

**Causa N° 1791/11 "Asociación de Anestesia Analgesia y Reanimación 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. 896/911vta. por la Asociación de Anestesia, Analgesia y Reanimación de Buenos Aires (en adelante la Asociación o AAARBA) contra la Resolución N° 134/10 dictada el 12 de octubre de 2010 por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) en el expediente S01:0526451/2008, obrante a fs. 885/894, cuyo traslado fue contestado por el Estado Nacional a fs. 940/56, y

CONSIDERANDO:

1. El 25 de noviembre de 2008, el Presidente de la CNDC ordenó que se formara el "Incidente de verificación de cumplimiento de medida cautelar en autos principales: "Asociación de Anestesia Analgesia y Reanimación de Buenos Aires s/ infracción ley 25.156 (C. 880)" (fs. 2), en el cual, después de haberse producido distintas medidas de prueba (ver, en especial, actuaciones a partir de fs. 533), se dictó la Resol. N° 134/10 apelada por AAARBA.

En dicha resolución, la Comisión hizo mérito de la denuncia formulada por varios sanatorios y clínicas contra la Asociación (expediente principal S01:0060577/03 -C.880), porque "habría participado en la conducta consistente en amenazar con realizar un boicot a LOS SANATORIOS que pretendieron contratar anestesiólogos en forma directa, es decir sin la intervención de LA ASOCIACIÓN" (fs. 887, penúltimo párrafo).

Asimismo, destacó que el 25 de abril de 2003 dictó una medida precautoria, mediante la cual se ordenó a la Asociación "que se abstenga de orquestar, alentar o facilitar la negativa concertada de sus miembros a prestar servicios de anestesiología con el objeto de evitar o dificultar la contratación directa de anestesiólogos por parte de los demandantes de tales servicios" y que comunicase en forma fehaciente esa orden a todos sus miembros. Y aclaró

USO OFICIAL

que esa decisión fue confirmada por esta Sala el 7 de noviembre de ese año (fs. 887/88).

Añadió la CNDC que el 16 de agosto de 2006, el Dr. Everardo R. Lubel, médico anestesiólogo ex asociado a AAARBA, presentó una denuncia contra esa entidad, la cual se agregó –por su contenido– al expediente principal. Destacó, en ese contexto, que según la publicación “Con Anestesia” (editada por la Asociación en marzo y junio de 2006), si un establecimiento de salud no acepta un aumento de la remuneración de los anestesiólogos asociados a AAARBA, la Asamblea de esa entidad lo declara “zona de conflicto” o “lugar con problemas laborales”, e informa a sus miembros que el desempeño en aquél importa una “gravísima falta de ética” y el inicio de acciones sumariales; y que la Asociación ejerce una función gremial para la cual no está legalmente autorizada, por medio de la cual obliga a los prestadores a contratar los servicios de anestesiología a través de ella (fs. 889/90).

La CNDC precisó que, con motivo de esa última denuncia y de la documentación agregada a la causa, tomó conocimiento de un presunto incumplimiento a la medida precautoria dictada en 2003, por lo cual ordenó la formación del incidente y la producción de prueba para esclarecer los hechos y conocer la verdad (fs. 890).

A fs. 891/92 hizo una valoración de la prueba documental, informativa y testimonial producida, y concluyó –en síntesis– que la Asociación intervino en la negativa concertada de sus miembros a prestar servicios de anestesiología, orquestando, alentando o facilitando esa conducta, con el objeto de evitar o dificultar la contratación directa de servicios, la cual se sostuvo en el tiempo y, por lo tanto, no dio cabal cumplimiento a la medida dictada el 25 de abril de 2003 (fs. 891/92).

Sobre esa base, y a fin de proteger el derecho a la salud de la población de acuerdo con la Constitución Nacional (arts. 42 y 43), la CNDC impuso a la Asociación, en los términos de la ley 25.156 (arts. 35, 46 y 58), una multa diaria de \$ 500 contados a partir del 1º de marzo de 2006 y hasta el 30 de junio de 2010. Aclaró que el punto de partida de la sanción corresponde a la publicación de la revista “Con Anestesia”, en la que consta que la AAARBA informó, bajo el título “Lugares con problemas laborales”, que

aceptar trabajos en dichos lugares constituirá una gravísima falta de ética con aptitud para iniciar acciones sumariales (fs. 308 del incidente), en tanto que la fecha final es aquélla en la que se cumplió con la totalidad de las medidas probatorias. De ese modo, estableció la suma de \$ 791.500, sin perjuicio de la aplicación de una nueva multa para el caso de que se verificase la continuación del incumplimiento de la medida dictada (art. 1°); y fijó el plazo de diez días para que se hiciera efectivo el pago, bajo apercibimiento de ordenar su ejecución y de aplicar intereses a la tasa activa del Banco Nación Argentina hasta su cancelación (art. 2°).

2. Contra esa resolución se agravia la Asociación. En primer lugar, invoca su nulidad absoluta debido a que la CNDC carece de facultades decisorias, de acuerdo con lo resuelto por la Corte Suprema en “Credit Suisse” (Fallos 330:2527), por la Cámara en lo Penal Económico y por este Fuero en varias decisiones.

