

CARLOS A. PETRE  
SECRETARIO

C. 1952/2012 “Esso Petrolera Argentina SRL s. apel. resol. Comisión  
Nacional de Defensa de la Competencia”.



Buenos Aires, 11 de mayo de 2012.

En atención a los motivos expuestos en los expedientes 1476/12 “Shell Cía. Argentina de Petróleo SA c. Secretaría de Comercio Interior s. medidas cautelares” (ver fs. 173/81) y 1926/12 “YPF SA s. medidas cautelares” (fs. 319), y a la conexidad con esta causa cuyo objeto remite al recurso de apelación interpuesto contra la Resol. SCI N° 17, dictada en las mismas actuaciones administrativas, se acepta la excusación de la Dra. Graciela Medina.

#### AUTOS Y VISTOS:

El planteo de inconstitucionalidad de los arts. 35 y 52 de la ley 25.156 formulado a fs. 49 y 74vta./76, cuyo traslado fue contestado por el Estado Nacional a fs. 320/35vta.; y el dictamen del Sr. Fiscal General de fs. 344, y

#### CONSIDERANDO:

1. Esso Petrolera Argentina SRL (en adelante Esso) 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. 48/78).

Sostiene, en resumen, que la resolución es ilegítima pues: 1) el SCI carece de la competencia para dictar una medida cautelar innovativa con fundamento en el art. 35 de la LDC, pues no es el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia (TNDC) dotado de garantías de independencia e imparcialidad que crea esa ley, sino un organismo dependiente jerárquicamente del Ministerio de Economía (Ptos. IV.1.A y IV.9); 2) la medida interfiere en un mercado desregulado en los precios y sujeto a la libre

USO OFICIAL

competencia, y afecta en forma irrazonable la libertad de comercio (IV.1.B y C); 3) no se demuestra la verosimilitud del derecho debido a que el análisis efectuado por la CNDC es aplicable sólo a YPF (IV.3); 4) Esso no tiene posición dominante en el mercado relevante del producto y, por ende, no hay un abuso de ella que justifique la medida, en tanto que el precio del “aerokerosene” en los aeropuertos en que participa es inferior al local, regional e internacional (IV.3.A); 5) los precios locales de “JP1” están por debajo del Precio Paridad de Importación, lo cual demuestra que es un mercado competitivo (IV.3.A, apart. 5 y D); 6) la participación de Esso en el mercado (20%) no lo coloca en condiciones de fijar un precio del “JP1” a Aerolíneas Argentinas, y son las empresas aéreas y la propia Secretaría de Transporte (en 2008) las que utilizan la estructura de precios cuestionada para contratar su provisión (IV.3.A, apart. 6 y 7); 7) la comparación de la Comisión con el mercado de combustibles de los Estados Unidos es sesgada y forzada, ya que se confrontaron dos mercados diferentes y se comparó el precio de la nafta súper Grado 3 de ese país, con el de la Grado 2 en la Argentina que no refleja los precios internacionales (IV.3.B).

Añade la recurrente que no está acreditado el peligro en la demora pues no hay prueba de que las empresas denunciadas no se encuentren en condiciones para afrontar el costo del “aerokerosene” en las condiciones vigentes antes de la medida, o de trasladar un aumento en sus costos a las tarifas de modo que resulte un perjuicio al interés económico general. Y que, por el contrario, la decisión cautelar genera a Esso un grave perjuicio en su patrimonio (IV.4).

Por otro lado, invoca que la medida persigue un interés meramente fiscal relacionado con las denunciadas –Aerolíneas Argentinas y Austral–, a la vez que beneficia a otras empresas que no formularon la denuncia (IV.5 y 7).

Asimismo, Esso solicita que el recurso se conceda con efecto suspensivo desde que la resolución no impone el cumplimiento de una condición ni ordena el cese o la abstención de una conducta lesiva para la competencia (art. 52 LDC), sino que es una medida innovativa que fija un precio de venta y, por lo tanto, excepcional que no está prevista en la ley 25.156. Sobre esa base alega que es aplicable el art. 442 del Código Procesal

Penal (art. 56 LDC) que prevé como principio el efecto suspensivo del recurso de apelación (Pto. V.1).

En subsidio de esa petición, plantea la inconstitucionalidad de los arts. 35 y 52, último párrafo, de la ley 25.156, en cuanto establecen que la apelación del acto administrativo dictado en los términos del mencionado art. 35, se concede con efecto devolutivo, pues implica que durante el trámite del recurso la empresa debe cumplir con una medida de suma gravedad, sin revisión judicial, dictada por un organismo administrativo que no tiene facultades legales. (Ptos. IV.9 y V.2).

2. Mediante la Resol. N° 24 del 16 de abril la CNDC concedió el recurso de apelación interpuesto por Esso, con efecto devolutivo, de acuerdo con lo establecido en los artículos 52, 53, 56 y 58 de la ley 25.156 (fs. 296/312).

Para justificar el efecto devolutivo del recurso, la Comisión precisó que: 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 se encuentra cumplido el trámite fijado a fs. 318 (apart. III) para resolver los planteos formulados con relación al efecto del recurso de apelación concedido (ver contestación del Estado Nacional a fs. 320/35vta. y el dictamen del Ministerio Público a fs. 344).

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 Esso: 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 24/12, en cuanto prevé la apelación de una orden de cese o abstención de una conducta (fs. 306).

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 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 Antimonopólico y de Defensa de la Competencia, Ed. Heliasta, 2005, t. 1, págs. 293 y siguientes*)—, se ordenó con carácter cautelar, antes de que la 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, Esso invoca en su recurso que dicha resolución, dictada por un organismo administrativo sin competencia, afecta el debido proceso legal, la defensa en juicio y la libertad de empresa, 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 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.

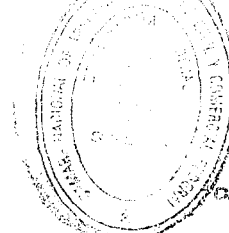
Consecuentemente, no se puede concluir en el caso concreto que el efecto devolutivo previsto para el recurso de apelación en los arts. 35 y 52 de la ley 25.156, sea compatible con las garantías de defensa en juicio y debido proceso que asegura la Constitución Nacional, en la medida en que no asegura 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 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.

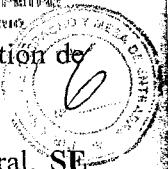
Dicha relación entre el efecto del recurso y el control judicial suficiente de las medidas dictadas por un órgano administrativo con facultades jurisdiccionales fue ponderada por la Corte Suprema en Fallos 284:150 y 321:1043.

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



*Carlos A. Patti*

CARLOS A. PATTI  
SECRETARIO



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 Esso (fs. 48/78) 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 en 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 librese oficio al Secretario de Comercio Interior con copia certificada de esta resolución.

USO OFICIAL

*Guillermo Alberto Anello*

GUILLERMO ALBERTO ANELO

*Ricardo Gustavo Recondo*

RICARDO GUSTAVO RECONDO