



Poder Judicial de la Nación
CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y
COMERCIAL FEDERAL – SALA II

Causa n° 4064/2019

ADMINISTRATIVE PROCESSING CENTER S. A. Y OTRO c/ ESTADO NACIONAL (MINISTERIO DE PRODUCCIÓN) s/APEL. RESOL COMISIÓN NAC. DEFENSA DE LA COMPET.

Buenos Aires, de septiembre de 2019. SD

VISTO: el recurso directo interpuesto por ADMINISTRATIVE PROCESSING CENTER S. A. y PORT SECURITY SERVICE S. A. contra las Resoluciones N° 679/17 y 936/17 -dictadas por el señor Secretario de Comercio de la Nación los días 7 de septiembre de 2017 y 14 de diciembre de 2017, en su orden, en el expte. n° S01:0087642/2013, caratulado: “ADMINISTRATIVE PROCESSING CENTER S. A. s/CONSULTA INTERPRETACIÓN LEY 25.156 (OPI 229)”- obrante a fs. 467/478, concedido a fs. 617/620, cuyo traslado fue contestado por el Estado Nacional a fs. 644/657, y

CONSIDERANDO:

I.- Mediante la Resolución N° 679/17 el señor Secretario de Comercio resolvió: **a.** tener por no presentado el pedido de opinión consultiva realizado por la firma ADMINISTRATIVE PROCESSING CENTER S. A. -en lo sucesivo, APC- con fecha 17 de abril de 2013; **b.** considerar a la operación por medio de la cual las firmas APC y PORT SECURITY SERVICE S. A. -en adelante, PSS- adquirieron el control de la firma IVETRA S. A. -de los señores Gustavo Fabían ELIAS, Daniel Hugo LLERMANOS; Sergio Fabián ESPELETA y Gustavo Manuel DAMIANI- alcanzada por la obligación de notificación establecida por el artículo 8° de la Ley N° 25.156 -también, LDC- y **c.** instruyó a la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA a emitir un nuevo dictamen efectuando el cómputo y graduación de la eventual sanción por la ausencia de la notificación desde el día hábil posterior al 12 de octubre de 2012 (conf. fs. 404/6).

Para así decidir, el señor Secretario de Comercio -de aquí en más, SC- consideró que la operación -sujeta a opinión consultiva del día 17

de abril de 2013- consistió en la adquisición por parte de las firmas APC y PSS de la totalidad del capital accionario de la firma IVETRA SA -cuyos accionistas fueron identificados precedentemente-; que como consecuencia de la operación mencionada la firma APC adquirió el 95% de las acciones mientras que la firma PSS adquirió el 5% restante; que la transacción se llevó a cabo mediante un contrato de compraventa de acciones el 4 de octubre de 2012; que constituye una operación de concentración económica en los términos del artículo 6º de la Ley N° 25.156 y que la suma del volumen del negocio que se desprende de los estados contables de las tres firmas mencionadas alcanza a la de \$238.726.837,47, cifra que supera el umbral establecido por el artículo 8º de la norma referida y no encontrándose la concentración económica dentro de las excepciones dispuestas por el inciso e. del artículo 10º de la LDC, la operación debió haber sido notificada dentro del plazo de una semana desde que aquella se realizó (4.10.12) por lo que el término para ello venció el 12 de octubre de 2012. Agregó que -ante la opinión consultiva presentada por la firma APC con fecha 17.4.2013- no operó la suspensión dispuesta por el punto a.1) del Anexo de la Resolución N° 26/2006, pues la empresa no suministró la información y documentación requerida por la CNDC en tiempo y forma, ni brindó las razones para no hacerlo (conf. punto a.3 del Anexo de la Resolución N° 26/2006).

