

Causa N° 2095/11 “Soria Luis Santos SA s/ apelación resolución Comisión Nacional de Defensa de la Competencia”

Buenos Aires, 19 de abril de 2012.

AUTOS Y VISTOS:

El recurso de apelación interpuesto a fs. 390/91 contra la Resolución N° 167/2010 de la Secretaría de Comercio Interior (en adelante SCI), cuyo traslado fue respondido por Jet-Paq.SA a fs. 398/402 y por el Estado Nacional a fs. 440/44, y

CONSIDERANDO:

1. Las presentes actuaciones administrativas –que tramitan con el número de expediente S01:0334635/2005 (C. 1077)– se iniciaron con motivo de la denuncia formulada, ante la CNDC, por el Señor Luís Santos Soria (en lo sucesivo Soria o el denunciante), contra la firma Jet-Paq, por “deslealtad comercial, abuso de posición dominante y discriminación injustificada” (ver presentación del 7-10-2005 a fs. 2/9vta.).

El denunciante alegó que es “operador de transporte multimodal” o “agente de cargas” y que constituyó una empresa comercial unipersonal denominada “Argenex”, dedicada a recibir y remitir cargas para terceros, a través de contratos de transporte por diferentes modos de porteo y con un solo operador, que comprenden, además, el servicio de recolección, “consolidación” y “desconsolidación” de la mercadería, su almacenamiento y entrega al destinatario (art. 2 de la ley 24.921).

Indicó que despachaba y recibía mercadería a diario en las oficinas de Jet-Paq en los aeropuertos Jorge Newbery y Ezeiza, y que dicha empresa es una “vía indispensable” o “esencial” para su actividad comercial, pues Aerolíneas Argentinas (en adelante AA) y Austral sólo reciben y despachan cargas a través de ella. Añadió que dichas aerolíneas tienen exclusividad en la mayoría de los destinos de cabotaje dentro del país.

Soria manifestó que en febrero de 2005 la denunciada le negó, por intermedio del Gerente de Cargas, en forma infundada, reiterada y permanente la

USO OFICIAL

recepción o la entrega de cualquier tipo de carga, tal como surgía del acta notarial acompañada. Agregó que el motivo de la negativa era que no exhibía la habilitación de la Comisión Nacional de Comunicaciones (CNC) con el número del Registro Nacional de Prestadores de Servicios Postales (RNPS), no obstante que su actividad no es la remisión de cartas, esquelas postales o correspondencia de ningún tipo, sino simplemente de "cargas".

También denunció Soria que representantes de Jet-Paq visitaron clientes suyos para pedirles que prescindieran de sus servicios y que acudieran directamente a esa empresa como agente de cargas en reemplazo de Argenex.

Finalmente, fundó su derecho en las leyes 23.592, 24.921 y 25.156 (arts. 1 y 2, incisos f, i, k, l, y ll), y en los artículos 14, 16 y 17 de la Constitución Nacional. En particular solicitó que se intimase a Jet-Paq para que cesara en su conducta de abuso de posición dominante en violación de la LDC.

2. El 26 de octubre de 2005 el apoderado de Soria ratificó la denuncia (fs. 15/16), en tanto que el 21 de noviembre Jet-Paq presentó las explicaciones en los términos del art. 29 de la ley 25.156 (fs. 19/25).

Desconoció –por no constarle– que Soria o Argenex fuesen "operadores de transporte multimodal" y que cumplieran con las previsiones de la ley 24.921. Preciso que Jet-Paq es el agente general de cargas de AA y de Austral y, en esa condición, se encarga de la comercialización de sus bodegas.

Por otro lado, invocó que para operar como agente de carga, Soria debería cumplir con las prescripciones del decreto 1187/93 y sus normas modificatorias, que establecen las condiciones para la inscripción en el RNPS.

