

C. 16.571/04 ACervecería Argentina SA Isenbeck c. Poder Ejecutivo Nacional s. incidente de apelación@.

Buenos Aires, 22 de noviembre de 2005.

AUTOS Y VISTOS; CONSIDERANDO:

1. El Sr. Juez a quo, mediante la resolución cuya copia obra a fs. 230 de este incidente, desestimó la medida cautelar solicitada por la actora consistente en la suspensión de los efectos del acto administrativo impugnado (Resolución N° 5 de la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor, del 13-1-2003).

Contra esa decisión la accionante interpuso recurso de apelación (fs. 232/41), lo que motivó la elevación de las actuaciones a la Cámara (fs. 242 y 245/vta.) y su posterior asignación a esta Sala (fs. 252/vta.), cuya intervención e integración se notificó a la recurrente (ver fs. 254 y 319).

2. En ese estado se presentan C.C.B.A. S.A. y Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G. y solicitan que se las tenga por parte y se les otorgue la vista del incidente a los efectos de ejercer apropiadamente su derecho de defensa (fs. 315/18).

Explican las peticionarias que también se presentaron, a los mismos fines, en los autos principales y solicitaron su intervención como terceros -en los términos del art. 90 del Código Procesal-, ya que mediante la acción judicial impetrada Isenbeck cuestiona la concentración económica aprobada por la autoridad de aplicación, afectando sus intereses legítimos, pues la Resolución N° 5 fue dictada luego de la petición que formularon ante el órgano competente y de la intervención que tuvieron en la instancia administrativa.

Sobre esa base, las presentantes sostienen que cualquier decisión que se dicte con respecto a la Resolución N° 5 -sea para suspender sus efectos,

modificar alguno de sus alcances o disponer su anulación- no puede ser adoptada sin la adecuada audiencia de las empresas involucradas en la operación de concentración económica, como único modo de salvaguardar el ejercicio del derecho de defensa y, consecuentemente, de producir los efectos de la cosa juzgada.

Añaden que en el caso concreto no sólo no existen razones que justifiquen mantener el principio general según el cual las medidas cautelares tramitan *inaudita parte*, habida cuenta de que no podrían realizar acto alguno para frustrar su cumplimiento o para entorpecer la ejecución de la sentencia de fondo, sino que su participación en esta etapa redundaría en un indudable beneficio para el adecuado servicio de justicia en un tema complejo y de matices técnico-económicos, cuya valoración únicamente se puede alcanzar si el Tribunal de alzada cuenta con todos los elementos de juicio apropiados.

Alegan las peticionarias que su intervención previa a la decisión de segunda instancia es la vía más adecuada para garantizar su derecho de defensa y el debido proceso, ya que la posibilidad de interponer el recurso de reposición contra la resolución que se dicte no tiene el mismo alcance, e invocan jurisprudencia que, según dicen, avala su postura.

Finalmente, justifican su pedido de intervención en la circunstancia de que la pretensión de Isenbeck podría tener sustento en que están actuando como empresas fusionadas, en cuyo caso podría existir una superposición con el trámite administrativo posterior a la decisión dictada por esta Sala el 21-12-2004 en la causa 6681/4, el que no se encuentra agotado.

3. Con posterioridad al escrito de fs. 315/18, las presentantes manifiestan que el pedido de vista allí efectuado se tornó abstracto en virtud de que se había admitido la misma solicitud en las actuaciones principales -a cuyo contenido dicen haber tenido acceso-, por lo que limitaron su petición a ser tenidas

como terceros en el presente incidente, en los términos del art. 90, inc. 2, del Código Procesal (fs. 350/62).

Luego de reiterar los argumentos sostenidos en su anterior presentación, las peticionarias precisan los efectos que tendría a su respecto el acogimiento de la medida precautoria pedida por la actora y manifiestan que el Secretario de Coordinación Técnica decidió que las partes notificantes se encuentran habilitadas para llevar adelante la operación de concentración, integrando sus respectivos negocios en todo lo que no haya sido expresamente prohibido por la Autoridad de Aplicación (ver Resolución 169/05, cuya copia acompañan, dictada en virtud de lo dispuesto por esta Sala en la causa 6681/04 el 21-12-2004).

Por último, las presentantes contestan los agravios expresados por la actora en su memorial y solicitan que se declare desierto el recurso de apelación concedido a fs. 242 y, en subsidio, que se confirme la decisión de fs. 230.

4. Así planteada la cuestión, cabe precisar que el art. 198 del Código Procesal dispone que las medidas cautelares se decretarán y cumplirán sin audiencia de la otra parte y que ningún incidente planteado por el destinatario de la medida podrá detener su cumplimiento.

Las peticionarias, sin embargo, argumentan que no hay razones que justifiquen la aplicación de ese principio, pues no existe la posibilidad de que su intervención entorpezca el cumplimiento de la medida. Además, aducen que esa intervención resulta la más adecuada con su derecho de defensa, a la vez que permitiría al Tribunal contar con mayores elementos de juicio para decidir respecto del recurso de apelación interpuesto por la actora contra la resolución que desestimó la medida cautelar solicitada.