Como consecuencia de lo allí dispuesto, mediante la Resolución N° 936/17, el SC impuso a las firmas ADMINISTRATIVE PROCESSING CENTER S. A.; PORT SECURITY SERVICE S. A. y los señores ELIAS; LLERMANOS; ESPELETA y DAMIANI, de forma solidaria, una multa de PESOS TRES MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL SETENTA (\$3.896.070), en virtud de la ausencia de notificación de la operación de concentración económica y de conformidad con lo establecido en los artículos 8º, 9º y 46 inciso d) de la Ley N° 25.156.

Para así decidir, el funcionario remitió a los fundamentos del Dictamen N° 217, de fecha 25 de septiembre de 2017, de la CNDC. En dicha



Poder Judicial de la Nación
CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y
COMERCIAL FEDERAL – SALA II

Causa n° 4064/2019

ponencia, el organismo sostuvo que la operación de concentración económica -cuya obligación de notificar en los términos del artículo 8° de la Ley N° 25.156 se estableció en la Resolución N° 679/17- se había formalizado el 4 de octubre de 2012, fecha en la cual las firmas APC y PSS adquirieron de los señores ELIAS; LLERMANOS; ESPELETA y DAMIANI el 100% de las acciones de la firma IVETRA S. A., motivo por el cual el plazo de una semana que contempla el citado artículo de la LDC para tal fin venció el día 12 de octubre de 2012. Estimó entonces, que el plazo transcurrido en infracción desde la fecha mencionada hasta la fecha de emisión del dictamen N° 217 (25.09.2017) era de 1196 días hábiles administrativos.

II.- Contra las referidas resoluciones, las empresas APC y PSS dedujeron de manera conjunta la impugnación judicial prevista en los artículos 52 inc. a y 53 de la Ley N° 25.156.

En primer término, sostienen la inaplicabilidad del requisito del pago previo establecido en el art. 68 de la Ley N° 26.993. Exponen que la operación efectuada por las firmas recurrentes, la fecha de la infracción y la que según entienden su parte comunicó la operación a la CNDC son anteriores a la norma mencionada y que en consecuencia su aplicación viola el principio de irretroactividad de la ley penal. Alegan -a su vez- que el pago previo de la multa ocasiona a su parte un perjuicio irreparable, en atención a su magnitud. En todo caso, plantea la inconstitucionalidad del artículo citado. Citan jurisprudencia favorable a su postura.

En segundo término, arguyen que en virtud de lo normado por los artículos 54 y 55 de la LDC las acciones derivadas de la infracción prescribieron el 13 de octubre de 2017. Destaca que la resolución que impone la multa a las impugnantes ha sido dictada dos meses después de aquella fecha (14.12.17).

Relatan los diferentes sucesos acaecidos en el trámite de las actuaciones administrativas y refiere que su parte fue asesorada por un



profesional que con su accionar la perjudicó claramente. Reconoce que cometieron dos errores: 1º) no notificar la operación dentro de la semana posterior a su celebración y 2º) no encarar correctamente la cuestión como una opinión consultiva.

Expone que ambas empresas consideraron -erróneamente- que el monto que se tenía en cuenta como parámetro para determinar el volumen del negocio a los efectos de la ley era el de la operación y por ello, se presentaron el día 14.7.2013 -es decir, 120 días hábiles administrativos más tarde- con el objeto de informar la compraventa de acciones de IVETRA S.A. declarando el monto total de la transferencia en la suma de pesos sesenta y seis millones cuatrocientos treinta y seis mil cuarenta (\$66.436.040). Detalla las actuaciones administrativas y sostiene que la CNDC debió señalar los defectos de sus presentaciones a fin de poder subsanarlas, de acuerdo al principio de informalidad que rige en la materia. Alega que la administración actuó esporádicamente y no dictaminó sobre la opinión consultiva en un plazo razonable (conf. punto a.3 de la Resolución SCT 26/06). Y a su vez, arguye que si hubiera decretado la caducidad del trámite, la notificación se hubiera tenido por desistida y quedarían revocados de pleno derecho sus efectos jurídicos, pero no se hubiera computado a los fines de la multa el tiempo transcurrido entre la notificación de la operación y la caducidad del procedimiento (conf. apartado VI de la Res. N° 40/01 de la SDCyC), en cuyos términos fue intimada a impulsar el procedimiento por la CNDC en diversas oportunidades.

