

DECRETERO DE SENTENCIAS

//tevideo, 5 de febrero de 2015.

No. 59

VISTOS :

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: “TENFIELD S.A. con ESTADO. MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS. Acción de nulidad” (Ficha No. 443/12).

RESULTANDO :

I) Que con fecha 8/6/12, a fojas 41, compareció Ricardo OLIVERA GARCÍA, en nombre y representación de TENFIELD S.A., entablado demanda de nulidad contra la Resolución N° 109/2011, dictada por la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia, de fecha 14 de setiembre de 2011, por la cual se resolvió: emitir una recomendación no vinculante, al amparo de lo dispuesto en los arts. 26, lit. G), de la Ley 18.159 y 16, lit. G), del Decreto N° 404/007, consistente en aconsejar a la Asociación Uruguaya de Fútbol, a la empresa TENFIELD S.A., y a cualquier otra que eventualmente contrate en la comercialización de los derechos y productos del fútbol profesional uruguayo, con alcance a los mercados que son resorte de jurisdicción de esta Comisión, en el sentido de abstenerse de colocar en los contratos cualquier cláusula de prioridad o derecho de igualar o superar la mejor oferta (Num. 2°); recomendar a la Asociación Uruguaya de Fútbol la conveniencia de licitar públicamente y en condiciones de igualdad entre los oferentes, los bienes, derechos y servicios que se vayan a comercializar, por períodos de tiempo no excesivamente prolongados.

Señaló en primer lugar que, más allá de denominarse “recomendación no vinculante”, la resolución de la Comisión es un acto administrativo, con incidencia jurídica y económica, el cual representa una injerencia ilegítima de la Administración en la negociación entre particulares (TENFIELD y AUF); la resolución constituye una auténtica norma prohibitiva, la cual pretendió incidir en una negociación, habiéndose emitido en una época en que las partes se encontraban, notoria y públicamente, negociando un contrato y la posibilidad de establecer en el mismo una cláusula de preferencia.

Agregó que la resolución impugnada claramente tendía a conseguir el efecto de terciar en la negociación entre TENFIELD y AUF vinculada a derechos televisivos de las Eliminatorias del Mundial 2014, y lograr -con desviación de poder- que no se incluyera una cláusula de preferencia sobre derechos televisivos de las Eliminatorias del Mundial 2018, tal como era interés de la AUF.

Sostuvo que el acto encausado resulta ilegítimo y debe anularse por una serie de razones que enumeró.

Adujo así, primeramente, que la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia, órgano que dictó el acto, no es competente para intervenir en un asunto vinculado al sector de las comunicaciones, cuya competencia originaria y exclusiva pertenece a la URSEC.

En segundo término, expresó que la referida Comisión carece de potestades para interferir en una negociación entre particulares por medio de recomendaciones que tienen por objetivo favorecer a una de las partes, tal como ha acontecido en el presente caso.

Por otra parte, manifestó que la Comisión violó flagrantemente el principio del debido proceso, al omitir otorgar vista previa a la actora con anticipación al dictado de un acto administrativo que afecta sus derechos.

Arguyó que la resolución es nula por haber sido dictada con desviación de poder, al constituir una injerencia interesada de la Administración en una negociación entre particulares, con el objetivo de favorecer a la AUF.

Añadió que la Comisión no cumplió con su carga de probar la existencia de un abuso de posición de dominio en el mercado relevante de parte de TENFIELD, que justifique la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC); la empresa compareciente no posee posición de dominio, ni realizó actos abusivos.

Señaló que la resolución también es nula porque califica el otorgamiento de un derecho de preferencia como una conducta anticompetitiva *per se*, contrariando abiertamente la letra y el espíritu de la LDC; el derecho de preferencia produce normalmente efectos procompetitivos.

Agregó que el acto es nulo por pretender aplicar la LDC en una situación que carece de incidencia alguna en los consumidores, contrariando nuevamente la letra y el espíritu de dicha ley.