En primer término, es pertinente destacar, de acuerdo con el régimen normativo vigente en la materia, que la sola circunstancia de que no exista la

posibilidad de interferencia en la ejecución de la medida precautoria, no hace admisible la intervención previa de sus destinatarios o de quienes pudieran resultar alcanzados por los efectos de la cautela -aún no decretada-, pues el trámite previsto en el art. 198 del Código Procesal tiene por finalidad, no sólo la de evitar cualquier injerencia que obstaculice su cumplimiento, sino la de permitir un pronunciamiento rápido luego de un procedimiento sumarísimo (art. 197) en el que se examina la verosimilitud del derecho pretendido y no la certeza de su existencia, de ahí también que no es necesaria la previa sustanciación ya que no resulta apropiado en ese estado un examen exhaustivo de las relaciones que vinculan a las partes.

5. Ello sentado, corresponde señalar que no se advierte que la intervención de las peticionarias con anterioridad a la decisión que debe adoptar este Tribunal -en virtud del recurso de apelación de la actora- resulte necesaria para asegurar debidamente su derecho de defensa.

En efecto, el referido art. 198 del ritual establece, por un lado, que el trámite previo al dictado de la medida es *inaudita parte*, pero a su vez contempla los medios para garantizar el derecho de defensa de quien pueda resultar afectado por la medida precautoria, habida cuenta de que dispone su notificación y la posibilidad de que se recurra por vía de reposición o de apelación, o bien que se solicite su levantamiento en el caso de que hubieran cesado las circunstancias que determinaron su dictado (art. 202 del Código Procesal). También se puede agregar, en ese sentido, que las medidas se dictan bajo responsabilidad de la parte que las solicita y previa caución por los daños que pudiera ocasionar (art. 199 del ritual).

Las peticionarias invocan que si no se admite la intervención previa que solicitan no tendrían participación en ninguna de las dos instancias ordinarias, y citan un precedente de la Corte Suprema (AThe Coca Cola Company y otros s.

medidas cautelares@, Fallos 318:1711). Pero esta conclusión no es acertada, pues en el hipotético supuesto de que el Tribunal de Alzada revocara la resolución denegatoria de la medida cautelar, esa decisión sería susceptible -como se precisó en el párrafo anterior- de ser revisada por vía de reposición, oportunidad en la que la afectada podría ejercer su derecho de defensa en la instancia ordinaria (*cfr. esta Cámara, Sala I, doctr. causa 2945/01 del 3-7-2001 y esta Sala, causa 6601/02 del 19-9-2002*).

Por otro lado, no es aplicable la doctrina que surge del precedente invocado (Fallos 318:1711) pues, además de que las circunstancias fácticas de ese caso difieren de las que aquí se presentan, la garantía de la doble instancia a la que hace referencia el Alto Tribunal sólo cabe ser interpretada en el sentido de que la Cámara no se puede pronunciar sobre la procedencia de la medida sin que lo hubiera hecho antes el juez de primera instancia, y no de asegurar la intervención de la afectada por la medida cautelar en ambas instancias, como pretenden las peticionarias, máxime cuando fue desestimada por el *a quo* (adviértase que del fallo citado surge que la actora había apelado la declaración de incompetencia del juez y la Cámara no sólo revocó esa resolución sino que dictó la medida cautelar solicitada, aspecto que no había sido decidido en la anterior instancia).

6. Tampoco es aplicable al caso el restante precedente que invocan las peticionarias (CNFed. Cont. Adm., Sala II, ADefensor del Pueblo c. M.E.@, del 4-4-2001, LL 2001-F-417), desde que el Tribunal de Alzada para admitir, en ese supuesto, el traslado de los agravios del actor por el rechazo de la medida cautelar, valoró el particular trámite asignado por el juez antes de dictar esa resolución (vgr. traslado a la demandada para que informe acerca del pedido cautelar, designación de audiencia para que intervinieran las partes y los terceros, admisión del carácter de parte de dichos sujetos); circunstancias que no se presentan en el *sub examine*, ya que la medida precautoria se rechazó *inaudita parte* y la intervención como

terceros se requiere en oportunidad en que esta Sala debe resolver sobre el recurso de apelación interpuesto por la accionante.

Sólo resta agregar que de los escritos presentados no se advierte, en este caso, que la intervención previa pretendida pudiera tener relación directa e inmediata con la necesidad de que el Tribunal cuente con mayores elementos de juicio -a cuyo fin le asisten, de ser necesario, las facultades conferidas en el art. 36 del Código Procesal, en particular respecto de la vinculación que las cuestiones planteadas pudieran tener con las actuaciones administrativas en trámite ante la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia-, sino más bien con la intención de las presentantes de contestar las argumentaciones de la actora expuestas en su memorial de agravios, tal como lo hacen en el punto VII de su escrito de fs. 350/62.

Por los fundamentos expuestos, **SE RESUELVE:** desestimar *in limine* el pedido de intervención en el incidente cautelar en los términos del art. 90 del Código Procesal. En consecuencia, procédase al desglose del escrito de fs. 350/62 y de fs. 363/64, dejándose constancia.

En atención al estado de la causa (ver fs. 254 y 319), previo a resolver, requiéranse las actuaciones principales al juzgado de origen mediante oficio de estilo.

La Dra. Graciela Medina no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia (art. 109 del RJN).

Regístrese, practíquese el desglose ordenado y líbrese el oficio al juzgado de primera instancia.

GUILLERMO ALBERTO ANTELO – RICARDO GUSTAVO RECONDO.