



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA I

Causa 2803/21/CA1 –I– “BANCO INDUSTRIAL SA c/ MINISTERIO DE DESARROLLO PRODUCTIVO s/ APEL RESOL COMISIÓN NAC DEFENSA DE LA COMPET”

Buenos Aires, de octubre de 2021.

Y VISTO:

El recurso directo de apelación interpuesto por Banco Industrial SA a fs. 216/247 —que fue fundado en ese mismo acto—, contra la resolución de la Secretaría de Comercio n°643/20 de fs. 205/206, del 9.12.20; y

CONSIDERANDO:

1.- La resolución apelada dispuso: **a)** autorizar la operación de concentración económica (adquisición del control exclusivo sobre la firma GARANTÍA DE VALORES S.G.R. por parte de la firma BANCO INDUSTRIAL SA) y **b)** imponer la multa de \$800.000 a la firma BANCO INDUSTRIAL SA en su carácter de comprador, en virtud de la notificación tardía de la operación de concentración económica analizada y de conformidad con lo previsto en los arts. 9 y 55, inc. d) de la ley 27.442.

Para decidir así, la autoridad administrativa ponderó que la operación se notificó con 8 días de retraso y fijó la multa en \$100.000 diarios.

2.- La apelante Banco Industrial SA criticó la imposición de la multa. En lo particular, se agravio porque la adquisición de las acciones se perfeccionó el 7.5.2018 y las partes presentaron el formulario de notificación ante la CNDC el 28.5.2018. Agregó que la ley 25.156 establecía que la operación debía notificarse si superaba los \$200.000.000, pero que la posterior ley 27.442 elevó



sustancialmente dicho umbral a 100.000.000 unidades móviles fijadas por la autoridad administrativa, umbral no alcanzado por la concentración informada. En ese sentido, afirmó que analizada la operación bajo la ley 25.156, aquélla debía notificarse por superar el monto mínimo fijado, pero bajo los efectos de la posterior ley 27.442, la operación no debería notificarse porque el umbral fijado por la ley es superior al monto de la adquisición.

Explicó que, de acuerdo con lo establecido por el art. 81 del decreto 480/18, “*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.*”, de manera tal que la notificación de la operación —efectuada por su parte el 28.5.2018— debió continuar bajo los términos de la ley 27.442 (B.O. del 15.5.2018, que entró en vigencia el 24.5.2018) y no con las previsiones de la anterior ley 25.156.

Reivindicó la aplicación de la ley penal más benigna, dado que las modificaciones operadas por la ley 27.442 —que entró en vigencia el 24.5.2018—, excluyen aquellas operaciones como la que se trata en el caso de autos, en tanto no superan el umbral de notificación previsto por la nueva ley. Por ello, resulta aplicable al caso en forma retroactiva la modificación introducida por la ley 27.442, que resulta más benigna para el imputado, de conformidad con lo establecido en el art. 2 del Código Penal, en tanto importó la desincriminación de la conducta de Banco Industrial.

Afirmó también que no hubo afectación al interés protegido, dado que la operación fue aprobada, por lo cual la sanción de multa aplicada obedece únicamente a un incumplimiento formal. Enfatizó que se sancionó por notificar la concentración económica ante la CNDC en forma tardía a quien ya no tenía la obligación de hacerlo, toda vez que el supuesto de hecho considerado en sede administrativa ya no resultaba punible en el marco de la nueva ley





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA I

27.442, en virtud de la elevación de los umbrales establecidos para exigir la notificación y sancionar su incumplimiento.

3.- De la manera en la cual han sido planteados los agravios, el Tribunal advierte que la cuestión a resolver consiste en determinar si corresponde –o no– aplicar, en favor de la actora, la exención de la obligación de notificar la operación prevista en el art. 11, inc. e), de la ley 27.442, cuando la operación informada fue perfeccionada o concretada durante la vigencia de la anterior ley 25.156.

4.- En primer término, cabe poner de relieve que la Secretaría de Comercio afirmó —al resolver— que *“la multa prevista tiene carácter de sanción o pena por el incumplimiento de una obligación formal correspondiendo que sea aplicada exclusivamente a la compradora o adquirente, y liberando del pago de la misma al vendedor, por aplicación del principio de ley penal más benigna.”* (cfr. fs. 205/206, resolución SC n°643/2020 del 9.12.20).

Asimismo, debe ponderarse que, en oportunidad de contestar el traslado del recurso directo (cfr. fs. 274/283, en lo particular fs. 280, segundo párrafo) la representación del Estado Nacional Ministerio de Desarrollo Productivo expuso que *“... no resulta controvertible que la sanción pecuniaria impuesta a BIND reviste naturaleza penal.”*.

5.- En ese sentido, el máximo Tribunal sentenció que *“...los principios y reglas del derecho penal resultan aplicables en el ámbito de las sanciones administrativas... siempre que la solución no esté prevista en el ordenamiento jurídico específico... y en tanto aquellos principios y reglas resulten compatibles con el régimen jurídico estructurado por las normas especiales...”* (cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, *in re* “Comisión Nacional de Valores c/ Telefónica Holding de Argentina SA s/ organismos externos”, C.1614 XLIV, del 26.6.12, Fallos 335:1089).