Finalmente, apuntó que la resolución vulnera los arts. 7, 10 y 36 de la Constitución de la República y el art. 23 de la Ley 15.524, la libertad de empresa, el principio de reserva legal en la limitación de los derechos individuales, el principio de la especialidad de las personas

jurídicas, así como otras normas y principios que menciona a lo largo del escrito.

En suma, por los argumentos expuestos, solicitó la anulación de la resolución impugnada.

II) Con fecha 2/8/12, a fs. 65, compareció la demandada, la que evacuó el traslado conferido y contestó la demanda entablada.

Señaló en primer lugar que el acto cuestionado, si bien manifiesta la voluntad de la Administración, carece del segundo requisito exigido por el art. 120 del Decreto N° 500/991, referido a la producción de efectos jurídicos; cualquiera sea la posición que se tome respecto al punto, lo claro es que el acto atacado no produjo efectos jurídicos, por lo cual, la presente acción carece de objeto.

Puntualizó entonces que el acto encausado no está dentro de la competencia asignada a este Tribunal, en tanto se trata de una recomendación, que solo propone, solicita o aconseja una determinada conducta.

Agregó que no se ha cumplido en el caso con el requisito procedimental del art. 309 de la Constitución, pues la expresión de voluntad de la Administración no ha producido lesión a la actora; tal extremo surge acreditado de su propia demanda, puesto que indica que es nuevamente el titular de la explotación de los derechos de transmisión del fútbol, encontrándose negociando actualmente un nuevo contrato con la cláusula de preferencia incluida hasta 2021.

Sobre la competencia del órgano, expresó que la resolución emitida se engloba en una recomendación no vinculante, al amparo de lo dispuesto en los arts. 26, lit. G), de la Ley 18.159 y 16, lit. g),

del Decreto N° 404/007, con alcance a los mercados no regulados; la referida norma legal dispone que, entre las funciones y facultades de la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia, se encuentra la de emitir recomendaciones no vinculantes de carácter general o sectorial, respecto de las modalidades de competencia en el mercado; dicha potestad es también recogida en la citada norma reglamentaria, por lo cual, el acto dictado ingresa dentro de las facultades que tiene el órgano de emitir dichas recomendaciones, y con el alcance dado por la norma (no vinculante).

Añadió al respecto que la Comisión nunca ha negado la competencia asignada a los órganos reguladores por el art. 27 de la Ley 18.159, pero ello no excluye la pertinencia de la primera para pronunciarse por medio de recomendaciones, las cuales tienen características de no vinculantes, no implicando violación alguna a la indicada norma legal.

Respecto a la falta de vista previa, contestó que el acto atacado no generó perjuicio alguno para la parte actora, ya que una recomendación no causa estado, no tiene efectos jurídicos, por lo cual, la naturaleza intrínseca del acto en proceso permite excluir esa garantía propia de la instancia administrativa.

En relación a la desviación de poder, señaló que la actora no acreditó lo alegado en tal sentido, sin perjuicio de lo cual, aclaró que la recomendación realizada por la Comisión fue efectuada con la única idea de que se mantengan los principios de una competencia adecuada, con lo cual lejos puede estar de una desviación de poder; no se trató de favorecer a una de las partes respecto de la otra, sino que, por el contrario, se trata de analizar la situación global de los posibles contratantes, uno

titular de los derechos y otro contratante, independientemente que en la actualidad el primero sea la AUF y el segundo TENFIELD S.A.

Sobre la supuesta carencia de posición de dominio, manifestó que en el caso de autos resulta evidente la posición de fortaleza de la empresa TENFIELD, que según se aprecia, ha cerrado el mercado al acceso de otros oferentes que llamativamente no se han presentado, pese a tratarse de un negocio lucrativo.