Cuestiona el carácter solidario de la multa impuesta entre los intervinientes de la operación porque considera que aquellos actuaron de forma sustancialmente diferente. Mientras los compradores notificaron la operación en abril del 2013, los vendedores fueron reticentes en cumplir con lo requerido por la CNDC. Analiza los criterios tradicionales de la CNDC para determinar el monto de la pena y sostiene que ésta debe ser aplicada con criterios realistas y en el contexto actual de las empresas. A tales fines, solicita un recalcu de la sanción en base al 0.5% de las ventas totales del



Poder Judicial de la Nación
CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y
COMERCIAL FEDERAL – SALA II

Causa n° 4064/2019

conjunto de las intervinientes según los balances del año 2017, diferenciando la demora en notificar de los compradores, la que entiende fue de 120 días y la de la parte vendedora de 1196 días, según lo señalado en el punto 23 del dictamen N° 217/17 y en el considerando 8° de la Resolución N° 936/17, respectivamente.

El Estado Nacional contestó los agravios de la actora a fs. 644/657.

El señor Fiscal General opinó que el recurso deducido correspondía a la competencia de esta Cámara y era formalmente admisible en los términos del artículo 66° de la Ley N° 27.442, anterior artículo 52° de la Ley N° 25.156. Ello, en la medida que el acto impugnado encuadra en el supuesto contemplado en el inciso a. de la norma referida (conf. fs. 661/662).

III.- Así planteada la cuestión, la Sala entiende que los motivos expresados en el dictamen fiscal citado, a los que cabe remitir para evitar reiteraciones innecesarias, son suficientes para declarar la admisibilidad formal de la impugnación judicial. Resultan consistentes, además, con la jurisprudencia de la Sala que ha estimado que el acto administrativo que ordena notificar una determinada concentración, resulta impugnabile en los términos del art. 52° de la LDC -en la actualidad, art. 66°- (conf. esta Sala, en la causa: “*Heket SA y otro c/ Estado Nacional - Ministerio de Producción s/Apel. Resol. Comisión Nac. Defensa de la Compet.*” - n° 2225/2018- del 22.11.18 y sus citas).

IV.- Como punto de partida, corresponde señalar que los planteos formulados por las firmas recurrentes en orden a la improcedencia del requisito de depósito previo del monto de la multa fijada por la Resolución N° 936/17, se han tornado abstractos en virtud de lo dispuesto por el señor Secretario de Comercio Interior (SCI) en el artículo 3° de la Resolución N° 76/2019. Allí, de acuerdo al dictamen de la CNDC fechado el 1° de marzo de 2018 (Anexo IF-2018-09065189-APN-CNDC#MP), eximió

a las firmas APC y PSS del pago previo de la multa impuesta por la Resolución N° 936/17 de la ex Secretaría de Comercio, de conformidad con lo previsto en el artículo 53 *in fine* de la Ley N° 25.156 (conf. fs. 617/620).

En razón de lo expuesto, y toda vez que por medio de la referida resolución se ha hecho lugar a la petición deducida por las citadas empresas en el punto 2 de su impugnación judicial, no corresponde que este Tribunal se pronuncie respecto de los planteos de inaplicabilidad del requisito de previo pago e inconstitucionalidad del artículo 68° de la Ley N° 26.993.

V.- Establecido ello, es necesario abordar, en esta instancia, la defensa de prescripción articulada por las empresas impugnantes.

Aquellas sostienen que las acciones que nacen de las infracciones previstas en la LDC prescriben a los 5 años y que dicho plazo se interrumpe con la denuncia o la comisión de otro hecho sancionado en la ley (conf. arts. 54° y 55° de la LDC), extremo que no ocurrió en el caso.

