

**Causa N° 3489/11 "Mafinsa SA s. apel. resol. Comisión Nacional de Defensa
de la Competencia"**

Buenos Aires, 31 de mayo de 2012.

AUTOS Y VISTOS:

El recurso de apelación interpuesto y fundado a fs. 39/49vta. por Mafinsa SA contra la Resolución N° 12/11, dictada por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (en adelante la Comisión o CNDC) a fs. 33/37, cuyo traslado fue contestado por el Estado Nacional a fs. 74/81, y

CONSIDERANDO:

1. El presente incidente se formó con motivo del pedido de información y de documentación formulado por la CNDC a distintas empresas, de acuerdo con el art. 24, inc. a), de la ley 25.156, en los autos "Parmalat Argentina SA (Compañía Láctea del Sur SA) s/ diligencia preliminar cumplimiento art. 8 ley 25.156 (DP 20)" (ver fs. 1, 2, 3, 6 y 8/9).

A fin de decidir sobre el recurso interpuesto, corresponde señalar que el 2 de septiembre de 2008 la Comisión dispuso correr traslado a Mafinsa, en los términos del art. 50 de la LDC, para que en el plazo de cinco días efectuara su descargo y ofreciera prueba (fs. 8/9), en virtud de la falta de respuesta al requerimiento del 30 de marzo de 2006 (fs. 3), reiterado el 10 de enero de 2007 con apercibimiento de aplicar la sanción prevista en dicha norma (fs. 6).

La empresa ejerció su derecho de defensa mediante la presentación del 16 de septiembre de 2008 (fs. 10/14), en la que invocó la falta de notificación del requerimiento de fs. 6. Asimismo, negó que su conducta pudiera ser considerada obstructiva de la investigación en los términos del art. 50 de la LDC, puesto que contestó el primer requerimiento de la CNDC, en el sentido de que no tenía participación accionaria en la firma investigada. Añadió que era necesario que se le diera vista de las actuaciones para ejercer sus derechos constitucionales, y que la información requerida se encontraba en poder de la Administración Pública (AFIP). Sobre esa base, sostuvo que la aplicación de una multa contrariaba los principios de legalidad y de razonabilidad exigibles a los actos

USO OFICIAL

del Estado, y la proporcionalidad entre la pena prevista en la norma y la conducta que se pretendía sancionar.

2. En tales circunstancias fue que la CNDC dictó la Resol. N° 12/11, en la que: impuso una multa diaria de \$ 300 a Mafinsa SA con fundamento en el art. 50 de la ley 25.156, desde el 25 de enero de 2007 hasta la presentación efectiva de la información requerida (art. 1°); ordenó a dicha firma que presentara su composición accionaria y copia de los libros de accionistas (art. 2°); dispuso que se pagara en 10 días la multa devengada desde la fecha de inicio hasta la notificación de la resolución, y fijó a partir de ese momento intereses según la tasa activa del BNA (art. 3°).

3. Contra esa resolución que se agravia la recurrente. Sostiene, en síntesis, que es nula, arbitraria y lesiona las garantías constitucionales del debido proceso pues: 1) no se le permitió que pudiera defenderse de la calificación de la conducta como “obstructiva”; 2) no hizo mérito de los argumentos que invocó en su escrito de descargo, por lo cual no está fundada.

En subsidio, cuestiona la multa por considerar excesivo su monto, por la ausencia de fundamentos para su cuantificación y porque se impuso en forma retroactiva, sin norma que lo prevea y sin considerar el tiempo transcurrido entre su descargo (16-9-2008) y la resolución (1-3-2011).

4. Así planteada la cuestión -que se integra con los argumentos del Estado Nacional sostenidos en su contestación de agravios-, corresponde desestimar el planteo que la recurrente funda en vicios del procedimiento anterior a la resolución apelada.

Contrariamente a lo que sostiene, en la resolución dictada por la CNDC el 2-9-2008 (fs. 8/9) se le corrió traslado en los términos del art. 50 de la ley 25.156 para que efectuara su descargo y ofreciera prueba, con motivo de que con la presentación efectuada no había cumplido el requerimiento formulado por el organismo de acuerdo con el art. 24, inc. a, de la LDC.

