

SALA "B"
REGISTRADO
N° 335 F 828/233 Año 2012

GLAXOSMITHKLINE PLC, GALAXI ACQUISITION Y OTRO S/NOTIFICACIÓN ART. 8 DE LA LEY 25.156 (C. 829). EXPEDIENTE N° S01: 0218457/2010. MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS – SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR – COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. CAUSA N° 62.672. ORDEN N° 24.452. SALA "B".

Buenos Aires, 6 de julio de 2012.

VISTOS:

El recurso de apelación interpuesto a fs. 638/652 del presente por la representación de GLAXOSMITHKLINE PLC y de STIEFEL LABORATORIES INC. contra los artículos 2° y 3° de la resolución N° 137/11 de la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas de la Nación, cuya copia obra a fs. 602/606, también de este legajo, por la cual se dispuso imponer a cada una de las sociedades mencionadas una multa de \$ 8.000 diarios, en los términos del art. 46 inciso "d" de la ley 25.156, por haberse notificado la operación de concentración económica que se autorizó por el artículo 1° de aquella resolución con una demora de 220 días hábiles de haberse vencido el plazo establecido por el art. 8 de aquella ley, lo cual totaliza un monto de \$ 1.760.000, para cada una de las sancionadas.

Las presentaciones de fs. 683/700 y 701/710 vta., por las cuales las representaciones de GLAXOSMITHKLINE PLC y de STIEFEL LABORATORIES INC. y del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas de la Nación, respectivamente, informaron por escrito con anticipación a la audiencia señalada a fs. 680 en los términos del art. 454 del C.P.P.N.

Y CONSIDERANDO:

1°) Que, por el recurso de apelación de fs. 638/652, la representación de GLAXOSMITHKLINE PLC y de STIEFEL LABORATORIES INC. se agravio de lo dispuesto por los artículos 2° y 3° de la resolución N° 137/11 de la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas de la Nación, por considerar que las multas impuestas a aquellas sociedades por la notificación tardía de la operación de concentración económica celebrada entre aquéllas son improcedentes por los siguientes motivos: a) la falta de notificación en término del

USO OFICIAL

acuerdo celebrado se debió a un error de hecho excusable, b) no correspondía a STIEFEL LABORATORIES INC. la notificación de la operación de concentración económica ante la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, y c) no se han considerado debidamente los atenuantes a los efectos de la graduación de las multas impuestas.

Concretamente, con relación a la existencia de un error excusable, se manifestó: *“...El motivo por el cual no se notificó ante la CNDC en el plazo de 1 (una) semana contado desde el perfeccionamiento de la operación tal como indica el artículo 8 de la Ley N° 25.156, no fue intencional, sino debido a que al momento de analizar si la operación debía ser notificada, se tomó como base el valor de los activos reflejados en los estados contables de Stiefel Argentina S.A. cerrados el 31 de marzo de 2008, dado que eran los últimos disponibles en aquel entonces...Es decir, al momento de celebrarse la operación, mis mandantes desconocían el valor actual de los activos de la sociedad, dado que el balance para el ejercicio cerrado el 31 de marzo de 2009 fue publicado el 31 de agosto de 2009, esto es, con posterioridad a la celebración de la operación. Por ello, debido a un error excusable de hecho, mis mandantes llegaron a la conclusión de que la operación no estaba sujeta a la notificación obligatoria prevista en la ley...”* (confr. fs. 640, 641 y 642; la transcripción es copia textual del original).

Por otra parte, con relación a la multa impuesta a STIEFEL LABORATORIES INC., se manifestó: *“...si bien la presente operación de concentración económica fue estructurada a través de un acuerdo de fusión entre las sociedades mencionadas de conformidad con las leyes de Delaware (Estados Unidos), no fue STIEFEL, sino en todo caso y de corresponder, aquellos accionistas que hubieran tenido control de dicha sociedad al momento de celebración del Acuerdo y Plan de Fusión (el cual define quiénes son dichos accionistas) los que deberían en todo caso haber notificado la operación...”* (confr. fs. 645 último párrafo, y 646 primer párrafo; la transcripción es copia textual del original).

