



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

Causa n° 10178/2017

PRACTICAJE INDEPENDIENTE S.A. S/APEL. RESOLUCIÓN
COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Buenos Aires, de noviembre de 2018.-

VISTO Y CONSIDERANDO:

I.- El 23.03.17, en el marco de una investigación iniciada como consecuencia de la denuncia efectuada ante la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia -en adelante C.N.D.C.- por las firmas MARÍTIMA MERIDIAN S. A. y BETELGEUSE SHIPPING SERVICES S. A., la Secretaría de Comercio -en adelante, también nos referiremos a ella como S. C.- -con remisión a los fundamentos del dictamen mayoritario de la C.N.D.C.- dictó la Resolución N° 238/17. En dicho acto administrativo ordenó: **1°.-** a la CÁMARA DE ACTIVIDADES DE PRACTICAJE Y PILOTAJE -en adelante, también nos referiremos a la entidad como la Cámara- que se abstuviera de tomar participación en cualquier cuestión relativa a las condiciones comerciales en las que deba prestarse el servicio de practicaaje y pilotaje por parte de sus asociados; **2°.-** a las empresas de practicaaje y pilotaje asociadas a la citada Cámara que se abstengan de remitir, enviar o de cualquier otra forma comunicar información de carácter comercial a aquella; **3°.-** a las firmas PRACTICAJE INDEPENDIENTE S.A., SERVICIO INTEGRAL DE PRÁCTICOS S.A. y DONMAR S.A. que se abstengan de exigir el pago por adelantado por la prestación de servicios a las empresas MARÍTIMA MERIDIAN S. A. y BETELGEUSE SHIPPING SERVICES S. A. y restablezcan las cuentas corrientes de acuerdo a los usos y costumbres del sector, en tanto no incurran en algún incumplimiento imputable a su parte, desde el momento de la notificación de la presente y hasta tanto no recaiga resolución final en la investigación; **4°.-** a las empresas: COOPERATIVA DE TRABAJO PRACTICAJE RÍO DE LA PLATA LTDA. (PRACTICAJE RÍO DE LA PLATA C.T.L.); PRACTICAJE INDEPENDIENTE S.A.; GETPILOT S.A.;



COOPERATIVA DE TRABAJO GETPILOT PUERTO LTDA.; SERVICIO INTEGRAL DE PRÁCTICOS S.A. (SIPSA); SIP PILOTAJE Y PRACTICAJE S.A.; MASTER PILOTS S.A.; PILOTOS S.A.; NÁUTICA DEL SUR S.A.; COOPERATIVA DE TRABAJO COMANDANTE AZOPARDO LTDA.; EMPRESA DE SERVICIOS ESPECIALES MARÍTIMOS; PRACTICAJES, PILOTAJES Y LANCHAJES S.A. (ESEM S.A.) y DONMAR S.A. que se abstengan de exigir el pago adelantado para la prestación del servicio de practicaaje a las agencias marítimas que soliciten sus servicios, salvo que incurran en algún incumplimiento imputable a su parte, hasta tanto se dicte el acto administrativo final en la investigación y 5°.- a la referida Cámara y a las empresas nominadas en el ítem anterior publicar la parte resolutive del citado acto administrativo, por el plazo de dos (2) días, en los diarios LA NACIÓN y CLARÍN, y en el diario de mayor circulación de la ciudad bonaerense de Bahía Blanca y que acrediten su cumplimiento ante la C.N.D.C. en el plazo de quince (15) días.

Para así decidir, consideró que la conducta investigada importaría una potencial lesión al interés económico general y a la competencia en el sector. La autoridad de competencia se basó, entre otros elementos, en: **a.** el aumento de tarifas y servicios complementarios en forma simultánea y coincidente por parte de las denunciadas; **b.** los cortes de las cuentas corrientes; **c.** la exigencia del pago por adelantado, así como la de contratar prácticos independientes; **d.** las reuniones realizadas los días 24 y 27 de agosto del año 2015 entre los miembros del Centro de Navegación (entidad que agrupa a las agencias marítimas) y la Cámara que nuclea a las empresas de practicaaje, anunciando la disminución de las bonificaciones otorgadas a las empresas marítimas por parte de aquellas, respecto de lo cual la Cámara que las agrupa tendría una participación relevante. Además, agregó que existiría un riesgo de que, quienes no aceptasen las nuevas condiciones comerciales impuestas unilateralmente, quedaran excluidas del mercado en el que operan, lo que llevaría a concluir la existencia de un accionar anticompetitivo de las empresas de practicaaje, efectuado en forma coordinada.





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

Causa n° 10178/2017

Consecuentemente, expresó que la conducta examinada podría encuadrar en los incisos f) y k) de la Ley N° 25.156 -en adelante también nos referiremos a esa norma como L.D.C.- y que se encontraban reunidos los recaudos comunes de las medidas cautelares, razón por la cual era procedente el dictado de una precautoria en los términos de los arts. 35 y 58 del mencionado dispositivo legal.

II.- Que contra la mentada resolución las siguientes empresas: **a. NÁUTICA DEL SUR S.A.; b. PRACTICAJE INDEPENDIENTE S.A.; c. PRACTICAJE INTEGRAL S.A.; d. DONMAR S.A.; e. COOPERATIVA DE TRABAJO COMANDANTE AZOPARDO LTDA.; f. COOPERATIVA DE TRABAJO PRACTICAJE RIO DE LA PLATA LTDA.; g. GETPILOT S.A.; h. COOPERATIVA DE TRABAJO GETPILOT PUERTO LTDA.; i. EMPRESA DE SERVICIOS MARÍTIMOS ESPECIALES S.A. (ESEM); j. PRACTICAJE DEL LITORAL S.R.L.; k. ROSARIO PILOTS COOPERATIVA DE TRABAJO LTDA.; l. SERVICIO INTEGRAL DE PRÁCTICOS S.A. (SIPSA); ll. SIP PILOTAJE Y PRACTICAJE S.A.; m. CÁMARA DE ACTIVIDADES DE PRACTICAJE Y PILOTAJE y n. PRÁCTICOS INDEPENDIENTES S.A.** interpusieron sendos “recursos directos” en los términos del art. 52 de la Ley de Defensa de la Competencia, los que fueron concedidos a fs. 958 mediante la Resolución N° 925/17 del S. C.

a. NÁUTICA DEL SUR S.A. expone que había sido citada por la C.N.D.C. como testigo, lo que a su criterio impide que sea sujeto pasivo de la investigación. Sostiene, además, que no se encuentra incurso en las supuestas prácticas denunciadas y en base a ello, interpone la nulidad de todo el procedimiento (conf. fs. 265/266).

b. PRACTICAJE INDEPENDIENTE S.A.; c. PRACTICAJE INTEGRAL S.A. y d. DONMAR S.A. sostienen la nulidad de la notificación por no incluir en aquella el voto de la minoría. Arguyen que el ~~Secretario de Comercio no tiene competencia~~, ni facultades para dictar



medidas de tipo cautelar tales como la resolución impugnada. Exponen que la autoridad de aplicación debió solicitar al juez competente el dictado de aquella, por lo que sustentan su nulidad absoluta. Cuestionan la razonabilidad del dictado de la medida preventiva sin efecto suspensivo e inaudita parte cuando las propias empresas denunciadas admiten precios no coludidos. A su vez, se quejan de que se les ordenara la publicación de una medida preventiva y cautelar en diarios de masiva circulación afectando su derecho de defensa. Refieren que la mentada publicación les está imponiendo una sanción definitiva, como si la práctica investigada estuviera absolutamente probada. Afirman que la medida en nada previene la práctica colusoria alegada sino que les imponen condiciones comerciales; y resalta que nunca existieron las cuentas corrientes que ordena restablecer (punto 3° de la resolución). Arguyen la falta de peligro en la demora y verosimilitud en el derecho; al respecto sostienen que las agencias marítimas cobran a los armadores por adelantado (especialmente, en el caso de buques Tramp), con lo que no serían supuestamente los sujetos afectados. Detallan la operatoria entre armadores, agentes marítimos y empresas de servicio de practicaaje y agregan que los beneficios que requieren las agencias -a través de notas de crédito- no son trasladados a los armadores. Manifiestan que los buques Tramp, a los que está destinada la medida cautelar, son en su totalidad extranjeros por lo que -entiende- la supuesta práctica denunciada no afecta el mercado nacional. Resalta que el servicio de practicaaje y pilotaje es un servicio público regulado por la Ley de Navegación N° 20.094, del que depende la seguridad de las vías navegables y como tal, no debe estar sujeto a las filosofías del mercado. Exponen que mantuvieron con todas las agencias solicitantes de servicios Tramp los mismos descuentos e incluso superiores a los hipotéticamente acordados -antes y después- de la supuesta concertación ocurrida en septiembre del 2015 y aclara que no son parte de la Cámara de Actividades de Practicaaje y Pilotaje. Destacan que en ningún momento negaron servicio alguno a la empresa Meridian (conf. fs. 355/373).