El citado art. 50 de la ley 25.156 prevé la sanción de multa para quienes obstruyan o dificulten la investigación o no cumplan los requerimientos formulados por la autoridad de aplicación, por lo que ante los hechos en que se fundó la resolución de fs. 8/9, no puede concluirse que el recurrente no hubiera podido ejercer su derecho de defensa con relación a la conducta posteriormente

sancionada. Adviértase, en ese sentido, que al efectuar su descargo alegó que su conducta no podía ser encuadrada en la citada norma de la LDC, habida cuenta que respondió el requerimiento y justificó el alcance de su contestación.

5. Ahora bien, con motivo de los restantes agravios que la apelante expresa contra la Resolución N° 12/11, se debe precisar que no fue dictada por el Secretario de Comercio Interior (SCI) –de acuerdo con las normas transitorias previstas en la ley 25.156– sino por la CNDC, órgano que carece de facultades decisorias.

Esta circunstancia, si bien no fue planteada concretamente por la recurrente en su memorial, debe necesariamente ser valorada por el Tribunal. Ello es así, pues en este caso se impugna una decisión de naturaleza jurisdiccional de un órgano administrativo cuya intervención, no obstante la derogación de la ley 22.262, fue dispuesta en el art. 58 de la ley 25.156 con claro carácter transitorio hasta la creación del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia (TNDC).

Dicha norma transitoria sigue vigente desde hace más de diez años debido a la omisión del Poder Ejecutivo en constituir el TNDC, como se dispone en los arts. 19 de la LDC y de su decreto reglamentario 89/01. Ello ha sido destacado por esta Cámara (*ver Acordada N° 16/09 del 2-12-2009*) y por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico (*Sala A, causa 59.871 del 1-2-2010*).

6. En esas condiciones, cabe señalar que la observancia del debido proceso no puede quedar sustraída en modo alguno al control judicial suficiente y amplio que es exigencia constitucional en supuestos como el que se examina (*arts. 18, 109 y 116 de la C.N.; Corte Suprema in re “Fernández Arias c. Poggio”, Fallos 247:646; doctrina de esta Sala en la causa 2319/03 del 5-10-2004 y de la Sala 2 en la causa 3826/09 del 12-8-2009*).

Para que el control judicial se pueda considerar verdaderamente suficiente, deberá ser más o menos extenso y profundo según las modalidades de cada situación jurídica, de acuerdo con el conjunto de factores y circunstancias variables o contingentes como, por ejemplo, la naturaleza del derecho individual invocado, la magnitud de los intereses públicos comprometidos, la complejidad de la organización administrativa creada para garantizarlos y la mayor o menor

USO OFICIAL

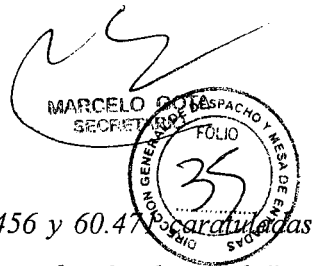
descentralización del tribunal administrativo (*Fallos 244:548*), lo cual obliga a examinar en cada caso los aspectos específicos que singularizan la concreta materia litigiosa (*Fallos 247:646*).

Por lo demás, las garantías constitucionales, como las del debido proceso y de la defensa en juicio, son de inexcusable observancia en todo tipo de actuaciones, inclusive en los procedimientos administrativos (*Fallos 318:564, 319:1160 y 324:3593*), por lo que la necesidad de una resolución válida -en cuanto a sus formas esenciales- es un requisito del que este Tribunal no puede prescindir en el control judicial que le ha sido asignado en la Ley de Defensa de la Competencia (*esta Sala, causa 2319/03 citada*).

7. A las consideraciones anteriores hay que añadir que la ley 25.156 contempla la aplicación supletoria el Código Procesal Penal (art. 56), cuyo artículo 168 dispone que se deberán declarar de oficio, en cualquier estado y grado del proceso, las nulidades previstas en el art. 167 que impliquen violación de las normas constitucionales o cuando así se establezca expresamente. Esta última norma prevé prescripta bajo pena de nulidad la observancia de las disposiciones concernientes a la constitución del tribunal y a la intervención del juez en el proceso, entre otras.