Finalmente, con respecto a la consideración inadecuada de los atenuantes, se argumentó: *“...La afectación a la competencia es el primer parámetro a ser analizado al momento de determinar la procedencia de una multa por notificación tardía, según lo ha determinado la CNDC en otras ocasiones...el impacto de la operación notificada en el mercado nacional fue nulo, por lo que una multa de la cuantía fijada por la Resolución es a todas luces irrazonable y*

Poder Judicial de la Nación

desproporcionada si tenemos en cuenta el bien jurídico tutelado por la ley N° 25.156...la Resolución omitió tomar en consideración el escaso margen por el cual se superó el monto de los \$ 20 millones, el error excusable de hecho en el que incurrieron mis mandantes, la ausencia de mala fe, así como las particulares circunstancias de incremento del valor de los activos mencionadas anteriormente...Cabe destacar asimismo que la notificación fue un acto espontáneo de las partes, sin necesidad de ser requerida por la CNDC... Por otro lado, mis mandantes han notificado en legal tiempo y forma las concentraciones económicas en las cuales han participado en otras ocasiones, motivo por el cual, la falta de reincidencia en este tipo de conductas constituye un atenuante adicional...” (confr. fs. 648 último párrafo, 649 primero y tercer párrafos, 650 tercer párrafo y 651 segundo párrafo; la transcripción es copia textual del original).

USO OFICIAL

2º) Que, en primer lugar, corresponde establecer que no existe cuestionamiento alguno en cuanto a la acreditación de la materialidad de la infracción por la cual se aplicaron las multas cuestionadas.

En efecto, no se encuentra cuestionada por la presentación recursiva ninguna de las circunstancias que se tuvieron por acreditadas por la resolución recurrida. Esto es, no se negó la existencia del acuerdo de concentración económica suscripto entre GLAXOSMITHKLINE PLC y STIEFEL LABORATORIES INC. Tampoco se cuestionó lo manifestado por la resolución recurrida con respecto a que aquel acuerdo se trata de un acto que debía ser notificado ante el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia en el término de una semana a partir de la conclusión del mismo, ni la fecha de conclusión de aquel acuerdo (22 de julio de 2009), ni la fecha que se tuvo en consideración como de la efectiva notificación del mismo ante la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (18 de junio de 2010), ni la cantidad de días hábiles que transcurrieron desde el vencimiento del plazo establecido para efectuar la notificación (29 de julio de 2009) hasta la fecha de notificación del mismo, esto es, el 18 de junio de 2010 (220 días hábiles).

3º) Que, con relación al agravio relativo a la existencia de un error excusable por la falta de conocimiento del valor de los activos de STIEFEL LABORATORIES INC. al momento de celebrarse el acuerdo de concentración económica entre aquella sociedad y GLAXOSMITHKLINE PLC, corresponde

establecer que el valor de los activos de una sociedad es un dato de máxima relevancia al momento de celebrar un contrato de las características del que se analizó por la resolución recurrida (*“...la adquisición por parte de las empresas GSK PLC y SJ GALAXI, del 100 % del capital accionario de STIEFEL... -confr. fs. 580, punto 37-), por lo que, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, esto es, las reglas de la lógica, de la experiencia y del sentido común, el desconocimiento invocado del valor actualizado de los activos de aquella sociedad no resulta verosímil.*

Por otro lado, de acuerdo con lo expresado por el mismo recurrente por el recurso de apelación en trato, los balances de STIEFEL LABORATORIES INC. cerraban el 31 de marzo de cada año, por lo que para la fecha de la conclusión del acuerdo, esto es, el 22 de julio de 2009, el balance correspondiente al año 2009 de aquella sociedad había cerrado hacía más de tres meses (confr. fs. 641), lo cual pone en evidencia la falta de verosimilitud del desconocimiento alegado.

Asimismo, también de conformidad con lo argumentado por el apelante, el balance correspondiente al año 2009 de STIEFEL LABORATORIES INC. fue publicado el 31 de agosto de 2009, por lo que no puede justificarse la notificación del acuerdo ante la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia casi un año más tarde de aquella fecha, esto es, el 18 de junio de 2010.