Pues bien, uno de los principios consagrados en el derecho penal es aquel que postula la retroactividad o ultractividad de la ley penal más benigna. Dicho principio, cuya aplicación a autos ha generado disenso entre los contendientes del pleito, se encuentra establecido en el artículo 2 del Código Penal. Empero, luego de la reforma constitucional del año 1994, puede considerarse inserto en el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional).

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en lo relativo a la aplicación de esta garantía al derecho administrativo sancionador ha ido evolucionando en el sentido más favorable a su empleo. Ello se advierte con tan solo reparar en el derrotero que atravesó el Alto Tribunal desde el criterio sentado en materia disciplinaria en el precedente “Pereira de Buodo, María Mercedes c/ resolución 948 MAS”, del 7 de mayo de 1985 (invocado en el acto administrativo impugnado, conf. Fallos 310:316), donde consideró que no era aplicable el principio de la ley penal más benigna, hasta aquellos precedentes, más actuales, en los cuales ha hecho mérito de la modificación de la jerarquía del principio en cuestión (ver, en este sentido, Fallos: 321:284, 329:1053 y 329:3410).

6.- De esta manera, el Tribunal advierte que resultan aplicables al caso las reglas del derecho penal, en cuanto resulten pertinentes, tal como ya lo admitió la demandada al reivindicar la aplicación de la ley penal más benigna (cfr. fs. 205/206, resolución SC n°643/2020 del 9.12.20) y la naturaleza sancionatoria de la multa impuesta.

En suma, no puede dudarse de que si con posterioridad a la realización de un acto sancionable según la ley preexistente, se produce una modificación legislativa y la nueva ley es —en su consideración integral— más benigna para el administrado,





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA I

bien porque quita al hecho el carácter de punible o porque establece una sanción de menor efecto dañino, será dicha ley —la más favorable o benigna— la aplicable al caso que se juzga, aunque no hubiere estado en vigencia al momento en que se configuró la sanción administrativa.

En sentido concordante, debe recordarse que si bien el art. 56 de la ley 25.156 (según texto de la ley 26.993), establecía que *“serán de aplicación en los casos no previstos por esta ley, la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19.549 y su reglamentación...”*, lo cierto es que la posterior ley 27.442 (art. 79) ordenó que *“serán de aplicación supletoria para los casos no previstos en esta ley, el Código Penal de la Nación y el Código Procesal Penal de la Nación, en cuanto sean compatibles con las disposiciones de la presente. No serán aplicables a las cuestiones regidas por esta ley las disposiciones de la ley 19.549.”*.

7.- Sentado ello, debe recordarse que la operación de adquisición fue concretada el 7.5.2018 (cfr. fs. 66), esto es, durante la vigencia de la ley 25.156 (con las modificaciones introducidas por la ley 26.993). En consecuencia, la adquisición concretada por Banco Industrial debió, inicialmente, ser notificada a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de acuerdo con las previsiones de la ley 25.156 (con las modificaciones introducidas por la ley 26.993), es decir que debió *“...ser notificada para su examen previamente o en el plazo de una semana a partir de la fecha de la conclusión del acuerdo...”* (art. 8 de la ley 25.156), bajo apercibimiento de aplicar una multa en caso de incumplimiento (art. 46, inc. d) de la ley 25.156).

8.- Ahora bien, el Banco Industrial notificó la operación cuando se había sancionado y publicado en el Boletín Oficial la ley 27.442, que modificó los alcances y supuestos de la obligación de notificar las operaciones. En rigor, el art. 11, inc. e), de



la ley 27.442 establece que “Se encuentran exentas de la notificación obligatoria prevista en el artículo 9° de la presente ley, las siguientes operaciones:... ..e) Las operaciones de concentración económica previstas en el artículo 7° que requieren notificación de acuerdo a lo previsto en el artículo 9°, cuando el monto de la operación y el valor de los activos situados en la República Argentina que se absorban, adquieran, transfieran o se controlen no superen, cada uno de ellos, respectivamente, la suma equivalente a veinte millones (20.000.000) de unidades móviles...”.

A su vez, el art. 85 de la ley 27.442 prevé que “A los efectos de la presente ley defínase a la unidad móvil como unidad de cuenta. El valor inicial de la unidad móvil se establece en veinte (20) pesos, y será actualizado automáticamente cada un (1) año utilizando la variación del índice de precios al consumidor (IPC) que publica el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC) o el indicador de inflación oficial que lo reemplace en el futuro. La actualización se realizará al último día hábil de cada año, entrando en vigencia desde el momento de su publicación. La Autoridad Nacional de la Competencia publicará el valor actualizado de la unidad móvil en su página web.”.

