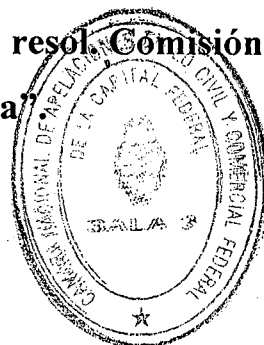




C. 1789/12 "Shell Cía. Argentina de Petróleo SA s. apel. resol. Comisión Nacional de Defensa de la Competencia".

C. 1951/12 "YPF SA s. apel. resol. Comisión Nacional de Defensa de la Competencia".

C. 1952/12 "Esso Petrolera Argentina SRL s. apel. resol. Comisión Nacional de Defensa de la Competencia".



Buenos Aires, 21 de agosto de 2012.

AUTOS Y VISTOS:

Los recursos de apelación interpuestos por: **Shell** Compañía Argentina de Petróleo S.A. a fs. 3/30 de la causa 1789/12; **YPF** S.A. a fs. 48/92vta. de la causa 1951/12; **Esso** Petrolera Argentina SRL a fs. 48/78 de la causa 1952/12, contra la **Resolución N° 17** de la Secretaría de Comercio Interior (en adelante SCI), dictada el 12 de marzo de 2012 en el expediente administrativo S01:0051404/2012 –obstante a fs. 74/118 de dichas actuaciones, cuya copia certificada se tiene a la vista–; y sus traslados contestados por el Estado Nacional a fs. 170/87, 301/19vta. y 359/78, respectivamente, y

CONSIDERANDO:

1. Por motivos de economía procesal, a fin de evitar reiteraciones innecesarias, se dictará una decisión única en las causas citadas, habida cuenta de los elementos en común que tienen los recursos de apelación interpuestos por las empresas contra la Resol. SCI N° 17.

2. Las actuaciones administrativas indicadas en el visto fueron iniciadas con motivo de una denuncia por abuso de posición dominante deducida por Aerolíneas Argentinas SA (en adelante AA) y Austral Líneas Aéreas Cielos del Sur SA (AU), contra las firmas Shell, YPF y Esso, en los términos de los artículos 1 y 2, incs. a) y g) de la ley 25.156 (fs. 2/5).

Sostuvieron las denunciantes que existe una alta concentración en las empresas petroleras del mercado de combustible para el transporte aeronáutico ("JP1" o "aerokerosene") y una ilegítima distorsión en los precios generadora de un margen extraordinario que las perjudica directamente como empresas de aeronavegación, e indirectamente al Estado Nacional por la asistencia financiera prevista en las leyes 26.466 y 26.728.

USO OFICIAL

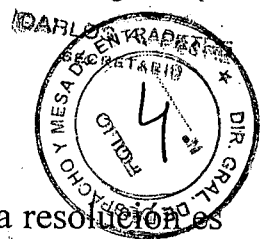
Con posterioridad a la ratificación de la denuncia (ver fs. 25/29), y de acuerdo con el Dictamen N° 743 de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia –CNDC– (ver fs. 40/72), el Secretario de Comercio Interior dictó la Resolución N° 17, mediante la cual ordenó a Shell, YPF y Esso que, con carácter cautelar y con fundamento normativo en el art. 35 de la ley 25.156 (LDC), suministraran a las empresas titulares de aeronaves destinadas a la actividad aerocomercial de pasajeros y/o cargas, inscriptas en el Registro Nacional de Aeronaves de la República Argentina, combustible para transporte aeronáutico de cabotaje e internacional, a un precio neto de impuesto que no supere el 2,7% del precio de la nafta súper (no *premium*) –también neto de impuestos– de la estación de servicio de su bandera más cercana al aeropuerto de que se trate, de acuerdo con la modalidad logística actual de entrega en cantidades normales y habituales (arts. 1° y 2°). Asimismo, estableció un esquema de monitoreo de precios a través de la CNDC para el cumplimiento de la medida (art. 3°).

Es oportuno destacar que el SCI señaló que, en caso de que las empresas no cumplieran con la medida dispuesta, la CNDC debía notificárselo a efectos de evaluar la aplicación de la ley 20.680 con el objeto de garantizar el abastecimiento del insumo en el mercado local (ver penúltimo párrafo de los Considerandos).