Sobre esta base, arguyen que teniendo en cuenta que la infracción nació el 12 de octubre de 2012 (conf. art. 3° de la Resolución N° 679/17), las acciones que nacieron de aquella prescribieron el 13 de octubre de 2017, es decir, dos meses antes de la multa impuesta mediante Resolución N° 936/17 (14.12.2017). Alega, entonces, el carácter instantáneo de la infracción cometida ante la falta de notificación de la operación.

Y agrega que si se considera que el pedido de opinión consultiva presentado por las recurrentes ante la Administración con fecha 17.4.2013 interrumpió el plazo de prescripción -en tanto aquel constituyó una denuncia de la operación comercial- se derrumban todos los fundamentos de la resolución que se apoya en su omisión (falta de denuncia sobre la operación).

Por su parte, la representación estatal sostuvo -en lo que aquí interesa- que la infracción a lo dispuesto en la norma -es decir, la omisión de



Poder Judicial de la Nación
CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y
COMERCIAL FEDERAL – SALA II

Causa n° 4064/2019

notificar la operación de concentración económica- se lleva adelante durante todo el período en que se incumple la manda legal, motivo que impide tenerla por prescripta. Agregó que, en la especie, la conducta infractora persiste pues, hasta el momento, las empresas no dieron observancia a la obligación legal.

VI.- Sentadas así las posiciones asumidas por las partes, corresponde, primeramente, determinar si la falta de notificación imputada a las recurrentes en los términos del artículo 8° de la LDC, se verifica como un acto omitido cuyo cumplimiento tiene carácter instantáneo o si, como sostiene el Estado Nacional, la inobservancia de lo dispuesto en la citada normativa se constituye como una conducta continua durante todo el periodo en que se incumple la manda legal.

Ante todo, conviene apuntar que las empresas recurrentes no cuestionan que la operación de concentración económica objeto de la sanción debía ser notificada a la autoridad de control de la LDC; ni que el plazo para hacerlo venció el 12 de octubre de 2012.

En ese orden, el artículo 8° de la Ley N° 25.156 dispone que: *“Los actos indicados en el artículo 6° de esta Ley, cuando la suma del volumen de negocio total del conjunto de empresas afectadas supere en el país la suma de DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$200.000.000), deberán ser notificadas para su examen previamente o en el plazo de una semana a partir de la fecha de la conclusión del acuerdo, de la publicación de la oferta de compra o de canje, o de la adquisición de una participación de control, ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, contándose el plazo a partir del momento en que se produzca el primero de los acontecimientos citados, bajo apercibimiento, en caso de incumplimiento, de lo previsto en el artículo 46 inciso d)”*.

Este Tribunal ha considerado en el antecedente *“Heket SA y otro c/ Estado Nacional - Ministerio de Producción s/Apel. Resol. Comisión Nac. Defensa de la Compet.”* -ya citado- que la naturaleza de la conducta



imputada a las empresas intervinientes resulta ser un hecho continuo en el transcurso del tiempo en la medida que a la fecha, no se ha demostrado haber dado cumplimiento con la exigencia normativamente impuesta.

Sin dejar de reconocer la complejidad del asunto y la existencia de precedentes jurisprudenciales encontrados, en la causa citada no se admitió que la falta de notificación pueda ser tomada como un hecho aislado e instantáneo como pretenden las recurrentes. Y es que, la ausencia de tal recaudo en los supuestos donde se analiza la concurrencia de una concentración económica, impide al organismo administrativo expedirse en los términos del artículo 13° de la Ley de Defensa de la Competencia. De allí que, la omisión apuntada se continúa en el tiempo y, como consecuencia de ello, persiste la potestad estatal de punir las conductas antijurídicas teniendo en miras la tutela del interés económico general (conf. esta Sala, causa n° 2225/18, mencionada precedentemente).

En dicha ocasión, esta sala agregó que la prescripción de la acción penal es un límite auto impuesto por el Estado al poder punitivo, que tiene su basamento en la pérdida de interés social en perseguir determinadas conductas a partir del transcurso del tiempo (conf. Cervio, Guillermo J. y Ropolo, Esteban P. “Defensa de la Competencia. Comentada y Anotada”, Ed. La Ley, p. 558).