e. COOPERATIVA DE TRABAJO COMANDANTE

~~AZOPARDO LTDA. arguye que no pertenece a la Cámara que nuclea la~~

Fecha de firma: 22/11/2018

Firmado por: ALFREDO SILVERIO GUSMAN - RICARDO VÍCTOR GUARINONI - EDUARDO DANIEL GOTTARDI





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

Causa n° 10178/2017

actividad, extremo que -según considera- bastaría para excluirla de la cuestión debatida. Agrega que la denuncia respecto de su parte carece de todo asidero pues nunca tuvo vinculación comercial con la denunciante. Refiere que la empresa trabaja con cuenta corriente con sus clientes y siempre ha sido respetuosa de los usos y costumbres de la actividad. Sostiene que la medida decretada carece de fundamentación suficiente, y plantea la nulidad del acto. En este sentido, expone que la resolución impugnada adolece de vicios en el procedimiento; que a su parte no se le ha corrido el traslado dispuesto en el artículo 29 de la L.D.C. y que la autoridad de aplicación se excedió en sus funciones pues debió haber solicitado al juez competente el dictado de la medida cautelar que estimara conveniente. Manifiesta que en el caso no se presentan los requisitos esenciales para el dictado de una medida como la dispuesta: verosimilitud en el derecho y peligro en la demora. Expone que de los términos de los puntos 79 y 80 de la resolución en crisis surge que las propias agencias denunciantes reconocen la existencia de tarifas diferenciadas por el servicio de practicaje a las distintas empresas navieras, fijadas por el libre mercado, los usos y costumbres del sector y la relación comercial de cada una de ellas. Sostiene que la denuncia que motivó la investigación *sub examine* está vinculada a un interés de las denunciantes y no del sector. Afirma que la medida cautelar dictada no guarda proporcionalidad con su finalidad. Cuestiona la publicación ordenada pues entiende que genera un descredito comercial cuando no existe una conducta anticompetitiva suficientemente probada (conf. fs. 407/417).

f. COOPERATIVA DE TRABAJO PRACTICAJE RÍO DE LA PLATA LTDA. sostiene que la resolución impugnada vulnera derechos constitucionales de su parte, pues -sin ser escuchada- se dictó el acto administrativo que afecta su libertad de contratación y de propiedad (arts. 14; 17, 18 de la Constitución Nacional). Expone que la publicación de una resolución que no está firme luce como una sanción definitiva y afecta la imagen comercial de la cooperativa. Plantea la nulidad de la notificación por haber omitido acompañar a aquella el voto de la minoría. Alega que la



autoridad de aplicación debió solicitar al juez competente el dictado de la medida cautelar que considerara conveniente, por lo que sostiene que el Secretario de Comercio actuó en exceso de sus funciones. Cuestiona que no se le hubiere dado traslado con anterioridad al dictado de la resolución y sostiene que los testimonios adunados a la investigación provienen de agentes marítimos que tienen un interés en el resultado de la causa. Detalla la normativa que rige la actividad del practicaaje y en particular, resalta la falta de responsabilidad del agente marítimo respecto de las obligaciones de su representado (armador). Expone que los buques Tramp o “vagabundos”, generalmente se trata de buques extranjeros sometidos a legislaciones con poca o nula obligación de cumplimiento de normativas de índole fiscal, de encuadramiento legal y de titularidad. Es decir, que con la cautelar dispuesta se ha ordenado a su mandante otorgar cuenta corriente a un sujeto que carece de toda responsabilidad patrimonial. Sostiene que los posibles descuentos o bonificaciones se relacionan con el vínculo comercial de las partes, otorgándose tales créditos a quienes se han tornado confiables. Y resalta que no existen, en realidad, los mentados “usos y costumbres” a los que hace referencia el dictamen de la C.N.D.C. Destaca que su parte fue renegociando con cada cliente las condiciones del servicio en pos de hacer cesar el abuso de algunas agencias marítimas con posición dominante. Aclara que no tiene relación comercial con las denunciadas. Refiere que de los propios dichos de aquellas surge la existencia de distintas alternativas de precios y de términos de comercialización entre las empresas prestadoras y prestatarias del servicio de practicaaje y pilotaje, por lo que no se puede establecer una cartelización de precios. Resalta la operatoria comercial entre los distintos involucrados en el sector (empresas de practicaaje y pilotaje, agentes marítimos y armadores); la investidura del práctico y del servicio público impropio que implica la actividad del practicaaje y pilotaje. Por último, plantea la inconstitucionalidad del artículo 35 de la Ley N° 25.156 (conf. fs. 429/445).

g. GETPILOT S.A. sostiene que la empresa presta servicios a

buques Liners -es decir, transporte marítimo de línea regular- y no a los





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

Causa n° 10178/2017

buques Tramp, respecto de los cuales fue ordenada la medida cautelar de la C.N.D.C. Detalla la operatoria comercial con relación a esta última clase de buques. Expone que negocia libremente los precios de los servicios que brinda y las bonificaciones que ofrece, y que si bien pertenece a la Cámara que nuclea al sector, sólo participa de reuniones técnicas. Afirma que la sociedad ocupa una mínima porción del mercado de buques Liners por lo que subir sus tarifas en forma homogénea con sus competidores va en contra de sus intereses. Manifiesta que las empresas MARÍTIMA MERIDIAN S. A. y BETELGEUSE SHIPPING SERVICES S. A., con la denuncia, intentan posicionarse de mejor manera ante una disputa comercial y legal con el grupo de servicios marítimos perteneciente a los señores Doñate y Biset. Sostiene que la medida dictada es improcedente pues no se presentan los requisitos esenciales para su dictado: verosimilitud en el derecho y peligro en la demora. Destaca el rol que cumplen las agencias marítimas en la operatoria de la actividad y señalan que con su intermediación, resultan ser la parte fuerte de la relación, manejando a los actores del mercado. Alega la inexistencia de las conductas anticompetitivas imputadas a su parte, pues no modificó sus tarifas, ni bajó los porcentajes de bonificación, como tampoco cortó la cuenta corriente a sus clientes habituales. Plantea la nulidad de la resolución ante vicios en el procedimiento, los que detalla, y la notoria incongruencia entre la medida cautelar otorgada y los hechos y conclusiones del dictamen de la C.N.D.C. Esta impugnante resalta que no opera en la zona geográfica involucrada. Realiza un análisis del mercado en cuestión; detalla las diversas funciones de sus actores y alega que las empresas denunciadas no serían -en todo caso- las perjudicadas del argüido pacto colusorio de precios. Sostiene que la C.N.D.C. realizó una errónea apreciación de los usos y costumbres del sector. Destaca que no presta servicio alguno a las denunciadas. Además, sostiene la innecesariedad de publicar la resolución impugnada pues en la investigación todas las agencias marítimas reconocieron haber solucionado los conflictos con las empresas de



practicaje, quedando circunscripto el problema a las dos empresas denunciadas (conf. fs. 522/548 vta.).

h. COOPERATIVA DE TRABAJO GETPILOT PUERTO LTDA. expone que la entidad presta servicios tanto a buques Liners como a buques Tramp, y que respecto de estos últimos, su único cliente para la prestación de servicio de practicaje, en la zona del Río de la Plata, es el agente marítimo Ocenway S.A. Refiere que no pertenece a la Cámara que nuclea empresas del sector, por lo que no ha participado de reunión alguna para concertar precios. Reitera los agravios esgrimidos por GETPILOT S.A. a los que cabe remitirse en honor a la brevedad. Afirma que nunca prestó servicio alguno a las empresas denunciadas. Resalta que la medida cautelar dictada por la S. C. es extemporánea pues los hechos controvertidos ocurrieron durante el año 2015 y en ese mismo año fueron solucionados, por lo que entiende, no existe una afectación actual del mercado. Y destaca que, tal como lo referencia la propia C.N.D.C. en el punto 118 del dictamen, si la situación conflictiva subsistía respecto de dos agentes marítimos, la S. C. debió limitar los efectos del acto administrativo. Sostiene la falta de proporcionalidad y razonabilidad de la medida dictada con relación a la diferente entidad de los actores intervinientes en el sector y las responsabilidades patrimoniales de aquellos (conf. fs. 585/615).