Por otro lado, indicó que no se ha afirmado por la Administración que las cláusulas de preferencia configuren en general una infracción a las normas de libre competencia; dichas convenciones son válidas, y justamente porque no existe la regla de prohibición *per se* de tales conductas o prácticas, se ha analizado el caso en cuestión y cómo opera en el mismo la cláusula, representativa de un elemento disuasivo para la presentación de otros interesados y perpetuadora del operador en ejercicio.

Agregó que la cláusula de preferencia, al contrario de lo manifestado por la accionante, sí tiene un impacto en los consumidores, ya que la mayor cantidad de ofertas posibilitaría obtener mejores condiciones respecto del producto fútbol, para la selección, campos de juego, indumentaria, cuerpo técnico, jugadores, infraestructura, etc.

Descartó que haya existido violación al art. 10 de la Constitución, pues la resolución impugnada no obliga a hacer nada, y mucho menos algo que la ley no obliga, dado que se trata de una mera recomendación, de carácter no vinculante; se limita a recomendar, dentro de las opciones que tiene la autonomía de la voluntad, cuál es la que le parece más ajustada a los principios de la libre competencia; ello es solo

una sugerencia, destinada a lograr una mayor competencia, que las partes del contrato en total libertad pueden tomar o no.

Adicionó que tampoco se violan los arts. 7 ni 36 de la Carta, ya que no se prohíbe ninguna libertad, sino que solo se recomienda una determinada conducta.

Concluyó que lo actuado fue en base a motivos justos y legítimos, teniendo en cuenta los fines del servicio, como lo es la defensa de la competencia, amén de que el acto impugnado fue una expresión de deseos o recomendación que carece de relevancia jurídica, en cuanto no causa estado alguno y no tiene carácter vinculante.

En suma, solicitó la confirmación de la resolución resistida.

III) Abierto el juicio a prueba, se produjo la que se encuentra certificada a fs. 128; corresponde a la actora la de fs. 78 a 93, más un CD que luce a fs. 90, y a la demandada la de fs. 109 a 127, más un legajo de documentación en 24 fojas. A los autos se agregaron antecedentes administrativos presentados por la demandada en 294 fojas.

Con posterioridad alegaron las partes; la actora lo hizo de fs. 133 a 142 vto., y la demandada de fs. 145 a 149.

IV) Pasados los autos al Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo (Dictamen N° 79/2014) a fs. 152, aconsejó el rechazo de la acción incoada por no resultar el acto procesable ante esta jurisdicción; no obstante, para el caso de considerarse procesable, sugirió la anulación por incompetencia del órgano emisor del acto.

CONSIDERANDO :

I) Que en la especie se han acreditado los extremos legales habilitantes requeridos por la normativa vigente (arts. 4 y 9 de la Ley N° 15.869) para el correcto accionamiento de la acción de nulidad.

II) La Corporación, por unanimidad de sus Ministros integrantes y compartiendo lo dictaminado por el Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, declarará que el acto impugnado no resulta procesable ante la Jurisdicción Contencioso-Anulatória y, en consecuencia, desestimaré la pretensión incoada.

II.1.- En autos se promueve la anulación de la Resolución No.109/2011 dictada por la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia (en adelante: C.P.D.C.), de fecha 14 de setiembre de 2011, por la cual se resolvió: *“2. Emitir una recomendación no vinculante, al amparo de lo dispuesto en los arts. 26 literal G) de la Ley 18.159 y 16 lit. G) del Decreto 404/007, consistente en aconsejar a la Asociación Uruguaya de Fútbol, la empresa TENFIELD S.A., y cualquier otra que eventualmente contrate en la comercialización de los derechos y productos del fútbol profesional uruguayo, con alcance a los mercados que son resorte de jurisdicción de esta Comisión, en el sentido de abstenerse de colocar en los contratos cualquier cláusula de prioridad o derecho de igualar o superar la mejor oferta (Num. 2°).*

3. Recomendar en igual sentido a la Asociación Uruguaya de Fútbol la conveniencia de licitar públicamente y en condiciones de igualdad entre los oferentes, los bienes, derechos y servicios que se vayan a comercializar, por períodos de tiempo no excesivamente prolongados” (A.A., fs. 76).

