

SALA "A"
ORDENADO BASO EN
Nº 268 FOLIO 341 AÑO 2010

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

**“SINTONIA S.A. Y OTROS S/REC. DE QUEJA POR APELACIÓN
DENEGADA”**

Causa N° 60.454 - Folio N° 301 - Orden N° 26.615 - SALA “A”.

///nos Aires, 17 de junio de 2010.

VISTO:

Que se trae a conocimiento de este tribunal las apelaciones interpuestas contra una resolución dictada por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia el 9 de enero de 2009, identificada como 4/09.

CONSIDERARON:

Los Dres. Hendler y Repetto:

Que la resolución apelada ordena a varias entidades constituidas en el extranjero, Pirelli y & C.S.p.A., Sintonía S.p.A., Telefónica S.A., Azzicurazioni Generali S.p.A., Intesa Sanpaolo S.p.A., Sintonía S.A. y Mediobanca S.p.A., notificar a la autoridad de aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia la celebración de determinadas transacciones que se estiman de concentración económica. Les ordena asimismo que deben abstenerse de ejercitar ciertos derechos en calidad de accionistas de otras entidades constituidas en el extranjero y en nuestro país.

Que en los considerandos de esa resolución se afirma que el organismo administrativo que la dicta está facultado para hacerlo por tener la atribución de adoptar medidas tendientes a hacer cumplir la Ley de Defensa de la Competencia.

Que la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia es un organismo dependiente de una secretaría de estado que forma parte de uno de los ministerios del Poder Ejecutivo Nacional. Fue creado por una disposición del gobierno de facto del año 1980, la ley N° 22.262, que fue derogada por la ley del Congreso 25.156 dictada en 1999.

Que esta última ley, en su artículo 58, estableció que el organismo creado por la ley derogada debía subsistir transitoriamente, con la finalidad de continuar la tramitación de las causas anteriores y entender en las nuevas que se suscitaban para luego girarlas a conocimiento del organismo autárquico creado por la nueva ley.

USO OFICIAL

Que la obligación de notificar la celebración de actos que impliquen concentración económica está establecida en el artículo 6 de esa ley y no depende, en consecuencia, de la orden que pueda impartirle una repartición administrativa. Tampoco depende de esa orden la ponderación que quepa hacer acerca del cumplimiento de la obligación en cuestión ni la eventual aplicación de sanciones por incumplimiento.

Que, por otra parte, esa notificación no tiene, en sí misma, otra consecuencia que la de permitir a la autoridad competente ejercitar las atribuciones de preservación de la competencia autorizando o no la concentración o sometiénola a determinadas condiciones, lo que tiene que ser hecho por resolución fundada y está sujeto a revisión por la autoridad judicial de conformidad con lo previsto en los artículos 13 y 52 inciso c de la ley.

Que esa fundamentación y su eventual revisión en sede judicial conciernen igualmente a la existencia de la concentración que origina la obligación de notificar. La opinión que a ese respecto haya anticipado la repartición administrativa a la que únicamente le compete una intervención de mero trámite carece, por ende, de toda trascendencia, lo mismo que las conminaciones que haya expresado acerca de la eventual sanción por incumplimiento de la obligación.

Que, en cambio, en cuanto a la orden de abstenerse de ejercitar ciertos derechos, la resolución que es materia de apelación excede manifiestamente las atribuciones de la repartición que subsiste transitoriamente. Se trata de facultades de índole jurisdiccional que tampoco tenía en tiempos de vigencia de la ley derogada, según se ha señalado en un fallo anterior de esta sala (reg. 478/2009).

Que la ley procesal aplicable, el Código Procesal Penal de la Nación, sanciona de nulidad la inobservancia de disposiciones concernientes al nombramiento, capacidad y constitución del tribunal (artículo 167, inciso 1º) y establece que así debe ser declarado, de oficio y en cualquier estado y grado del proceso (artículo 168), cuando impliquen violación de normas constitucionales.

