

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. 1789/2012

“Shell Cía. Argentina de Petróleo 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. 29 (Pto. XIX), cuyo traslado fue contestado por el Estado Nacional a fs. 137/52; y el dictamen del Sr. Fiscal General de fs. 154, y

CONSIDERANDO:

1. Shell Compañía Argentina de Petróleo S.A. (en lo sucesivo Shell) 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 (fs. 3/30).

Alega en su memorial que la mencionada resolución le causa graves perjuicios económicos por cuanto se le ordena, con carácter cautelar y por tiempo indeterminado, suministrar 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.

La recurrente sostiene, en resumen, que la Resol. SCI N° 17 es arbitraria e ilegítima pues: fue dictada por un órgano que carece de facultades; 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; la 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

USO OFIC AL

Estados Unidos, mercado que la CNDC utiliza como parámetro; no está acreditado un peligro real sobre el interés económico general.

Asimismo, invoca que, en tales circunstancias y como consecuencia del efecto devolutivo del recurso previsto en los arts. 35 y 52 de la LDC, queda privada del control judicial necesario, lo cual le causa un grave perjuicio de imposible reparación ulterior.

Por todo ello, solicita que se declare la inconstitucionalidad de los arts. 35 y 52 de la ley 25.156 y que se tenga por concedido el recurso con efecto suspensivo.

2. Mediante la Resol. N° 27 del 10 de abril el SCI resolvió, con remisión al Dictamen N° 745 de la CNDC, conceder el recurso de apelación interpuesto por Shell, con efecto devolutivo, de acuerdo con lo establecido en los artículos 52, 53, 56 y 58 de la ley 25.156.

En ese dictamen, la Comisión justificó el efecto devolutivo con fundamento en 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”; el gravamen alegado por Shell no es tal por cuanto la medida no es ruinosa y, en todo caso no es irreparable porque existe la posibilidad de una reparación ulterior; 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 el 3 de abril esta Sala no admitió una medida cautelar tal como fue solicitada por Shell; es decir, para que se suspendieran los efectos de la Resol. SCI N° 17 hasta la decisión sobre el recurso interpuesto contra aquélla. En cambio, resolvió suspender los efectos de esa resolución administrativa hasta tanto la Comisión

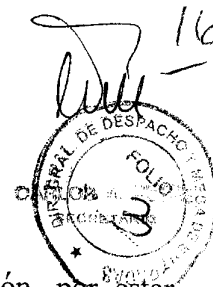


CERTIFICADO que la presente es copia fiel de su original que he tenido a la vista.- Conste.

Buenos Aires, 14 de mayo de 2012.

Poder Judicial de la Nación

CARLOS A. PETRE
SECRETARIO



elevara el expediente con el mencionado recurso de apelación, por estar vencido el plazo del art. 53 de la LDC (ver fs. 179/81 de la causa 1476/12).

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 del recurso (ver fs. 133 de este expediente)

Se debe destacar, asimismo, que una vez elevada la apelación deducida contra la Resol. SCI N° 17, la Sala desestimó –también con el mismo fundamento, entre otros– un recurso de queja deducido por Shell para que se le asignase efecto suspensivo a la mencionada apelación, y una nueva medida cautelar solicitada a fin de suspender los efectos de la Resol. SCI N° 17 a partir de la elevación del recurso y hasta su decisión (ver resolución del 20 de abril a fs. 184/86 de la causa 1881/12).

En esa oportunidad, aclaró que ello no implicaba negar toda vía para impugnar el efecto que la ley 25.156 le asigna a los recursos previstos en ese régimen normativo, habida cuenta de que dicha cuestión atañe a la jurisdicción misma del Tribunal de Alzada y a la revisión judicial suficiente que es requisito para la validez de una resolución de carácter jurisdiccional dictada por un organismo administrativo.

Sobre esa base, como ya se cumplió con el trámite fijado a fs. 133, último párrafo (ver contestación del Estado Nacional a fs. 137/52 y el dictamen del Ministerio Público a fs. 154), 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”.

USO OFICIAL

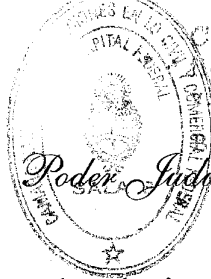
Dos son las normas de la ley 25.156 que permitirían fundar el efecto devolutivo del recurso interpuesto por Shell: el art. 35 –por la naturaleza precautoria de la decisión apelada–, el que fue expresamente invocado en la Resol. 17 (ver fs. 52, primer párrafo de estas actuaciones) ; y el art. 52, citado en la Resol. SCI 27 y en el Dictamen 745 que la integra, en cuanto prevé la apelación de una orden de cese o abstención de una conducta.

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 Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia (TNDC o Tribunal), 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 que previó 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



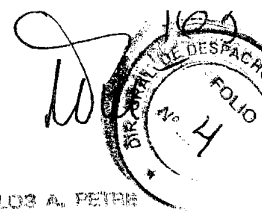
CERTIFICO que la presente es copia
del original que he tenido a la
vista.- Consta.

Buenos Aires, 14 de mayo de 2012

Poder Judicial de la Nación

CARLOS A. PETRE
SECRETARIO

CARLOS A. PETRE
SECRETARIO



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 –conjuntamente con el primero– es el alcance de la decisión del SCI. 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, 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. 45/50).

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, Shell 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 oportunidad de examinar la apelación deducida.

5. Es en tales condiciones que, en esta oportunidad, 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.

USO OFICIAL

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 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 Shell (fs. 3/30) contra la Resolución SCI N° 17. Las costas se distribuyen por su orden en atención a la novedad de la cuestión.



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

Buenos Aires, 14 de mayo de 2012.

Poder Judicial de la Nación

WU
CARLOS A. PETRE
SECRETARIO



La Dra. Graciela Medina no interviene por haberse aceptado su
excusación en estas actuaciones -ver causa 1476/12- (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 ésta resolución.

GUILLERMO ALBERTO ANTELO

RICARDO GUSTAVO RECONDO

USO OFICIAL

SAJ. CIVIL Y COMERCIAL Nº 3
Registrado al Nº 119 Tº 3
DEL LIBRO DE SENTENCIAS

CARLOS A. PETRE
SECRETARIO