

Bicentenario"

C. 2898/2010 "Cencosud SA s. apelación de resolución de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia"

Buenos Aires, 7 de diciembre de 2010.

AUTOS Y VISTOS:

El recurso de apelación interpuesto por Cencosud SA a fs. 4/24 de este incidente, contra la Resolución 131/09, dictada por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (en adelante CNDC) el 19 de noviembre de 2009, en el expte. n° S01:0462130/2009 (C.1307), caratulado "CNDC s/ investigación de oficio de sistemas de comercialización", obrante a fs. 42/46, concedido a fs. 48, cuyo traslado fue contestado por el Estado Nacional a fs. 91/120, y

CONSIDERANDO:

1. En el marco de un procedimiento iniciado en los términos del art. 26 de la Ley de Defensa de la Competencia n° 25.156 (LDC), con motivo de dos notas periodísticas publicadas, el 31 de octubre y el 10 de noviembre de 2009, en el diario Clarín, la CNDC dictó la Resol. 131/09, en la que ordenó a varias empresas de indumentaria que se abstuvieran de anular los descuentos ofrecidos por los bancos, bajo apercibimiento de lo dispuesto en el art. 46, inc. d), de la mencionada ley. Asimismo, decidió notificar: a distintas sociedades comerciales propietarias de "shoppings" -entre ellos a Cencosud- para que se abstuvieran de anular los descuentos en los locales radicados en sus establecimientos; a varios bancos para que continuaran realizando los descuentos en los mismos términos y condiciones a los efectuados hasta el momento en que presuntamente se consumó el acuerdo; y a la Cámara Industrial Argentina de la Indumentaria para que notificara a todas las firmas asociadas que debían abstenerse de anular los descuentos ofrecidos por los bancos. Finalmente, hizo reserva de ampliar la medida a todo otro comercio, entidad financiera y centro comercial que hubiera participado activamente del presunto acuerdo.

La CNDC fundó su decisión en la facultad otorgada en el art. 35 de la LDC para dictar, en cualquier estado del procedimiento, las medidas aptas para prevenir una grave lesión al régimen de competencia, y evitar así las distorsiones que puede generar, en el caso, la conducta de las empresas que se encontrarían detrás del supuesto acuerdo. En ese sentido, destacó que, ante la posible práctica públicamente concertada, existía un interés para impedir los efectos irreversibles sobre la competencia. Además del art. 35, invocó que la facultad para dictar la medida tenía sustento en el art. 58 de la ley 25.156.

En cuanto a las circunstancias fácticas que motivaron la resolución, la CNDC se remitió a las mencionadas notas del diario Clarín. Según la primera, las marcas de mayor renombre en indumentaria "acordaron cortar, desde el próximo 1° de diciembre, con los descuentos que realizan con los shoppings y las tarjetas de crédito" y que esa medida había sido "consensuada ayer en un almuerzo del que participaron más de 50 empresarios de las principales etiquetas de moda" y en el cual "la mayoría coincidió en que había que comunicarles a los centros comerciales que no hay necesidad de seguir con los descuentos". Da cuenta dicha información, que los ejecutivos de las firmas "informaron a los propietarios de los centros comerciales -la empresa ALTO PALERMO de IRSA y CENCOSUD, dueña de UNICENTER- que quieren cambios para el último mes del año" y que estaban "comunicándoles su decisión a los shoppings para que éstos sean los intermediarios frente a los bancos". Asimismo, la CNDC señaló que en el segundo artículo periodístico se informó que "las 60 marcas de ropa más famosas, que representan el 50% del mercado y el 80% de la facturación, dieron ayer por finalizada las negociaciones con los bancos y ratificaron que desde el primero de diciembre se terminan las promociones".

Sobre esa base, la Comisión concluyó que el presunto acuerdo celebrado entre las marcas constituiría una práctica coordinada que *prima facie* sería violatoria de la LDC, con potencialidad para causar un perjuicio al interés económico general, en forma inminente e irreparable. A partir de ello, consideró acreditados los requisitos de la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora para dictar la medida cautelar.

2. Contra esa resolución se agravia la empresa Cencosud, por cuanto entiende que no está fundada en presupuestos verosímiles que habiliten su dictado. Por un lado, cuestiona que la CNDC sea competente para dictar medidas cautelares, y por el otro, sostiene

que no hay elementos para considerar que la firma hubiese incurrido en una práctica concertada.