II.2.- Dicha volición fue útilmente recurrida por TENFIELD S.A., mediante la interposición de los recursos de Revocación y Jerárquico, en subsidio (A.A., fs. 227 y ss.). Y, no habiéndose expedido la Administración, dentro del plazo legalmente previsto, operó su denegatoria ficta con fecha 17 de abril de 2012 (arts. 5 y 6 de la Ley. No. 15.869, en la redacción dada por el art. 41 de la Ley No. 17.292).

La demanda anulatoria fue deducida correctamente el día 8 de junio de 2012 (nota de cargo, fs. 57 *infolios*).

III) Los argumentos sustentados por las partes litigantes, se encuentran explicitados en el capítulo de RESULTANDOS de este pronunciamiento definitivo, al cual corresponde remitirse *brevitatis causae*.

IV) Emerge de los antecedentes administrativos que, por Resolución No. 96/2011 de fecha 18 de agosto de 2011, la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia dispuso el inicio de una medida preparatoria, tendiente a analizar la legalidad de las cláusulas contractuales que vinculan a la Asociación Uruguaya de Fútbol (en adelante: A.U.F.) y la empresa TENFIELD S.A., desde el ángulo de la normativa de la libre competencia; ello, en atención a las negociaciones que estaban entablado dichas partes con miras a la suscripción de un nuevo acuerdo que incluía los derechos para las Eliminatorias del Copa del Mundo Brasil 2014 (A.A., fs. 12).

En consecuencia, se solicitó a las partes la remisión de todos los contratos celebrados entre las mismas, librándose los respectivos oficios (A.A., fs. 13 a 16), los que ambos contratantes contestaron con prontitud (A.A., fs. 17 y ss.).

El 14 de setiembre de 2011 se produjo informe técnico de naturaleza económica, suscrito por el Ec. Marcelo PEREIRA, en el que se analizó el mercado relevante del producto objeto de los contratos analizados, las cláusulas de preferencia insertas en los mismos y los posibles beneficios o perjuicios para los consumidores, concluyéndose que el mecanismo de las cláusulas de preferencia, tal como está planteado en estos contratos, puede desincentivar la presentación de otras ofertas al momento de vencer los mismos (Informe No. 68/011, fs. 64 a 67 A.A.).

Por su parte, en la misma fecha, se emitió dictamen de naturaleza jurídica, suscrito por el Dr. Javier GOMENSORO, en el cual se analizaron los contratos remitidos por las partes, con especial referencia a las cláusulas de preferencia o prioridad insertas en los mismos, destacándose la posición dominante en el mercado relevante de la empresa TENFIELD S.A., concluyéndose que las referidas cláusulas son anticompetitivas y que, en general, el diseño negocial de la contratación presenta claras restricciones a la libre competencia; en función de ello, el dictaminante sugirió emitir una recomendación no vinculante a la A.U.F., la empresa TENFIELD y a todo posible interesado en ofertar por los derechos incluidos en los contratos a estudio, para que se abstengan de incluir cláusulas restrictivas de la competencia, en particular aquellas que confieran derechos de preferencia o privilegios a favor de un operador; a su vez, se sugirió recomendar a la AUF que promueva la celebración de llamados públicos, cediendo los derechos por períodos más cortos, de modo de favorecer una amplia participación de ofertas que permitan una verdadera competencia en el mercado relevante (Informe No. 69/011, fs. 68 a 75 A.A.).

Finalmente, la C.P.D.C. dictó la resolución impugnada, en la cual se recogen los informes que acaban de reseñarse, y se emite una recomendación no vinculante a la A.U.F., a TENFIELD S.A., y a toda otra empresa que eventualmente contrate en la comercialización de los derechos y productos del fútbol profesional uruguayo, en el sentido de abstenerse de colocar en los contratos cualquier cláusula de prioridad o derecho de igualdad o superar la mejor oferta (Num. 2º); a su vez, se recomienda a la A.U.F. la conveniencia de licitar públicamente y en condiciones de igualdad entre los oferentes, los bienes, derechos y servicios que se vayan a comercializar, por períodos de tiempo no excesivamente prolongados (A.A., fs. 76 a 78).

