



CERTIFICO que la presente es copia  
fiel de su original que he tenido a la  
vista.- Conste.

Buenos Aires, 14 de mayo de 2012 -

*Poder Judicial de la Nación*

CARLOS A. PETRE  
SECRETARIO



C. 1951/2012

**“YPF SA s. apel. resol. Comisión Nacional de Defensa  
de la Competencia”.**

Buenos Aires, 14 de mayo de 2012.

**AUTOS Y VISTOS:**

El planteo de inconstitucionalidad de los arts. 35 y 52 de la ley 25.156 formulado a fs. 90/91vta. (Pto. XII), cuyo traslado fue contestado por el Estado Nacional a fs. 269/83; y el dictamen del Sr. Fiscal General de fs. 290, y

**CONSIDERANDO:**

1. YPF S.A. habilitó la jurisdicción de este Tribunal mediante el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución N° 17, dictada por la Secretaría de Comercio Interior (SCI) el 12 de marzo, en cuanto se le ordena, con carácter cautelar, que suministre a los titulares de aeronaves inscriptas en el Registro Nacional de Aeronaves de la República Argentina, combustible para transporte aeronáutico (“JP1” o “aerokerosene”), de cabotaje e internacional, a un precio neto de impuestos que no supere el 2,7% del precio neto de impuestos de la nafta súper (no *premium*) de la estación de servicio de su bandera más cercana al aeropuerto de que se trate (fs. 48/92vta.).

Sostiene, en resumen, que la resolución es ilegítima y arbitraria pues: 1) el SCI carece de la competencia atribuida en el art. 35 de la LDC; pues no es el tribunal administrativo dotado de garantías de independencia e imparcialidad que crea esa ley, sino un organismo dependiente jerárquicamente del Ministerio de Economía, en el ámbito de la Administración Central (Pto. V); 2) fue dictada de oficio y sin darle el traslado de la denuncia promovida por Aerolíneas Argentinas (AA) y Austral (AU), previsto en el art. 29 de la ley 25.156 (Pto. VI); 3) no se acreditó el requisito de la verosimilitud del derecho ni se procedió con la prudencia exigible en los supuestos en que una medida cautelar altera el estado de hecho y de derecho existente y configura un anticipo de jurisdicción (Pto. VIII); 4) es inconsistente y tiene graves errores de apreciación del mercado de producción y comercialización del “JP1”, desde que se incurre en afirmaciones dogmáticas sin sustento técnico, que prescinden de la estructura propia y del específico ámbito geográfico del mercado involucrado (Pto. VIII.I.); 5) no

USO OFICIAL

demuestra que YPF tenga una “posición de dominio” (arts. 4 y 5 de la LDC), ni que hubiera existido un abuso de dicha posición, de la cual se derive un perjuicio al interés económico general (Ptos. VIII.II. y III).

A esos agravios añade (ver Pto. VIII.) que: *a*) la ley 25.156 no prevé expresamente la sanción de los llamados “precios abusivos”, por lo que la autoridad de aplicación no está legalmente habilitada para imponer un precio (apart. III.I.); *b*) no se acreditó el abuso de posición dominante a través de la imposición de un precio excesivo del “JP1” (apart. III.II.); *c*) en forma arbitraria se prescindió de considerar al “JP1” como un “commodity”, cuando el decreto 1212/89 establece que es adecuado que los precios de los hidrocarburos y sus derivados de origen nacional reflejen los precios internacionales, como así también que la fórmula para determinar dicho precio es aplicada globalmente y aceptada en forma invariable por el Estado Nacional y por las firmas denunciantes; en tanto que si se utiliza como parámetro de comparación el precio aplicado por YPF o por otras empresas proveedoras de “JP1” en otras partes del mundo, se advierte que el percibido en la Argentina es legítimo y razonable (apart. III.III.ii); *d*) no se efectuó un análisis de costos y la comparación que se hizo entre el “JP1” y la “nafta super” es inconsistente, contradictoria y arbitraria, pues involucra mercados relevantes del producto completamente diferentes, y prescinde de la estructura y dinámica propia del mercado que toma como referencia –Estados Unidos– (apart. III.III.iii); *e*) no es cierto que AA o AU estén imposibilitadas de adquirir “JP1” por otros medios ya que no hay barreras al ingreso de nuevos competidores o que impidan la importación (aprt. III.IV.); *f*) no es cierto que el precio del “JP1” se fija por el poder de venta ejercido por YPF, desde que AA y AU tienen poder para negociar las condiciones de oferta del producto; como tampoco lo es que YPF imponga volúmenes de entrega, ya que el abastecimiento ha sido normal y no existen cuestionamientos por falta de suministro (apart. III.V.).