La recurrente alega que la CNDC, como autoridad de aplicación conjunta con la Secretaría de Comercio Interior, según la ley 22.262, no puede arrogarse todas las potestades que la ley 25.156 confiere al Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia (TNDC). En apoyo de esa postura, invoca las resoluciones dictadas por la Sala 2 de este Fuero (causa 3826/09 “Telecom”, del 27-7-2009), y por la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico (causa “Telefónica”, del 21-10-2009), como así también los precedentes de la Corte Suprema “Credit Suisse” y “Belmonte” (Fallos 330:2527 y 331:781), según los cuales la facultad resolutoria corresponde sólo al Secretario, y no a la Comisión. Y añade que la ley 22.262 preveía como única decisión de carácter preventivo, la prohibición para que el investigado se ausentara del país (art. 12, inc. h). Consecuencia de ello, considera que la Comisión sólo puede requerir medidas cautelares al juez competente, con arreglo a lo previsto en el art. 24, inc. m), de la ley 25.156.

Con relación a los fundamentos de la resolución, la apelante aduce que es incongruente el dictado de la cautelar, por cuanto se soslaya que la explotación comercial de los locales corresponde exclusivamente a las “Marcas”, en tanto que Cencosud no tiene ingerencia o facultades para determinar los precios de los productos, o aplicar los descuentos. Agrega que el mero hecho de que los locales estén situados en un establecimiento de su propiedad, no puede ser considerado como un indicio verosímil de que hubiese intervenido en una práctica concertada. A partir de ello, sostiene que la resolución apelada carece de la debida motivación, pues de los artículos periodísticos no surge que Cencosud hubiera tomado conocimiento del hipotético acuerdo, intervenido en él, o encargado de instrumentarlo con los Bancos. Por otro lado, precisa que la empresa no tiene por objeto la comercialización de los productos de indumentaria referidos en la Resol. 131/09, por lo que no hay relaciones horizontales respecto de las “Marcas” mencionadas, pues no actúan en un mismo mercado como oferentes o demandantes de bienes sustitutos. De ese modo, señala que carece de sustento suponer su participación en un acuerdo para aumentar precios de productos que no comercializa. Desconoce que exista verosimilitud para concluir, a partir de simples informaciones periodísticas -no confrontadas con otros elementos probatorios-, la existencia de una práctica concertada que la involucre, máxime cuando no se han dado argumentos para vincularla con las empresas que explotan las marcas de ropa, teniendo en cuenta que se trata de sociedades distintas con diferente objeto comercial.

En síntesis, invoca que la resolución apelada adolece de vicios intrínsecos y de graves incongruencias que la convierten en un acto manifiestamente irrazonable.

3. Así planteada la cuestión -la que se integra con la contestación de agravios del Estado Nacional a fs. 91/120-, se debe examinar, en primer término, el argumento relacionado con la incompetencia de la CNDC para dictar la resolución apelada.

Antes que ello, es importante aclarar que no se juzgará la facultad otorgada en el art. 35 de la LDC al TNDC, sino la invocación de esa disposición por la CNDC en su condición de autoridad de aplicación transitoria. Es que en el caso, se impugna una decisión de naturaleza jurisdiccional de un órgano administrativo, cuya intervención, no obstante la derogación de la ley 22.262, fue dispuesta en el art. 58 de la ley 25.156 -con claro carácter transitorio- hasta la creación del TNDC, con la cual no se ha cumplido transcurridos más de diez años desde su sanción.

Esa omisión fue destacada por esta Cámara (*ver Acordada N° 16/09 del 2-12-2009*), y por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico (*Sala A, causas 59.563 del 21-10-2009 y 59.871 del 1-2-2010*).

En tales condiciones, cabe recordar que la observancia del debido proceso no puede quedar sustraída en modo alguno al control judicial suficiente y amplio que es exigencia constitucional en supuestos como el que se examina (*arts. 18, 109 y 116 de la C.N.; Corte Suprema in re “Fernández Arias c. Poggio”, Fallos 247:646; doctrina de esta Sala en la causa 2319/03 del 5-10-2004 y de la Sala 2 en la causa 3826/09 del 12-8-2009*).