Asimismo, destacó que Soria trabajó en 2001 para la firma OTI –en ese momento agente de cargas de AA en algunas provincias–, la que en 2002 fue denunciada por maniobras fraudulentas en contra de Jet-Paq, en una causa penal (nº 40.524) por estafa ante el Juzgado de Instrucción Nº 12.

Relató que en 2003 Soria fue convocado a las oficinas de Jet-Paq y que, conforme las atribuciones conferidas en el Código Aeronáutico y en la Resol. M.E. 1532/98, se procedió a la apertura de un paquete (caja) consolidado por Agenex y transportado mediante una única guía de carga de AA, el cual contenía cuatro sobres amparados por guías de Argenex en las que se declaraba "documentación c/ entrega a domicilio". Y añadió que Soria manifestó que no

estaba inscripto como prestador de servicios postales en el RNPS, requisito necesario para realizar esa actividad de consolidación, por lo que ante la irregularidad incurrida se le requirió que abonara por separado cada uno de los paquetes, a lo cual accedió. Acompañó copia de las fotos de la caja y de los sobres, y del recibo de pago de la referida diferencia de valor.

3. Con motivo de la medida dispuesta por la CNDC a fs. 51, el denunciante presentó un informe en el que manifestó que estaba excluido del requisito de inscripción en el RNPS en virtud de lo dispuesto en la Resol. N° 3/93 de la CNCT, desde que no realizaba actividad postal, sino que actuaba como “operador de transporte multimodal” amparado por la ley 24.921. A ello agregó que el Registro de Operadores de Transporte Multimodal no existía por falta de reglamentación de la norma, y ofreció prueba informativa a la Secretaría de Transporte para acreditar esa circunstancia. Asimismo, negó que se le hubiera dado noticia o intervención para la apertura del paquete a la que se refirió Jet-Paq, y desconoció que la empresa tuviera facultades legales para ello. Por esa razón alegó que esa prueba, obtenida por medios ilegales, no podía ser utilizada en el proceso. A todo evento, indicó que los sobres que aparecen en las fotos acompañadas por Jet-Paq no contenían cartas o misivas, sino documentación oficial de la Secretaría de Transporte (fs. 53/54vta.).

El 15 de febrero de 2006 se celebró una audiencia testimonial convocada por la CNDC de acuerdo con el art. 24 de la LDC (ver fs. 57 y 59/65). A ella concurrieron el denunciante y el gerente de cargas de Jet-Paq, quienes mantuvieron la postura asumida en sus anteriores presentaciones.

En particular, cabe resaltar que Soria ratificó el desconocimiento de las fotografías acompañadas por la empresa, negó haber sido agente de Aerolíneas y reiteró que no se dedica al servicio postal, sino al de logística o “transporte multimodal”, como así también que AA y Jet-Paq se comunicaron con clientes suyos a fin de ofrecerles una mejor tarifa para que operasen directamente con ellos y no a través de Argenex (por ej. NAVALIA SRL).

Por su parte, el gerente de Jet-Paq, negó haberse comunicado con clientes del denunciante, e insistió en la necesidad de la inscripción en el RNPS de acuerdo con los sobres transportados por Soria y las disposiciones de la Resol. 65/01 del Ministerio de Infraestructura, reglamentario del decr. 1187/93.

Asimismo invocó que: Argenex no tiene contrato para vender carga de terceros por AA; es necesario que exista un contrato con IATA; debe cumplir con las normas y procedimientos de un agente de cargas de AA.

Con posterioridad, el denunciante presentó un escrito en el que indica las empresas a las cuales Jet-Paq ofreció sus servicios en forma directa (por ej. TAMIC SA, NAVALIA SRL y TRITON SUPPLIES), las que debieron aceptarlos por la exclusividad de la denunciada en la mayoría de los destinos de cabotaje, además de asumir gastos de logística que antes “tercerizaban”. Y destacó que Jet-Paq despacha y recibe mercadería de otras empresas –que individualiza– las cuales son agentes de carga y no están inscriptas en los Registros como a él se le exige (fs. 98/99). A su vez, Jet-Paq acompañó copia de: resoluciones administrativas; manuales de agentes de carga IATA; normas para operar como agente de cargas en el servicio de cabotaje de AA (fs. 106/350).