i. EMPRESA DE SERVICIOS MARÍTIMOS ESPECIALES S.A. (ESEM S.A.); cuestiona que mediante la cautelar dispuesta se obligue a su parte a que se abstenga de exigir el pago por adelantado de sus servicios, en especial respecto de las empresas denunciadas. Asimismo, se queja de que se haya ordenado publicar la parte resolutive de dicho acto administrativo. Detalla que en la República Argentina existen sesenta agencias marítimas concentradas en el Centro de Navegación. Manifiesta que su mandante no ha prestado servicios a las denunciadas y expone que éstas tuvieron problemas con tres empresas de practicaje -Practicaje Independiente S.A.; Practicaje Integral S.A. y Donmar S. A.- que pertenecen a un mismo grupo. Por ello, entiende que en el caso se presenta un conflicto





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

Causa n° 10178/2017

particular y no entre grupos concentrados. Cuestiona que habiéndose dictado una medida preventiva o cautelar en los términos del art. 35 de la L.D.C., que debe reunir las exigencias clásicas para su procedencia, no se haya exigido a las denunciadas una contracautela suficiente. Alega que no existe verosimilitud en el derecho, pues en la investigación no se encuentra demostrada alguna conducta que pudiese considerarse antijurídica de su parte que justifique el dictado de la cautelar en su contra, vulnerando la garantía constitucional del debido proceso (art. 18 de la Constitución Nacional). Resalta que en la causa principal no existen elementos probatorios vinculados con la zona geográfica donde opera la sociedad (Bahía Blanca), pues la investigación hace referencia a actos colusorios circunscriptos a la zona del Río de la Plata. Concluye que solo está vinculada a la causa por pertenecer a la Cámara que nuclea la actividad (conf. fs. 668/676 vta.).

j. PRACTICAJE DEL LITORAL S.R.L. expone que la sociedad brinda servicios de practicaaje en el Río Paraná y en tal sentido sostiene que la medida cautelar la afecta en cuanto ordena a su parte a no remitir, enviar o de cualquier otra forma comunicar información de carácter comercial a la Cámara de la actividad. Alegan que la C.N.D.C. y el S. C. se basaron en una denuncia carente de fundamentos. Cuestiona la competencia de la S. C. para dictar la resolución impugnada pues la autoridad de aplicación debió solicitar al juez competente la medida cautelar que estimase conveniente (art. 18, inc. “1” de la Ley N° 25.156). Manifiesta que en la causa principal no se presentan los elementos esenciales para el dictado favorable de una medida como la ordenada (verosimilitud en el derecho y peligro en la demora). Como las demás recurrentes, detalla la actividad del practicaaje y la normativa que la regula. Afirma que los distintos aumentos que pudieron haber dispuesto algunas empresas de prácticos no pueden considerarse excesivos y que el hecho de que la Cámara del sector establezca precios de referencia y/o recomiende a sus asociados la incorporación de alguna leyenda legal en sus facturas de ningún modo significa que exista



colusión de precios. Alega que hay dos elementos que a su criterio justifican revocar la cautelar dictada por la autoridad de aplicación: **a.** la inexistencia de colusión de precios y **b.** que los actos denunciados no afectan de manera alguna el interés público, sino como máximo, el interés privado de las denunciados. Resalta que de los propios dichos de aquellas surge que no existe el supuesto “cartel” de precios, como tampoco respecto de las bonificaciones. A su vez, arguye que las agencias marítimas denunciadas tenían una deuda con algunas empresas de practicaje y fue por ello que se les exigió el pago por adelantado y una menor bonificación que a las empresas cumplidoras y pagadoras en tiempo y forma. Cuestiona que la medida cautelar se hubiese dictado *in audita* parte y sostiene que tal extremo la torna arbitraria, nula e infundada. Destaca que en la especie no habría un caso de defensa de la competencia sino un reclamo por afectación de intereses particulares pues, alega, no hay una conducta anticompetitiva de las empresas de practicaje sino que algunas empresas estarían aplicando condiciones diferentes a las denunciadas. Además, arguye que no se evidencia peligro en la demora alguno que avale el dictado de la medida. Detalla la normativa aplicable al sector, cuyo desconocimiento por parte de la autoridad de aplicación invoca. Por último, se agravia de que se ordenara publicar la parte resolutive de la medida cautelar, pues afecta su derecho constitucional al debido proceso y el principio de inocencia (conf. fs. 712/722 vta.).

k. Los agravios esgrimidos por ROSARIO PILOTS COOPERATIVA DE TRABAJO LTDA. resultan coincidentes con los manifestados por PRACTICAJE DEL LITORAL S.R.L. a los que cabe remitirse *brevitatis causae* (conf. fs. 727/737).

l. SERVICIO INTEGRAL DE PRÁCTICOS S.A. (SIPSA) expone -como antecedente de la cuestión debatida- la naturaleza del servicio de pilotaje y practicaje y su marco normativo. Arguye que la medida dispuesta no guarda relación con el régimen de la libre competencia y que otorga una ventaja competitiva a un particular, pues la autoridad de





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

Causa n° 10178/2017

aplicación ordenó a su parte a brindar beneficios comerciales con los que jamás contó, con claro perjuicio para la impugnante. Sostiene que la autoridad de aplicación confunde los términos “cuenta corriente comercial” -lo que no existe en el sector- con “cuenta de gestión comercial” que es lo que se presenta en estos casos donde una de las partes entrega un bien o presta un servicio bajo ciertas circunstancias acordadas con el cliente. Destaca el carácter innovativo de la medida cautelar dispuesta, la que refiere no está dirigida a preservar el interés económico general sino a otorgar beneficios comerciales injustificados para las denunciadas. Afirma que la medida carece de verosimilitud en el derecho y evidencia un desconocimiento específico sobre el mercado involucrado. Señala que la resolución impugnada vulnera el derecho de su parte de ejercer toda industria lícita y de comerciar. A su vez, resalta que para justificar la intromisión en la política comercial de su parte debe existir evidencia suficiente de la conducta anticompetitiva que se pretende remediar, extremo que, según sostiene, no se da en el caso. Cuestiona que se hubiera ordenado la publicación de la resolución cuando ésta es provisoria, lo que contradice el propio texto del art. 44 de la L.D.C. que establece la publicación de las sanciones, luego de la tramitación de todo el proceso. Expone que no existe en el caso peligro en la demora, pues las agencias marítimas reciben del armador del buque el cobro de sus servicios por adelantado. Sostiene que la medida decretada resulta un anticipo de jurisdicción, pues coincide con el objeto de la investigación y afecta el debido proceso legal. Alega que en el caso existe una mera disputa comercial entre privados y no una conducta anticompetitiva. Por último, arguye que los puntos 1° y 2° de la resolución impugnada limitan el accionar de la Cámara y sus asociados en forma excesiva e injustificada, desvirtuando la función de aquella. Solicita se otorgue a su impugnación efecto suspensivo (conf. fs. 743/755).

II. SIP PILOTAJE Y PRACTICAJE S.A. señala que el practicaaje es un servicio público impropio, de interés para la seguridad de la navegación, que debe ser ejercido por una persona habilitada a tal efecto



conforme al reglamento de formación y capacitación del personal embarcado de la Marina Mercante, según detalla, circunstancia que refuta lo dictaminado por la C.N.D.C. con relación a que no se puede ingresar al sistema de prácticos. Refiere que la resolución cuestionada sólo se basa en las afirmaciones de las denunciantes. Sostiene que el riesgo de sustentación de las agencias marítimas no tiene asidero pues nunca se negó el servicio de practicaje. Afirma que la denunciante es cliente de su mandante y discute la posibilidad de que exista una conducta anticompetitiva entre proveedor y cliente. Impugna que la autoridad de aplicación obligue a su mandante a otorgar beneficios comerciales -lo que denomina como “cuenta corriente comercial”- a una empresa que no es cliente habitual de aquella, inmiscuyéndose en la relación comercial entre privados. Expone que la medida no protege el interés económico general que es el bien jurídico tutelado por la L.D.C. Arguye que no existe evidencia alguna de que su parte efectuara alguna conducta anticompetitiva. Cuestiona que la S. C. hubiera ordenado la publicación de la resolución cuando se trata de una medida cautelar y no de una sanción firme tal como lo dispone el art. 44 de la L.D.C., circunstancia que afecta el debido proceso y el de igualdad entre las partes. Manifiesta que tampoco se presenta en el caso peligro en la demora alguno que justifique la decisión recurrida. Ello, de conformidad con la manera en que opera el sector, donde las agencias marítimas cobran por adelantado por la intermediación que realizan en favor del armador. Y resalta -como otras empresas- la relevancia que tiene, en el caso, que se trate de buques Tramp. Sostiene que con el dictado de la medida se vulnera el debido proceso legal, pues ninguna de las denunciadas ha participado de la investigación. Solicita se otorgue al recurso efecto suspensivo (conf. fs. 773/776 vta.).