Para que el control judicial se pueda considerar verdaderamente suficiente, deberá ser más o menos extenso y profundo según las modalidades de cada situación jurídica, de acuerdo con el conjunto de factores y circunstancias variables o contingentes como, por ejemplo, la naturaleza del derecho individual invocado, la magnitud de los intereses públicos comprometidos, la complejidad de la organización administrativa creada para garantizarlos y

Poder Judicial de la Nación

"Año del

Bicentenario"

la mayor o menor descentralización del tribunal administrativo (*Fallos 244:548*), lo cual obliga a examinar en cada caso los aspectos específicos que singularizan la concreta materia litigiosa (*Fallos 247:646*).

Ello es así, desde que garantías constitucionales como las del debido proceso y de la defensa en juicio, son de inexcusable observancia en todo tipo de actuaciones, inclusive en los procedimientos administrativos (*Fallos 318:564, 319:1160 y 324:3593*), por lo que la necesidad de una resolución válida -en cuanto a sus formas esenciales- es un requisito del que este Tribunal no puede prescindir en el control judicial que le ha sido asignado en la LDC (*esta Sala, causa 2319/03 citada*).

A las consideraciones anteriores, hay que añadir que en el art. 56 de la LDC se prevé la aplicación supletoria del Código Procesal Penal (adviértase que la resolución cuestionada fue dictada en el marco de un procedimiento en el que se investigan presuntas conductas prohibidas por la ley), cuyo artículo 168 dispone que se deberán declarar de oficio, en cualquier estado y grado del proceso, las nulidades previstas en el art. 167 que impliquen violación de las normas constitucionales (el inc. 1 establece prescripta bajo pena de nulidad la observancia de las disposiciones concernientes a la constitución del tribunal).

La capacidad del tribunal que prevé esa norma hace referencia al ejercicio de la función, en su aspecto genérico -aspectos formales sobre la habilitación del legal desempeño en general-, como específico, es decir a la posibilidad de actuación en un caso concreto; en tanto que la constitución del tribunal es una exigencia vinculada directamente con las normas que regulan su integración (*cfr. Guillermo R. Navarro y Roberto R. Daray, Código Procesal Penal de la Nación, Ed. Hammurabi, 2da. edición, T. 1, págs. 444/45*).

En síntesis, la nulidad de una resolución como la recurrida, debe ser declarada, aún de oficio, cuando no se han observado las disposiciones concernientes al nombramiento, capacidad y constitución del tribunal que la dictó, puesto que ello importa, en definitiva, la violación de normas constitucionales (*esta Sala, causas 8131/09 del 27-10-2009, 10.507/09 del 13-5-2010 y 4798/10 del 14-9-2010; en ese sentido, CNApel. en lo Penal Económico, Sala A, doctrina de las causas 59.562 "Telefónica" del 21-10-2009; 60.456 y 60.471 caratuladas "Telecom" y 60.454 "Sintonía", todas del 17-6-2010*).

A ello corresponde agregar que, en el orden jurídico administrativo -del cual no puede prescindirse en el aspecto examinado, dada la naturaleza de la CNDC, como organismo administrativo inserto en la Administración Pública Nacional-, la competencia constituye un elemento esencial que confiere validez a la actuación del órgano estatal y, por ende, un presupuesto de ella, en virtud de la vinculación positiva de la administración al ordenamiento jurídico, que debe autorizar a sus organismos para actuar en forma expresa o razonablemente implícita (*Fallos 254:56, 307:198 y 328:651, voto del Dr. Augusto C. Belluscio*).

4. En tal inteligencia, este Tribunal ha decidido, con arreglo a los precedentes dictados por la Corte Suprema en esta materia, que mientras rija el sistema de transitoriedad previsto en el art. 58 de la LDC, dicha autoridad comprende a la CNDC -con facultades de instrucción y de asesoramiento-, y al órgano ejecutivo de la cartera económica al que, según su estructura organizativa, le corresponda la facultad resolutoria a través del dictado de los actos pertinentes (*ver arts. 12, 17, 19, 23, 24, 26, 28 y 30 de la ley 22.262; CSJN, dictámenes de la Procuradora Fiscal en las causas "Credit Suisse" y "Belmonte", Fallos 330:2527 y 331:781, respectivamente; esta Sala, causas 8131/09 del 27-10-2009, 10.507/09 del 13-5-2010 y 4798/10 del 14-9-2010; Sala 2, doctrina de la causa 3826/09 del 27-7-2009*).