Alega que la Resol. 134/10 es nula desde que también lo es la dictada el 25 de abril de 2003 en los términos del art. 35 de la LDC –en cuyo incumplimiento se fundó la multa–, porque la Comisión no tenía facultades para disponer una medida cautelar prevista para el Tribunal de Defensa de la Competencia (TNDC) que no fue constituido.

Destaca la recurrente que la Resol. 134/10 se dictó en forma sorpresiva ante una inminente decisión sobre la prescripción de la acción principal.

Por otro lado, se agravia puesto que la resolución apelada carece de fundamentos.

AAARBA señala que la Comisión ignoró la sentencia dictada el 19 de febrero de 2008 por la titular del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 1, en la que se rechazó una denuncia de Lubel, a través de Hipertech SA, por desobediencia al mandato de la Comisión del 23 de abril de 2003 (art. 239 del Código Penal), con sustento en que no existió delito como consecuencia de la falta de claridad y concreción de la medida cautelar oportunamente decretada.

Afirma la Asociación que la Resol. 134/10 viola el principio de legalidad, desde que se le impuso la multa sin aclarar siquiera cuál es la conducta concreta por la que es sancionada. Agrega que no se respetó el

USO OFICIAL

debido proceso, pues no hay una mínima precisión acerca de los hechos imputados ni de las pruebas sobre cuya base se los tuvo por acreditados, a la vez que se omitió la consideración de las probanzas y de los argumentos que ofreció en su defensa. Cuestiona tanto la validez de los documentos aportados por el denunciante por no haberse reconocido su autenticidad, como la valoración que se hizo de los testimonios sin mayores precisiones sobre las declaraciones, y sin tener en cuenta la falta de objetividad de los testigos alcanzados por las generales de la ley.

Y añade que la CNDC no demostró la posición dominante de la AAARBA ni la lesión al interés económico general.

Por último, se agravia del monto de la multa porque no se suministró fundamento alguno que lo justifique.

3. Así planteada la cuestión a decidir –la cual se integra con los argumentos del Estado Nacional sostenidos en su contestación de agravios-, corresponde precisar que la Resol. 134/10 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.

En el caso concreto, la recurrente 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 TNDC.

Dicha norma transitoria sigue vigente desde hace más de diez años debido a la omisión del Poder Ejecutivo en constituir el TNDC, de acuerdo con lo dispuesto 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*).

4. 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 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*).

En consecuencia, la nulidad de una resolución como la recurrida, debe ser declarada -aún 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 60.471 caratuladas "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*).

5. 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

Ello es así, pues 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).

USO OFICIAL

En esa inteligencia, 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 en los términos del art. 46, inc. d), de la ley 25.156 es, sin lugar a dudas, una sanción. Así lo indica la propia norma ("Las personas físicas o de existencia ideal que no cumplan con las disposiciones de esta ley, serán pasibles de las siguientes sanciones: ... d) Los que no cumplan con lo dispuesto en los arts. 8, 35 y 36 serán pasibles de una multa..."). Por ello, la decisión corresponde a la SCI como órgano con competencia resolutoria y, por ende, excede las facultades de instrucción y asesoramiento de la CNDC.

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

Por lo tanto, no es atendible el argumento que sostiene el Estado Nacional al contestar los agravios, en el sentido de que, mientras rija el sistema de transitoriedad previsto en el art. 58 de la ley 25.156, la CNDC "está facultada para tomar todas las decisiones previas al dictado de la resolución final" (*ver fs. 944, primer párrafo*).

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 con garantías de independencia en cuanto a su conformación y funcionamiento (Cap. IV de la LDC).

USO OFICIAL

No sólo esta Sala 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 referido deslinde de facultades y como un elemento más para fundar el criterio propiciado en el caso concreto– que dicha ley atribuía facultades al secretario de Estado para imponer una **multa**, previo traslado al presunto responsable y dictamen de la CNDC, ante el incumplimiento de la orden de cese o abstención de la conducta imputada de acuerdo con el art. 26, inc. b) (ver art. 28). Y no es relevante, a los fines que interesan, que dicha orden esté contenida en una resolución previa o definitiva, puesto que imponer una sanción de multa implica, en ambos casos, el ejercicio de una atribución resolutoria.

En suma, los arts. 46 y 58 de la ley 25.156, invocados por la CNDC, no le otorgan la facultad para dictar la resolución que ha sido apelada.

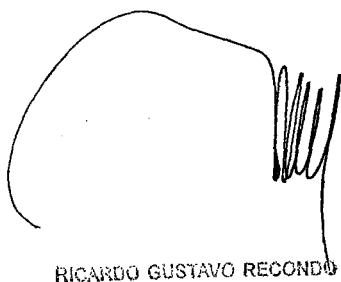
6. Toda vez que los fundamentos expuestos resultan suficientes para anular la Resol. N° 134 apelada, no corresponde emitir un pronunciamiento sobre los restantes agravios de la recurrente que han sido

reseñados en el considerando segundo. 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.

En consecuencia, **SE RESUELVE:** 1. declarar la nulidad de la Resolución N° 134/10, dictada por la CNDC el 12 de octubre de 2010 en el Expediente S01:0526451/2008 que obra a fs. 885/94; 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