Para decidir de ese modo, a partir de la información brindada en el Dictamen (en especial, respecto del proceso productivo y de la relación entre los precios del “aerokerosene” y la nafta súper en la estructura de los Estados Unidos), el Secretario consideró necesario delinear mecanismos que evitasen un posible abuso de posición dominante en la formación de precios, susceptible de afectar el interés económico general.

En ese entendimiento, el SCI consideró configurada la verosimilitud en el derecho con la circunstancia de que la conducta de las empresas tenía suficiente potencial como para distorsionar las condiciones de competencia en el mercado involucrado. Y fundó el peligro en la demora en el riesgo que dicha conducta implicaba para la provisión del servicio público prestado por las denunciadas como consecuencia del aumento en los costos.

3. Los agravios que expresan las destinatarias de la orden cautelar se pueden resumir del siguiente modo.



3.1. Shell (fs. 3/30 del expte. 1789/12) alega que la resolución es arbitraria e ilegítima pues: el SCI carece de facultades para dictar medidas cautelares de acuerdo con la potestad que el art. 35 de la ley 25.156 le otorga al Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia (TNDC), creado por el legislador con una independencia funcional de la que carece un secretario del Ministerio de Economía; prescinde de las normas vigentes según las cuales el precio de los combustibles líquidos está desregulado; soslaya que Shell no tiene una posición de dominio y que, por lo tanto, no puede hacer un ejercicio abusivo de ella; obliga a comercializar el "JP1", que es un *commodity*, a un precio inferior al del mercado regional e internacional; vincula ese precio máximo a un producto (nafta súper) de características y destino totalmente distintos; compara los precios de esos productos según valores de YPF, por lo que no existe respecto de Shell la diferencia del 33% que se invoca para sostener una posible apropiación de ganancias extraordinarias; no tiene en cuenta que la diferencia de precio entre los productos comparados se debe a que en la Argentina la nafta súper se vende a un valor inferior al de otros países, como Estados Unidos, mercado que la CNDC utiliza como parámetro; no está acreditado un peligro real sobre el interés económico general.

3.2. YPF (fs. 48/92vta. del expt. 1951/12) aduce que la resolución fue dictada por el SCI, órgano que carece de la competencia atribuida en el art. 35 de la LDC, pues no es el Tribunal creado por dicha ley con garantías de independencia e imparcialidad, sino un organismo que depende jerárquicamente del Ministerio de Economía, en el ámbito de la Administración Central; sin el traslado de la denuncia previsto en el art. 29 de la ley 25.156 cuando ninguna circunstancia lo justificaba ni las denunciantes lo habían solicitado; sin estar acreditada la verosimilitud del derecho y sin proceder con la prudencia exigible para una medida innovativa que anticipa la jurisdicción; con 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; sin demostrar que YPF tuviera una "posición de dominio" (arts. 4 y 5 LDC) o abusara de ella a través de la imposición de "precios excesivos" en perjuicio del interés económico general.

USO OFICIAL

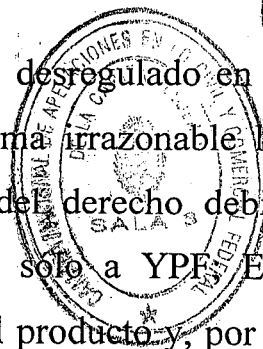
Añade que la ley 25.156 no prevé expresamente la sanción de "precios abusivos", por lo que no es legal imponer un precio; en forma arbitraria se prescindió de considerar al "JP1" como un "commodity", cuando el decreto 1212/89 establece que es adecuado que los precios de los hidrocarburos y sus derivados de origen nacional reflejen los 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 denunciantes; se advierte que el precio percibido en la Argentina es legítimo y razonable si se utiliza como parámetro de comparación el aplicado por YPF o por otras empresas proveedoras en el mundo; no se efectuó un análisis de costos y la comparación que se hizo entre el "JP1" y la nafta súper es inconsistente, contradictoria y arbitraria, pues involucra mercados relevantes del producto completamente diferentes, y prescinde de la estructura y dinámica propia del mercado de Estados Unidos que toma como referencia; AA y AU no están imposibilitadas de adquirir "JP1" por otros medios ya que no hay barreras al ingreso de nuevos competidores o que impidan la importación; 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.

