrarse en nuestro país o en el extranjero, puesto que resulta indiferente dada la tecnología actual.

49. Por otro lado, necesita suscribir contratos de “paquetes de SMS” con todas las empresas de telefonía móvil que operan en el ámbito geográfico dentro del cual el integrador presta sus servicios para poder reenviar esa información a los clientes finales.

50. Para el caso del contrato suscripto entre TELECOM y ATX, su objeto puede resumirse de la siguiente forma: TELECOM se compromete a comercializar a ATX paquetes de SMS Bulk para ser remitidos o intercambiados con clientes de telefonía celular de dicha firma, a cambio de un precio que se estipula por SMS procesado.

51. Cabe señalar que los contratos suscriptos entre ATX y el resto de las operadoras de telefonía móvil tienen objetos similares.

a. Contrato vigente entre abril de 2019 y marzo de 2020.

52. Precio de servicio de paquete de SMS pactado: durante la vigencia del contrato TELECOM cobró un solo precio en pesos. En este sentido, los mensajes originados desde un móvil o recibidos por el operador móvil tendrían un valor de \$0.50 (cincuenta centavos de pesos) por cada SMS.

b. Contrato vigente entre abril 2020 y marzo 2021.

53. Precio de servicio de paquete de SMS pactado: el precio se establece en dólares estadounidenses con tres aumentos mensuales y consecutivos (abril, mayo y junio de 2020).

54. A partir del 1° de abril de 2020 y hasta el 30 de abril de 2020, los mensajes originados en un móvil o recibidos por el operador móvil tendrían un valor de USD 0.015 (un centavo y medio de dólar) por cada SMS.

55. A partir del 1° de mayo de 2020 y hasta el 31 de mayo de 2020 el precio aumentó a USD 0.02 (dos centavos de dólar)

por cada SMS.

56. En ninguno de estos casos, existía una diferencia de precio relacionada al origen de la información enviada. Sin embargo, a partir del tercer aumento de precio, TELECOM comienza a cobrar una tarifa diferenciada basada en el origen del mensaje. Si el mensaje está relacionado con una campaña fuera del territorio nacional el precio del servicio aumenta. En este servicio los mensajes se cobran USD 0.06 (seis centavos de dólar). Si el mensaje está relacionado con una campaña nacional, el precio sigue siendo de USD 0.02 (dos centavos de dólar). La determinación del tipo de campaña se encuentra incluido en un anexo que forma parte del contrato.

c. Modificación contractual del 13 de mayo de 2020.

57. Con fecha 13 de mayo de 2020, TELECOM le informó a ATX mediante correo electrónico que ha designado a las firmas extranjeras COMFONE AG e INFOBIP LTD como socios técnicos oficiales y proveedores de servicios para el tráfico internacional de SMS A2P a la red de TELECOM con la garantía de alta calidad.

58. El día 3 de junio de 2020, ATX recibe un correo de la firma INFOBIP LTD informándoles que el contrato y la facturación de los servicios se haría desde la firma INFOBIP UK.

59. Finalmente, INFOBIP LTD le informó a ATX que la nueva tarifa para el tráfico internacional sería de USD 0.075 (siete centavos y medio de dólar) por cada SMS.

60. Por su parte, la tarifa nacional se mantendría en el mismo valor que el contrato suscripto anteriormente (USD 0.02 por SMS).

61. Nuevamente, cabe aclarar que la noción de “tráfico internacional” se encuentra asociada al origen del anunciante, puesto que todo el tráfico de la información desde que ATX envía el SMS hasta que le llega al cliente final de la empresa móvil (y de la firma o institución cliente de ATX) resulta ser local (salvo en los casos de *roaming*, los cuales no se encuentran contemplados en los contratos analizados).

62. Cuestión análoga sucede en los casos que el origen del mensaje se dé desde el celular de un cliente de las empresas de telefonía móvil y vaya dirigido a una empresa o institución cliente de ATX.

VI.3. Posición de TELECOM en el mercado de Paquetes de SMS.

63. Como se ha indicado previamente, TELECOM, frente a cualquier integrador, tiene el monopolio de la terminación de los SMS en lo que respecta a los mensajes dirigidos a sus clientes de telefonía celular. Vemos además que podría estar operando como un monopolista discriminador.