Y no es admisible, en tal sentido, el argumento que sostiene el Estado Nacional al contestar los agravios, en el sentido de que, según la doctrina de los fallos "Credit Suisse" y "Belmonte", la CNDC se encuentra expresamente habilitada -en virtud de las facultades instructorias conferidas por la LDC- a disponer las medidas necesarias para su tramitación, como ser la del art. 35 (ver fs. 105vta.). Ello es así, puesto que tratándose de una medida cautelar con el alcance precisado en esa norma ("imponer el cumplimiento de condiciones que establezca u ordenar el cese o la abstención de la conducta lesiva"), no es razonable sostener, con el único fundamento de no ser la decisión de fondo, que su dictado importa el ejercicio de una mera facultad instructoria (fs. 106).

5. Ahora bien, la impugnación respecto de la competencia del órgano no se limita a la facultad de la CNDC para dictar la medida cautelar apelada, sino a la de la autoridad a la que alude el art. 58 de la ley 25.156, integrada por la CNDC y el órgano ejecutivo de la cartera económica, como lo sostuvo la Corte Suprema en los casos "Credit

Suisse” y “Belmonte”, por lo que corresponde dictar un pronunciamiento con arreglo a esa interpretación y de acuerdo con los agravios deducidos.

Desde esa perspectiva, no se puede concluir a partir de los arts. 35 y 58 de la ley 25.156, que la autoridad de aplicación de la ley 22.262 -la cual se encuentra “transitoriamente” interviniendo en las causas promovidas hasta que se integre el TNDC-, tiene facultades para dictar medidas cautelares.

En efecto, en el art. 35 se faculta al TNDC a imponer, en cualquier estado del procedimiento, el cumplimiento de condiciones que establezca, u ordenar el cese o la abstención de la conducta lesiva, cuando se pudiere causar una grave lesión al régimen de competencia, en tanto que en el art. 58, se deroga por un lado la anterior ley 22.262, y por el otro se dispone que, no obstante ello, el órgano de aplicación de dicha norma subsistirá hasta la constitución y puesta en marcha del TNDC, el cual entenderá en todas las causas promovidas a partir de la entrada en vigencia de la nueva ley.

No es posible inferir automáticamente de la citadas normas que la prolongada omisión del Poder Ejecutivo en crear el TNDC, tenga por consecuencia que el organismo administrativo subsistente se encuentre investido de las mismas facultades acordadas por la ley 25.156 a dicho tribunal (*cf. esta Cámara, Sala 2, causas 3826/09 del 12-8-2009, 252/10 del 19-2-2010 -con voto de la Dra. Graciela Medina que integró en ese caso el tribunal- y 341/10 del 25-2-2010; CNApel. en lo Penal Económico, Sala A, causas 59.562 y 60.471, citadas; CNApel. en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III, causa “Multicanal” n° 34.963/05, del 16-4-2007*).

La primera regla de interpretación de la ley es dar pleno efecto a la intención del legislador y, para ello, la primera fuente es la letra de la ley (*Fallos 312:1098, 321:1614, 325:3229 y 326:4530*).

De acuerdo con esas pautas, se debe reparar en que el texto del art. 58 de la LDC no dice expresamente que el órgano de aplicación de la ley 22.262 -que subiste para intervenir en las causas promovidas a partir de la entrada en vigencia de la ley 25.156-, tenga todas las facultades que esa ley le otorga al TNDC como nueva autoridad de aplicación. Es decir, no se está ante una norma que en forma directa y explícita confiere a la CNDC dichas facultades, entre las que se encuentra la del art. 35, como sostiene el Estado Nacional (fs. 106vta.).

Asimismo, no se puede prescindir, a los fines examinados, de las diferencias que hay entre ambos organismos (*ver en tal sentido, las causas citadas en el párrafo anterior*). Ello es así, pues el Congreso de la Nación atribuyó la potestad de dictar medidas cautelares al TNDC, previsto en esa misma ley como un tribunal administrativo autárquico, con garantías de independencia en cuanto a su conformación y funcionamiento (Cap. IV de la LDC), lo cual impide asimilarlo en esos aspectos a la autoridad de aplicación de la anterior ley 22.262, constituida por un organismo administrativo creado en el ámbito de una secretaria de estado en la que reposan las facultades decisorias.