Que en el caso, y en lo que concierne a la orden de abstención, se trata del ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de un organismo

*Poder Judicial de la Nación**Año del Bicentenario*

subordinado del Poder Ejecutivo, lo que transgrede la disposición del artículo 109 de la Constitución Nacional.

Por lo que corresponde 1º) declarar mal concedido el recurso de apelación en lo que se refiere a la orden de notificar ciertas transacciones a la autoridad competente. 2º) anular la resolución que es materia de apelación en cuanto ordena abstenerse de ejercitar ciertos derechos.

El Dr. Bonzón:

1. ANTECEDENTES

El expediente en el cual fue dictada la resolución recurrida n° 4/09 C.N.D.C. fue iniciado por dicho organismo, de oficio, con fecha 03 de mayo de 2007, a raíz de la toma de conocimiento por parte de esa C.N.D.C. de la operación económica consistente en (a) la adquisición por parte de las empresas TELEFÓNICA S.A., ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A., SINTONIA S.A., INTESA SANPAOLO S.p.A. y MEDIOBANCA S.p.A., a través de la firma TELCO S.p.A., de la totalidad del capital social de la empresa OLIMPIA S.p.A., quien a su vez era accionista de TELECOM ITALIA S.p.A., perteneciente a las firmas PIRELLI & C. S.p.A., SINTONIA S.A. y SINTONIA S.p.A.; junto con (b) el aporte de acciones de la empresa TELECOM ITALIA S.p.A. que las firmas ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A. y MEDIOBANCA S.p.A. tenían en la misma, transferida a la firma TELCO S.p.A.

La resolución n° 4/09 C.N.D.C. dispuso en su artículo 1º ordenar a las firmas PIRELLI & C. S.p.A., SINTONIA S.p.A. y SINTONIA S.A., -como los “Vendedores”- y a TELEFÓNICA S.A., ASSICURAZIONI GENERALI S.p.A., INTESA SANPAOLO S.p.A., SINTONIA S.A. y MEDIOBANCA S.p.A. -como “Compradores”-, a tenor del acuerdo celebrado, con las mencionadas PIRELLI & C. S.p.A., SINTONIA S.p.A. y SINTONIA S.A., por medio del cual venden el 100% de las acciones de OLIMPIA S.p.A., cuyo principal activo son acciones de TELECOM ITALIA S.p.A. y se ejecutan otros acuerdos que incluyen el aporte a TELCO S.p.A. de otras acciones de TELECOM ITALIA S.p.A., a que procedan a dar cumplimiento con lo dispuesto en el artículo 8º de la ley N° 25.156.

El citado artículo 1º se funda en que (Punto X, Conclusiones, de la citada Resolución n° 4/09 C.N.D.C. que contiene muy extensos considerandos

que no viene al caso aquí siquiera resumir) *“resulta indudable que la transacción en análisis implicó un cambio de control en TELECOM ARGENTINA S.A.; Telco controla TELECOM ITALIA. Es más Telco, fue constituida con el propósito de controlar TELECOM ITALIA, como se desprende del Acuerdo de Co-inversión y del Acuerdo de Accionistas. El estatuto de Telco, tiene por objeto entre otros, ejercer la administración y coordinación de la actividad de las sociedades que controla y TELECOM ITALIA es una de esas sociedades controladas y sin duda la más emblemática.”*

Asimismo, en su artículo 3° la citada resolución n° 4/09 C.N.D.C. dispuso que hasta tanto se expida esa Comisión respecto de la operación mencionada en el artículo 1° en los términos de la ley 25.156, los “Compradores” deberán abstenerse de ejercer – directa o indirectamente – sus derechos políticos como accionistas directos o indirectos de TELECOM ITALIA S.p.A., TELCO S.p.A., OLIMPIA S.p.A, TELECOM ITALIA INTERNATIONAL N.V., SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A., NORTEL INVERSORA S.A., y TELECOM ARGENTINA S.A., y sus controladas, incluidos los derivados de acuerdos de accionistas, conforme lo dispuesto por el artículo 8° de la ley 25.156.