64. Por otra parte, existen bajas probabilidades de que TELECOM pierda las ventas que representan los servicios brindados a ATX en caso de no cerrar con dicha firma, ya que los anunciantes deberán rutear sus SMS a través de su red para llegar a sus clientes de telefonía celular, sin importar quién sea el integrador.

65. Por ello, esta CNDC advierte que *prima facie*, TELECOM tendría la capacidad y los incentivos suficientes como para llevar adelante la conducta.

VI.4 La verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora.

66. En base a las constancias obrantes en autos, en este estado preliminar de la causa y sin que ello implique un prejuzgamiento respecto del fondo de la cuestión, esta CNDC se expedirá acerca de las medidas solicitadas por ATX en el expediente de la referencia, sin encontrarse limitada a los términos de dichas peticiones sino a la finalidad propia de este tipo de medidas, definida en el artículo 44 de la LDC, es decir, prevenir una lesión al régimen de competencia.

67. Al efecto sólo se mencionarán los argumentos que resulten necesarios y relevantes para decidir el otorgamiento o denegatoria de la medida solicitada y, en su caso, el alcance de esta, dejando para el momento de la resolución final, el análisis de todas las cuestiones sometidas a consideración de esta CNDC.

68. Las medidas previstas en el artículo 44 operan frente a la presunta comisión de las conductas previstas en los capítulos I y II de la LDC, y tienen por finalidad evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud, su continuación o agravamiento.

69. En este sentido, la misión de la autoridad de aplicación no se materializa únicamente sancionando disuasivamente las conductas anticompetitivas, sino también evitando o disminuyendo, anticipadamente, los daños y el agravamiento o continuidad del daño que dichas conductas puedan provocar al interés económico general, resultando la actividad de prevención propia de la actividad administrativa.

70. Lógico resulta, entonces, que las normas de orden público como la Ley de Defensa de la Competencia, le confieran a la autoridad de aplicación facultades jurisdiccionales tendientes a prevenir situaciones lesivas, como anticipar los posibles daños y evitarlos. Y para su ejercicio, no es exigible disponer de pruebas indubitables demostrativas del riesgo cierto de consecuencias dañosas, sino una duda razonable respecto del acaecimiento de un daño posible.

71. A lo dicho previamente, debemos agregarle que resulta menester la actuación preventiva del Estado en aquellos casos donde el tiempo que transcurre para la obtención de una solución final pueda ser perjudicial para el correcto comportamiento competitivo del mercado.

72. En lo que hace a la cuestión procedimental y con el fin de cumplimentar el principio de legalidad de carácter constitucional, los únicos condicionamientos para que la autoridad de aplicación ejerza sus facultades de tutela anticipada de la competencia, son que se cumpla el requisito de control judicial suficiente del correspondiente acto administrativo, y que dicha facultad esté otorgada por ley: ambos requisitos se cumplen en materia de defensa de la competencia por disposición de los artículos 44 y 66, inciso f), de la LDC^[2].

73. Así, para decretar la procedencia del remedio procesal previsto en el artículo 44 de la LDC, debe acreditarse contundentemente la existencia de una grave lesión al régimen de competencia, como así también, debe acreditarse que el pronunciamiento previsto en los artículos 43 y 55 de la LDC llegue demasiado tarde y se vea afectado de forma irreparable el interés económico general.

74. En estos términos, corresponde expedirse sobre las medidas cautelares solicitadas por ATX en el escrito de denuncia de fecha 2 de septiembre de 2020, y en las presentaciones de fecha 10 de septiembre y 12 de noviembre de 2020, cuyo objeto fue relatado en los párrafos que anteceden.

75. En estos casos, y de acuerdo con lo previsto por el legislador, la autoridad de aplicación podrá ordenar las medidas que según las circunstancias fueren más aptas para prevenir dicha lesión, y en su caso la remoción de sus efectos.

76. Preliminarmente, cabe precisar que para que las medidas cautelares procedan, deben encontrarse reunidos dos requisitos de fundabilidad: a) la verosimilitud en el derecho o *fumus boni iuris* (humo de buen derecho), donde bastará justificar *prima facie* el derecho invocado, ya que el análisis exhaustivo, profundo y definitivo de la controversia, será materia de investigación a lo largo del procedimiento administrativo previsto en la LDC; y b) el peligro en la demora o *periculum in mora*-, requisito necesario que demuestre que de no aplicarse la medida en cuestión de forma inmediata, podría tornarse inoficioso o de imposible cumplimiento el pronunciamiento final. Es el temor al daño inminente, el interés jurídico que hace viable la adopción de la medida, ya que la prolongación en el tiempo le crea un riesgo de cumplimiento a la resolución definitiva.