4. El 5 de agosto de 2008 la CNDC emitió el Dictamen N° 600 (fs. 353/64, en el cual dos de sus vocales (el doctor Guardia Mendonca y el licenciado Sbatella) recomiendan al SCI disponer el archivo de las actuaciones, con arreglo al art. 31 de la ley 25.156, y la remisión a la CNC para que tome conocimiento a los efectos que estime corresponder.

Después de una reseña de los antecedentes del caso, el dictamen contiene un análisis jurídico-económico de la conducta denunciada (Pto. V). Allí se destaca que, para determinar si una práctica configura una conducta sancionable por la LDC, es necesario examinar: 1) si se trata de actos relacionados con el intercambio de bienes o servicios; 2) que impliquen una limitación, restricción, falseamiento o distorsión de la competencia, o un abuso de posición dominante; 3) de los cuales resulte un perjuicio al interés económico general. Y precisa que la ley 25.156 no es aplicable a los hechos que sólo importan agravios a intereses o derechos particulares.

Sobre esa base, los vocales concluyen que, según las constancias obrantes en las actuaciones, el conflicto planteado no reúne los elementos necesarios para constituir una infracción a la ley 25.156 y, por lo tanto, es ajeno a sus disposiciones y a la jurisdicción que ese régimen le atribuye al órgano.

Para fundar el dictamen, destacan que la negativa de Jet-Paq, para recibir cualquier tipo de carga de Soria, estaba avalada por su falta de inscripción

en el RNPSP; es decir que "la conducta denunciada se encuentra en forma directa en un **posible** incumplimiento de la normativa dictada por la COMISIÓN NACIONAL DE COMUNICACIONES", por lo que corresponde a ese organismo determinar las infracciones cometidas y eventualmente aplicar las penalidades correspondientes (apart. 26, fs. 3). *el destacado no es del original.*

Dicho dictamen fue suscripto *En disidencia* por uno de los vocales (el Dr. Póvolo), quien propicia que se disponga la apertura del sumario. Como primer argumento para no archivar la denuncia, destaca que no se probó fehacientemente que el denunciante cumpliera prestaciones típicas del servicio postal. Para ello se basa en que de la fotocopia de las facturas de la empresa del denunciante y de sus propios dichos "se desprende que el comercio que éste realiza es el de agente de carga o "freight forwarder", o de servicios de logística.

Añade que la actividad del denunciante no encuadra en la órbita de un servicio público como el postal (art. 3º, Anexo I, Resol. 65/01 del Ministerio de Infraestructura), el cual tiene determinadas características que no concurren en el caso, y que, por el contrario, parecería caer bajo las previsiones de la ley 24.921 de Transporte Multimodal.

Por esos motivos, el vocal considera que es necesaria una investigación a fin de determinar la naturaleza de la actividad desarrollada, máxime cuando la denunciada es agente de carga exclusivo de AA y de Austral, únicos medios de transporte aéreo para ciertos destinos.

Y agrega que aunque fuera cierto que el denunciante se dedica a la actividad postal, ello no excluye la competencia de la CNDC, puesto que se trata de un servicio abierto y competitivo (art. 1 del decr. 1187/93), es decir, que no está monopolizado. Sobre esa base afirma que la intervención estatal se limita a aspectos técnicos u organizativos, en tanto que en lo demás es aplicable el art. 59 de la ley 25.156, en cuanto deroga toda atribución de competencia relacionada con el objeto o finalidad de esa ley otorgada a otros organismos o entes estatales.