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. Señala que la medida provoca importantes pérdidas a la empresa por la venta del combustible al valor fijado por la CNDC y altera el correcto funcionamiento del mercado al inducir una artificial alteración de los precios.

3.3. Esso (fs. 48/78 de la causa 1952/12) sostiene que la resolución es ilegítima pues: el SCI carece de la competencia para dictar una medida cautelar innovativa con fundamento en el art. 35 de la LDC, ya que no es el TNDC dotado de garantías de independencia e imparcialidad que crea esa ley, sino un organismo dependiente jerárquicamente del Ministerio de

Poder Judicial de la Nación

CARLOS A. PETRE



Economía; la medida interfiere en un mercado desregulado en los precios sujeto a la libre competencia, y afecta en forma irrazonable la libertad de comercio; no se demuestra la verosimilitud del derecho debido a que el análisis efectuado por la CNDC es aplicable solo a YPF. Esso no tiene posición dominante en el mercado relevante del producto y, por ende, no hay un abuso que justifique la medida, en tanto que el precio del "JP1" en los aeropuertos en que participa es inferior al local, regional e internacional; los precios locales están por debajo del Precio Paridad de Importación, lo cual demuestra que es un mercado competitivo; la participación de Esso en el mercado (20%) no le permite fijar un precio 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; la comparación 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.

USO OFICIAL

Agrega 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.

Invoca, en definitiva, que la medida persigue un interés meramente fiscal relacionado con las denunciadas.

4. Antes de examinar los agravios formulados es oportuno recordar que en los tres expedientes antes mencionados se decidió tener por concedido con efecto suspensivo los recursos de apelación deducidos por Shell (ver fs. 161/64), YPF (fs. 292/95) y Esso (fs. 347/50). El Estado Nacional interpuso recurso extraordinario contra esa decisión, del cual se corrió traslado a las empresas, encontrándose pendiente en esta oportunidad su notificación.

Asimismo, cabe destacar que de las copias del expediente administrativo remitidas por la CNDC surge que, después de dictada la

medida cautelar, las empresas presentaron las explicaciones requeridas en los términos del art. 29 de la ley 25.156 (ver fs. 199/230, 265/92 y 754/74).

5. Todos las apelantes invocaron en sus respectivos memoriales que el SCI carece de competencia legal para dictar la medida cautelar prevista en el art. 35 de la LDC.

Por razones de orden lógico corresponde examinar en primer término dicho agravio.

Para dictar la Resol. N° 17 el Secretario fundó su competencia en el art. 58 de la ley 25.156 (ver fs. 84, primer párrafo, del expediente administrativo). Dicho criterio fue ratificado, asimismo, en oportunidad de concederse los recursos de apelación interpuestos contra esa resolución (ver Dictamen N° 745 que integra la Resol. N° 27 en la causa 1789/12; y Resoluciones N° 23/12 y 24/12 en las causas 1951/12 y 1952/12, respectivamente).

En los mencionados actos, el órgano administrativo sostuvo su condición de autoridad de aplicación de la ley 25.156 y la necesidad de contar con la facultad otorgada en el art. 35 para cumplir con su cometido legal y con la cláusula del art. 42 de la Constitución Nacional. En ese sentido, invocó el dictamen de la Procuración General en las causas falladas por la Corte Suprema *in re* "Credit Suisse" "Recreativos Franco" y "Belmonte".

Por el contrario, las recurrentes alegan que la facultad para dictar la medida del art. 35 de la ley 25.156 fue prevista para el TNDC.

A partir de la mera remisión a los arts. 35 y 58 de la ley 25.156, no se puede concluir que la autoridad de aplicación de la ley 22.262 –la cual se encuentra "transitoriamente" interviniendo en las causas promovidas hasta que se integre el TNDC–, tiene facultades para dictar las medidas cautelares previstas en la primera de las normas citadas.

En efecto, en el art. 35 se faculta al TNDC a imponer, en cualquier estado del procedimiento, el cumplimiento de condiciones que establezca, u ordenar el cese o la abstención de la conducta lesiva, cuando se pudiere causar una grave lesión al régimen de competencia, en tanto que en el art. 58, se deroga por un lado la anterior ley 22.262, y por el otro se dispone que, no obstante ello, el órgano de aplicación de dicha norma subsistirá hasta

Poder Judicial de la Nación

la constitución y puesta en marcha del TNDC, el cual entenderá en todas las causas promovidas a partir de la entrada en vigencia de la nueva ley.