Dada la naturaleza típicamente jurisdiccional que tiene la medida cautelar prevista en el art. 35 de la ley 25.156, en virtud de la cual puede ser dictada sin intervención previa de parte y sobre la base de una mera verosimilitud -no de una absoluta convicción después de oída la interesada y de producida la prueba en la que deberá fundarse la decisión definitiva-, la distinción efectuada es determinante para interpretar si las normas invocadas por la CNDC la facultan para dictar el acto impugnado.

En la tarea de interpretación de la ley, los antecedentes parlamentarios resultan útiles para conocer su sentido y alcance (*Fallos 317:779*). Y en el debate del proyecto de la ley 25.156 se le otorgó suma importancia a la autarquía del TNDC y a su independencia del poder político, en comparación con la autoridad de aplicación de la ley 22.262 (*cf. Cámara de Diputados, Reunión 13 del 19-5-1999, Orden del Día n° 184, y Senado de la Nación, debate del 25-6-99*).

Uno de los requisitos para juzgar la constitucionalidad de las funciones jurisdiccionales de los órganos de la administración, es que éstas hubiesen sido expresamente otorgadas por ley (*doctrina de las causas “Litoral Gas” y “Ángel Estrada”, Fallos 321:776 y 328:651, respectivamente*). Desde esa perspectiva, las garantías formales de independencia y neutralidad previstas en la anterior ley 22.262 para la actuación de la autoridad de aplicación, impiden conferirle la categoría de tribunal administrativo -con la que ha sido previsto el TNDC-, por lo que la atribución de la facultad jurisdiccional para dictar las medidas cautelares

Bicentenario"

del art. 35 de la LDC, no puede ser interpretada con carácter extensivo para que la ejerza la CNDC o la Secretaría de Comercio Interior (SCI) con fundamento en el art. 58.

Como lo destacó el Dr. Belluscio en el considerando noveno de su voto en el citado caso "Ángel Estrada", la "Corte ha sostenido que la atribución de competencia jurisdiccional a los órganos y entes administrativos debe ser interpretada con carácter estricto (Fallos 234715), debido a la excepcionalidad de la jurisdicción confiada a aquéllos para conocer en cuestiones que, en el orden normal de las instituciones, corresponde decidir a los jueces (conf. arts. 75 inc. 12, 109, 116, y 117 de la Constitución Nacional, Fallos 290:237)".

En síntesis, los fundamentos expuestos llevan a concluir que el art. 58 de ley 25.156, incorporado como una mera disposición transitoria hasta la creación del TNDC (Cap. X), no puede ser invocado por el organismo administrativo subsistente a su amparo -después de diez años desde que se sancionó la ley-, para sostener que la facultad jurisdiccional de dictar medidas precautorias, otorgada por el legislador a aquél tribunal, le hubiese sido expresamente delegada, transferida o asignada.

De ninguna manera cabe interpretar, en las condiciones apuntadas, que ha sido voluntad del legislador otorgarle a la CNDC o a un secretario de estado, a través de dicha norma, la potestad de dictar las medidas cautelares previstas para el TNDC, máxime cuando han transcurrido más de diez años sin que se hubiese creado el órgano previsto en la LDC. Tampoco la CNDC y la SCI "son la autoridad de aplicación de la ley 25.156 con expresas facultades para el ejercicio de las funciones que le son exclusivas y privativas", como afirma el Estado Nacional (fs. 106vta.); la autoridad de la ley 25.156 es el TNDC -al cual le fue conferida la facultad del art. 35-, en tanto que el organismo creado por la anterior ley subsiste, en virtud de una norma transitoria, hasta que se constituya dicho tribunal, cuestión que no puede ni debe ser confundida a riesgo de que nunca se cumpla con una ley del Congreso que reglamenta el art. 42 de la C.N.