Asimismo, YPF afirma que no hay peligro en la demora que justifique una medida cautelar con el alcance dispuesto en la Resol. 17, pues no se acreditó una grave lesión a la competencia (art. 35 LDC) en el sentido de que la conducta cuestionada pudiera poner en riesgo la provisión del servicio de transporte aerocomercial debido al aumento de los costos. Y que, a la inversa, la medida provoca importantes pérdidas a la empresa por la venta del

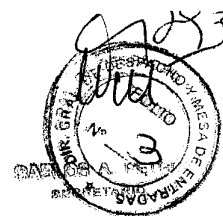


CERTIFICO que la presente es copia fiel de su original que he tenido a la vista.- Conste.

Buenos Aires, 14 de agosto de 2012.

*Poder Judicial de la Nación*

CARLOS A. PETRE  
SECRETARIO



combustible al valor fijado por la CNDC y altera el correcto funcionamiento del mercado al inducir una artificial alteración de los precios (Pto. IX).

Por último, cuestiona que no se ordenó que las denunciantes presten contracautela (Pto. X).

Respecto de la inconstitucionalidad de los arts. 35 y 52 de la ley 25.156, alega que el efecto devolutivo del recurso de apelación (Pto. XII) implica que debe cumplir con una medida de suma gravedad, que causa perjuicios económicos y estructurales irreparables, sin revisión judicial. Y que en esas circunstancias una eventual resolución favorable sobre su recurso sería abstracta. Añade que la medida cautelar fue dictada por un órgano administrativo que no tiene competencia, ya que no es el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia (TNDC o Tribunal) previsto por la ley 25.156. Sobre esa base, concluye que la resolución dictada por la SCI afecta en forma directa derechos amparados por la Constitución Nacional (arts. 14, 18, 28 y 75, inc. 22), por lo que solicita que el recurso se conceda con efecto suspensivo.

2. Mediante la Resol. N° 23 del 16 de abril la CNDC concedió el recurso de apelación interpuesto por YPF, con efecto devolutivo, de acuerdo con lo establecido en los artículos 52, 53, 56 y 58 de la ley 25.156 (fs. 248/61).

Para ello destacó que el efecto devolutivo: está previsto para los recursos deducidos contra las resoluciones dictadas por el Tribunal que ordenen el cese o la abstención de una conducta (art. 52, inc. b de la LDC); es razonable para evitar que continúe produciéndose un daño a la competencia; la medida precautoria dictada no restringe el nivel de ganancias normal de la firma, ya que operaría sobre los beneficios extraordinarios; la empresa está en condiciones de mantener su producción sin que resulte afectada su viabilidad económica, pues la medida garantiza ingresos por encima de sus costos de producción por la venta de "aerokerosene"; no se probó un gravamen irreparable ya que no es suficiente que se funde exclusivamente en cuestiones económicas; la medida fue dictada por la autoridad competente en los términos del art. 35 de la LDC y del art. 42 de la Constitución Nacional, y puede ser revisada en una instancia judicial posterior, lo cual garantiza el derecho de defensa de la recurrente y el debido proceso legal.

3. Así planteada la cuestión, es oportuno recordar que esta Sala desestimó una medida cautelar solicitada por YPF para que se suspendieran los efectos de la Resol. SCI Nº 17 hasta la decisión sobre el recurso interpuesto contra aquélla (ver causa 1926/12).