5. Después de que se emitiera el Dictamen N° 600, el denunciante presentó un escrito en el que solicitó pronto despacho. También invocó que en la causa penal 40.524, mencionada por Jet-Paq, obra un informe de la CNC según el cual no existen normas legales vigentes que limiten o prohíban la consolidación de cargas a los efectos del transporte postal (ver fs. 383/vta.).

USO OFICIAL

Disidencia
Vocal
Dr. Póvolo

6. El 18 de mayo de 2010 el SCI dictó la Resolución N° 167, mediante la cual ordenó el archivo de la denuncia, por compartir los términos del Dictamen N° 600 suscripto por el doctor Guardia Mendonca y por el licenciado Sbatella, en el sentido de que la cuestión planteada no reúne los elementos necesarios para constituir una infracción a la ley 25.156 (art. 1).

Asimismo, ordenó que se extrajera copia del dictamen para que tomara conocimiento la CNC a los efectos que estimase corresponder (art. 2).

7. Contra esa decisión interpuso recurso de apelación el denunciante en los términos del art. 52, inc. d), de la ley 25.156.

Se agravia por cuanto en la resolución se omitió la consideración de las disposiciones de la ley 24.921, la cual es aplicable en virtud de su condición de "agente de transporte multimodal". Destaca la conveniencia económica de dicha actividad, desde que la "tercerización de logística" permite ahorros sustanciales en el transporte y distribución de mercaderías.

Invoca el apelante que la demandada es una línea de transporte público de pasajeros y de carga, por lo que no puede discriminar a sus clientes. Y alega haber cumplido con las disposiciones legales que rigen su actividad comercial, lo cual fue reconocido por la CNC ante la justicia penal.

En tal sentido, destaca la importancia que tiene el transporte en un país tan extenso como la Argentina, y que su actividad incluía el envío de variadas mercaderías a Tierra del Fuego, las cuales acondicionaba en modo adecuado a su naturaleza y características. Cuestiona la pretensión de Jet-Paq de que se hiciera un remito por cada artículo enviado, no sólo desde el punto de vista económico sino también legal, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 2, inc. a), de la ley de Transporte Multimodal.

El recurrente afirma que la conducta de Jet-Paq restringe la competencia y constituye un abuso de posición dominante, habida cuenta de que tiene la exclusividad de las cargas aéreas de AA y Austral. Añade que esas dos empresas tienen una posición dominante en el tráfico aéreo de mercadería en nuestro país. Y que la prohibición de operar con ellas implica una restricción gravísima para su actividad, pues no puede recurrir a otra línea que transporte su carga por esa vía.

En otro orden de ideas, la apelante señala que se dispuso la remisión a la CNC, cuando en la causa penal 40.524 –que tramita ante el Juzgado de Instrucción Nº 12– dicho organismo dictaminó que no existen normas legales vigentes que limiten o prohíban la consolidación de cargas a los efectos del transporte postal.

Por lo demás, Soria se remite a las consideraciones de la disidencia en el dictamen, en relación con la actividad que realiza como agente de cargas o servicio de logística, de acuerdo con las previsiones de la ley 24.921 de transporte multimodal. Y sostiene que dicho servicio no está excluido de la competencia de la CNDC en virtud de lo dispuesto en el art. 59 de la ley 25.156. Asimismo, se refiere a la naturaleza del servicio postal como abierto y competitivo según la normativa vigente.

Para finalizar, el recurrente alega como hecho nuevo las mencionadas constancias de la CNC obrantes en la referida causa penal.

8. Así planteada la cuestión a resolver –que se integra con la contestación de agravios de Jet-Paq a fs. 398/402 y del Estado Nacional a fs. 440/44–, se debe recordar que la Corte Suprema ha sujetado la constitucionalidad del ejercicio de facultades jurisdiccionales por órganos administrativos, a la existencia de una vía de control judicial verdaderamente suficiente (*Fallos 247:646, 310:2159, 311:334 y 321:776*), a fin de impedir que aquéllos ejerzan un poder absolutamente discrecional, sustraído a toda especie de revisión ulterior (*Fallos 244:548 y 247:646*).