77. En primer lugar, corresponde entonces adentrarse al análisis del primer requisito mencionado, la verosimilitud en el derecho invocado.

78. Tal como fuera detallado previamente, entre la firma denunciada y denunciante existió a lo largo del tiempo una relación contractual en torno a la utilización de la red móvil. En este sentido, el servicio prestado por la firma ATX requiere la utilización de la red de las prestadoras de telefonía móvil para poder enviar o recibir SMS.

79. Si bien para los clientes finales o usuarios de telefonía móvil existe cierta competencia entre los distintos prestadores, no sucede lo mismo para el caso de los integradores con respecto a esos mismos prestadores. Una persona que quiera contratar un servicio de telefonía móvil podrá optar entre cualquiera de las tres prestadoras que se encuentran en nuestro país: Claro, Personal o Movistar. Una vez que suscribe un contrato con alguna de ellas, sólo podrá recibir mensajes o llamados que se lleven a cabo a través de cada una de sus redes. Por supuesto que una persona que tiene un contrato con Claro también recibe llamadas de una persona que posee un servicio prestado por Personal, pero para poder lograr esto, Personal se conecta a la red de Claro para llegar a ese cliente final.

80. Es decir, una vez que una persona contrata un servicio con una empresa de telefonía móvil, sólo se puede llegar a ella a través de la red de esa empresa (para los casos de llamadas móviles o SMS). Para el caso enunciado, no es posible para Personal obviar la red de Claro para llegar a un cliente de Claro.

81. En este sentido, cada operadora móvil posee una posición de dominio con respecto a su propia clientela. No existe competencia en ese tramo del mercado.

82. Por otro lado, para una empresa que presta servicios de valor agregado o similares resulta necesario poder acceder a todos los usuarios o consumidores finales del servicio de telefonía móvil. En suma, resulta imperioso tener un contrato con cada una de las prestadoras móviles.

83. Así, por ejemplo, si un anunciante quiere enviar mensajes masivos vía SMS, necesita contratar con un integrador que le garantice la entrega de esos mensajes masivos a todos los clientes, sin importar qué red de telefonía móvil usan. Puesto que de otra manera dejaría de ser masivo el envío de la información.

84. Tal como se puede apreciar del análisis de la relación contractual entre ATX y TELECOM, el cese de la conexión a la red de TELECOM impide que la DENUNCIANTE pueda prestar su servicio de integrador.

85. Dicho cese pone en riesgo la continuidad de la firma como oferente en el mercado, puesto que no existe alternativa posible para sustituir tal servicio de conexión a la red de TELECOM y así llegar a los usuarios finales que utilizan el servicio de telefonía móvil de PERSONAL.

86. A través de las constancias de autos, no surge *prima facie* una justificación que permita sostener que existen causales legales para la interrupción del servicio de conexión a la red móvil de TELECOM en el marco de los contratos que establecen las condiciones de comercialización de los paquetes de SMS.

87. Tampoco existen causales técnicas que permitan justificar la diferenciación entre el tipo de mensaje que debe entregarse según su origen.

88. Tal como fuera explicado previamente, la firma ATX posee clientes que le solicitan la entrega de mensajes SMS a usuarios de la telefonía móvil nacional. Esos clientes pueden ser nacionales o extranjeros, pero la información que le llega a ATX resulta indiferente al origen de la firma que la emite. Por su parte, ya sea que esa información tenga un origen en el extranjero o en el territorio nacional, en cualquiera de los casos, utilizará la red nacional de TELECOM para llegar a los clientes finales de PERSONAL. Es decir, de acuerdo a las constancias de autos, no existen diferencias técnicas entre un mensaje que le llega a un cliente de personal originado en el extranjero y originado a nivel local, puesto que de todas formas, quien en definitiva lo está enviando a través de la red de la telefonía móvil local es un integrador, en este caso, nacional (ATX).

