

*Poder Judicial de la Nación*

MASSALIN PARTICULARES S.A. C/INCIDENTE DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN E INCOMPETENCIA EN AUTOS PRINCIPALES "SADIC S/DENUNCIA C/MASSALIN PARTICULARES S.A. S/INF. LEY 22.262 (C.403)" Expte. Nº S01:0349494/2010, Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, Secretaría de Comercio Interior, Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, Causa Nº 62.027, Orden Nº 24.109, Sala "B".

Buenos Aires, 24 de noviembre de 2011.

**VISTOS:**

El recurso de apelación interpuesto a fs. 457/467 vta. de este incidente por el representante de MASSALIN PARTICULARES S.A. contra la resolución de fs. 446/454, también de este incidente, por la cual se rechazaron las excepciones de prescripción y de incompetencia formuladas por aquél.

Los memoriales presentados por los representantes del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y por la defensa de MASSALIN PARTICULARES S.A. a fs. 486/494 y 495/506, respectivamente, del presente incidente, en la oportunidad prevista por el art. 454 del C.P.P.N.

**Y CONSIDERANDO:**

1º) Que, la excepción de falta de competencia planteada por el recurrente por el escrito obrante en copia a fs. 279/328 vta. del presente incidente "...por considerar que la CNDC no tiene facultades para entender en estas actuaciones..." no puede prosperar, en atención a que, según lo previsto por el art. 58 de la ley 25.156, "...las causas en trámite a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley, continuarán tramitando de acuerdo con sus disposiciones ante el órgano de aplicación de dicha norma, el que subsistirá hasta la constitución y puesta en funcionamiento del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia" (confr., en el mismo sentido, Reg. Nº 381/2001, de esta Sala "B").

2º) Que, en las actuaciones principales correspondientes al presente incidente se investiga "...la modalidad de distribución exclusiva adoptada por MASSALIN (MASSALIN PARTICULARES S.A.), a partir del año 1997, hasta la fecha, consistente en comercializar cigarrillos a través

de distribuidores exclusivos zonificados en el área de Capital Federal y el Gran Buenos Aires, eliminando así la figura del subdistribuidor independiente, estableciendo en los contratos celebrados entre la empresa de tabaco y los distribuidores exclusivos, la obligación de éstos últimos de abastecer directamente a los comercios minoristas... la conducta imputada a MASSALIN, encuadraría... en la figura de abuso de posición dominante, en la medida que constituye una imposición unilateral, manifestada a través de la modificación del sistema de distribución por la modalidad de distribución exclusiva, de prácticas tendientes a la limitación, restricción y distorsión de la competencia, con afectación al interés económico general" (confr. Resolución C.N.D.C. 65/10 por la cual se dio por concluida la instrucción sumarial en el expediente principal; fs. 269 del presente; el resaltado corresponde a la presente).

3º) Que, no se encuentra controvertido que MASSALIN PARTICULARES S.A. continúa utilizando, para la comercialización de la mercadería que produce, en el área de la Capital Federal y del Gran Buenos Aires, el sistema de distribución exclusiva adoptado a partir del mes de marzo de 1997.

Por el contrario, en cuanto se vincula con la excepción de falta de acción por prescripción articulada, los agravios del recurrente se relacionan con la estimación relativa a que "...La conducta investigada es el "cambio del sistema de distribución de Massalin" que ocurrió en un momento particular y preciso en el tiempo, en marzo de 1997" y a que, a partir de aquel momento, "...todos los plazos de prescripción posibles han transcurrido ya holgadamente...".

4º) Que, en un caso similar al presente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidió, por remisión al dictamen del Procurador General de la Nación, estableciendo: "...tanto del texto del art. 1º de la ley analizada (25.156) como de la finalidad de la regulación, se desprende que lo prohibido en el abuso de posición dominante es una particular forma de actividad comercial, una práctica abusiva que puede -aunque no precisa- prolongarse en el tiempo y materializarse en numerosos actos individuales, sin que por ello pierda unidad. En este sentido, es unánime la doctrina al

*Poder Judicial de la Nación*

sostener que, en casos de esta índole, la pluralidad de actos particulares, a través de los cuales se manifiesta la actividad típica, constituye una unidad de acción..." (Fallos 325:1.702)

5º) Que, por lo tanto, si se tiene en cuenta que por el art. 63 del Código Penal se prevé que "La prescripción de la acción empezará a correr desde la medianoche del día en que se cometió el delito o, si este fuese continuo, en que cesó de cometerse" (el resaltado corresponde a la presente) y que el hecho que es el objeto de las presentes actuaciones no habría cesado de cometerse, se permite concluir que -cualquiera que fuese la normativa regulatoria del plazo de la prescripción que se estimara aplicable al caso- la acción penal no se encontraría extinguida por prescripción con respecto al hecho investigado.

Los Dres. Roberto Enrique HORNOS y Nicanor M. P. REPETTO agregaron:

6º) Que, no obstante lo establecido por el considerando 1º de la presente, cabe resaltar que la falta de constitución y puesta en funcionamiento del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia, habiendo transcurrido once años desde el dictado de la ley 25.156, por la cual aquel tribunal fue creado, constituye una situación que no puede ser obviada. Frente a la anomalía que implica la omisión de dar cumplimiento a lo previsto por aquella ley por parte de las autoridades competentes en los últimos once años, es deber de este Tribunal poner de manifiesto la demora y requerir a aquellas autoridades, por intermedio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (art. 40 del R.J.N.), que se proceda a integrar el organismo que debe aplicar y controlar el cumplimiento de la Ley de Defensa de la Competencia, como está previsto por el artículo 19 de la ley 25.156.

Por ello, SE RESUELVE:

Por unanimidad:

I. CONFIRMAR la resolución recurrida en cuanto fue materia

USO OFICIAL

de recurso.

**II. CON COSTAS** (arts. 530, 531 y ccs. del C.P.P.N.),

Por mayoría:

**III. LIBRAR OFICIO** a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de conformidad con lo previsto por el artículo 40 del Reglamento para la Justicia Nacional, para que por intermedio de ese Tribunal, se requiera al Poder Ejecutivo Nacional la integración del organismo que debe aplicar y controlar el cumplimiento de la Ley de Defensa de la Competencia (artículo 19 de la ley N° 25.156).

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

MARCOS ARMOLDO GRABIVKER  
JUEZ DE CAMARA

ROBERTO ENRIQUE HORNOS  
JUEZ DE CAMARA

NICANOR M. P. REPETTO  
JUEZ DE CAMARA

|                                            |       |
|--------------------------------------------|-------|
| MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS PUBLICAS |       |
| DIRECCION DE GESTION Y CONTROL JUDICIAL    |       |
| ENTRO                                      | SALIO |
| 01 DIC 2011                                |       |