4º) Que, por el art. 8 de la ley 25.156 se establece: *“...Los actos indicados en el artículo 6º de esta ley... deberán ser notificadas para su examen previamente o en el plazo de una semana a partir de la fecha de la conclusión del acuerdo...”*.

Por su parte, por el art. 8 del decreto 89/2001, reglamentario de la ley 25.156, se dispone: *“... se entenderá por empresas afectadas a los fines del Artículo 8º de la Ley N° 25.156:*

- a) la empresa respecto de la cual se tomare control y*
- b) la empresa que adquiriera dicho control...*

En todos los casos, la notificación deberá ser hecha por todas las partes intervinientes en la operación en cuestión...”.

Asimismo, por la resolución 40/2001 de la Secretaría de Defensa de la Competencia y del Consumidor, por la cual se aprobó la Guía para la Notificación de Operaciones de Concentración Económica, en el apartado “D”, bajo el título:

Poder Judicial de la Nación

“¿Quién debe notificar?”, se dispone: “De acuerdo con lo establecido en el artículo 8° de la Reglamentación de la ley N° 25.156, todas las partes que intervengan en la operación de concentración en cuestión deberán notificar la misma a la Autoridad de Aplicación...”, y en su apartado “F”, bajo el título: “Definiciones”, se establece: “...Empresas Involucradas: son todas las empresas que, de acuerdo con el artículo 8° de la ley N° 25.156 y su Reglamentación, deben ser tenidas en cuenta para el cálculo del volumen de negocios...”. Por su parte, bajo el título: “Formulario F1 para la notificación de concentraciones económicas (Artículo 8° Ley N° 25.156)”, en el punto 1, titulado: “Información sobre las empresas notificantes”, se dispone: “a) Indique razón social, domicilio y domicilio constituido en la Ciudad de Buenos Aires, teléfono, fax y dirección de correo electrónico de las empresas notificantes. b) Para acreditar la personería del representante de las empresas notificantes acompañe poder otorgado por escritura pública... c) Indique los nombres de las personas responsables de la elaboración de las respuestas al presente formulario... d) Indique número de legajo en la autoridad de contralor de las personas jurídicas o de inscripción en el Registro Público de Comercio cuando corresponda y número de C.U.I.T. de las empresas notificantes. e) Acompañe una lista de todos los accionistas, cuotapartistas o titulares de capital social que posean una participación mayor al CINCO POR CIENTO (5 %)...”.

Por consiguiente, el agravio referente a que no correspondía a STIEFEL LABORATORIES INC., sino a los accionistas de la misma, la notificación de la operación de concentración económica ante la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, tampoco puede tener una recepción favorable, pues aquella sociedad se trata de *“...la empresa respecto de la cual se tomare control...”* (art. 8 apartado “a”, del decreto 89/2001), y es una de *“...las partes intervinientes en la operación en cuestión...”* (art. 8 última parte, del decreto 89/2001). Asimismo, es una de *“...las partes que [intervinieron] en la operación de concentración en cuestión...”* que deben practicar la notificación establecida por el artículo 8 de la ley 25.156, de acuerdo con lo que se dispone por el apartado “D” de la Guía para la Notificación de Operaciones de Concentración Económica, y es una de las *“Empresas Involucradas”*, en los términos del apartado “F” de aquella guía.

Por otra parte, por la lectura de la presentación de fs. 2/3 de este legajo, por la cual se notificó ante la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia el acuerdo de concentración económica que motivó la formación de este expediente,

así como del formulario F1, agregado a fs. 4/24 del mismo, se advierte que uno de los notificantes es precisamente STIEFEL LABORATORIES INC., representada por el apelante, lo cual pone de manifiesto la inconsecuencia del cuestionamiento de que se trata. Esta conducta procesal puede ser calificada como maliciosa o temeraria, en los términos del art. 45 del C.P.C. y C.N., pues resulta patente la conciencia del recurrente sobre la falta de razón respecto del agravio en tratamiento, ya que, por un lado, el nombrado formalizó la notificación en representación de STIEFEL LABORATORIES INC. y, por el otro, apeló la multa impuesta a aquella sociedad por notificación tardía alegando que aquélla no debía practicar la notificación.