No es posible inferir automáticamente de la citadas normas que la prolongada omisión del Poder Ejecutivo en crear el TNDC, tenga por consecuencia que el organismo administrativo subsistente se encuentre investido de las mismas facultades acordadas por la ley 25.156 a dicho tribunal (*cfr. esta Sala, causas 2898/10 del 7-12-2010 y 3839/10 del 21-12-2010 y 5620/10 del 28-12-2010; Sala 2, causas 3826/09 del 12-8-2009, 252/10 del 19-2-2010, 341/10 del 25-2-2010 y 1473/10 del 4-10-2011; CNApel. en lo Penal Económico, Sala A, doctrina de las causas 59.562 del 21-10-2009 y 60.471 del 17-6-2010; CNApel. en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III, causa "Multicanal" n° 34.963/05, del 16-4-2007*).

Es regla de interpretación de la ley la de dar pleno efecto a la intención del legislador y, para ello, la primera fuente es la letra de la ley (*Fallos 312:1098, 321:1614, 325:3229 y 326:4530*).

De acuerdo con esas pautas, se debe reparar en que el texto del art. 58 de la LDC no dice expresamente que el órgano de aplicación de la ley 22.262 —que subsiste para intervenir en las causas promovidas a partir de la entrada en vigencia de la ley 25.156—, tenga todas las facultades que esa ley le otorga al TNDC como nueva autoridad de aplicación. Es decir, no se está ante una norma que en forma directa y explícita confiere a la CNDC dichas facultades, entre las que se encuentra la del art. 35, como sostiene el Estado Nacional.

La cláusula del art. 58 es transitoria. De ello se sigue que cuando el legislador dictó la norma no tuvo en miras que la autoridad de aplicación de la ley 22.262 —régimen expresamente derogado— reemplazara de hecho al TNDC como consecuencia de una irrazonable demora del Poder Ejecutivo en su constitución. Esa circunstancia no pudo ser prevista por la ley.

6. Para decidir si el SCI tiene facultad legal para dictar un acto como el recurrido se deben ponderar, según la inteligencia propuesta en los párrafos anteriores, dos extremos esenciales y estrechamente vinculados entre si. Uno es la naturaleza jurisdiccional de ese acto; el otro son las diferencias que hay entre ese funcionario y el tribunal previsto el art. 35 de la LDC.

USO OFICIAL

6.1. Respecto del primer punto, hay que precisar que la facultad de dictar medidas cautelares en el marco de un proceso es inherente al ejercicio de la función jurisdiccional que compete a los jueces (*cfr. Corte Suprema, doctrina de la causa "AFIP c. Intercorp SRL, Fallos 333:935, citada por la Sala 2 en la causa 1473/10 del 4-10-2011*).

Esa atribución se inserta en el contexto de un procedimiento no sólo jurisdiccional, sino que —además— tiene previstas sanciones de naturaleza punitiva para las conductas prohibidas por la ley, el cual prevé la aplicación supletoria del código penal adjetivo y sustantivo (*Cabanellas de las Cuevas, Guillermo, Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia, Ed. Heliasta, 2005, t. 1, págs. 293 y siguientes*). Es más, dicha facultad precautoria es sumamente amplia, desde que permite dictar una medida que importe un anticipo de tutela, es decir adelantar el objeto de la decisión definitiva sin que el investigado pueda ejercer en forma previa y amplia su derecho de defensa (*cfr. Sala 2, causa 1473/10 citada*).

En el caso concreto, la medida dictada por el SCI importa, en definitiva, una orden de cese de la conducta imputada (que es, a la vez, una de las sanciones previstas en el art. 46 de la LDC), puesto que dispone la modificación del precio de venta del combustible para ciertos compradores que regía hasta ese momento en el mercado. Y fija, además, un precio determinado por la autoridad administrativa.