m. La CÁMARA DE ACTIVIDADES DE PRACTICAJE Y PILOTAJE detalla -inicialmente- los orígenes de la entidad; la finalidad de aquella de acuerdo a su estatuto -entre las que, afirma, no se encuentra la de velar por los intereses económicos del sector- y los términos de la resolución que impugna. Cuestiona la procedencia de la medida cautelar dictada por la



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

Causa n° 10178/2017

S. C. ante la falta de los presupuestos necesarios para su dictado. Expone que las pruebas a las que hace referencia la C.N.D.C. en su dictamen no resultan suficientes para acreditar que su parte participó de una supuesta práctica colusoria a fin de fijar tarifas o determinadas condiciones de comercialización. Sostiene que las reuniones en las que la autoridad de aplicación justificó el dictado de la medida preventiva fueron descontextualizadas y agrega que su parte intervino de acuerdo a sus facultades estatutarias a partir de un requerimiento de su par el Centro de Navegación, entidad que agrupa a las agencias marítimas. Afirma que la Cámara comunicó lo que algunas empresas asociadas en forma individual, independiente y distinta habían decidido en cuanto al otorgamiento de las bonificaciones y formas de pago de sus servicios. Manifiesta que lo mismo ocurre con el intercambio de notas cursadas entre la Subsecretaría de Puertos y Vías Navegables de la Nación, quien presentaba interés en discutir el régimen de tarifas de la actividad. Destaca, además, que los testimonios a los que hace referencia el dictamen de la C.N.D.C. han sido brindados por sujetos que tienen algún interés en la resolución de la causa. Sostiene la incompetencia del Secretario de Comercio para dictar medidas cautelares que afecten el patrimonio de los administrados (vg. la publicación de la resolución), y resalta la desproporcionalidad de la medida con relación a su finalidad y la arbitrariedad de la autoridad de aplicación para su dictado; la que -expone- contraría los términos de la L.D.C. y afecta las garantías constitucionales de su parte (arts. 18 y 17 C. N.). Agrega que el S. C. debió requerir que un juez competente ordenara la mentada publicación (conf. art. 18 inc. “j” de la L.D.C.). Plantea la nulidad de la Resolución S. C. N° 238/17, pues sostiene que la C.N.D.C. no respetó las normas que regulan el procedimiento administrativo conculcando el derecho de defensa de la parte, en especial refiere que al solicitar vista del expediente -a fin de preparar el presente recurso- no se suspendieron los plazos conforme dispone el art. 76 del decreto N° 1759/72, reglamentario de la Ley N° 19.549 (conf. fs. 801/815 vta.).



n. PRÁCTICOS INDEPENDIENTES S.A. plantea la nulidad de la notificación y opone excepción de falta de legitimación pasiva. Sostiene que su parte no figura entre las empresas nombradas en el art. 4º de la resolución por lo que, entiende, la medida no la alcanza, y sin perjuicio de ello, fue notificada de la resolución. Expone que se vería involucrada en las presentes por ser miembro asociado de la Cámara que nuclea a las empresas de la actividad. Refiere que no tiene vínculo alguno con las denunciadas y brinda sus servicios en la zona Río Paraná. Arguye que en las actuaciones principales no existe prueba alguna que acredite una actitud anticompetitiva de su parte. Manifiesta que la empresa siempre ha contratado de manera libre con sus clientes, pactando de común acuerdo los términos y condiciones del servicio, sus valores y modalidades de pago y crédito, sin intervención alguna por parte de la Cámara. Además, refiere que no ha compartido información sensible vinculada a su operatoria comercial, por lo que entiende no le alcanzan las medidas dispuestas. Por último, critica que la autoridad de aplicación haya notificado e intente imponer las medidas dispuestas a su parte cuando la excluyó de las empresas enumeradas en la resolución (conf. fs. 876/878 vta.).

III.- Concedidos los recursos mediante resolución S. C. N° 925/17, la representante del Estado Nacional - Ministerio de Producción contestó el traslado corrido (fs. 999/1047). Sostiene que las notificaciones se realizaron conforme a derecho, transcribiendo íntegramente los fundamentos y la parte dispositiva del acto, y además, expone que aquellas no han alegado ni demostrado qué perjuicio les generó el vicio invocado. Con relación a la incompetencia del S. C. para el dictado de la medida, resalta la distinción realizada por la C.N.D.C. -en el voto de la mayoría- entre medidas preventivas y las medidas cautelares previstas en el derecho privado y destaca que la propia Corte Suprema reconoció la competencia de la autoridad de aplicación para el dictado de ambos tipos de medidas (CSJN, *in re: "Cencosud S.A. s/Apel. Resolución Comisión Nacional de Defensa de la Competencia"* del 14.4.15). Respecto de la falta de legitimación pasiva

~~alegadas por diferentes empresas expone que Cooperativa de Trabajo~~



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

Causa n° 10178/2017

Comandante Azopardo Ltda. figura como miembro de la Cámara que nuclea a las empresas del sector (punto 6 del dictamen de la C.N.D.C.). De todas formas, señala que si aquella trabaja con sus clientes con cuenta corriente y siempre ha sido respetuosa de los usos y costumbres, tal como lo sostiene la cooperativa, la medida preventiva no la afectaría y el planteo realizado deviene improcedente. Respecto de las restantes empresas que manifestaron su falta de legitimación pasiva (Cooperativa de Trabajo de Río de la Plata Ltda.; Getpilot S.A.; Cooperativa de Trabajo Getpilot Puerto Ltda., Prácticos Independientes S.A.) refiere que resulta irrelevante si las entidades alcanzadas por la cautelar tienen o no relación comercial con las denunciadas o si integran o no la Cámara, pues la presunta infracción investigada involucraría a todas las empresas de practica, independientemente de quiénes sean sus clientes o de sus estatus con la referida entidad. Con relación a la supuesta ausencia de verosimilitud en el derecho afirma que muchos de los fundamentos de las recurrentes se vinculan con la cuestión de fondo (vg. Getpilot S.A.). A su vez, expone que la medida cautelar ordenada no requiere un análisis profundo del derecho sino que alcanza con una apariencia de aquél, lo que fue analizado por la C.N.D.C. en el expediente administrativo. Agrega que, si bien la medida fue dictada inaudita parte, lo cierto es que se efectuaron medidas preliminares tendientes a recabar la información necesaria sobre el mercado y se han podido reunir elementos probatorios que confieren la verosimilitud del derecho necesaria para el dictado del acto cuestionado. A tales efectos menciona aquellos relacionados con las condiciones del mercado -facilitadores de la colusión-; comportamiento de las denunciadas -indicios del acuerdo-; de tipo comunicacional que acreditaron -inicialmente- un aumento de tarifas concordante y simultáneo en las zonas de practica obligatoria y la disminución de las bonificaciones otorgadas a las agencias marítimas en la zona del Río de la Plata de manera concomitante y uniforme. Agrega que la C.N.D.C. se expidió acerca de las medidas solicitadas por las denunciadas sin encontrarse limitada a los términos de dichas peticiones