5º) Que, con respecto al agravio referente a la consideración inadecuada de los atenuantes, corresponde establecer que por la resolución recurrida se ponderaron todas las circunstancias particulares del caso de acuerdo con las reglas del art. 49 de la ley 25.156.

En efecto, por el dictamen 902 emitido por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, que forma parte integrante de la resolución apelada en virtud de lo dispuesto por el artículo 5º de la misma, al cual se remitió por aquella resolución, se tuvo en cuenta, como atenuantes: “...(1) *el hecho de que de acuerdo con el presente dictamen la operación notificada no viola el artículo 7º de la Ley 25.156 y (2) que la notificación fue un acto espontáneo de las partes sin necesidad de ser requerida por esta Comisión Nacional mediante Diligencia Preliminar...*” (confr. el punto 108 del dictamen N° 902, glosado a fs. 572/600 de este expediente; la transcripción es copia textual del original).

6º) Que, por otro lado, por la resolución recurrida se descartó adecuadamente, como circunstancia atenuante, el argumento alegado por las partes notificantes del acuerdo, relacionado con la existencia de un error por el desconocimiento del valor de los activos de STIEFEL ARGENTINA S.A., por considerarse que “...*De acuerdo con lo informado por las partes cabe señalar que dicha confusión debió advertirse con considerable antelación a la fecha de la notificación efectuada ante ésta Comisión Nacional (18 de junio de 2010), por cuanto el error fue advertido a raíz de la revisión del balance que cerró el 31 de marzo de 2009 el cual, nuevamente de lo declarado por las partes, estuvo listo a*

Poder Judicial de la Nación

partir del mes de agosto de 2009. Por lo cual no corresponde considerar esta circunstancia como atenuante, tal como lo pretenden las partes, ya que debieron diligentemente haber advertido dicha confusión para ese entonces y haber notificado para aquella época la operación bajo análisis...” (confr. el punto 109 del dictamen N° 902; la transcripción es copia textual del original).

7º) Que, también se comparte el criterio relativo a la improcedencia de considerar como un atenuante el escaso monto por el que se superó la suma de \$ 20.000.000 establecida por el art. 8 de la ley 25.156 para imponer la obligatoriedad de la notificación previa del acuerdo de concentración económica ante el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia, pues, de conformidad con lo expresado por el dictamen de fs. 572/600, al cual se remitió por la resolución recurrida, “...el parámetro utilizado por la Ley 25.156 es un parámetro objetivo y por lo tanto la circunstancia de que se haya superado por un escaso valor el parámetro de veinte millones de pesos, previsto en la citada ley, carece de importancia a los efectos del presente análisis...” (confr. el punto 110 del dictamen N° 902; la transcripción es copia textual del original).

Por consiguiente, no se advierte que no se hayan considerado debidamente los elementos atenuantes alegados a los efectos de la graduación de las multas impuestas.

8º) Que, en efecto, por el art. 8 de la ley 25.156 se establece la obligatoriedad de notificar “...para su examen previamente o en el plazo de una semana a partir de la fecha de conclusión del acuerdo...” ante el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia, los acuerdos de concentración económica mediante los cuales se superen los parámetros establecidos allí, “...bajo apercibimiento, en caso de incumplimiento, de lo previsto por el artículo 46 inciso d). Los actos sólo producirán efectos entre las partes o en relación a terceros una vez cumplidas las previsiones de los artículos 13 y 14 de la presente ley...”.

Por su parte, por el art. 46 inciso “d”, de aquella ley, se dispone: “...Los que no cumplan con lo dispuesto en los artículos 8º, 35 y 36 serán pasibles de una multa de hasta un millón de pesos (\$ 1.000.000) diarios, contados desde el vencimiento de la obligación de notificar los proyectos de concentración económica...”, y por el art. 49 de la misma ley se establece: “...El Tribunal en la

imposición de multas deberá considerar la 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 práctica o concentración y la reincidencia o antecedentes del responsable, así como su capacidad económica.”.