Para decidir de ese modo, precisó que, en principio, la vía legal para ejercer el control judicial de los actos dictados por la autoridad de aplicación de la ley 25.156, es el recurso previsto en su art. 52. Y con ese fundamento corrió traslado de la apelación y dispuso un trámite específico, con plazos más breves, para resolver el planteo de inconstitucionalidad vinculado con el efecto devolutivo al recurso (ver fs. 267, apart. III, a fs. 267 de este expediente)

Sobre esa base, cumplido ese trámite (ver contestación del Estado Nacional a fs. 269/83 y el dictamen del Ministerio Público a fs. 290), corresponde examinar el planteo de inconstitucionalidad formulado por la apelante y su pedido para que se modifique el efecto del recurso.

4. Sostiene el Sr. Fiscal General en su dictamen que el efecto de un recurso de apelación constituye una cuestión de clara incumbencia del legislador y no de los jueces, y que puede ser establecido prudencialmente de diversa manera, dentro del límite de lo razonable. Sobre esa base, concluye que “no encuentro razones suficientes para que V.E. ejerza la facultad que reiteradamente se ha calificado como la más delicada de las cuestiones que pueden someterse a un tribunal de justicia, y acto de suma gravedad, última ratio del orden jurídico”.

Dos son las normas de la ley 25.156 que permitirían fundar el efecto devolutivo del recurso interpuesto por YPF: el art. 35 –por la naturaleza precautoria de la decisión apelada–, el que fue expresamente invocado en la Resol. 17 (ver fs. 11, primer párrafo, de estas actuaciones); y el art. 52, citado en la Resol. CNDC 23/12, en cuanto prevé la apelación de una orden de cese o abstención de una conducta (fs. 256).

La línea argumental que sostiene el Ministerio Público Fiscal ante esta instancia conduciría a la admisión –en principio– de la razonabilidad del efecto que el legislador le otorgó al recurso de apelación en el contexto de ese régimen normativo: es decir, en el supuesto de que se apelara una medida

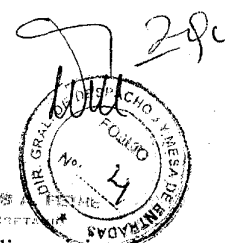


CERTIFICADO que la presente es una copia fiel de su original que he tenido a la vista.- Conste.

Buenos Aires, 14 de mayo de 2012.

Poder Judicial de la Nación

CARLOS A. PETRE  
SECRETARIO



cautelar dictada por el TNDC, tal como está previsto en las disposiciones legales antes indicadas.

Empero, tal argumentación prescinde de dos factores que, necesariamente, se deben valorar –en forma conjunta– para dictar una decisión fundada sobre el punto en cuestión: uno se relaciona con un hecho objetivo; el otro con las concretas circunstancias del caso.

4.1. Respecto del primero, basta precisar en esta oportunidad, que la medida no fue dictada por el TNDC que la ley 25.156 creó como un organismo autárquico, con garantías de estabilidad e independencia en cuanto a su conformación y funcionamiento (arts. 17 y siguientes), sino por el SCI que mantiene su intervención con carácter transitorio (art. 58) por la falta de constitución del Tribunal después de transcurridos más de doce años desde la promulgación de la LDC. Y es un hecho que dicha secretaría de Estado, sometida en esta materia a la potestad jerárquica del Ministerio de Economía, y por ende del Poder Ejecutivo Nacional (*cfr. Ley de Ministerios, ordenada por decr. 438/92 y sus modificaciones; asimismo, página web de dicho Ministerio “www.mecon.gov.ar”*), no es asimilable al TNDC en ese aspecto esencial previsto por el legislador (*cfr. Cámara de Diputados, Reunión 13 del 19-5-1999, Orden del Día n° 184, y Senado de la Nación, debate del 25-6-99*).

Esta distinción se hace con la única finalidad de examinar la razonabilidad de las normas que prevén el efecto devolutivo del recurso interpuesto contra una resolución dictada por el SCI con carácter precautorio en los términos del art. 35 de la LDC. (Adviértase que la recurrente planteó ese punto en los agravios deducidos en el recurso contra la Resol. SCI 17.)

En síntesis, no se dan en el caso la totalidad de los presupuestos que el legislador previó para que el recurso interpuesto contra una medida cautelar tenga efecto devolutivo.