Ahora bien, en supuestos como los que aquí se trata, podría concluirse que, en la medida que persista la omisión por parte del administrado de dar observancia a la obligación legal, la prescripción comenzaría a correr desde que cesa la conducta infractora, circunstancia que no ocurrió en el caso de autos.

No es posible soslayar que -como lo indicó la Sala en el mentado precedente- la solución a la que se arriba es conteste con lo dispuesto por el artículo 72° de la Ley N° 27.442 en cuanto específicamente dispone que el comienzo del cómputo del plazo de la prescripción para aquellas infracciones que se traducen en “conductas continuas” comenzará a



Poder Judicial de la Nación
CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y
COMERCIAL FEDERAL – SALA II

Causa n° 4064/2019

correr desde el momento en que cesó la comisión de la conducta anticompetitiva en análisis.

De este modo, y aun advirtiendo que dado su vigencia temporal la referida normativa no resulta de aplicación al caso, no puede dejar de mencionarse la solución propuesta por el legislador como pauta de interpretación con relación a un aspecto que no había sido establecido expresamente en la norma anterior.

Ante la duda razonable que pueda generarse en cuanto al modo en que debe configurarse la infracción que se debate en esta causa, este Tribunal se inclina por desestimar la defensa de prescripción, en tanto aquello también se condice con la interpretación restrictiva que debe conferírsele al instituto en cuestión (conf. C.S.J.N. Fallos: 308:581, 329:1012, 338:161, entre muchos otros).

En consecuencia, corresponde desestimar el planteo de prescripción de la acción sancionatoria deducida en el punto 3 de la impugnación judicial de fs. 467/478.

VII.- Las impugnantes arguyen que ante la demora en la presentación de la información requerida por la CNDC, ésta debió decretar la caducidad de la notificación conforme lo preceptuado por el apartado VI de la Resolución SDCyC N° 40/01.

Y luego sostiene que si se hubiera decretado la caducidad, el plazo entre la notificación y el mentado decreto no debería de correr a los fines de ponderar la multa por la omisión de notificar la operación de concentración económica.

Mas en el caso no existió la notificación prevista en el artículo 8° de la LDC sino una manifestación efectuada por APC con fecha 17.3.2013, que la CNDC requirió que aclarase si lo solicitado se trataba de un pedido de opinión consultiva, lo que fue confirmado por la empresa compradora mediante la presentación efectuada el 21.8.13 y así tramitó.

Es de esperar que una opinión consultiva a efectos de determinar si la misma está sujeta al control previo instituido en el artículo 8º de la LDC sea presentada con anterioridad a que venza el plazo de la notificación prevista en el mentado artículo. Pues, de lo contrario, la finalidad preventiva de la ley, que es evitar el perjuicio para el interés económico general que podría generar una concentración económica que podría impactar en el mercado sin control previo de la autoridad de competencia, perdería su virtualidad.

Así lo entiende la propia normativa cuando dispone que desde el momento en que las partes efectúen un pedido de opinión consultiva, el plazo de una (1) semana para la notificación de la operación de concentración económica establecido en el artículo 8º de la Ley N° 25.156, quedará suspendido hasta tanto ésta sea notificada (conf. anteúltimo párrafo del art. 8º del Anexo I de la Res. N° 89/01; idéntico principio se mantuvo en el anexo de la de la Resolución N° 26/2006 de la SCT). Nótese que esta última indica que el plazo de una semana se reanudará una vez firme y consentida la pertinente resolución que dicte el señor Secretario de Coordinación Técnica (conf. punto a.1. del anexo citado).