89. Por lo expuesto, tanto la discriminación de precios entre anunciantes extranjeros y nacionales, como la obligada

intermediación con empresas extranjeras planteada por TELECOM a ATX podrían tener la entidad suficiente, tanto para excluir a ATX del mercado de servicios de SMS masivos, como para que se verifique efectos directos en el costo de los servicios.

90. En este sentido, deben ponderarse los derechos y garantías consagrados en el artículo 42 de la Constitución Nacional a fin de resguardar el pleno funcionamiento de los mercados.

91. Cabe señalar una cuestión adicional a los mercados en cuestión. El problema de la información asimétrica entre los diferentes actores. Recordemos que la relación entre los diferentes jugadores del mercado se puede resumir de la siguiente manera: firma o institución > integrador > prestador móvil > cliente final.

92. Un aumento en los precios de parte del prestador móvil con respecto al servicio prestado al integrador no es percibido en un primer momento ni por la firma o institución que contrata con el integrador ni con el cliente final. Ante un aumento considerable en el precio el integrador tiene dos opciones, o es excluido del mercado, o traslada el precio a la firma o institución que lo contrata. Esta, por lo tanto, trasladará el aumento del precio al cliente final al cual le está prestando un servicio, pidiendo información o verificando alguna identidad. Sin embargo, a este último usuario le resulta prácticamente imposible percibir el origen de ese aumento (el poder de mercado con el que contaría la firma de telefonía móvil).

93. Existe, por lo tanto, una verosimilitud en el derecho invocado por la firma ATX acerca del mantenimiento del *statu quo* previo a la interrupción del servicio.

94. Por su parte, el otro requisito esencial para que sea viable una medida de este tipo es el peligro en la demora, aquél que permite que la tutela jurídica definitiva de los damnificados (en el caso, ATX) sea efectiva para disipar un temor de daño inminente y no resulte extemporánea.

95. En este sentido, el corte y bloqueo que TELECOM habría impuesto sobre ATX en la provisión de sus servicios, podría derivar en la salida de ATX del mercado, y eventualmente en la imposibilidad de volver a entrar en el momento en que la cuestión de fondo aquí ventilada quede definitivamente zanjada. Resulta menester mencionar que la presente medida no busca proteger el interés individual de la firma denunciante, sino mantener las condiciones de mercado hasta tanto se dilucide la cuestión de fondo, de forma tal de proteger el interés económico general. La exclusión de una firma de un mercado lleva a una mayor concentración en la oferta disminuyendo entonces los niveles competitivos.

96. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha manifestado que una moderna concepción del proceso exige poner el acento en el valor eficacia de la función jurisdiccional y en el carácter instrumental de las normas procesales, pues su finalidad radica en hacer efectivos los derechos sustanciales requeridos de protección^[3].

97. En efecto, y tal como se desprende de los argumentos expuestos en los párrafos que anteceden, se advierte en el caso de marras, en principio y de forma preliminar, un conflicto sobre un mercado monopólico (entrega de mensajes de texto a los clientes pertenecientes a la empresa TELECOM) con potenciales efectos adversos sobre la competencia y el interés económico general.

98. No existiendo ningún otro remedio legal para resolver la emergencia planteada en autos, encontrándose suficientemente acreditados los extremos previstos por el artículo 44 de la LDC y a fin de evitar una afectación mayor al bien jurídico tutelado, esta CNDC considera que corresponde el dictado de una medida preventiva que ordene a TELECOM restituir la prestación de sus servicios a ATX y cesar cualquier suspensión, corte o bloqueo en la provisión de estos, hasta tanto se resuelva la cuestión de fondo del expediente de marras.

VII. CONCLUSIÓN.

99. En virtud de lo expuesto, esta COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA aconseja a la SEÑORA SECRETARIA DE COMERCIO INTERIOR del MINISTERIO DE DESARROLLO PRODUCTIVO, el

dictado de una medida cautelar que ordene a TELECOM ARGENTINA S.A. cesar cualquier suspensión, corte o bloqueo en la provisión de paquetes de SMS a la empresa ATX S.A., a los efectos de que esta última los utilice para remitir y/o intercambiar información con los clientes de TELECOM ARGENTINA S.A., hasta tanto se resuelva la cuestión de fondo del expediente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44° de la Ley N.º 27.442.