Esa decisión se dictó sobre la base de una verosimilitud del derecho sustentada en una posible conducta prohibida por la ley. Para fundar la orden cautelar, el SCI partió de la comparación del proceso productivo de “aerokerosene” en nuestro país con el de los Estados Unidos con la finalidad de determinar si se está “ante apropiaciones de ganancias extraordinarias o ante comportamientos óptimos desde el punto de vista social”, y difirió para el trámite sumarial el análisis pormenorizado de costos —según información cualitativa y cuantitativa a recolectar—, variable que consideró fundamental a tales efectos.

6.2. En cuanto al otro de los extremos mencionados, hay que precisar que el Congreso de la Nación atribuyó la potestad de dictar medidas cautelares al TNDC, previsto en esa misma ley como un tribunal administrativo autárquico, con garantías de independencia en cuanto a su

Poder Judicial de la Nación

CARLOS A. PETRE

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

SECRETARÍA DE ESTADO

conformación y funcionamiento (Cap. IV de la LDC), lo cual impide asimilarlo, en esos aspectos, a la autoridad de aplicación de la anterior ley 22.262, constituida por un organismo administrativo creado en el ámbito de una secretaria de estado en la que reposan las facultades decisorias.

La distinción efectuada es determinante para interpretar si las normas invocadas por la SCI la facultan para dictar el acto impugnado. Ello es así por la mencionada naturaleza típicamente jurisdiccional que tiene la medida cautelar prevista en el art. 35 de la ley 25.156, la cual puede ser dictada sin intervención previa de parte sobre la base de una mera verosimilitud, y no de una absoluta convicción después de oída la interesada y de producida la prueba en la que deberá fundarse la decisión definitiva.

En la tarea de interpretación de la ley, los antecedentes parlamentarios resultan útiles para conocer su sentido y alcance (*Fallos* 317:779). Durante el debate del proyecto de la ley 25.156, el legislador otorgó suma importancia a la autarquía del TNDC y a su independencia del poder político, en comparación con la autoridad de aplicación de la ley 22.262 (*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*).

Uno de los requisitos para juzgar la constitucionalidad de las funciones jurisdiccionales de los órganos de la administración, es que éstas hubiesen sido expresamente otorgadas por ley (*Corte Suprema, doctrina de las causas "Litoral Gas" y "Angel Estrada", Fallos 321:776 y 328:651, respectivamente*). Desde esa perspectiva, las garantías formales de independencia y neutralidad previstas en la anterior ley 22.262 para la actuación de la autoridad de aplicación, impiden conferirle la categoría de tribunal administrativo —con la que ha sido previsto el TNDC—, por lo que la atribución de la facultad jurisdiccional para dictar las medidas cautelares del art. 35 de la LDC, no puede ser interpretada con carácter extensivo para que la ejerza la CNDC o la SCI con fundamento en el art. 58.

Como lo destacó el juez Belluscio en el considerando noveno de su voto del citado caso "Angel Estrada", la "Corte ha sostenido que la atribución de competencia jurisdiccional a los órganos y entes administrativos debe ser interpretada con carácter estricto (*Fallos* 234:715), debido a la excepcionalidad de la jurisdicción confiada a aquéllos para conocer en

cuestiones que, en el orden normal de las instituciones, corresponde decidir a los jueces (conf. arts. 75 inc. 12, 109, 116, y 117 de la Constitución Nacional, Fallos 290:237)".

No es admisible, según la jurisprudencia de la Corte Suprema, el otorgamiento incondicional de atribuciones jurisdiccionales a la administración, cuya actividad está sometida a limitaciones de jerarquía constitucional que no es lícito transgredir (*cfr. Sala 2, causa 1473/10 citada*). En tal entendimiento, el Alto Tribunal sujetó la constitucionalidad del ejercicio de esas atribuciones al requisito del control judicial suficiente, el cual vinculó con 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 y 247:646*).

Es decir, la independencia y la imparcialidad del órgano al cual se le delegan facultades jurisdiccionales constituyen factores que han sido colocados por la Corte Suprema en un lugar esencial, de acuerdo con nuestra organización constitucional, pues de ellos dependen garantías esenciales como las que se derivan del principio de separación de poderes: el debido proceso legal y la defensa en juicio (arts. 18, 109 y 116 de la C.N.).