La capacidad del tribunal que prevé la norma hace referencia al ejercicio de la función, en su aspecto genérico (aspectos formales sobre la habilitación del legal desempeño en general), como específico, es decir a la posibilidad de actuación en un caso concreto; en tanto que la constitución del tribunal es una exigencia vinculada directamente con las normas que regulan su integración (*cfr. Guillermo R. Navarro y Roberto R. Daray, Código Procesal Penal de la Nación, Ed. Hammurabi, 2da. edición, T. 1, págs. 444/45*).

En síntesis, la nulidad de una resolución como la recurrida, debe ser declarada de oficio cuando no se han observado las disposiciones concernientes al nombramiento, capacidad y constitución del tribunal que la dictó, puesto que ello importa, en definitiva, la violación de normas constitucionales (*esta Sala, causas 8131/09 del 27-10-2009, 10.507/09 del 13-5-2010, 4798/10 del 14-9-2010 y 4537/10 del 7-12-2010; en ese sentido, ver CNApel. en lo Penal Económico, Sala A, doctrina de las causas 59.562 "Telefónica de España, Olimpia y otros s. diligencia preliminar s. ley 25.156 – incid. de verificación de*



cumplimiento de Resol. 44/09", del 21-10-2009; 60.456 y 60.477 "Telecom Italia SPA y otro s. recurso de queja por apelación denegada", y 60.454 "Sintonía SA y otros s. rec. de queja por apelación denegada", todas del 17-6-2010).

8. Desde esa perspectiva, se impone concluir que la resolución apelada es nula, pues no fue dictada por el órgano con facultades decisorias (SCI) de acuerdo con la normativa vigente, respecto del cual cabe aplicar, por la naturaleza jurisdiccional del acto examinado, las normas procesales mencionadas en el considerando anterior acerca de la capacidad y constitución del tribunal. Es que la ley 25.156 mantiene la autoridad de aplicación, hasta la constitución del TNDC, tal como se encontraba prevista en el anterior régimen legal (ley 22.262).

La Corte Suprema se ha pronunciado en el sentido de que, mientras rija el sistema de transitoriedad previsto en el art. 58 de la LDC, dicha autoridad comprende a la CNDC -con facultades de instrucción y de asesoramiento-, y al órgano ejecutivo de la cartera económica al que, según su estructura organizativa, le corresponda la facultad resolutoria a través del dictado de los actos pertinentes (*ver arts. 12, 17, 19, 23, 24, 26, 28 y 30 de la ley 22.262; CSJN, dictámenes de la Procuradora Fiscal en las causas "Credit Suisse", Fallos 330:2527 y "Belmonte", Fallos 331:781; esta Sala, causas 8131/09 del 27-10-2009, 10.507/09 del 13-5-2010, 4798/10 del 14-9-2010 y 4537/10 del 7-12-2010; Sala 2, doctrina de la causa 3826/09 del 1-8-2009*).

La imposición de la multa por obstruir o dificultar una investigación administrativa es, por su propia naturaleza, una sanción cuya aplicación debe ser decidida por SCI como órgano con competencia resolutoria, y excede las facultades de instrucción y asesoramiento de la CNDC.

Abona esa conclusión, además, la norma del art. 50 de la LDC, al disponer que "quienes no cumplan con los requerimientos del Tribunal podrán ser **sancionados** con multas de hasta quinientos pesos (\$ 500) diarios" y que "cuando a juicio del Tribunal se haya cometido la infracción mencionada, se dará vista de la imputación al presunto responsable, quien deberá efectuar los descargos y ofrecer pruebas" (el destacado no es del original.).

USO OFICIAL

Es decir, la resolución que impone la multa, se dicta en el marco de un procedimiento incidental que prevé la imputación de la conducta y la defensa del responsable, que culmina con dicha sanción.

Por lo tanto, la CNDC no es competente para el “juzgamiento” de las causas iniciadas con posterioridad a la vigencia de la ley 25.156, ni asume las “facultades y prerrogativas” otorgadas por esa ley –al menos no todas–, como sostiene en la resolución apelada.