V) Tras el análisis detenido del subcausa y, como se anunciara, el Tribunal se pronunciará por declarar el acto enjuiciado no es procesable ante la Jurisdicción Contencioso-Anulatória, por las razones que se consignarán.

V.1.- En primer lugar, corresponde señalar que el acto resistido en los presentes obrados, se funda el artículo 26 de la Ley No. 18.159, el cual refiere a las funciones y facultades de la demandada.

El mismo, específicamente en su literal G, dispone que: *“Compete a la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia”* lo siguiente: *“Emitir recomendaciones no vinculantes, de carácter general o sectorial, respecto de las modalidades de la competencia en el mercado”*.

Pues bien; así lo hizo las C.P.D.C., dictando la resolución encausada, donde resolvió:

“2. Emitir una recomendación no vinculante, al amparo de lo dispuesto en los arts. 26 literal G) de la Ley 18.159 y 16 lit. G) del

Decreto 404/007, consistente en aconsejar a la Asociación Uruguaya de Fútbol, la empresa TENFIELD S.A., y cualquier otra que eventualmente contrate en la comercialización de los derechos y productos del fútbol profesional uruguayo, con alcance a los mercados que son resorte de jurisdicción de esta Comisión, en el sentido de abstenerse de colocar en los contratos cualquier cláusula de prioridad o derecho de igualar o superar la mejor oferta (Num. 2º).

3. Recomendar en igual sentido a la Asociación Uruguaya de Fútbol la conveniencia de licitar públicamente y en condiciones de igualdad entre los oferentes, los bienes, derechos y servicios que se vayan a comercializar, por períodos de tiempo no excesivamente prolongados” (A.A., fs. 76).

V.2.- A fin de ubicar la naturaleza jurídica de dichas “recomendaciones no vinculantes”, vale recordar que el art. 29 de la Ley No. 18.159 expresa, en cuanto a la remisión:

“En todo lo no previsto en esta ley o en su decreto reglamentario, relativo al procedimiento para la investigación y sanción de prácticas prohibidas, se aplicarán las soluciones del Decreto No. 500/991, de 27 de setiembre de 1991, sus modificativos y concordantes”.

Pues bien; el artículo 120 del Decreto 500/991, incluido en el capítulo “De la definición y nomenclatura de los actos”, al definir “acto administrativo”, lo hace en el sentido de que este: “*es toda manifestación de voluntad de la Administración que produce efectos jurídicos*”.

Arribado este punto, corresponde consignar que el acto encausado se limita a efectuar una recomendación no vinculante, esto es,

una manifestación de voluntad de la Administración que no resulta susceptible de generar efectos jurídicos lesivos para la actora; en consecuencia, el acto administrativo atacado no cumple con los requisitos exigidos por la normativa constitucional y legal para que el mismo pueda ser objeto de la pretensión anulatoria (art. 309, inc. 3º, de la Constitución de la República y art. 24 inc. 2º del Decreto Ley No. 15.524).

En tal sentido, la Sala comparte lo expresado por la Administración demandada en su escrito de contestación, cuando señala que el acto cuestionado, si bien manifiesta la voluntad de la Administración, carece del segundo requisito exigido por el art. 120 del Decreto No. 500/991, referido a la producción de efectos jurídicos, lo cual determina que la presente acción carezca de objeto, ya que el acto impugnado no está dentro de la competencia asignada a este Tribunal, en tanto se trata de una recomendación, que solo propone, solicita o aconseja una determinada conducta.