Es que la etiología de la opinión consultiva es la de permitir, a los intervinientes en una operación que pudiera implicar una concentración económica, tener una respuesta jurídica válida de la autoridad de control sobre la necesidad de notificarla, anticipándose de ese modo a las consecuencias jurídicas de obrar en sentido contrario (conf. Barry, Luis Diego; “¿Requiem para el régimen de opiniones consultivas?”, Sup. Esp. Com. Ley de Defensa 2018 (octubre), 323; Cita Online: AR/DOC/2112/2018).

Sobre tales premisas, este Tribunal considera que la presentación realizada por las impugnantes no generó efecto alguno sobre la obligación de notificar prevista en el legislación en la materia, pues el plazo para cumplir con el deber impartido en la norma ya se encontraba vencido en



Poder Judicial de la Nación
CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y
COMERCIAL FEDERAL – SALA II

Causa n° 4064/2019

exceso. En el caso, la primera presentación de las recurrentes se concretó cinco meses después de que aquél venciera.

El criterio aquí establecido es armónico con lo instituido por el artículo 10° del decreto N° 480/18, reglamentario de la nueva ley en la materia -N° 27.442- en cuanto concretamente señala, en su último párrafo, que la solicitud de opinión consultiva no implica en ningún caso el cumplimiento de la obligación de notificar las operaciones previstas en la citada norma.

Por otra parte, cabe señalar que el procedimiento aplicable a las solicitudes de opiniones consultivas fija como apercibimiento para la parte que no procediera a suministrar la información o documentación requerida por la autoridad de control, tener por no presentado el pedido de opinión consultiva (conf. punto a.3. del anexo de la Resolución N° 26/2006 de la SCT) y no la caducidad, como arguyen las impugnantes. Lo expresado resulta razonable si se tiene en cuenta que las opiniones consultivas tienen carácter voluntario y no son vinculantes para la autoridad de control (conf. art. 24 inc. f de la Ley N° 25.156) mientras que la notificación de las operaciones de concentración económica normativamente prevista en el artículo 8° de la LDC son obligatorias.

El Tribunal, analizando el régimen legal, encuentra diferencias entre el tratamiento dispensado en las opiniones consultivas y las notificaciones del art. 8° de la LDC, cuando en estas últimas no se computa el plazo transcurrido entre la fecha de la notificación realizada y la fecha que dispone la caducidad de la presentación a los fines de la multa prevista en el artículo 46, inciso d. de la norma. Las divergencias encuentran justificación en que en el segundo supuesto los sujetos obligados dieron cumplimiento con el deber de notificar la operación que tiene dicha carga, aunque ello haya sido de manera incorrecta o incompleta, supuesto que no ocurrió en el caso de las impugnantes.



En atención a lo expuesto, las críticas esgrimidas por las recurrentes en este aspecto deben ser desestimadas.

VIII.- Con relación a la entidad de la multa y la inequidad al establecer solidaridad, sostienen que conforme los criterios tradicionales de la CNDC la operación que efectuaron no tuvo impacto sobre la competencia y que las empresas no cuentan con habitualidad en notificar operaciones a la autoridad de aplicación; que la situación económica de las empresas intervinientes ha decrecido pues han perdido contratos y vieron reducida drásticamente su actividad. Señala que de los balances cerrados en el año 2017 surge una suma de ventas totales por \$162,8 millones, lo que implica -a su criterio- que con el IPC de San Luis como utiliza la CNDC, a la fecha de la transferencia -octubre de 2012- equivaldrían a \$52 millones. Esgrime que el patrimonio de las empresas en su conjunto asciende a \$107,6 millones de acuerdo al balance de 2016 y destaca la diferencia entre la actitud de las compradoras y las vendedoras en cooperar con la autoridad de aplicación para justificar una distinción en la multa. Insiste con que su parte demoró 120 días en notificar la operación.

Ante todo, cabe precisar que el control judicial de la potestad sancionatoria reconocida por la ley al órgano técnico se encuentra dirigido a verificar su razonabilidad, y procede en la medida en que se acredite la arbitrariedad o ilegitimidad del ejercicio de esa potestad (cfr. CSJN, Fallos: 315:503, esta Cámara, Sala III, causa n° 9039/07 del 17.4.2008, entre otras).