sino a la finalidad propia de este tipo de medidas, definida en el art. 35 de la L.D.C. que no es otra que la de prevenir una lesión al régimen de competencia. Destaca que se analizó la posibilidad de que la conducta u omisión podía provocar un daño y la razonabilidad de la oportunidad temporal de la protección del bien jurídico protegido. Y agrega que ante la verosimilitud de la existencia de un cártel -es decir, un acuerdo horizontal dirigido sin más a restringir la competencia-, resultó insoslayable para la autoridad de aplicación proveer medidas tendientes a evitar o hacer cesar sus efectos. Afirma que la medida permite que las agencias marítimas puedan desarrollar su actividad conforme los usos y costumbres del sector, impidiendo las maniobras coercitivas implementadas por las empresas de practicaje presuntamente cartelizadas y la potencial exclusión del mercado de las primeras. Detalla elementos de prueba reunidos que justificaron el dictado de la precautoria y señala que varias empresas -ante la imposibilidad de sostener el conflicto en el tiempo- aceptaron las nuevas condiciones comerciales que habrían sido impuestas por las empresas de practicaje; a excepción de las denunciadas de la conducta investigada, a las cuales se les continuaría exigiendo el pago por adelantado. Por ello, la C.N.D.C. consideró *prima facie* acreditada la verosimilitud en el derecho y el daño potencial por discriminación con efectos exclusorios respecto de las agencias marítimas MERIDIAN y BETELGEUSE con potencial afectación al interés general que justificaba el dictado de una medida en los términos del art. 35 de la L.D.C. El Estado Nacional sostiene que no existe agravio alguno en la publicación de la parte resolutive de la resolución, si -como sostienen las impugnantes- aquellas no han incurrido en conducta anticompetitiva alguna, o bien si por dicho acto administrativo se estaría prohibiendo algo que jamás hicieron y se ordenó hacer lo que habitualmente hacen. Agrega que el argumento del descrédito que la publicación generaría tampoco encuentra sustento desde el momento en que no se ha efectuado imputación definitiva de conducta anticompetitiva alguna. La finalidad de la publicación es que todos los actores del mercado relevante tomen conocimiento de la resolución dictada, más de 300 prácticos, más de 40 agencias marítimas y numerosos





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

Causa n° 10178/2017

armadores nacionales e internacionales, usuarios del servicio de practicaaje, a efectos de que todos puedan exigir su cumplimiento. Refiere que, contrariamente a lo que sostienen algunas impugnantes, no se las ha obligado a acreditar el cumplimiento de una obligación de ‘no hacer’ (arts 1° y 2° de la Resolución N° 238/17) sino a acreditar la publicación indicada en el art. 5° de la mentada medida, por lo que sostiene no se trata de una obligación de cumplimiento imposible. Con relación al planteo de inconstitucionalidad del art. 35 de la L.D.C. interpuesto por la recurrente Cooperativa de Trabajo Practicaaje Río de la Plata Ltda. vinculado a que el citado artículo confiere efecto devolutivo a la apelación, sostiene que con la reforma introducida por la Ley N° 26.993, se ha eliminado toda referencia a cualquier tipo de efecto con el que se concede el “recurso directo” (art. 52 de la norma citada). Replica las afirmaciones esgrimidas respecto de que la tarifa del servicio de practicaaje no se encuentra regulada y que las bonificaciones forman parte de la libertad de fijar condiciones comerciales, pues sostiene que aquellas se vinculan con los aspectos sustanciales de la investigación. Destaca, además, que la medida dictada por la autoridad de aplicación no afecta la tarifa del servicio de practicaaje, ni sus bonificaciones, ni el valor de los servicios conexos. En relación a los planteos de nulidad de la resolución (por vicios en la causa, objeto, finalidad, procedimiento e incongruencia), sostiene que el dictamen de la C.N.D.C., al que remite la resolución, determinó el mercado relevante como aquél en el que operan los buques Tramp únicamente y respecto de las tres zonas de practicaaje obligatorio: Río de la Plata, Bahía Blanca (en relación a las cuentas corrientes) y Río Paraná (en relación al intercambio de información sensible). Respecto de la contracautela requerida por ESEM S.A. en sus agravios, expone que tal requisito no corresponde a la materia de defensa de la competencia donde el bien jurídico protegido es el interés económico general. Y con relación a dicha sociedad, quien propugna su exclusión de la medida, aclara que fue denunciada explícitamente de acuerdo a las constancias del expediente administrativo, que detalla. Relata la situación



que -presuntamente- se suscitó en el puerto de Bahía Blanca donde operan solo dos empresas DONMAR S. A. y ESEM S. A. Por otra parte, sostiene que el agravio vinculado a que se las obliga a dar crédito a empresas incumplidoras es totalmente falaz, pues la medida ordena abstenerse de exigir el pago adelantado, salvo que incurran en algún incumplimiento imputable a su parte. Con relación a los agravios de la Cámara de Actividades de Practicaje y Pilotaje, destaca que existen elementos probatorios que acreditan -*prima facie*- que con la intervención de dicha institución se facilitó el intercambio de información, “sugiriendo” condiciones comerciales. Respecto a la incompetencia de la S. C. para dictar medidas precautorias que afecten el derecho de propiedad y el patrimonio de los administrados, señala que los derechos no son absolutos, sino que se encuentran sujetos a las leyes que reglamentan su ejercicio. Agrega que, contrario a lo expresado por la Cámara recurrente respecto del avasallamiento del derecho de defensa en juicio, la suspensión de los plazos no corresponde cuando el pedido de vista por escrito tiene clara intencionalidad dilatoria por encontrarse el expediente a disposición del administrado. Además, arguye que se le otorgaron a la presentante tres días adicionales a fin de subsanar la falta de entrega de copia íntegra del dictamen N° 32, integrante de la resolución impugnada, al momento de la notificación. Con relación al planteo de nulidad de todo el procedimiento articulado por Náutica del Sur S.A., expuso que no corresponde aplicar principios generales del derecho penal a las eventuales infracciones administrativas, atento la naturaleza especial del interés general del bien jurídico protegido. Por lo que, afirma, deviene inaplicable a las actuaciones la prohibición de autoincriminación a la que alude la nulidicente. Destaca que el hecho de haber sido llamada como testigo, no inhabilita a la autoridad de aplicación, ni a la C.N.D.C. para seguir investigando los hechos y determinar, en el momento procesal oportuno, las personas físicas o jurídicas que eventualmente serán imputadas, menos aún de una medida como la ordenada.





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

Causa n° 10178/2017

IV.- Antes de ingresar en el análisis sustantivo del asunto, cabe aclarar que aunque el Tribunal analizó en forma íntegra las constancias de la causa y ha meditado sobre los diversos planteamientos que han formulado las numerosas partes, no seguirá a los contendientes en el orden de sus planteos. Comenzará a desarrollarlos de conformidad con los aspectos de la controversia que considera decisivos. Pues, resulta necesario recordar, los jueces no se encuentran ceñidos a tratar cada una de las argumentaciones que proponen los litigantes en sus agravios, sino sólo las que se estiman conducentes para una adecuada resolución del litigio (conf. C.S.J.N., Fallos: 262:222; 278:271; 291:390; 308: 584; 331:2077, ver también art. 25 del Código Iberoamericano de Ética Judicial); metodología que, en lo atinente al análisis probatorio, encuentra respaldo en el art. 386 del Código Procesal.

Con relación a la petición del Ministerio de Producción del Estado Nacional de que se declaren desiertos los recursos interpuestos ante la falta de crítica concreta y razonada de la resolución impugnada, es preciso señalar que las impugnaciones judiciales efectuadas en esta causa cuentan con fundamentos suficientes a fin de ser examinados en esta instancia. Lo expresado es así, aún más, si se tiene en cuenta el criterio amplio que propicia esta Sala para juzgar la suficiencia de una expresión de agravios por estimar que es el que mejor se adecua a un cuidadoso respeto del derecho constitucional de la defensa en juicio (arg. art. 18 de la Constitución Nacional), razón por la cual corresponde desestimar lo pretendido.

Finalmente, antes de que esta Sala comience a analizar la procedencia de los diferentes agravios esgrimidos por las recurrentes, es imprescindible destacar que muchos de los argumentos expuestos por éstas se vinculan con aspectos sustanciales de la investigación administrativa que se está llevando adelante en virtud de las supuestas infracciones a la Ley de Defensa de la Competencia, cuestiones que aún no han sido consideradas y resueltas por la autoridad administrativa o, al menos, no se informó a este Tribunal una situación distinta. En tales términos, por resultar ajenos a la



impugnación judicial de la medida preventiva que se ventila en esta instancia, no es posible que sean considerados en las presentes actuaciones.

V.- Sentado ello, es necesario destacar que muchos de los agravios de las recurrentes resultan coincidentes con relación a su aspecto esencial y, por tal motivo, razones de orden metodológico imponen dar tratamiento en forma conjunta a aquellos, tratando en forma individual los restantes, siempre que, se reitera, sean conducentes para la resolución a adoptar.