Sólo resta destacar que no es relevante que no se hubieran establecido, para el "periodo transitorio", limitaciones para la CNDC respecto de las facultades asignadas en la ley 25.156 al TNDC, como invoca el Estado Nacional a fs. 103vta. para concluir que tiene las atribuciones para aplicar las herramientas conferidas en esa ley. Por el contrario, según los fundamentos expuestos en cuanto a la naturaleza del acto en cuestión, la diferente conformación de la autoridad de aplicación de las leyes 22.262 y 25.156, y el extenso tiempo transcurrido desde la sanción de esta última, es la ausencia de una norma expresa que faculte a la CNDC o al secretario de estado a dictar las medidas cautelares del art. 35, la que define el asunto.

6. Por lo demás, no es atendible el argumento del Estado Nacional en cuanto a que esa inteligencia de la norma tendría por consecuencia anular la misión que tiene la CNDC para defender la competencia y el interés económico general, en desmedro del art. 42 de la Constitución Nacional (fs. 104/vta.).

La interpretación propiciada por el Tribunal no paraliza ni obstruye la función que la ley 25.156 ha conferido transitoriamente a la autoridad de aplicación de la ley 22.262. Como bien se ha destacado en fallos anteriores (*esta Cámara, Sala 2, causas 3826/09, 252/10 y 341/10 citadas; CNApel. en lo Penal Económico, Sala A, doctrina de la causa "Telecom" n° 60.471 citada; CNApelac. en lo Cont. Adm. Federal, Sala III, causa "Multicanal" n° 34.963/05, citada*), la norma del art. 24, inc. m) de la ley 25.156 -según la cual las medidas cautelares pueden ser solicitadas al juez competente, el que deberá resolver en el plazo de 24 horas-, brinda un procedimiento de urgencia al cual es razonable acudir en la referida situación, si se pondera que están involucrados órganos administrativos no descentralizados, vinculados entre sí por el principio de jerarquía. Ello es así, puesto que permite conjugar las facultades ejecutorias de la administración pública en materia de defensa de la competencia, con las debidas garantías constitucionales de los particulares (arts. 18 y 109 de la C.N.).

Para delimitar la competencia para ejercer las facultades previstas en la ley 25.156 hasta tanto se constituya el TNDC, se deben computar la totalidad -y también la naturaleza- de sus preceptos, de manera que armonicen con los principios y garantías de la Constitución Nacional (*Fallos 312:111 y 1036; 328:651*).

Y no obsta a la inteligencia propuesta, la circunstancia de que la ley 22.262 no contemplara una norma similar a la del art. 24, inc. m), de la ley 25.156, pues la posibilidad de peticionar una medida cautelar a un juez -aun cuando se trata de la administración pública-, es

un principio general que tiene sustento en el art. 14 y en la forma de gobierno prevista en la Ley Fundamental.

7. El Estado Nacional invoca que en varios precedentes judiciales, entre los que menciona dos dictados por esta Sala, se ha reconocido a la CNDC la facultad de dictar medidas cautelares en los términos del art. 35 de la LDC.

En la causa 2538/02 “Indura”, del 24-4-2002 (citada a fs. 106), esta Sala se limitó a desestimar una medida cautelar solicitada por esa empresa para que la CNDC se abstuviera de continuar con una investigación por supuestas prácticas contrarias a la ley 25.156. Para así decidir se señaló, sobre la base de la disposición transitoria del art. 58, que no se advertía en forma manifiesta la incompetencia de ese órgano para instruir el procedimiento cuestionado, agregándose en la causa 2929/02 del 15-8-2002, que el legislador no había establecido un plazo máximo para la subsistencia de la CNDC. Es decir, no se valoró en forma expresa o implícita la competencia de dicho órgano para dictar medidas cautelares del art. 35 de la LDC. Adviértase, por otro lado, que la instrucción de dicho procedimiento era una facultad que en la ley 22.262 estaba conferida a la CNDC.

En cambio, en la causa “Cervecería Argentina SA Isenbeck” (nº 10.355/05 del 24-8-2006, a la que se hace mención a fs. 107vta.), esta Sala revocó una resolución de la Secretaría de Coordinación Técnica que había dispuesto el archivo de la denuncia formulada por esa firma, y desestimado la medida solicitada en los términos del art. 35 de la LDC, y ordenó que se dictara una decisión con arreglo a las pautas indicadas. Es oportuno destacar que en ese precedente, dictado hace más de cuatro años, no se planteó ni se valoró expresamente la cuestión que aquí se debate, en tanto que fue este tribunal el que fijó los términos en que la autoridad de aplicación debía dictar una medida a los efectos de que se cumpliera con lo dispuesto en la Resol. 5/03, en la que se había aprobado una concentración económica subordinada al cumplimiento de determinadas condiciones.

