



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE TUCUMAN

35885/2017/1/RH2 Recurso Queja - s/APEL RESOL COMISION NAC
DEFENSA DE LA COMPETENCIA
S.M. de Tucumán,

AUTOS Y VISTOS: el recurso de queja interpuesto a
fojas 78/92 por el Colegio de Farmacéuticos de Tucumán y,

CONSIDERANDO:

I. Que mediante Resolución N. 605 de fecha 19 de Septiembre de 2019 la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Producción y Trabajo de la Nación resolvió desestimar por inadmisibile el recurso directo interpuesto por el Colegio de Farmacéuticos de Tucumán en fecha 08/02/18 en contra de la Resolución N. 47 de fecha 23/01/18, dictada del Expediente 57194/13, por cuanto no se ha cumplido con el pago de las multas fijadas en dicha resolución, en los términos del art. 53 de la Ley 25.156.

Disconforme con la Resolución N. 605, el Colegio de Farmacéuticos de Tucumán dedujo recurso de queja por apelación denegado a fs. 78/92 de este incidente, solicitando la apertura de la queja, y en definitiva, se revoque la Resolución 47/18.

A fs. 105/106 se dio vista de las actuaciones al Sr. Fiscal *Ad Hoc* Dr. Gustavo Gimena, y en fecha 27/11/2019 este Tribunal declaró su competencia y dispuso traslado del recurso a la contraria (fs. 109), que fuera contestado a fs. 111/136.



En tal estado queda la causa en condiciones de ser resuelta por el Tribunal.

II. A los fines de resolver la queja interpuesta, deben reseñarse los antecedentes acreditados en autos.

En fecha 23/01/18 la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Producción y Trabajo de la Nación resolvió el expediente N. 57194/13 en el que tramitó la posible infracción de la Ley de Defensa de la Competencia de Asociación de Farmacias de Tucumán (AFARTUC), Círculo de Farmacias del Sud (CIFARSUD) y por el Colegio de Farmacéuticos de Tucumán y de dictó la Resolución N. 47/18, en la que se dispuso, en lo pertinente:

“Artículo 1) Rechazar el planteo de prescripción interpuesto por la Asociación de Farmacias Tucumán (AFARTUC) y por el Círculo de Farmacias del SUD (CIFARSUD).

Artículo 2) Rechazar el planteo de nulidad interpuesto por AFARTUC y CIFARSUD.

Artículo 3) Rechazar el compromiso propuesto en los términos del artículo 36 de la Ley N° 25.156 por ARFATUC y CIFARSUD.

Artículo 4) Declarar responsables a Colegio de Farmacéuticos de Tucumán (CFT), a AFARTUC y CIFARSUD, de instrumentar un acuerdo para limitar y restringir la competencia entre las farmacias del territorio de la Provincia de Tucumán (prohibición o limitación de descuentos; prohibición de efectuar





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE TUCUMAN

35885/2017/1/RH2 Recurso Queja - s/APEL RESOL COMISION NAC
DEFENSA DE LA COMPETENCIA

publicidad relacionada con precios, descuentos u ofertas, tanto de medicamentos como de artículos de perfumería; limitación de horarios de apertura y cierre de farmacias), con afectación al interés económico general, conforme los artículos 1 y 2 incisos a, b y g de la Ley N° 25.156.

Artículo 5) Imponer al Colegio de Farmacéuticos de Tucumán una multa por la suma de pesos cinco millones novecientos mil cuarenta y dos (\$5.900.024); a la Asociación de Farmacias de Tucumán, una multa por la suma de pesos trescientos veintiocho mil ochenta y siete (\$328.087); y al Círculo de Farmacias del Sud, una multa por la suma de pesos doscientos veinticinco mil setecientos diez (\$225.710), conforme al artículo 46 inciso b Ley N. 25.156. (...)

Artículo 8) Ordenar al Colegio de Farmacéuticos de Tucumán sustituya, elimine o adecue, según corresponda y en los siguientes términos, los artículos 1,9 y 12 del Reglamento de Prestaciones Farmacéuticas; los artículos 5,12, 19 incisos d y e, 31 incisos b y c del Código de Ética, o cualquier otra normativa que se dicte o se haya dictado con similar finalidad.