Cabe aclarar en primer término que la denuncia de la actividad anticompetitiva fue formulada por dos empresas del sector. Sin embargo, es necesario resaltar que la cuestión debatida en autos, en el marco del régimen de defensa de la competencia, debe ser abordada desde un horizonte más amplio. El objetivo primordial de la legislación antimonopólica es la protección del interés económico general y no a las denunciantes en forma particular, sin perjuicio de que éstas podrían verse beneficiadas con la resolución que, en definitiva, se dicte respecto de las conductas que se investigan (arg. art. 1º de la Ley N° 25.156). Lo que aquí se debe analizar es si *-prima facie-* existiría la práctica colusoria que motivó la investigación y, en su caso, si se justificaba el dictado de la medida cautelar o preventiva en los términos del art. 35 de la L.D.C. Volveremos sobre este aspecto en el Considerando X.

Tampoco es trascendente si las empresas sobre las que pesa la medida cautelar recurrida son o no miembros de la Cámara, salvo que *-inicialmente-* se demuestre que aquella, como tal, ha propiciado o llevado adelante alguna conducta de las reprochadas por la norma.

Con relación al agravio de NAÚTICA DEL SUR S. A. cabe destacar que hasta el momento en que se dictó la medida ni la C.N.D.C., ni el S. C. habían imputado infracción específica alguna, sino que ante una denuncia, se inició una investigación del mercado a fin de determinar la posible afectación de la estructura competitiva de aquél y, con los elementos





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

Causa n° 10178/2017
probatorios recolectados en el sumario de prevención, el S. C. dispuso una medida preventiva o cautelar en los términos del art. 35 de la norma.

El acto que en estos autos se ha puesto en tela de juicio es un temperamento provisorio para evitar potenciales e hipotéticos perjuicios al interés económico general y no una sanción administrativa. No se está en presencia de un impulso reactivo frente a la comprobación de una infracción como resultado de un procedimiento administrativo sancionador, sino ante una situación que se cree que afecta o pone en riesgo la competencia.

En consecuencia, el argumento nulidicente en base al derecho a la no autoincriminación -expresado en la máxima *nemo tenetur se ipsum accusare*- del procedimiento penal, deviene inadmisibile por prematuro en este estado larval de la causa (ver fs. 265/266).

VI.- A esta altura, resulta conveniente analizar los planteos de nulidad respecto de la notificación del acto impugnado por haberse omitido acompañar a la diligencia el voto de la minoría efectuado por PRACTICAJE INDEPENDIENTE S.A.; PRACTICAJE INTEGRAL S.A.; DONMAR S.A.; COOPERATIVA DE TRABAJO PRACTICAJE RÍO DE LA PLATA LTDA.; SERVICIO INTEGRAL DE PRÁCTICOS S.A. (SIPSA) y PRÁCTICOS INDEPENDIENTES S.A.

Al respecto, dable es destacar que ninguna de las impugnantes indicó qué defensas se vieron privadas de articular ante la invocada falencia en la notificación, requisito esencial para el análisis del planteo introducido. Es que no es posible decretar la nulidad por la nulidad misma o para satisfacer un mero interés teórico pues ello resulta inconciliable con el fin práctico del instituto, desde que su finalidad en materia procesal es asegurar la garantía constitucional de la defensa en juicio (conf. arg. art. 18 de la Constitución Nacional, Arazi, Roland - Rojas, Jorge A., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Tomo I, pág. 572, comentario al art. 169, Rubinzal Culzoni Editores, 2001).



Por otra parte, resulta necesario recordar que la notificación de un acto administrativo debe contener la transcripción íntegra de los fundamentos y la parte dispositiva de aquél, pudiéndose reemplazar agregando una copia íntegra y autenticada de la resolución dejándose constancia en el cuerpo de la cédula u oficio (art. 43 del decreto n° 1759/72). En el *sub examine*, dicha exigencia normativa ha sido cumplida al notificar a los interesados la resolución del S. C., junto al dictamen de la C.N.D.C. (voto de la mayoría), que formó la motivación del acto administrativo, circunstancia que generó que los impugnantes pudieran conocer los fundamentos de la decisión e impugnarla ante este tribunal, tal como lo han realizado sin ningún tipo de dificultad.

En razón de las circunstancias indicadas, no se verificó una situación de indefensión de los actores y, en consecuencia, no corresponde que el Tribunal decrete nulidad alguna.

VII.- COOPERATIVA DE TRABAJO PRACTICAJE RÍO DE LA PLATA LTDA. plantea la inconstitucionalidad del art. 35 de la L.D.C. Arguye que el precepto citado, al otorgar efecto devolutivo al “recurso directo” articulado en su contra, afecta su derecho constitucional de propiedad y de defensa en juicio, circunstancia que le genera un gravamen irreparable, refiriéndolo de manera puntual a lo dispuesto en el art. 5° de la resolución impugnada (publicación de la resolución impugnada en los diarios de mayor circulación).

Al respecto, el magistrado a cargo del Ministerio Público Fiscal propugnó el rechazo del planteo articulado. En tal inteligencia, opinó que el artículo *sub examine* participa de las notas de provisoriedad, instrumentalidad y urgencia que caracterizan a las medidas cautelares.

Agregó que su finalidad es la de neutralizar situaciones de peligro, en cuyo caso se encuentra justificado que el art. 35 de la Ley de Defensa de la Competencia no le otorgue efecto suspensivo a la impugnación judicial que pueda ser interpuesta contra esta clase de medidas,





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

Causa n° 10178/2017
siguiendo la regla general establecida por el art. 198 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Destacó, además, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado expresamente sobre la validez constitucional de las normas que establecen el efecto devolutivo en los llamados recursos directos (conf. Fallos: 315:1039).

El Tribunal considera que al prever el artículo 35 de la Ley N° 25.156 que la impugnación judicial se concede con efecto devolutivo, la ejecución de la orden de cese o abstención no se suspende por la impugnación. Pero repárese que no nos hallamos en el espectro sancionador, sino ante el cuestionamiento de medidas preventivas tendientes a evitar la propagación de potenciales perjuicios al interés económico general. Si la concesión del recurso lo fuese con el alcance postulado por la apelante, se desnaturalizaría la medida dictada por la autoridad de aplicación (conf. Cámara Federal de Resistencia, 28.10.2008, “*Asociación Chaqueña de Anestesiología*”; de la Riva, Ignacio, “Medidas cautelares en materia de defensa de la competencia”, en *El Derecho Administrativo* 2005-293). De no reconocerse ese efecto, el presunto infractor podría continuar llevando a cabo una práctica prohibida lesiva del interés económico general hasta que no se resuelva este expediente y, a la par, los posibles afectados por tales procederes deberían padecerla hasta ese momento (conf., para el derecho español, Pérez Bustamante Köster, Jaime, “La revisión judicial de las decisiones administrativas”, en obra colectiva dirigida por Martínez-Lage Sobredo, Santiago, “La modernización del derecho de la competencia en España y en la Unión Europea”, Ed. Marcial Pons, 2005, Madrid-Barcelona, pág. 156).

A mayor abundamiento, el Tribunal se remite a los argumentos esgrimidos por el señor Fiscal General con relación al planteo de inconstitucionalidad formulado, quien abordó el estudio del asunto de manera puntual y categórica en el dictamen de fs. 1152/1153.



De conformidad con lo expuesto, esta Sala considera que corresponde rechazar la impugnación de la recurrente a la validez constitucional del precepto legal analizado.

Por lo demás, con relación al planteo formulado por la Cooperativa en cuanto al perjuicio que -afirma- le genera que el art. 35 de la Ley de Defensa de la Competencia confiera con efecto devolutivo la apelación, en especial respecto a la publicación de la resolución impugnada, cabe estar a los términos del pronunciamiento de esta Sala al momento de resolver la medida cautelar peticionada por la Cámara que nuclea al sector (conf. fs. 1063/1065 vta.). Allí se señaló que la publicación recién podía ser exigida una vez que la decisión adquiriera firmeza. Sobre tal premisa el efecto con el que se había concedido el recurso no generó a la impugnante el gravamen esgrimido en su presentación.

VIII.- Pasamos a analizar los planteos vinculados a la competencia del Secretario de Comercio para dictar una medida en los términos de los artículos 24, inc. l. y 35 de la L.D.C.

Cabe destacar que según los términos del art. 17 de la Ley N° 25.156 de Defensa de la Competencia, modificado por la Ley N° 26.993, el Poder Ejecutivo Nacional determinará la autoridad de aplicación de la ley. Dicha norma resulta aplicable en la especie por ser la vigente al tiempo en que se efectuó la denuncia y se comenzó la instrucción sumaria de las conductas alegadas como distorsivas de la competencia.