El citado artículo 3°, en esencia, se funda en *“Que finalmente cabe recordar que el mismo artículo 8° dispone que todos los actos de concentración sólo producirán efectos entre las partes o en relación a terceros una vez cumplidas las previsiones de los artículos 13° y 14° de la misma norma.”* y en *“Que, por lo dicho y relacionado, hasta tanto esta Comisión Nacional se expida , en los términos del artículo 13° de la Ley N° 25.156, sobre la operación que aquí se ordena notificar, todas las partes involucradas deberán observar en forma estricta lo dispuesto en la última oración del primer párrafo del artículo 8°”*.

El artículo 4° de la misma resolución n° 4/09 C.N.D.C., por similares razones, ordenó *“a los Directores y Síndicos de SOFORA TELECOMUNICACIONES S.A., NORTEL INVERSORA S.A., TELECOM ARGENTINA S.A., TELECOM PERSONAL S.A., y sus respectivas controladas radicadas en la República Argentina, designados a instancias de TELECOM ITALIA S.p.A. o TELECOM ITALIA INTERNATIONAL N.V., que se*

*Poder Judicial de la Nación**Año del Bicentenario*

abstengan de realizar acto alguno que implique contrariar lo dispuesto en la presente Resolución.”

Anticipo que este artículo 4º no ha sido recurrido por las personas a quien va dirigido. Tampoco Telecom Italia S.p.A. o Telecom Italia International N.V. han recurrido la resolución n° 4/09 C.D.N.C.

Los restantes artículos de la resolución n° 4/09 C.N.D.C. se refieren a temas procedimentales que ya han sido ejecutados y que, en todo caso, no causan agravio concreto.

2. ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN

2.1. Artículo 1º de la resolución n° 4/09 C.N.D.C.

Con relación a lo resuelto en el artículo 1º de la resolución recurrida, cabe señalar que con fecha 22 de febrero de 2010, el Sr. Secretario de Política Económica del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas de la Nación, dictó la resolución n° 14, por medio de la cual en su artículo 1º dispuso confirmar “(...) *que la operación objeto de las actuaciones bajo el Expediente N° S01:0014652/2009 se encuentra sujeta al control previo previsto por el Artículo 8º de la Ley N° 25.156*”.

Al resolver los recursos de apelación deducidos contra esta última resolución del Secretario de Política Económica, que esta Sala trató en la causa n° 60.333, el 6 de mayo de 2010, el tribunal consideró que “*se trata de una resolución declarativa en cuanto al control de ciertos actos que se entienden de concentración económica (...) [y] no es susceptible de apelación ante esta Cámara*”.

De esta manera, ha quedado convalidada en esta sede la resolución del Secretario de Estado competente en el caso, en cuanto dispuso el deber de notificar la operación económica analizada en el expediente N° S01:0014652/2009. Es decir, la misma operación económica a la que se refiere la resolución n° 4/09 C.N.D.C.

Siendo ello así, es actualmente abstracta la consideración por parte del tribunal de los agravios enderezados contra el artículo 1º de la resolución apelada, que fue antecedente de la resolución que, por efecto de lo decidido por este tribunal, vino a ser convalidada el 6 de mayo de 2010 por el Secretario de Política Económica.

En otras palabras, si esta Sala ha declarado inapelable la resolución administrativa que vino a convalidar lo decidido en el artículo 1° de la resolución n° 4/2009 de la C.N.D.C., mal podría adentrarse ahora al conocimiento de un recurso deducido contra esa resolución n° 4/09, convalidada por dicha resolución n° 14/2010. Resolución, esta última, que fue declarada inapelable. El tema, entonces, carece de actualidad y concreción y por lo tanto es abstracto e inconducente.