En tal inteligencia, la facultad de graduación de una multa por parte de la Administración Pública, incluso cuando es discrecional, no escapa al control de razonabilidad que corresponde al Poder Judicial, mediante la revisión de la proporción o ajuste de la alternativa punitiva elegida por la autoridad, respecto de las circunstancias comprobadas, de acuerdo con la finalidad de la ley (CSJN, Fallos 321:3103).

Ello sentado, cabe destacar que, como consecuencia de la Resolución N° 679/17 de la SC que tuvo por no presentada el pedido de



Poder Judicial de la Nación
CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y
COMERCIAL FEDERAL – SALA II

Causa n° 4064/2019

solicitud de opinión consultiva de la firma APC, la CNDC teniendo en cuenta el plazo transcurrido en infracción (1196 días) dictaminó que el monto de la multa debería ascender a \$23.920.000. Sin embargo el Secretario de Comercio en su Resolución N° 936/17 consideró que, sin perjuicio de que la multa aconsejada por la CNDC, mediante el dictamen N° 188/17 que ascendía a la suma de \$23.920.000, fue calculada en base a los parámetros tradicionales para el cómputo y graduación de las sanciones (gravedad de la infracción; el daño causado; los indicios de intencionalidad; la participación del infractor en el mercado; el tamaño del mercado afectado; la duración de la concentración; la reincidencia o antecedentes del responsable y su capacidad económica), dicha estimación tornaría desproporcionada el monto de la multa a pagar, afectando el derecho de las partes intervinientes y ocasionando un perjuicio al correcto funcionamiento de los mercados. Sobre estas bases, de acuerdo a un nuevo dictamen de la CNDC N° 217/17, estableció que la multa a imponer a las partes, en forma solidaria, no debería superar el 0,5% de las ventas totales aproximadas del conjunto de empresas involucradas, el cual actualizado al año 2016, asciende a un total de \$779.214.089 por lo que determinó el valor de la multa diaria en \$3257,60, lo que arroja un total de PESOS TRES MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL SETENTA (\$3.896.070).

De las constancias del expediente administrativo surge que la circunstancia de que la operación no haya tenido impacto en la competencia sumada a la falta de habitualidad de las empresas intervinientes en este tipo de trámites, alegadas por las impugnantes, han sido consideradas por la autoridad de aplicación como atenuantes a los fines de determinar la multa. Nótese que el SC se apartó de los criterios tradicionales y morigeró la sanción tomando como base el 0,5% de las ventas totales aproximadas del conjunto de empresas involucradas. Además, con relación a dicha base, la CNDC dictaminó y el SC justipreció la penalidad en base a los estados contables aportados por las propias empresas intervinientes -APC: ejercicio del año 2011; PSS: ejercicio del año 2016 e IVETRA S.A.: ejercicio fiscal 2012-, actualizados al 2016, porque eran los documentos con los que

contaba la autoridad de aplicación a la fecha en que se dictaron los respectivos pronunciamientos.

En ese orden de ideas, no es posible considerar como irrazonable el monto de multa diario fijado en la resolución cuestionada (\$3257,60) dentro de su potestad sancionatoria (CSJN, Fallos 315:503 y 321:3103, esta Cámara, Sala III, causa n° 9039/07, ya citada). Lo expresado es así, si se tienen en cuenta: **a.** las pautas objetivas valoradas por la Administración para graduar la sanción impuesta, que ni siquiera han sido criticadas concreta y razonadamente por las impugnantes; **b.** que el art. 46°, inc. d. de la Ley N° 25.156 prevé hasta la suma de \$ 1.000.000 diarios para establecer su monto y **c.** que las empresas no justificaron de manera alguna su incumplimiento en la notificación prevista en el art. 8 de la norma citada.

Por los fundamentos expuestos, no se advierte que la Resolución N° 936/17 de la Secretaría de Comercio, sustentada en los criterios que aquí se han examinado, se aparte de la regla de la razonabilidad a la que debe sujetarse como acto administrativo realizado dentro del marco de discrecionalidad que le otorga el art. 46, inc. d. de la norma en estudio.