Por otra parte, el artículo 21 de la L.D.C. instituye que todas las disposiciones que hagan referencia al Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia (en adelante, T.N.D.C.) -que nunca llegó a constituirse- deben entenderse como referidas a la autoridad de aplicación.

Conforme a ello, la facultad conferida al T.N.D.C. por el artículo 35 de la L.D.C. debe encontrarse en la actualidad referida a la autoridad de aplicación instituida en el funcionario que dictó la resolución ~~aquí impugnada. La mentada norma dispone que dicha autoridad podrá~~





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

Causa n° 10178/2017

imponer el cumplimiento de condiciones u ordenar el cese o la abstención de una conducta en cualquier estado del procedimiento. Tales medidas preventivas deben encontrarse justificadas en una grave lesión al régimen de competencia, pudiendo el funcionario competente dictar las que considere más aptas para prevenir dicha lesión.

Asimismo, cabe señalar que las medidas preventivas del artículo 35 no deben confundirse con las previstas en el art. 24, inc l. de la norma citada, que exige la intervención judicial al momento de disponer medidas cautelares. En efecto, mientras que el objetivo de las primeras es obtener el cese o abstención de una conducta presumiblemente lesiva al interés económico general; las segundas, por su naturaleza, escapan a la competencia de las autoridades administrativas y deben ser resueltas por un tribunal judicial. El órgano administrativo tiene atribuciones para el dictado de aquellas medidas cautelares que sean necesarias para evitar un grave perjuicio al interés económico general, conforme el artículo 35. En cambio, lo dispuesto en el artículo 24 se refiere a poderes propios de la jurisdicción judicial, a la que la autoridad de aplicación debería requerir su intervención por tratarse del ejercicio de la fuerza coactiva contra los bienes o la intimidad del exigido (conf. arg. arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional; Toia, Bruno, “Consideraciones sobre la ley de defensa de la competencia”, en La Ley 2007-D, 1183; García Menéndez, Sebastián, “Defensa de la competencia: medidas cautelares de la autoridad de aplicación y en su contra. Breve revisión de fallos recientes” en La Ley 2010-B, 541, comentario crítico a la anterior postura mayoritaria de esta Sala expuesta en las causas: “*Direct TV Argentina S.A.*” fallo del 25.02.2010 y “*Cablevisión S.A.*” pronunciamiento del 19.02.2010).

En tal inteligencia, la medida dispuesta por el Secretario de Comercio en la Resolución N° 238/17, mediante la cual ordenó -en términos generales- que tanto la Cámara de empresas de servicio de practicaje y pilotaje como las empresas del sector citadas se abstengan de: **a.** tomar



participación en cualquier cuestión relativa a las condiciones comerciales en las que deba prestarse el servicio; **b.** intercambiar información de carácter comercial con la Cámara y **c.** requerir el pago de los servicios que brindan de manera anticipada, lucen como medidas preventivas enmarcadas dentro de lo preceptuado por el artículo 35 de la L.D.C., cuya actividad resolutoria está a cargo de la Secretaría de Comercio.

Frente a ello, las decisiones impugnadas no se encuentran afectadas por el vicio de incompetencia invocado, circunstancia que justifica el rechazo de los planteos articulados por las recurrentes en tal sentido.

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe señalar que la circunstancia de que la autoridad de aplicación se encuentre dentro del ámbito del Poder Ejecutivo Nacional, involucrando a órganos administrativos no descentralizados, vinculados entre sí por el principio de jerarquía, justifica la adopción de un escrutinio judicial más estricto con relación a las decisiones que adopten (conf. esta Sala, doctrina causas nros. 1560/09 del 23.6.09; 252/10 del 19.2.10 y 341/10 del 25.2.10; entre otras).

IX.- Sentado lo anterior y en lo que aquí importa, es necesario destacar que las medidas dispuestas de conformidad con el art. 35 de la L.D.C. tienen, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, carácter típicamente cautelar y como tales deben reunir los recaudos clásicos de procedencia: verosimilitud en el derecho y peligro en la demora (conf. Martínez Medrano, Gabriel, “Control de los monopolios y defensa de la competencia”, Depalma, 2002, págs. 205/206; Cabanellas de la Cuevas, Guillermo, “Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia”, Heliasta, 2005, t.2, págs. 365/366; García Menéndez, Sebastián, “Defensa de la competencia: medidas cautelares de la autoridad de aplicación y en su contra. Breve revisión de fallos recientes”, La Ley, 31.3.10; De la Riva, Ignacio, “Medidas cautelares en materia de defensa de la competencia”, El Derecho Administrativo, 2005, pág. 393/399). Así también lo han entendido las tres Salas de esta Cámara al ejercer la jurisdicción que le reconoce la

~~L.D.C. y su decreto reglamentario (conf. Sala I, *in re* “Cooperativa Villa~~





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

Causa n° 10178/2017
Urquiza y otros, n° 9.601/02, del 20.3.03; esta Sala, in re “*Cablevisión SA y otros*”, del 21.9.11; Sala III, in re “*Primera Red Interactiva de Medios Argentinos S.A.*”, n° 11.344/06, del 21.3.07, entre otras)

X.- En orden a los recaudos formales de procedencia de las medidas preventivas debe tenerse presente que, el objetivo del régimen argentino sobre defensa de la competencia, es la tutela del interés económico general, el correcto funcionamiento de los mercados y el beneficio de la comunidad (arg. art. 1° de la Ley N° 25.156).

Por lo tanto, la interpretación de la mencionada ley debe realizarse del modo que mejor contribuya a la consecución de esos fines, que cuentan con expreso respaldo constitucional (arg. art. 42 de la Constitución Nacional; art. 1 de la L.D.C.; ver en este sentido: CSJN, Fallos 330:1610). De ahí pues que, para mantener la cautelar impuesta en sede administrativa, además de acreditar *prima facie* la existencia de la conducta denunciada, ésta debe implicar una violación actual o potencial del interés económico general (conf. art. 2 de la L.D.C.).

En cuanto al peligro en la demora, debe tenerse muy presente que el peligro de lesión “grave” (según acentúa el propio art. 35 de la Ley N° 25.156), no es el que corre el peticionario de la medida preventiva o el denunciante en sede administrativa, sino el interés público económico (conf. Fernández López, Juan Manuel, “Competencia en España. Medidas cautelares”, en la obra colectiva ya citada “La modernización del derecho de la competencia en España y en la Unión Europea”).

En lo que se refiere concretamente a las conductas investigadas en autos, en donde se imputó a las involucradas imponer condiciones discriminatorias para la adquisición o enajenación de bienes o servicios sin razones fundadas en los usos y costumbres comerciales (inc. k) e impedir, dificultar u obstaculizar a terceras personas la entrada o permanencia en un mercado o excluirlas de éste (inc. f); debe corroborarse



una restricción a la competencia que impida el juego de la libre oferta y la demanda en un mercado (conf. esta Sala, doctrina causa nro. 7915/15, “*Maxiconsumo s/Apel. Resolución Comisión Nacional de Defensa de la Competencia*” del 21.06.16 y sus citas). En la especie la infracción resultaría a partir de una presunta práctica concertada entre las empresas de practicaaje.

XI.- Pasamos entonces a constatar si en autos se encuentran reunidos los presupuestos requeridos en el art. 35 para disponer una medida como la impuesta por la Resolución N° 238/17 de la Secretaría de Comercio.

Para empezar, es preciso destacar que de las pruebas testimoniales reunidas en sede administrativa -hasta el momento en que se dictó la resolución impugnada- surge que la supuesta práctica anticompetitiva objeto de la investigación habría ocurrido entre los meses de junio-julio y noviembre-diciembre del año 2015. Los representantes de las cinco agencias marítimas que prestaron declaración en la instrucción reconocieron que al final de dicho año la situación conflictiva se había normalizado; que se habían restablecido las llamadas “cuentas corrientes comerciales” o “cuenta de gestión comercial”, continuando la exigencia del pago adelantado del servicio -únicamente- respecto de las denunciadas. Por otra parte, la totalidad de los declarantes fueron concordantes en afirmar que en ningún momento sufrieron la falta del servicio; ni incluso la demora de algún buque; que aquellas no sufrieron cortes en la llamada cuenta corriente y agregaron que dicho beneficio se veía afectado sólo ante la falta de cumplimiento de las agencias marítimas (vg. falta de pago en término o impugnación judicial de alguna factura). Además, declararon que no existió un cambio de tarifas sino una disminución en las bonificaciones. Varios de los representantes de las mentadas agencias señalaron que podían elegir libremente entre las distintas empresas de practicaaje, aunque aquello no resultaba ser una práctica habitual, y manifestaron que nunca habían solicitado presupuestos a prácticos independientes en las zonas geográficas objeto de la medida (conf. testimoniales de: Javier E. DULCE a fs. 958/967; Guillermo J. HERNÁNDEZ a fs. 982/991; Abel O. CORTESE a fs.