4.2. El segundo factor a valorar se relaciona con el alcance de la Resol. SCI N° 17. Mediante ese acto, dictado en un procedimiento de investigación de conductas prohibidas por la ley –que, como tal, es de naturaleza sancionatoria y prevé la aplicación supletoria del código penal adjetivo y sustantivo (*ver, Cabanellas de las Cuevas, Guillermo, Derecho Antimonopolístico y de Defensa de la Competencia, Ed. Heliasta, 2005, t. 1, págs. 293 y siguientes*)–, se ordenó con carácter cautelar, antes de que la

USO OFIC AL

investigada tuviera oportunidad de presentar su descargo, no sólo el cese o la abstención de una conducta, sino también una concreta obligación de hacer: el suministro de un producto ("JP1") en cantidades normales y habituales, y a un precio que no supere un valor determinado por el organismo administrativo en base a la relación con otro producto (nafta súper) según la estructura de los Estados Unidos, pues se destacó que el análisis de costos "se profundizará cuando se expida la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA sobre la cuestión de fondo" (ver la resolución citada, fs. 4/9).

La medida dictada presupone, en esos términos, el ejercicio de una típica función jurisdiccional, y no es sólo innovativa sino que, además, anticiparía una eventual decisión final de naturaleza sancionatoria (art. 46, inc. a, de la ley 25.156). A su vez, YPF invoca en su recurso que dicha resolución, dictada por un organismo administrativo sin competencia, afecta el debido proceso legal, la libertad de empresa y el derecho de propiedad, cuestiones que se decidirán en la oportunidad de examinar la apelación deducida.

5. Es en tales condiciones que se debe dictar un pronunciamiento sobre la cuestión planteada que armonice el interés económico general que protege la ley 25.156 (art. 42 de la C.N.) con los mencionados derechos individuales (arts. 14, 17 y 18 C.N.). Para ello es necesaria una interpretación integral de las disposiciones de ese régimen legal, acorde con su letra y sin desnaturalizar el espíritu que las inspiró.

Consecuentemente, no se puede concluir en el caso concreto que el efecto devolutivo previsto para el recurso de apelación en los arts. 35 y 52 de la ley 25.156, sea compatible con las garantías de defensa en juicio y debido proceso que asegura la Constitución Nacional, en la medida en que no asegura en forma suficiente el control judicial del acto dictado por el funcionario que integra la Administración Pública.

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).

Para que ese control judicial se pueda considerar suficiente, deberá ser más o menos extenso y profundo según las modalidades de cada



CERTIFICO que la presente es copia fiel de su original que he tenido a la vista.- Consta.

Buenos Aires, 14 de mayo de 2012.

Poder Judicial de la Nación

CARLOS A. PETRE  
SECRETARIO



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 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), como se hizo en los considerandos anteriores.

Dicha relación entre el efecto del recurso y el control judicial suficiente de las medidas dictadas por un órgano administrativo con facultades jurisdiccionales fue ponderada por la Corte Suprema en Fallos 284:150 y 321:1043.

Con tal comprensión del asunto, no es razonable que, en las concretas circunstancias del caso ya señaladas, el recurso interpuesto contra la Resol. SCI N° 17 tenga el efecto devolutivo que la ley prevé para las apelaciones deducidas contra un tribunal administrativo que todavía no fue constituido; ello, sin desmedro de lo que se juzgue respecto de la cuestión de fondo.

Por los fundamentos expuestos, oído el Sr. Fiscal General, **SE RESUELVE:** tener por concedido con efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por YPF (fs. 48/92vta.) contra la Resolución SCI N° 17. Las costas se distribuyen por su orden en atención a la novedad de la cuestión.

La Dra. Graciela Medina no interviene por haberse aceptado su excusación -ver causa 1926/12- conexa a estas actuaciones (art. 109 del R.J.N.).

Regístrese, notifíquese en el día y con habilitación de hora a la recurrente y al Sr. Fiscal General en su despacho, y líbrese oficio al Secretario de Comercio Interior con copia certificada de esta resolución.

RICARDO GUSTAVO RECONDO

GUILLERMO ALBERTO ANELLO  
GUILLERMO ALBERTO ANELLO

SALA CIVIL Y COMERCIAL N° 3  
FOLIO 5  
DEL LIBRO DE SENTENCIAS