7. En síntesis, los fundamentos expuestos llevan a concluir que el art. 58 de ley 25.156, incorporado como una mera disposición transitoria hasta la creación del TNDC (Cap. X), no puede ser invocado por el organismo administrativo subsistente a su amparo –después de transcurridos trece años de sancionada la ley y más de once desde que se reglamentó–, para sostener que la facultad jurisdiccional de dictar medidas precautorias, otorgada por el legislador a aquél tribunal, le hubiese sido expresamente delegada, transferida o asignada.

Sólo resta destacar que no es relevante que no se hubieran establecido para el "periodo transitorio" limitaciones a la autoridad de aplicación del anterior régimen legal respecto de las facultades asignadas en la ley 25.156 al TNDC, y concluir a partir de ello que el SCI tiene la atribución de aplicar las herramientas conferidas en esa ley, como invoca dicho

Poder Judicial de la Nación

funcionario. Por el contrario, según los fundamentos expuestos sobre la naturaleza del acto en cuestión, la diferente conformación de la autoridad de aplicación de las leyes 22.262 y 25.156, y el extenso tiempo transcurrido desde la sanción de esta última, es la ausencia de una norma expresa que faculte a la CNDC o al secretario de estado a dictar las medidas cautelares del art. 35, la que define el asunto.

8. Los argumentos que sostuvo el SCI en oportunidad de conceder la apelación no conducen a una decisión distinta.

La invocada condición de autoridad de la Ley de Defensa de la Competencia que invoca el SCI no puede ser considerada sino con el carácter transitorio que tiene la norma del art. 58. La autoridad de aplicación de la ley 25.156 es el TNDC al cual le ha sido conferida la facultad del art. 35, en tanto que el organismo creado por la anterior ley subsiste, en virtud de la referida disposición transitoria, hasta que se constituya dicho tribunal, cuestión que no puede ni debe ser confundida a riesgo de que nunca se cumpla con una ley del Congreso que reglamenta el art. 42 de la Constitución Nacional.

Por ello, no es admisible fundar en esa cláusula constitucional la facultad para dictar una medida cautelar con el alcance que tiene la Resol. SCI N° 17. Tampoco la necesidad de cumplir con el cometido de la ley 25.156 justifica la interpretación del Secretario en ese sentido.

La LDC establece en su art. 24, inc. m), un procedimiento de urgencia que permite, ante el extenso lapso transcurrido sin que se hubiese constituido el TNDC, conjugar las facultades ejecutorias de la administración pública con las garantías constitucionales de los sujetos sometidos a una investigación por presuntas conductas prohibidas; en el caso, empresas que ejercen una industria lícita (*arts. 14, 17, 18 y 109 de la Constitución Nacional; cfr. esta Sala, causa 5620/10 y Sala 2, causa 1473/10, citadas*).

De ese modo, no se paraliza ni se obstruye la función que la ley 25.156 ha conferido transitoriamente a la autoridad de aplicación de la ley 22.262. A los efectos de delimitar la competencia para ejercer las facultades previstas en la ley 25.156 hasta tanto se constituya el TNDC, se deben computar la totalidad de sus preceptos, de acuerdo con la naturaleza de aquéllas y de manera que armonicen con los principios y garantías de la Constitución Nacional (*Fallos 312:111 y 1036; 328:651*).

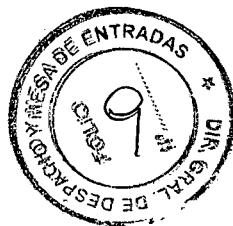
Y no obsta a la inteligencia propuesta la circunstancia de que la ley 22.262 no contemplara una norma similar a la del art. 24, inc. m), de la ley 25.156, pues la posibilidad de peticionar una medida cautelar a un juez —aun cuando se trata de la administración pública—, es un principio general que tiene sustento en el art. 14 y en la forma de gobierno prevista en la Ley Fundamental.

No contradice esta interpretación la circunstancia de que se niegue al SCI la facultad de dictar medidas en los términos del art. 35 de la LDC y, a la vez, se le reconozca la atribución de emitir el acto definitivo del procedimiento de investigación de conductas. Es que, como se dijo, la competencia de los órganos administrativos es un elemento esencial que confiere validez a su actuación en tanto es la que fija el alcance de sus prerrogativas y supone una vinculación positiva con el ordenamiento, del cual debe surgir inexorablemente (*doctrina de Fallos 254:56, 307:198 y 328:651, voto del juez Belluscio*).