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

Causa n° 10178/2017
1030/1037; Carlos R. CARRANZA a fs. 1045/1054; Sergio Fabián BORRELLI a fs. 1065/1071 y Pedro L. KELLY a fs. 1165/1173).

Cabe destacar la declaración del testigo Carlos R. CARRANZA, apoderado de la empresa FERTIMPORT S. A., quien afirmó que la agencia trabajaba con COOPERATIVA en un 75% y con PILOTOS S.A. en un 25%. Afirmó que ante los cambios de las condiciones comerciales por parte de la primera, que no fueron aceptados por la agencia, trasladaron todo su volumen de trabajo a la segunda empresa proveedora del servicio de practicaje, que nunca les exigió el pago por adelantado. A su vez, destacó que a la empresa nunca le solicitaron requisitos para abrir la cuenta corriente por la reconocida solvencia del grupo (ver fs. 1045/1054). Este último aspecto ha sido puesto de manifiesto también por los declarantes: Pedro L. KELLY, perteneciente a la firma MARÍTIMA HEINLEIN S.A. (conf. fs. 1165/1173, en particular pregunta n° 26 del interrogatorio) y Sergio F. BORRELLI, representante de NÁUTICA DEL SUR S. A. (conf. fs. 1065/1071, especialmente fs. 1070).

Por otra parte, resulta necesario destacar que de más de cuarenta agencias marítimas que prestan los servicios de intermediación en la zona geográfica del Río de la Plata, sólo cinco declararon en la instrucción del sumario administrativo sobre la supuesta práctica anticompetitiva alegada, es decir, el 12.5% de las empresas marítimas que operan en la zona. Además, de las empresas que brindan servicio de practicaje en el Río de la Plata, habría por lo menos un 30% de aquellas que no habrían requerido el pago anticipado del servicio (Getpilot S. A.; Puerto Rivemar S. A.; Pilotos S.A.). A ello, se suma que -de acuerdo a lo informado por Prefectura Naval Argentina-, la zona del Río de la Plata cuenta con, al menos, siete (7) prácticos independientes; Bahía Blanca con uno (1) y la zona del Río Paraná con dos (2) a quienes, eventualmente, las agencias marítimas les podrían solicitar sus servicios. Sin embargo, a pesar de ello, ninguna de las empresas



declarantes reconoció haberlos requerido en alguna oportunidad (conf. fs. 609/610 y declaraciones testimoniales, ya referidas).

En este sentido, no es posible obviar que -tal como lo afirma el Estado Nacional al replicar los agravios de las empresas recurrentes- existen en el mercado del servicio de practicaje más de: trescientos prácticos; cuarenta agencias marítimas y numerosos armadores nacionales e internacionales, dentro de las cuales hay más de sesenta agencias marítimas que operan en la zona del Río de la Plata. Sólo dos de ellas, al momento en que se dictó la medida preventiva, no podían operar con la llamada cuenta corriente o de gestión comercial, pudiendo inferirse de ello que, -con aquella- la autoridad de aplicación se dirigió, en principio, a proteger, de manera anticipada a la cuestión de fondo, un eventual daño particular de MARÍTIMA MERIDIAN S. A. y BETELGEUSE SHIPPING SERVICES S. A. y no el coetáneo interés económico general.

Corresponde añadir que, de las constancias obrantes en la causa principal, se pueden observar diferencias con relación a los porcentajes de bonificaciones no sólo entre las distintas empresas prestatarias del servicio de practicaje con relación a las diversas agencias, sino también en los servicios brindados por una misma empresa durante un mismo período a una misma agencia. Dicha circunstancia permite inferir que existen numerosos factores que influyen en la conformación de las mencionadas bonificaciones y le restan verosimilitud al derecho alegado por la autoridad de aplicación para dictar la resolución impugnada (conf. las planillas presentadas ante la C.N.D.C. por las distintas agencias marítimas a fs. 1526; 1560/1592; 1822/1835; 1898/1901; 1907; 2107/2181).

De conformidad con los elementos probatorios reseñados, esta Sala concluye que, en la especie, no se presentan los requisitos esenciales que justifiquen el dictado de la medida cautelar en los términos del artículo 35 de la L.D.C. Pues, ha quedado inicialmente demostrado que, incluso en el momento de mayor conflicto entre los diferentes actores del sector, existían ~~algunas empresas prestatarias del servicio de practicaje que no exigían el~~





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

Causa n° 10178/2017
pago por adelantado (v.g. PILOTOS S.A. y MASTER PILOT) y varias no habían modificado sus condiciones comerciales. Ante el escenario reseñado y los elementos de convicción que emergen de las pruebas mencionadas, este Tribunal no advierte que se haya demostrado que se encontrara en riesgo la prestación del servicio y por ende, el interés económico general.

No es posible soslayar que, la autoridad de aplicación en defensa de la competencia, en forma previa a otorgar una medida preventiva, tiene que advertir *prima facie* una infracción a las normas de competencia con entidad suficiente para afectar el interés público. No basta el gravamen hacia intereses privados que no trascienden al mercado, pues estos, por más dignos de protección que sean, deberán hallarla por otra vía, principalmente en el ámbito judicial.

En tales condiciones, sin perjuicio de la continuidad de la investigación llevada adelante por la autoridad de aplicación y su resolución definitiva, lo cierto es que no se hallaban presentes -al menos, en aquél momento- los presupuestos esenciales para el dictado de una medida como la impugnada en estas actuaciones.

Además, no es posible obviar que para el dictado de una medida que restringe -total o parcialmente- derechos de manera anticipada deben corroborarse los recaudos para su dictado favorable y atenderse a las circunstancias existentes al momento de la decisión.

Es por ello que no es posible considerar que -al momento en que se dictó la resolución cautelar- las empresas de practicaje aludidas en el acto administrativo impugnado estuvieran realizando prácticas horizontales colusorias que afectaran la libre competencia del mercado que justificaran el accionar preventivo de la autoridad de aplicación. Ello, claro está, sin perjuicio de lo que -en definitiva- aquella resuelva con relación a la conducta que está siendo investigada.



XII.- A mayor abundamiento, es necesario señalar que, con posterioridad al dictado de la Resolución del S. C. N° 238/17, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el decreto N° 874/2017 (B. O. 30.10.2017) mediante el cual modificó algunos aspectos del régimen de practicaje y pilotaje. Entre las modificaciones se destacan las siguientes: **a.** la Armada Argentina y la Prefectura Naval Argentina deberán prestar los servicios de practicaje, pilotaje o baquía en aquellas zonas donde a juicio de la autoridad de aplicación no hubiera práctico, piloto o baqueano, o la oferta de los servicios adquiriesen comportamientos monopólicos y **b.** establece, además, la obligación del práctico de prestar el servicio en todo momento, debiendo las empresas de practicaje habilitadas disponer de una guardia operativa permanente con un 33% de sus profesionales.

De lo expresado se deduce que el servicio de practicaje se encuentra asegurado por el Estado Nacional para todas las zonas geográficas en las que tal servicio deba ser brindado. Si bien las partes no se han explayado respecto de este reglamento, pareciera que diluye potenciales efectos anticompetitivos en la actividad.

En virtud de los antecedentes reseñados, esta Sala **RESUELVE:** revocar la medida cautelar dictada por el Secretario de Comercio mediante Resolución S. C. N° 238/17. Con costas, en atención al principio de la derrota (conf. art. 68 del C.P.C.C.N.).

Regístrese, notifíquese -al magistrado a cargo del Ministerio Público Fiscal en su despacho- y oportunamente, devuélvase.

ALFREDO SILVERIO GUSMAN

RICARDO VÍCTOR GUARINONI

Fecha de firma: 22/11/2018

Firmado por: ALFREDO SILVERIO GUSMAN - RICARDO VÍCTOR GUARINONI - EDUARDO DANIEL GOTTARDI





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

Causa n° 10178/2017

EDUARDO DANIEL GOTTARDI