Artículo 9) Ordénase al Colegio de Farmacéuticos de Tucumán, en particular, sustituya, elimine, o adecue, según corresponda y en los siguientes términos, los Artículos PRIMERO (en lo que respecta a exclusividad en relación a los convenios que



celebre el Colegio de Farmacéuticos de Tucumán con los administradores de seguro de salud, y la exclusividad a favor del mismo en relación con el servicio de gestión y cobro de facturas, NOVENO (eliminación total) y DUODÉCIMO (eliminación total) del Reglamento de Prestaciones Farmacéuticas; y los Artículos 5 (en lo que respecta a combatir las cadenas de farmacias), 12 (en lo que respecta a la prohibición de toda competencia comercial, publicidad, propaganda, oferta de servicios o productos, descuentos, ofertas o cualquier otra forma de atracción de clientela), 19 incisos d) (prohibición de hacer descuentos) y e) (prohibición de ofrecer o hacer más publicidad por la sección perfumería o tratar a esa sección como si fuera un negocio independiente), 31 incisos b) (prohibición de anuncios que explícita o implícitamente mencionen listas de precios o descuentos), y c) (prohibición de rebajas o liquidación de secciones anexas a la farmacia como es la perfumería) del Código de Ética; o cualquier otra normativa que se haya dictado o que se dicte con similar finalidad. A tal efecto, deberá acreditar ante la COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, dentro del plazo de SESENTA (60) días contados a partir de la notificación de la presente medida la sustitución, eliminación o adecuación de los referidos artículos, en los términos referidos precedentemente, acompañando copia del texto modificado del Reglamento de Prestaciones Farmacéuticas, y del Código de Ética en legal forma.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE TUCUMAN

35885/2017/1/RH2 Recurso Queja - s/APEL RESOL COMISION NAC
DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Artículo 10) Ordenar al CFT, AFARTUC y al CIFARSUD se abstengan de prohibir de cualquier forma, la competencia entre sus miembros o asociados; se abstengan de fomentar, alentar, facilitar o imponer la negativa de sus miembros o asociados a efectuar descuentos sobre medicamentos -ya sean de venta libre o bajo receta-, sobre artículos de perfumería o cualquier otro producto que legalmente se expenda en las oficinas de farmacia de la provincia de Tucumán; se abstengan de prohibir a sus farmacias asociadas efectuar publicidad que se encuadre dentro de la normativa legal vigente ; de abstengan de interferir en la fijación de horarios de atención al público de sus farmacias asociadas.

Artículo 11) Ordenase al Colegio de Farmacéuticos de Tucumán, a la Asociación de Farmacias Tucumán y al Círculo de Farmacias del SUD comuniquen las medidas ordenadas (...) a todos sus miembros o asociados en forma fehaciente (...) publiquen su parte resolutive (...) bajo apercibimiento (...).”

Disconforme con tal Resolución sancionatoria, en fecha 08/02/18 el Colegio de Farmacéuticos de Tucumán interpuso recurso directo por ante la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, en los términos del art. 53 de la Ley 25.156 (fs. 3/13).



Que con posterioridad, luego de entrar en vigencia la nueva Ley de Defensa de la Competencia N. 27.442, que derogó la exigencia de pago previo para la interposición de recurso jerárquico contra las resoluciones que impongan sanción de multa, en fecha 4/04/19, la Autoridad administrativa ordenó correr traslado a las partes apelantes “en relación a las alternativas procesales que dimanen de la sanción de la ley N. 27.442” y se dispuso “hágase saber a los recurrentes que los requisitos de admisibilidad respecto de los recursos directos interpuestos con fecha 8 de febrero de 2018 ... son los que emanan del Art. 67 de la Ley N.º 27.442 (...) y que dispone ‘...las apelaciones previstas en el artículo 66, inciso a) de la presente ley se otorgarán con efecto suspensivo, previa acreditación de un seguro de caución sobre la sanción correspondiente...”. (fs. 125)

Luego, proseguido el trámite, en fecha 19/09/19 la Secretaría de Comercio Interior dictó la resolución N° 605/19 declarando inadmisibile el recurso directo interpuesto por el Colegio de Farmacéuticos de Tucumán, con fundamento en que el apelante no realizó el depósito del monto de la multa ni acompañó el comprobante de pago, según dispone el art. 53 de la Ley 25.126; la que motivara la interposición de la presente queja.