9º) Que, en este caso, la infracción es grave, pues las partes incumplieron con el deber de notificar el acuerdo celebrado dentro del plazo establecido por el art. 8 de la ley 25.156, el acuerdo comenzó a ejecutarse y a producir efectos entre los firmantes y con relación a terceros sin la aprobación necesaria de la autoridad de aplicación, en los términos de los arts. 13 y 14 de la ley citada, y estas circunstancias se verificaron durante el transcurso de 220 días hábiles sin que medie alguna circunstancia que justificara la situación (confr. el considerando 3º de la presente).

Por consiguiente, por tenerse en cuenta que la multa podría fijarse hasta un máximo de \$ 1.000.000 diarios, la suma de \$ 8.000 diarios establecida por la resolución recurrida, para cada una de las partes del acuerdo de concentración económica de que se trata, no resulta ni irrazonable, ni desproporcionada, como el recurrente pretende.

Los Dres. Nicanor Miguel Pedro REPETTO y Roberto Enrique HORNOS agregaron:

10º) Que, como lo hiciera esta Sala en anteriores oportunidades (confr. el voto mayoritario de los Regs. Nos. 742/2011 y 15/2012 de esta Sala “B”), corresponde destacar que, si bien por el art. 58 de la ley 25.156 se prevé que el órgano de aplicación de la ley 22.262 (la cual fue derogada por la ley 25.156) “...subsistirá hasta la constitución y puesta en funcionamiento del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia”, **la falta de constitución y puesta en funcionamiento del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia, habiendo transcurrido más de doce años desde el dictado de la ley 25.156 (B.O. 20/09/1999), por la cual aquel tribunal fue creado, constituye una situación que no puede ser obviada.**

Frente a la anomalía que implica la omisión de dar cumplimiento en los

Poder Judicial de la Nación

Causa N° 62.672

últimos doce años a lo previsto por aquella ley por parte de las autoridades competentes, es deber de este Tribunal poner de manifiesto la demora verificada, la cual podría poner en duda la validez del mantenimiento en el tiempo de la norma transitoria referida anteriormente, y requerir a aquellas autoridades, por intermedio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (art. 40 del Reglamento para la Justicia Nacional), que se proceda a integrar el organismo que debe aplicar y controlar el cumplimiento de la Ley de Defensa de la Competencia, como está previsto por el artículo 19 de la ley 25.156.

Por ello, **SE RESUELVE:**

Por unanimidad:

I. CONFIRMAR los artículos 2° y 3° de la resolución N° 137/2011, dictada en fecha 4 de octubre de 2011 por la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas de la Nación en el presente expediente, cuya copia obra a fs. 602/606.

II. CON COSTAS (arts. 530, 531 y ccs. del C.P.P.N.).

Por mayoría:

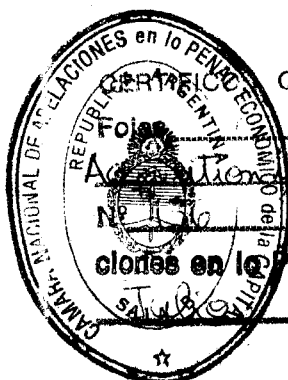
III. LIBRAR OFICIO a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de conformidad con lo previsto por el art. 40 del Reglamento para la Justicia Nacional, para que por intermedio de ese Tribunal, se requiera al Poder Ejecutivo Nacional se arbitren los medios para la integración del organismo que debe aplicar y controlar el cumplimiento de la Ley de Defensa de la Competencia (art. 19 de la ley 25.156).

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

WANGOS ARNOLDO GRABIVKER
JUEZ DE CAMARA

ROBERTO ENRIQUE HORNOS
JUEZ DE CAMARA

NICANOR M. P. REPETTO
JUEZ DE CAMARA



Que la presente es copia fiel de su original que corre a
de los autos caratula autos. "GlaxoSmithKline PLC, Glaxo
Admission entre s/ notificación art 8, ley 25156", Causa N° 62672
Orden N° 24452 de la Excm. Camara Nacional de Apela-
ciones en lo Penal Económico de la Capital . Buenos Aires, 10
de 2012 CONSTE.-

MARCELA BASSO CRAIG
SECRETARIA DE CAMARA

USO OFICIAL