9.- En función de lo expuesto debe recordarse que el valor inicial de la “unidad móvil” ascendía a \$20. Ello así, atendiendo a que la actora notificó la operación el 28.5.2018 (cfr. fs. 2) y que la ley 27.442 se publicó en el Boletín Oficial del 15.5.2018 (con vigencia a partir del 24.5.2018 según el art. 5 del Código Civil y Comercial de la Nación).

Por lo tanto, el umbral para eximir de la obligación de notificar la operación fue establecido, a la fecha en que Banco Industrial SA presentó su formulario, en la suma de \$400.000.000.- (resultado de 20.000.000 “unidades móviles” del art. 11, inc. e), de la





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA I

ley 27.442 por \$20 correspondientes a cada “unidad móvil”, según art. 85 de la citada ley).

Por otra parte, la operación informada tuvo como contraprestación el pago de U\$S 2.326.030 (cfr. fs. 5vta.). Ponderando que el valor del dólar oficial tipo vendedor a esa fecha cotizaba a \$22,30, se sigue que la operación informada fue realizada por un monto de \$51.870.469, suma que no supera el umbral señalado en el párrafo anterior.

10.- Ahora bien, a los efectos de decidir si corresponde o no aplicar retroactivamente la exención de la ley 27.442 a una operación perfeccionada bajo la vigencia de la anterior ley 25.156, el Tribunal debe ponderar –principalmente– que la demora en notificar la operación bajo este último ordenamiento legal era susceptible de sanción.

Pero esa misma operación de adquisición, bajo la posterior ley 27.442, no debía ser notificada en virtud de la exención del art. 11, inc. e).

11.- Al respecto, “*se ha dicho que `... en el derecho penal reviste singular trascendencia la regla cardinal de irretroactividad de la ley (tempus regit actum), emanación del principio de legalidad contenido en el art. 18 de la Constitución Nacional, el cual se expresa en el principio nullum crimen nulla poena sine lege, según el cual el juez penal debe aplicar la ley que se hallaba vigente al tiempo de producirse la conducta delictiva.*” y “*este principio de irretroactividad de la ley penal rige como regla en la materia, y reconoce como única excepción la aplicación retroactiva de una ley penal posterior más benigna para el imputado*” (cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, causa J. 46. XXXVII, “Jofré Teodora s/ denuncia”, del 24.8.04, disidencia de los Ministros Belluscio, Vazquez y Zaffaroni), que sería el caso de autos, dado que la ley 27.442 no obliga a informar la operación y, por lo tanto, exime a



la actora de la sanción que, bajo los términos de la ley 25.156, habría correspondido aplicar.

En ese sentido *“el Código Penal, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establecen expresamente la excepción al principio de irretroactividad en el caso de ley más benigna, sea que se haya sancionado antes de la sentencia o bien durante la ejecución de la misma: ‘Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna. Si durante la condena se dictare una ley más benigna, la pena se limitará a la establecida en dicha ley. En todos los casos del presente artículo, los efectos de la nueva ley se operarán de pleno derecho’ (art. 2º del Código Penal).”* (cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos: 330:5158, disidencia parcial del Ministro Lorenzetti).

Es que, *“a partir de la reforma constitucional de 1994, se ha otorgado jerarquía constitucional al principio de retroactividad de la ley penal más benigna contemplado en los arts. 9 del Pacto de San José de Costa Rica y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establecen, en idénticos términos: ‘Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello’.”* (cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, causa “Ayerza, Diego Luis s/ infracción al régimen cambiario”, A.837.XXXI, del 16.4.1998, disidencia de los ministros Fayt, Boggiano y Bossert), de manera tal que, ya en el ámbito de las sanciones administrativas, la ley 27.442 desincriminó (por el monto) conductas que, bajo la ley 25.156, habían sido consideradas susceptibles de una penalidad.

En otras palabras, ante la vigencia de la nueva ley 27.442, la adquirente no se encuentra obligada a informar la





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA I

operación: por consiguiente, la demora en que pudo haber incurrido no es susceptible de reproche administrativo sancionatorio alguno.

Ello así, dado que la nueva legislación otorga condiciones más beneficiosas a favor del Banco Industrial, de manera que deviene imperativo aplicar la ley penal más benigna, en el sentido de eximirla de la sanción.

Es que *“la ley penal más benigna no es sólo la que desincrimina o la que establece una pena menor pues, puede tratarse también de la creación de una nueva causa de justificación, o de inculpabilidad, o de un impedimento a la operatividad de la penalidad”* (cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos: 330:5158, disidencia parcial del Ministro Lorenzetti).

En función de todo lo expuesto, el Tribunal **RESUELVE:** revocar la resolución de la Secretaría de Comercio n° 643/20 del 9.12.20 (obstante a fs. 205/206) en cuanto aplicó una multa de \$800.000 a la firma BANCO INDUSTRIAL SA. Las costas de Alzada se distribuyen en el orden causado atendiendo a las particularidades y dificultad que presentó la cuestión debatida (arts. 68 y 69 del Código Procesal).

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

Florencia Nallar

Juan Perozziello Vizier

Fernando A. Uriarte