III. De los antecedentes antes reseñados surge con claridad que la presentante ha interpuesto en sede administrativa en contra de la resolución N. 47/18 dictada en el expediente





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE TUCUMAN

35885/2017/1/RH2 Recurso Queja - s/APEL RESOL COMISION NAC
DEFENSA DE LA COMPETENCIA
N.57194/13 recurso normado en el art. 53 de la Ley 25.156 en
fecha 08/02/2018.

Corresponde hacer un análisis del trámite otorgado al recurso en sede administrativa y de lo resuelto por la Secretaría de Comercio Interior el 19/09/19 respecto de la inadmisibilidad del mismo, toda vez que “la exigencia del respeto de la garantía del debido proceso es particularmente acentuada en estos casos por la importancia de los derechos en juego, pudiendo todo defecto en el procedimiento acarrear consecuencias jurídicas graves” porque “si las disposiciones respectivas impiden a las partes tener acceso a una instancia judicial propiamente dicha, existe agravio constitucional originado en privación de justicia, que se configura toda vez que un particular, no obstante hallarse protegido por la indicada garantía del art. 18, queda sin juez a quien reclamar la tutela de su derecho” (Guastavino, Elías P., “Tratado de la jurisdicción administrativa y su revisión judicial”, Tomo II págs. 355 y 361, Ed. Academia Nacional de Derecho y Cs. Soc., 1989).

En primer lugar debe considerarse que el recurso interpuesto por la actora en sede administrativa reviste el carácter de recurso directo judicial, cuya naturaleza, en el caso, es la de una acción impugnatoria de instancia única.

Sentada la naturaleza judicial del trámite iniciado con la interposición del recurso directo de fecha 08/02/18, debe



considerarse que según los términos del art. 53 de la Ley 25.156, la actividad de la Administración se encuentra reglada: “la autoridad de aplicación deberá elevar el recurso con su contestación a la Cámara Nacional de Apelaciones en las Relaciones de Consumo o a las Cámaras de Apelaciones competentes en un plazo de diez (10) días, acompañado del expediente en el que se hubiera dictado el acto administrativo recurrido ...”.

La norma establece claramente mediante el término imperativo “deberá” la necesaria remisión del recurso con su contestación a la autoridad judicial competente, en el plazo perentorio de 10 días.

La norma transcripta recepta la modificación de la Ley 26.993, que pretendió unificar el trámite de los recursos directos contra las resoluciones de la Secretaría de Comercio Interior en las normas de las que es autoridad de contralor - Ley de Defensa del Consumidor, Ley de Lealtad Comercial y la Ley de Defensa de la Competencia- que “implicó dos grandes novedades: por un lado, el deber y la facultad de que la Secretaría de Comercio conteste espontáneamente el recurso directo y, por el otro, el deber de elevar las actuaciones a la cámara de apelaciones competente en el plazo de diez días hábiles” (Stupenego, Juan Antonio, “Lineamientos preliminares sobre los recursos directos en materia de comercio interior (a propósito de los previstos en las leyes de defensa del consumidor, de defensa de la competencia, de lealtad comercial y





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE TUCUMAN

35885/2017/1/RH2 Recurso Queja - s/APEL RESOL COMISION NAC DEFENSA DE LA COMPETENCIA de abastecimiento” en El control de la Actividad Estatal II, Fondo Editorial UBA, pág. 235”).

El trámite, resulta necesaria consecuencia de la naturaleza judicial del planteo y del agotamiento del proceso por ante la Administración quien ya ejerció las funciones sancionatorias normativamente otorgadas, agotando su jurisdicción. Por ello su actividad, luego de interpuesto el recurso se limita a la contestación y remisión del expediente.

Es que “abierta la instancia judicial con la articulación de los recursos directos ... los actos posteriores revisten indudable carácter judicial sin que obste a ello la mera circunstancia de que algunos de dichos actos hayan sido delegados por el legislador en la propia autoridad administrativa”. (*Stupenengo, Juan Antonio, “Lineamientos preliminares sobre los recursos directos en materia de comercio interior (a propósito de los previstos en las leyes de defensa del consumidor, de defensa de la competencia, de lealtad comercial y de abastecimiento” en El control de la Actividad Estatal II, Fondo Editorial UBA, pág. 235.)*).