100. Elévese el presente Dictamen a la SEÑORA SECRETARIA DE COMERCIO INTERIOR DEL MINISTERIO DE DESARROLLO PRODUCTIVO, para su conocimiento.

[1] Resolución N.º 1060/1999 de la ex Secretaria de Comunicaciones de la Nación

[2] Fallos: 247:646

[3] 06-12-11, Pardo, Héctor Paulino y otro c/ Di Césare, Luis Alberto y otro s/ art. 250 del C.P.C.; CSJN.

Digitally signed by Balbina Maria Griffa Diaz
Date: 2021.02.03 12:38:25 ART
Location: Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Digitally signed by Gestion Documental Electronica
Date: 2021.02.08 10:36:57 -03:00

Digitally signed by Gestion Documental Electronica
Date: 2021.02.08 12:55:39 -03:00

Digitally signed by Gestion Documental
Electronica
Date: 2021.02.08 12:55:40 -03:00



República Argentina - Poder Ejecutivo Nacional
2021 - Año de Homenaje al Premio Nobel de Medicina Dr. César Milstein

Resolución

Número:

Referencia: EX-2020-58601735- -APN-DGD#MDP - COND. 1756

VISTO el Expediente N° EX-2020-58601735- -APN-DGD#MDP, y

CONSIDERANDO:

Que, el expediente citado en el Visto, se inició el día 2 de septiembre de 2020 en virtud de la denuncia efectuada ante la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA organismo desconcentrado en el ámbito de la SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR del MINISTERIO DE DESARROLLO PRODUCTIVO por la firma ATX S.A. contra la firma TELECOM ARGENTINA S.A., por la presunta comisión de conductas y prácticas restrictivas de la competencia, en violación de los incisos a) y b) del Artículo 2°, y los incisos a), b), c), e), f) y g) del Artículo 3° de la Ley N° 27.442.

Que, la firma ATX S.A., manifestó en su denuncia que con fecha 13 de mayo de 2020, la firma TELECOM ARGENTINA S.A. modificó las cláusulas del contrato del servicio de terminación de ciertas llamadas, y que esta última le notificó que, a partir de la fecha mencionada precedentemente, el servicio deberá contratarlo con terceras empresas off shore que no poseen licencia de Servicios TIC en la REPÚBLICA ARGENTINA, ni son reconocidas por la normativa local.

Que la firma ATX S.A. explicó que la firma TELECOM ARGENTINA S.A. estaría internacionalizando un servicio que es de carácter doméstico, y está regulado por la normativa nacional y tributa en el país, lo que impactaría negativamente sobre la firma ATX S.A., en tanto le genera un incremento exorbitante en sus costos, tanto por el aumento del precio del servicio en DÓLARES ESTADOUNIDENSES, como por la obligación de pagar a las empresas intermediarias mediante giros al exterior.

Que, asimismo, la firma ATX S.A. detalló que la firma INFOBIP LIMITADA, una de las empresas intermediarias designadas por la firma TELECOM ARGENTINA S.A. posee una filial en la REPÚBLICA ARGENTINA; la firma INFOBIP LATAM S.A., resultando ambas firmas competidoras de manera directa con la firma ATX S.A. en la prestación del mismo servicio y en el mismo mercado, por lo que tal situación implicaría una concertación entre las firmas TELECOM ARGENTINA S.A. e INFOBIP LATAM S.A. con el objeto de

excluir a la firma ATX S.A. del mercado, instrumentado a través del intercambio de información.

Que, en la misma denuncia, la firma ATX S.A. solicitó a la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA el dictado de una medida cautelar en los términos del Artículo 44 de la Ley N° 27.442 contra la firma TELECOM ARGENTINA S.A. con el fin de evitar que se produzca un daño que pueda terminar con la exclusión de la firma ATX S.A. del mercado.

Que, el día 10 de septiembre de 2020, la firma ATX S.A. denunció como hecho nuevo que la firma TELECOM ARGENTINA S.A. procedió a cortar intempestivamente los servicios que provee a la firma ATX S.A., obstaculizando así la permanencia de la firma ATX S.A. en el mercado para luego excluirla del mismo.

Que, en fecha 17 de septiembre de 2020, se celebró la audiencia de ratificación de la denuncia.