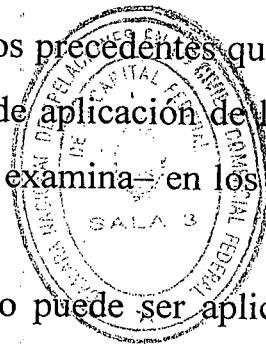
A ello hay que añadir que la decisión final que adopta el secretario ministerial está rodeada de garantías mucho más severas que las que rigen en el caso de las cautelares previstas en el art. 35 de la LDC: requiere previamente el descargo de la persona investigada y la impugnación judicial tiene efecto suspensivo (conf. arts. 29 y 52). Y eso se explica porque toda la actuación se inserta en el contexto del procedimiento sancionatorio de conductas prohibidas, que debe respetar principios propios del derecho penal adjetivo y sustantivo, con el fin de otorgar singular protección al acusado de una conducta que infringe una norma legal que, en el caso de ser demostrada, merece una sanción de naturaleza punitiva (*art. 56 de la LDC; ver además, Cabanellas de las Cuevas, Guillermo, op. cit., t. 1, pág. 293 y siguientes; Sala 2, causa 1473/10 cit.*).

No incide en este razonamiento la doctrina de los fallos dictados por la Corte Suprema en las causas “Credit Suisse” “Recreativos Franco” y “Belmonte”, que invocó el SCI en las resoluciones mediante las cuales concedió los recursos. En ellos se distinguieron —y limitaron— las facultades de la CNDC y del SCI mientras rija el sistema de transitoriedad previsto en el art. 58 de la ley 25.156 (*ver dictámenes de la Procuración General en dichas causas: Fallos 330:2527 y 331:781; asimismo, causa R.1170 y 1172. XLII, del*

Poder Judicial de la Nación



5 de junio de 2007). Nada permite inferir de esos precedentes que el Tribunal hubiese reconocido la facultad de la autoridad de aplicación de la ley 22.262 para dictar medidas cautelares —como la que se examina— en los términos del art. 35 de la LDC.



La doctrina de esos precedentes no puede ser aplicada sino de acuerdo con la garantía constitucional del debido proceso legal.

En el procedimiento para la investigación de conductas de la ley 25.156, la actuación del secretario ministerial tiene un rol de parte interesada en defensa del interés público (art. 26, primer párrafo, del decreto reglamentario 89/01).

Si se admitiese la inteligencia que el SCI asigna al fallo “Credite Suisse”, el hecho de que no se hubiera constituido el TNDC implicaría que, como funcionario que integra la administración, actuase como juez con potestades de dictar medidas cautelares, afectando la defensa en juicio de los sujetos investigados, pues tanto la apreciación de los requisitos específicos para la procedencia de las medidas cautelares (verosimilitud del derecho y peligro en la demora), como la evaluación de su proporcionalidad de acuerdo a las circunstancias fácticas de cada caso —incluso antes de escuchar a la parte afectada—, ya no recaerían en un tribunal independiente, como fue intención del legislador al crear el TNDC, sino en el propio órgano al que le corresponde una participación acotada en el procedimiento (*cfr. Sala 2, causa 1473/10 citada*).

Por los fundamentos expuestos, **SE RESUELVE:** declarar la nulidad de la Resolución SCI N° 17 (arts. 167, inc. 1°, y 168 del Código Procesal Penal, y 56 de la ley 25.156), con costas al Estado Nacional.

La Dra. Graciela Medina no interviene por haberse aceptado su excusación en las actuaciones (art. 109 del R.J.N.).

Regístrese, agréguese copia certificada de la presente a las causas 1951/12 y 1952/12, notifíquese y devuélvase.

RICARDO GUSTAVO RECONDO

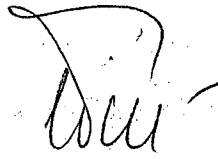
GUILLERMO ALBERTO ANTELO

MARIANO J. ROJAS
ABOGADO
C.F.A.C.F. N° 104 F° 457

SALA CIVIL Y COMERCIAL N° 3

Registrado al N° 277 T° 3

DEL LIBRO DE SENTENCIAS



CARLOS A. PETRE
SECRETARIO