Y 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 controversia (*Fallos 247:646*).

Desde esa perspectiva, corresponde precisar que la Resolución Nº 167/2010 de la SCI satisface sólo de manera aparente la exigencia de constituir

USO OFICIAL

una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a los hechos comprobados de la causa, lo cual impone su descalificación como acto válido (*Corte Suprema, Fallos: 287:306, 297:29, 302:1033; 307:2012 y 322:444 entre muchos otros*). Y esta doctrina del Alto Tribunal, según la cual el debido proceso legal y la defensa en juicio involucran el deber de los jueces de fundar sus decisiones, es aplicable, con mayor razón, a los órganos administrativos cuando ejercen funciones jurisdiccionales (*doctrina de Fallos 317:874*).

En efecto, la decisión de archivar la denuncia por considerar justificada la negativa de Jet-Paq para recibir cualquier tipo de carga de Soria, tuvo como presupuesto que su actividad consistía en prestar un “servicio postal”, circunstancia que fue negada por éste y respecto de la cual no existe, en el estado inicial de las actuaciones administrativas, una prueba suficiente para fundar tal conclusión.

Es que no se puede soslayar que la prueba agregada por la denunciada al expediente para acreditar ese punto (en esencial, la copia de fotos de los sobres que contendría el paquete abierto en la oficina de Jet-Paq), fue desconocida por Soria con sustento en que no presenció ese acto. Y en el dictamen al que remite el SCI no hay indicación precisa de cuáles son las constancias en las que se fundó para afirmar que el denunciante no estaba inscripto en el RNPS. (Adviértase que en el Dictamen N° 600 de la CNDC tan sólo se destaca la divergencia en las posturas de las partes con relación a la actividad del denunciante y a los requisitos que, en función de ellas, debería cumplir según las normas que las reglamentan; y que para ello se transcribe una extensa parte de la audiencia testimonial conjunta –ver puntos 24 y 25 a fs. 357/58–.)

En síntesis, el archivo de la denuncia se fundó únicamente en un “posible” incumplimiento de la normativa de la CNC, con la mera remisión a las declaraciones que en distinto sentido hicieron el denunciante y la denunciada.

A esta misma conclusión llega el vocal que votó en disidencia, cuando destaca que no se probó fehacientemente que el denunciante cumpliera prestaciones típicas del servicio postal. Esa parte del Dictamen no mereció valoración alguna por parte del SCI, no obstante la relevancia que tenía esa cuestión para decidir en la forma en que lo hizo.

Y aun cuando la actividad del denunciante consistiese en el servicio de transporte multimodal, éste ha puesto en tela de juicio la creación del registro al que alude Jet-Paq en sus presentaciones, circunstancia que no fue motivo de examen por el organismo administrativo.

A ello corresponde añadir que tampoco se analizaron en el dictamen las restantes cuestiones planteadas referidas a ciertos requisitos contractuales que debería cumplir Soria para transportar cargas de terceros por intermedio de Jet-Paq y de AA (ver fs. 65 y 106/107), y su vinculación con el abuso de posición dominante denunciada.

9. Sin perjuicio de que lo expuesto es suficiente para revocar la resolución apelada, pues el archivo ordenado tiene como presupuesto necesario la acreditación del hecho en el que se fundó la justificación de la conducta denunciada —el cual no se probó—, corresponde agregar que en el Dictamen N° 600, cuyos fundamentos integran la Resol. 167, no se compatibilizan las normas regulatorias de actividades económicas sujetas, en principio, a un régimen de libre competencia —tales como las que ejercería el denunciante según los elementos reunidos en el actual estado del procedimiento—, con las disposiciones de la ley 25.156. En ningún momento la CNDC concluye que la actividad desarrollada por Soria se trató de un servicio público que esté al margen de las normas de la LDC.