Asimismo, en lo que refiere a la naturaleza de las recomendaciones no vinculantes que la citada Comisión puede dictar -y específicamente de aquella que ha sido dictada en la especie-, cabe transcribir las expresiones formuladas por el Dr. Martín RISSO en la consulta agregada por la propia parte actora, que luce de fs. 2 a 20 de los ppales.

Destaca sobre el punto el distinguido jurista que *“se trata de una recomendación no vinculante (sin perjuicio de lo dicho sobre la competencia de la Comisión) por lo que, obviamente, no son obligatorias para las partes. Si no son obligatorias (son meros consejos) se desprende que: (a) nadie tiene derecho a exigir que se cumplan con estas*

recomendaciones; (b) las entidades privadas son enteramente libres de seguir el consejo o de apartarse de él; (c) ninguna consecuencia perjudicial puede surgir del hecho de no seguir el consejo” (fs. 18 ppales.).

De acuerdo con la opinión citada, resulta evidente que el acto encausado no produce efectos jurídicos lesivos para la accionante, esto es, no es hábil para lesionar la esfera jurídica del promotor del presente accionamiento.

Ello determina que, en la especie, no se vea satisfecho el requisito de procesabilidad previsto en el inc. 3º del art. 309 de la Constitución de la República, conforme con el cual, *“La acción de nulidad sólo podrá ejercitarse por el titular de un derecho o de un interés directo, personal y legítimo, violado o lesionado por el acto administrativo”*, fórmula que se repite en el art. 38, inc. 2º, del Decreto Ley 15.524.

En igual sentido, el acto no resulta procesable ante este Tribunal, en tanto no cumple con una de las exigencias dispuestas en el art. 24 de la Ley Orgánica del TCA, conforme con la cual, *“Los actos administrativos, a los efectos de la acción anulatoria, (...) deben producir efectos jurídicos, esto es, ser creadores de la situación jurídica lesiva que se resiste con la acción de nulidad”*.

La doctrina publicista es conteste con este enfoque, señalándose por parte del Profesor CAJARVILLE que *“Están excluidos de la acción anulatoria los actos administrativos que no causan agravio (Constitución, art. 309 inc. 3º, Decreto-ley N° 15.524, art. 24 inc. 2º)”* (Cfme. CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo. Recursos Administrativos. FCU. 3ª Edición. 2000. Pág. 138).

Incluso con anterioridad al dictado del Decreto Ley No. 15.524, GIORGI había señalado que: “*De conformidad con las normas constitucionales pueden ser objeto de impugnación ante la jurisdicción anulatoria, los actos de naturaleza administrativa (...) susceptibles de causar agravio o perjuicio y que han adquirido definitividad*” (Cfme. GIORGI, Héctor. El Contencioso Administrativo de Anulación. Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UDELAR. 1958. Pág. 142).

VI) En definitiva, en tanto el acto objeto de esta acción de nulidad, no crea situación jurídica alguna que eventualmente pueda agraviar a la actora (en los términos de los artículos 309 de la Constitución y 24 del D.L. No. 15.524), sino que es un acto que constituye una mera recomendación no vinculante en relación a la actividad comercial que desarrolla, no resulta procesable ante esta jurisdicción.

Por los fundamentos expuestos, lo dispuesto en el artículo 309 de la Constitución de la República y lo señalado por el Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, el Tribunal, por unanimidad,

FALLA:

Declárase que el acto administrativo impugnado no es procesable ante la Jurisdicción Contencioso-Anulatoria, y en su mérito, desestímase la demanda movilizada.

Sin condenación procesal específica.-

A los efectos fiscales, fijanse los honorarios del abogado de la parte actora en la suma de \$U22.000 (pesos uruguayos veintidós mil).

Oportunamente, devuélvanse los antecedentes administrativos agregados; y archívese.-

Dra. Sassón, Dr. Harriague (r.), Dr. Gómez Tedeschi, Dr. Tobía, Dr. Echeveste.

Dr. Marquisio (Sec. Letrado).