La prolongada situación transitoria a la que se hizo referencia, ha exigido en numerosas oportunidades deslindar las atribuciones conferidas en la ley 25.156 al TNDC, entre los órganos que conforman la autoridad de aplicación creada para otro régimen legal (CNDC y SCI), que no sólo es diferente por su estructura interna sino también por su carácter de tribunal administrativo autárquico, con garantías de independencia en cuanto a su conformación y funcionamiento (Cap. IV de la LDC).

No sólo este Tribunal ha decidido que la Comisión no tiene facultades decisorias. La Procuración General de la Nación y la Corte Suprema se pronunciaron sobre el mencionado deslinde de atribuciones entre ambos órganos, al destacar que “la instrucción e investigación de las infracciones a la ley son facultades de la Comisión Nacional, como también la de emitir los dictámenes pertinentes que indiquen y aconsejen a la autoridad administrativa competente, cuando la ley así lo prevé, el tratamiento a seguir en las actuaciones”, y que la facultad resolutoria de estos procedimientos, por medio del dictado de actos administrativos, corresponde al Secretario ministerial. En particular, el Alto Tribunal precisó que dentro de las potestades decisorias que competen al SCI se encuentran, entre otras, las de **aplicación de multas** (*ver, además de las citadas causas “Credit Suisse”, Fallos 330:2527 y “Belmonte”, Fallos 331:781, la sentencia dictada el 29-11-2011 in re “Moda S.R.L. s/ solicitud de intervención (C.1216)”, M. 237. XLVI.; y el dictamen de la Procuración General en la causa “Compañía Industrial Cervecera SA s/apel. resol. Comisión Nac. Defensa de la Competencia”, C.516.XLVI, del 16-12-2010*).

Y si bien las disposiciones de la ley 22.262 han sido derogadas por el art. 58 de la ley 25.156, habida cuenta de que se mantiene el órgano de



aplicación de aquel régimen legal, es pertinente recordar –a los fines del deslinde de facultades y como un elemento más para fundar el criterio propio en el caso concreto por este Tribunal– que, ante conductas análogas a la que motivó la multa apelada, esa ley atribuía expresamente la instrucción del procedimiento a la Comisión, y el dictado de la resolución al secretario de Estado (art. 16).

En suma, los arts. 50 y 58 de la ley 25.156, invocados por la CNDC, no le otorgan la facultad para dictar la resolución que ha sido apelada.

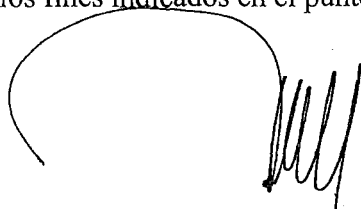
9. Toda vez que los fundamentos expuestos resultan suficientes para anular la resolución apelada, no corresponde emitir un pronunciamiento sobre los agravios del apelante con relación a la falta de fundamentos que exhibe. Ello es así, por cuanto no es esa la resolución cuyo control judicial ha sido atribuido a este Tribunal; y como tal, no puede ser considerada sino como un acto preparatorio del que debe dictar el SCI.

Por tal motivo, la invocada arbitrariedad derivada la omisión de fundar la aplicación retroactiva de la multa o de valorar los argumentos que invocó la recurrente en su escrito de descargo –acerca de la falta de notificación del requerimiento reiteratorio, de los términos de la respuesta que oportunamente ofreció y de la posibilidad de obtener la información requerida de organismos que integran la Administración Pública– no afecta un acto definitivo que debe revisar este Tribunal.

En consecuencia, **SE RESUELVE:** 1. declarar la nulidad de la Resolución N° 12/11, dictada por la CNDC el 1-3-2011 en el Expediente S01:0396980/2010 (Incidente VI DP.20) que obra a fs. 33/37; 2. remitir las presentes actuaciones al Señor Secretario de Comercio Interior a sus efectos, a través de la CNDC.

La Dra. Graciela Medina no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia (art. 109 del RPJN).

Regístrese, notifíquese y, oportunamente, líbrese oficio a la CNDC a los fines indicados en el punto segundo.


RICARDO GUSTAVO RECONDO


GUILLERMO ALBERTO ANTELO