Que, la firma ATX S.A., aseguró que la única vía para prestar el servicio a sus clientes corporativos y/o institucionales que requieren enviar SMS a clientes de la empresa PERSONAL, es acceder a la red de TELECOM ARGENTINA S.A. y la de sus socios técnicos INFOBIP LTD y COMFONE AG.

Que, en fecha 12 de noviembre de 2020, la firma ATX S.A. realizó una nueva presentación ante la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, en la cual manifestó que el corte y bloqueo de servicios ejecutado por la firma TELECOM ARGENTINA S.A. persistía en la actualidad, y señaló nuevamente la necesidad de una medida cautelar que ordene el cese de las conductas denunciadas.

Que la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, entendió que la firma TELECOM ARGENTINA S.A. frente a cualquier integrador, tenía el monopolio de la terminación de los SMS en lo que respecta a los mensajes dirigidos a sus clientes de telefonía celular y además podría estar operando como un monopolista discriminador.

Que, asimismo, la citada Comisión Nacional resaltó que existían bajas probabilidades de que la firma TELECOM ARGENTINA S.A. perdiera las ventas que representan los servicios brindados a la firma ATX S.A. en caso de no cerrar con dicha firma, ya que los anunciantes deberán rutear sus SMS a través de su red para llegar a sus clientes de telefonía celular, sin importar quién sea el integrador.

Que, en virtud del análisis efectuado, la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA advirtió que TELECOM ARGENTINA S.A. tendría la capacidad y los incentivos suficientes para llevar adelante la conducta, y consideró que no existiendo ningún otro remedio legal para resolver la emergencia planteada en autos, y a fin de evitar una afectación mayor al bien jurídico tutelado, corresponde el dictado de una medida preventiva que ordene a la firma TELECOM ARGENTINA S.A. restituir la prestación de sus servicios a la firma ATX S.A. y cesar cualquier suspensión, corte o bloqueo en la provisión de estos, hasta tanto se resuelva la cuestión de fondo del expediente de marras.

Que, en consecuencia, con fecha 8 de febrero de 2021 la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, emitió el dictamen correspondiente a la "C. 1756" en el cual recomendó a la señora Secretaria de Comercio Interior el dictado de una medida cautelar que ordene a la firma TELECOM ARGENTINA S.A. cesar cualquier suspensión, corte o bloqueo en la provisión de paquetes de SMS a la firma ATX S.A., a los efectos de que esta última los utilice para remitir y/o intercambiar información con los clientes de la firma TELECOM ARGENTINA S.A., hasta tanto se resuelva la cuestión de fondo del expediente citado en el Visto, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 44 de la Ley N.º 27.442.

Que la suscripta comparte los términos del mencionado dictamen, al cual cabe remitirse en honor a la brevedad, considerándolo parte integrante de la presente resolución.

Que la Dirección General de Asuntos Jurídicos del MINISTERIO DE DESARROLLO PRODUCTIVO ha tomado la intervención que le compete.

Que la presente medida se dicta en virtud de lo establecido en los Artículos 44 y 80 de la Ley N° 27.442, el Artículo 5° del Decreto N° 480 de fecha 23 de mayo de 2018 y el Decreto N° 50 de fecha 19 de diciembre de 2019 y sus modificatorios.

Por ello,

LA SECRETARIA DE COMERCIO INTERIOR

RESUELVE:

ARTÍCULO 1°.- Ordénase a la firma TELECOM ARGENTINA S.A. cesar cualquier suspensión, corte o bloqueo en la provisión de paquetes de SMS a la firma ATX S.A., a los efectos de que esta última los utilice para remitir y/o intercambiar información con los clientes de la firma TELECOM ARGENTINA S.A., hasta tanto se resuelva la cuestión de fondo del expediente de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 44 de la Ley N° 27.442.

ARTÍCULO 2°.- Considérase al Dictamen de fecha 8 de febrero 2021, correspondiente a la “COND. 1756”, emitido por la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, organismo desconcentrado en la órbita de la SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR del MINISTERIO DE DESARROLLO PRODUCTIVO identificado como Anexo IF-2021-10875807-APN-CNDC#MDP, parte integrante de la presente medida.

ARTÍCULO 3°.- Notifíquese a las partes interesadas.

ARTÍCULO 4°.- Comuníquese y archívese.