El vocal que suscribió en disidencia ese dictamen hizo especial ponderación de ese punto, al cuestionar que se delegaran en otros organismos administrativos las atribuciones que la ley 25.156 confiere a la autoridad de aplicación en materia de competencia, para lo cual invocó el art. 59 de ese régimen legal.

Dicha norma deroga toda atribución de competencia relacionada con el objeto finalidad de la LDC, otorgada a otros organismos o entes estatales. Consecuente con ello, la ley 25.156 no contiene una disposición como la del art. 5 de la ley 22.262 mediante la cual se excluía expresamente de ese ámbito a las conductas convalidadas por el Estado a través de reglas generales o de reglamentaciones administrativas dictadas en su consecuencia.

De ello se sigue que en supuestos como el que se examina, es necesario coordinar los propósitos de la LDC con los de las normas que disponen

USO OFICIAL

excepciones a la prohibición que contiene su art. 1º, la cual mantiene su vigor en la medida en que no sea incompatible con las reglas que establezcan esa exclusión (ver **Guillermo Cabanellas de las Cuevas**, "*Derecho Antimonopólico y de defensa de la competencia*", Ed. Heliasta, t. 1, pág. 195). Por el contrario, la CNDC, sin hacer mérito de esta problemática, se limita a propiciar el rechazo de la denuncia por considerar que el conflicto suscitado es ajeno a las normas de la ley 25.156 y a la competencia que ésta le atribuye, y a encuadrar la conducta denunciada en "un posible incumplimiento de la normativa dictada por la COMISIÓN NACIONAL DE COMUNICACIONES", organismo al cual le confiere intervención para "determinar las infracciones cometidas y eventualmente aplicar las penalidades correspondientes".

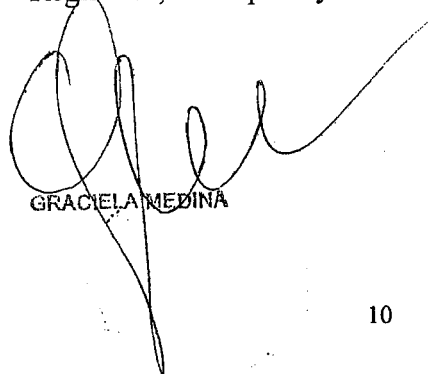
Y en ese orden de ideas, no se puede obviar que la CNDC no hizo un análisis del mercado involucrado, no obstante que el denunciante alegó que Jet-Paq, como agente de cargas exclusivo de AA y de Austral, estaría incurriendo en un abuso de posición de dominio para excluirlo del mercado y/o negarle el acceso al servicio que presta, máxime cuando dichas líneas aéreas serían las únicas viables para el transporte de cargas a ciertos destinos (ver, en ese sentido, Dictamen N° 600, disidencia del Dr. Póvolo, punto 7, fs. 362/vta.).

No se trata, en principio, de un mero conflicto que involucre intereses o derechos particulares (ver punto 22 del Dictamen, voto de la mayoría, fs. 356) ni, por ende, se puede descartar *a priori* y sin mayores fundamentos, que la conducta denunciada pueda tener por objeto o efecto restringir la competencia con un posible perjuicio al interés económico general (art. 1 de la ley 25.156).

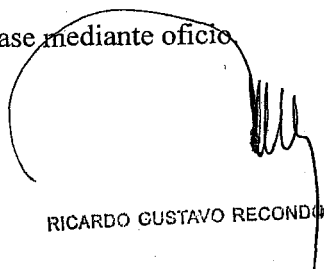
En consecuencia, **SE RESUELVE:** revocar la Resolución N° 167/2010 de la Secretaría de Comercio Interior y remitir las actuaciones a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia a sus efectos.

El Dr. Guillermo Alberto Antelo no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia (art. 109 del RPJN).

Regístrese, notifíquese y devuélvase mediante oficio.



GRACIELA MEDINA



RICARDO GUSTAVO RECONDO