Además y en lo que refiere al recurso que analizamos, el texto vigente del art. 53 de la ley al tiempo del dictado de la sentencia y de la interposición del recurso, en su segundo párrafo estableció el principio *solve et repete*: “En todos los casos, para interponer el recurso directo contra una resolución administrativa



que imponga sanción de multa, deberá depositarse el monto de la multa impuesta a la orden de la autoridad que la dispuso, y presentar el comprobante del depósito con el escrito del recurso, sin cuyo requisito será desestimado, salvo que el cumplimiento del mismo pudiese ocasionar un perjuicio irreparable al recurrente.”

A esta altura, es oportuno señalar la deficiente técnica legislativa por la cual no se encuentra establecido el trámite judicial de este tipo de recursos “lo que deriva en innumerables inconvenientes en la labor tribunalicia” (cf. González Arzac, Rafael M., “Legitimación procesal de los órganos administrativos en los recursos judiciales contra sus decisiones”).

La exigencia del pago previo de la multa, en el caso de autos, provocó que la Autoridad administrativa realizara los actos -ya reseñados-, tendientes al previo pago de la multa, o su caución, que culminó con el análisis de admisibilidad del recurso y la resolución de la Secretaria de Comercio Interior N. 605, denegatoria del recurso por razones formales; lo que -según lo expuesto- excede indebidamente la actividad que el art. 53 de la Ley 25.156 ordena a la Administración.

Según un ponderado análisis de los antecedentes del caso y el marco normativo, la autoridad administrativa carece de competencia respecto al requerimiento de pago y análisis de admisibilidad del recurso, ya que ello implica el ejercicio de un acto jurisdiccional en el trámite del recurso judicial y por tanto sólo





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE TUCUMAN

35885/2017/1/RH2 Recurso Queja - s/APEL RESOL COMISION NAC DEFENSA DE LA COMPETENCIA
puede ser realizado por la autoridad competente, esto es, la cámara de apelaciones a la que se dirige el recurso, estando agotada la jurisdicción administrativa.

IV. En el caso de autos, según la particular configuración de los hechos relatados, se encuentra violentada la regla del art. 109 de la Constitución Nacional por cuanto la administración se arrogó mediante vías de hecho las facultades jurisdiccionales otorgadas legalmente, y, respecto del administrado se han vulnerado las garantías del art. 18 de legalidad, tutela judicial efectiva y juez natural.

De ello sigue que toda la actividad administrativa posterior a la interposición del recurso de fecha 8/02/18 esté afectada por un vicio insanable, cual es la ausencia de competencia del órgano que la dictó, y ello derivó en un perjuicio trascendente por la conculcación de derechos fundamentales.

Este criterio ha sido sostenido por la Procuración del Tesoro de la Nación quien tiene dicho que “la autoridad ante la cual se deduce un recurso que debe decidir otro funcionario superior no se encuentra autorizada para resolver sobre su admisibilidad” y que “la aplicación de las normas del Reglamento de la Ley de Procedimientos Administrativos exige que sea la autoridad encargada de resolver los recursos la única competente para pronunciarse a su respecto, extremo que no puede soslayarse



aun en el supuesto de apariencia de inadmisibilidad”. (Dictámenes: 202:151 y Dictamen N° 47, 12/5/1994).

No obsta a lo anteriormente dicho que con posterioridad a la interposición del recurso, el 15/05/18 se haya sancionado la Ley 27.442, ya que el decreto reglamentario N. 480/2019 dispuso: “ARTÍCULO 81.- Los Expedientes iniciados en los términos del Capítulo III de la Ley N° 25.156 y sus modificaciones continuarán su tramitación hasta su finalización conforme lo establecido en dicha norma.”.