Antes de finalizar, cabe señalar que la solidaridad dispuesta en la resolución cuestionada con relación a la multa fijada encuentra fundamento en el hecho de que la obligación de notificar la operación de concentración económica a la autoridad de aplicación instituida por el art. 8° de la LDC recae de la misma forma sobre todas las partes intervinientes de la transacción que la motiva. Al tratarse de una infracción cometida por los distintos integrantes de la operación, tanto las compradoras como los vendedores, todos -de manera indistinta- afectaron el control que tiene la autoridad de aplicación a fin de proteger el interés económico general. Además, no es posible obviar que la multa en cuestión ha sido establecida con relación a un porcentaje de las ventas totales aproximadas del conjunto de empresas involucradas, circunstancia que justifica -en el caso- la solidaridad que ha sido dispuesta.



Poder Judicial de la Nación
CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y
COMERCIAL FEDERAL – SALA II

Causa n° 4064/2019

Por otra parte, es conveniente destacar que las empresas compradoras -aquí recurrentes- adquirieron el 100% de las acciones de IVERTA S. A. (ACP: 95% y PSS: 5%) y por lo tanto, son las que -con la operación en cuestión- obtuvieron el manejo de la empresa, circunstancia que, sin pretender mostrarnos indulgentes con la parte vendedora, podría llevar a exigir un mayor celo al momento de notificar la transacción en cuestión. En este sentido, cabe mencionar que el mentado criterio, actualmente, se encuentra plasmado en el artículo 9° del decreto reglamentario -N° 480/18- de la Ley N° 27.442, que impone el deber de notificar a las empresas controlantes, adquirentes o fusionantes o fusionadas, en su caso, que obtengan la influencia sustancial en la estrategia competitiva de una empresa y establece la notificación facultativa para la enajenante (párrafos 10° y 11°).

A mayor abundamiento, cabe destacar que, en el supuesto de que el Estado Nacional decidiera perseguir el cobro total de la multa por parte de alguna de las empresas impugnantes, aspecto meramente conjetural a esta altura del trámite, dicha sociedad comercial tendrá la posibilidad de promover las acciones que estime pertinentes para repetir de sus codeudores solidarios lo que eventualmente haya pagado.

En consecuencia, **SE RESUELVE:** **a.** desestimar el recurso directo deducido a fs. 467/478 y **b.** confirmar las Resoluciones N° 679/17 y 936/17, dictadas por el señor Secretario de Comercio de la Nación los días 7 de septiembre de 2017 y 14 de diciembre de 2017. Las costas se distribuyen por su orden en atención a que la parte impugnante pudo hallar precedentes favorables a su planteo de prescripción (conf. art. 68, segundo párrafo del C.P.C.C.N.).

Por los trabajos de Alzada bajo la vigencia de la Ley N° 27.423, teniendo en cuenta su mérito, extensión y eficacia, como así también el monto involucrado en el recurso, se regulan los honorarios de la letrada apoderada del Estado Nacional, Dra. Débora ILARI, en la cantidad de 102 ~~UMA~~, equivalentes a la suma de pesos doscientos cuarenta y cuatro mil

quinientos noventa y seis (\$244.596,00); y los del letrado patrocinante de las recurrentes, Dr. Julián Andrés OBAID, en la cantidad de 52 UMA, equivalentes a la suma de pesos ciento veinticuatro mil seiscientos noventa y seis (\$124.696,00) (conf. art. 16; 19; 21; 29; 30, 51 y ccds. de la Ley N° 27.423 y Ac. N° 20/19 de la CSJN - Valor UMA: \$ 2.398).

Regístrese, notifíquese y devuélvase a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia.

ALFREDO SILVERIO GUSMAN

EDUARDO DANIEL GOTTARDI

RICARDO VÍCTOR GUARINONI