Agrego que carece de actualidad analizar si la C.N.D.C. tenía o no facultades para dictar la citada resolución n° 4/09, en cuanto consideró que la operación económica en análisis quedaba encuadrada en el artículo 6° de la ley 25.156 y que “vendedores” y “compradores” debían proceder a dar cumplimiento con lo dispuesto en el artículo 8° de la ley N° 25.156; desde el momento que esa misma “declaración” ya fue realizada por el Secretario competente en la materia, en decisión que fue juzgada irrecurrible por esta Sala.

2.2. Artículo 3° de la resolución n° 4/09 C.N.D.C.

Entre otros agravios, los apelantes cuestionaron la autoridad de la C.N.D.C. para dictar la clase de órdenes involucradas en ese artículo 3°.

Conforme ya se ha sostenido en la causa n° 59.562 (21 de octubre de 2009 “Telefónica de España, Olimpia y otros s/ Diligencia preliminar s/ ley 25156. Inc. de verificación de cumplimiento de Resol. 44/09” Reg. 478/09), más allá de determinar la naturaleza jurídica de las medidas adoptadas por la C.N.D.C., debe hacerse hincapié en determinar quién es la autoridad de aplicación en la ley 22.262, que transitoriamente, hasta la conformación del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia, puede dictar las medidas previstas en la ley 25.156. El núcleo a resolver puede sintetizarse en el siguiente interrogante: ¿Durante el período de transición, es decir hasta que se constituya el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia, tiene facultad la C.N.D.C. para dictar medidas como las impugnadas por los apelantes?

En la citada causa n° 59.562 se concluyó, por las razones que allí fueron expuestas y a las que cabe remitirse, que el órgano competente no es actualmente la C.N.D.C., sino el Secretario competente, con asesoramiento y dictamen de la C.N.D.C.

Poder Judicial de la Nación
Año del Bicentenario

Asimismo, cabe remitirse a lo dicho en esa causa, para concluir que debe declararse la nulidad del artículo 3° de la resolución n° 4/09, conforme lo dispuesto por el art. 14. inciso b, de la ley 19.549, sin costas; con la acotación que a igual resultado se arriba de aplicarse supletoriamente el Código Procesal Penal de la Nación (artículo 56 de la ley 25.156), ya que su artículo 167, inciso 1°, fulmina con la nulidad actos como el citado artículo 3°.

2.3. Artículo 4° de la resolución n° 4/09 C.N.D.C.

Señalo, como se anticipara, que ninguna de las personas a las que está concretamente dirigido ese artículo 4° de la resolución n° 4/09 C.N.D.C. la ha recurrido, por lo que nada corresponde resolver a su respecto.

3. CONCLUSIÓN:

En definitiva, voto por:

1. Rechazar los recursos interpuestos contra el artículo 1° de la resolución n° 4/09, sin costas.
2. Anular el artículo 3° de la resolución n° 4/09, sin costas.
3. Declarar que no corresponde que este Tribunal se pronuncie respecto de los restantes artículos de la resolución n° 4/09.

Por lo que, de conformidad con los votos que anteceden, **SE RESUELVE:**

1°) DECLARAR mal concedido el recurso de apelación en lo que se refiere a la orden de notificar ciertas transacciones a la autoridad competente.

2°) ANULAR la resolución que es materia de apelación en cuanto ordena abstenerse de ejercitar ciertos derechos.

Regístrese, notifíquese, líbrese oficio a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia remitiendo copia de lo aquí resuelto, y oportunamente archívense las presentes actuaciones.

EDMUNDO S. HENDLER
JUEZ DE CAMARA

NICANORM P. REPETTO
JUEZ DE CAMARA

JUAN CARLOS BONZON
JUEZ DE CAMARA

ANTE MI

MARIA MARTA NOVATTI
SECRETARIA

USO OFICIAL



10/10/2010

10/10/2010

10/10/2010

4585/4588

Sindato SA

8 otros s/ecc de queja por apelación denegada

60.454

PR 301

26.615

12/10/2010

Unión de la Plata

Unión de la Plata 17

2010

2010

2010

MARIA MARTA NOVATTI
SECRETARIA