Por su parte, y como criterio interpretativo debe valorarse que la nueva ley dispone “Art. 67.- El recurso de apelación deberá interponerse y fundarse ante el Tribunal de Defensa de la Competencia dentro de los quince (15) días hábiles de notificada la resolución. El Tribunal de Defensa de la Competencia deberá elevar el recurso con su contestación ante el juez competente, en un plazo de diez (10) días de interpuesto, acompañado del expediente en el que se hubiera dictado el acto administrativo recurrido. Tramitará ante la Sala Especializada en Defensa de la Competencia de la Cámara Nacional de Apelaciones Civil y Comercial Federal, que bajo el capítulo XI de la presente ley se crea, o ante la Cámara Federal que corresponda en el interior del país. Las apelaciones previstas en el artículo 66, inciso a) de la presente ley se otorgarán con efecto suspensivo, previa acreditación de un seguro de caución sobre la sanción





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE TUCUMAN

35885/2017/1/RH2 Recurso Queja - s/APEL RESOL COMISION NAC DEFENSA DE LA COMPETENCIA correspondiente, y las de los incisos b), c), d) y e) del mismo artículo 66, se concederán con mero efecto devolutivo. La apelación de las multas diarias previstas en los artículos 44, 55 inciso d) y de las medidas precautorias del artículo 44 se concederán con efecto devolutivo. En los casos que el Secretario Instructor de Conductas Anticompetitivas considere que pudiera estar en riesgo la efectiva aplicación de la sanción debido a posible insolvencia del sancionado, podrá requerir su pago en los términos del artículo 16 de la ley 26.854 de medidas cautelares”, ya que de la lectura de las normas citadas no otorga facultades a la administración para realizar un examen de admisibilidad previo a la remisión de las actuaciones, ni la facultad de denegar el recurso interpuesto.

Se advierte además que toda la actividad de la administración posterior a la interposición del recurso estuvo encaminada a exigir el pago previo de la multa o garantizarlo, y a realizar el análisis de admisibilidad del planteo por cuestiones formales, lo que se vincula con las garantías del administrado, ya que su exigencia importaría adelantar el cumplimiento de una resolución que no está firme, soslayando las garantías Constitucionales y Convencionales (artículo 8, inciso 1) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 10 de



la Declaración Universal de Derechos Humanos) y la presunción de inocencia que rige en materia contravencional.

Y, aunque ciertamente la norma requiere garantizar el pago de la multa o la acreditación de circunstancias de las que derive un perjuicio irreparable, la cuestión, a juicio del Tribunal importa sopesar derechos fundamentales y circunstancias de hecho, incluso la insuficiencia patrimonial y la posibilidad de que en el caso se incurra en excesivo rigor formal, decisión que naturalmente corresponde a este Tribunal.

Que la trascendencia de las cuestiones analizadas y del vicio que afecta los actos realizados en el expediente N.57194/13 posteriores al 08/02/18 necesariamente derivan en la declaración oficiosa de nulidad de todos esos actos, debiendo, en consecuencia cumplirse con la remisión del recurso interpuesto conjuntamente con las actuaciones administrativas y el informe de rigor en el plazo dispuesto por la Ley 25.156 de Defensa de la Competencia a fin de continuar el trámite del recurso oportunamente interpuesto.

Atento a lo precedentemente considerado, y a la nulidad decidida corresponde declarar de inoficioso tratamiento la queja interpuesta, sin perjuicio de que a estas actuaciones deberá acumularse el recurso cuya remisión se ordena.

V) Respecto de las costas de esta instancia, atento a la forma que se resuelve, corresponde imponerlas por su orden (art. 68 CPCCN).





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE TUCUMAN

35885/2017/1/RH2 Recurso Queja - s/APEL RESOL COMISION NAC
DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Por lo que se

RESUELVE:

I. Declarar la NULIDAD de oficio de las actuaciones posteriores al 08/02/18 en el expediente N.57194/13, conforme a lo considerado.

II. DECLARAR de inoficioso tratamiento la queja interpuesta por el Colegio de Farmacéuticos de Tucumán a fs. 78/92, conforme lo considerado.

III. ORDENAR a la Secretaría de Comercio Interior la remisión de las actuaciones administrativas que obren en su poder a este Tribunal, en el plazo de ley, conforme se considera.

IV. COSTAS, como se consideran (art. 68 CPCCN).

V. REGÍSTRESE, notifíquese y publíquese.