Y si bien existen otros precedentes en los que esta Sala hizo referencia al ejercicio de la facultad del art. 35 de la LDC por la CNDC (*causa 6289/03 del 15-8-2003*), o en los que revisó decisiones cautelares dictadas por ese órgano con sustento en dicha norma (*causas 9507/03 del 7-11-2003, 2319/03 del 5-10-2004 y 11.344/06 del 21-3-2007*), sin declarar de oficio la nulidad por su incompetencia, cabe destacar que los planteos expresamente formulados por la recurrente en este caso, los fundamentos expuestos por otros Tribunales sobre este punto -valorados en los Considerandos tercero al sexto de esta resolución- y la doctrina de la Corte Suprema según la cual la autoridad del precedente debe ceder ante la inconveniencia de las decisiones anteriores (*Fallos 183:409, 192:414, dictamen del Procurador General en Fallos 216:91, y Fallos 329:759*), crean la convicción de que, en las actuales condiciones, la decisión correcta es la que se propicia en esta resolución.

Adviértase que en la causa 2319/03 del 5-10-2004, si bien la resolución cautelar se anuló con sustento en la falta de mayoría del órgano -y no por la incompetencia de la CNDC para dictar la medida del art. 35 de la LDC, la cual no se había planteado como sucede en este caso-, se hizo referencia a la demora que a ese momento existía en la creación del TNDC, al cual la ley 25.156 le otorga tal facultad, y a su mayor independencia con relación a la CNDC; dichas circunstancias valoradas en esta oportunidad, de acuerdo con los fundamentos expuestos, conducen a revocar la resolución apelada.

8. Sin perjuicio de que lo expuesto resulta suficiente para revocar la Resol. 131/09, no puede dejar de advertirse que la medida cautelar dictada respecto de Cencosud, con el alcance fijado en el art. 2, carece de fundamentos.

Ello es así, pues las informaciones periodísticas -único elemento de convicción en el cual el órgano administrativo fundó la verosimilitud para dictar la orden cautelar- sólo hacen referencia a una supuesta reunión entre empresarios de la moda en la que habrían acordado terminar con los descuentos que realizan con los shoppings y las tarjetas de crédito.

No existe indicio alguno para sostener que los propietarios de dichos centros comerciales hubieran participado del invocado acuerdo, cuando de esas notas sólo surge que los ejecutivos de las principales marcas de ropa: habrían coincidido en “comunicarles a los centros comerciales que no hay necesidad de seguir con los descuentos”; “les informaron a los propietarios de los centros comerciales -la empresa Alto Palermo de IRSA y Cencosud, dueña de Unicenter- que quieren cambios para el último mes del año”; y que estaban “comunicándoles su decisión a los shoppings para que éstos sean los intermediarios frente a los bancos”.

Bicentenario"

Esos fundamentos no son suficientes para ordenar a Cencosud, como propietaria de los centros comerciales indicados en el art. 2 de la Resol. 131/09, que se abstenga de anular los descuentos en los locales radicados en sus establecimientos, máxime cuando no se ha acreditado, siquiera en forma liminar, que ésta participara en los descuentos junto con los bancos y los comercios, o tuviera dicha potestad de acuerdo con las relaciones jurídicas o comerciales que la vinculan con dichos locales.

En resumen, la única referencia que se hace en las crónicas periodísticas respecto de los centros comerciales, es acerca de un pedido de intermediación entre los comercios y los bancos que se les habría formulado para terminar con los descuentos, por lo que el objeto de la medida no es congruente con los presupuestos fácticos en que se sustentó la CNDC para dictarla.

Por los fundamentos expuestos, SE RESUELVE: revocar la Resolución N° 131/09 dictada por la CNDC en el expte. n° S01:0462130/2009 (C.1307), respecto de Cencosud SA, con costas.

Regístrese, notifíquese y, oportunamente, remítase a la CNDC, mediante oficio, conjuntamente con el expediente administrativo.

Ricardo Gustavo recondo – Guillermo Alberto Antelo – Graciela Medina.