

Voces:

DERECHO DEL CONSUMO ~ Libre competencia ~ Conductas monopólicas y anticompetitivas

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, sala BC. Nac. Penal Económico, sala B

Fecha: 27/03/2001

Partes: Giangrossi, Juan y otros

Cita: TR LALEY 35011926

Sumarios:

1 . Configura una práctica anticompetitiva el pacto por el cual dos empresas que representan el 90% del mercado de cajas metálicas para ataúdes acordaron notificarse previo a cualquier modificación en el precio de venta si de tal modo se restringió el acceso al mercado de otros competidores y se distorsionó la libre formación del precio.

2 . No configura una práctica anticompetitiva el pacto por el cual dos empresas que representan el 90% del mercado de cajas metálicas para ataúdes acordaron notificarse previo a cualquier modificación en el precio de venta si el precio pactado como base no resultó abusivo o no rentable ni limitó el acceso a otros competidores -del voto en disidencia del Dr. Hornos-.

Texto Completo:

2ª INSTANCIA.- Buenos Aires, marzo 27 de 2001.

Vistos:

Los recursos de apelación interpuestos a fs. 466/467 -por Juan Giangrossi-, a fs. 469/vta. -por Kresimir Cettolo-, a fs. 478/485 -por Osvaldo Serra y Roberto López- y a fs. 490/493 -por Osvaldo Pérez Monier, en representación de la Asociación Soldadores Independientes de Pompas Fúnebres, conf. fs. 45/49-, contra la resolución de fs. 428/431 adoptada por el secretario de Industria, Comercio y Minería.

La presentación de fs. 513/515, por la cual el fiscal general de Cámara contestó el traslado conferido por el proveído de fs. 508.

Los Dres. Grabivker y Pizzatelli dijeron:

1) Que, por la resolución de fs. 428/431, se resolvió ordenar a seis de los miembros de la Asociación de Fabricantes de Cajas Metálicas, Ataúdes y Afines -de ahora en más, AFCMAA-, señores Osvaldo H. Serra, Miguel Canfora, Balsie S.R.L., Kresimir J. Cettolo, Juan Giangrossi y Roberto G. López, y a la Asociación Soldadores Independientes de Pompas Fúnebres -de ahora en más, ASISF- el cese de las prácticas anticompetitivas llevadas a cabo y contenidas en los arts. 6 y 16 del convenio celebrado con fecha 1/7/1994 -cuya copia obra a fs. 145/147- con el objeto de disponer el libre acceso al sistema de garantías de la empresa del denunciante (FABIMET) y de toda otra que en el futuro pretenda ingresar en este mercado (conf. art. 26 [Ver Texto](#) , inc. b, ley 22262), por resultar autores responsables de la infracción descripta por el art. 1 [Ver Texto](#) , ley 22262.

2) Que, las conductas investigadas que concluyeron con la sanción que se mencionó por el considerando anterior consistieron, por un lado, en la exclusión de la empresa que gira bajo la denominación FABIMET -empresa dedicada a la fabricación y venta de cajas metálicas para ataúdes- del mercado de cajas metálicas, por la negativa a permitirle participar del sistema de garantías administrado por ASISF y por los miembros de AFCMAA, por medio de un convenio suscripto entre las mencionadas asociaciones -art. 16 del mencionado convenio-; y, por el otro, que por aquel convenio se establecía una cláusula que implicaba una concertación de precios entre las empresas y las asociaciones implicadas -art. 6 del mencionado convenio-; ambas conductas constituirían prácticas concertadas de tipo horizontal con efectos distorsivos de la competencia y con perjuicio para el interés económico general, susceptibles de ser encuadradas en el art. 1 [Ver Texto](#) , ley 22262.

3) Que, en primer lugar, previo a resolver los recursos de apelación se tratarán los planteos de nulidad efectuados por las presentaciones de fs. 478/485 y 490/493 vta.

El planteo de nulidad de la resolución administrativa por falta de fundamentación en el derecho aplicable a los hechos comprobados no puede prosperar, debido a que por la mencionada resolución -por la que se consideró parte integrante de aquélla el dictamen emitido por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia obrante a fs. 409/424, al que se remite por razones de brevedad- se efectuó un análisis crítico de las pruebas para determinar la existencia del hecho y la participación -conf. fs. 411/423-, se establecieron los hechos -conf. fs. 410 y 418/420-, se efectuó un examen técnico-jurídico para su enfoque en el derecho positivo vigente -conf. fs. 420/423-, se expusieron las conclusiones de hecho y de derecho a las que se arribó y se

culminó con la imposición de una de las sanciones previstas por el art. 26 [Ver Texto](#) , ley 22262 -conf. fs. 423/424 y 428/431- (conf. la decisión de esta Cámara, sala 2ª, que fue citada por los recurrentes a fs. 479 y 486 vta./487, "A. Gas S.A. y otros v. AGIP Argentina S.A. y otros s/inf. ley 22262 [Ver Texto](#) ", sent. del 6/4/1990, reg. 79/1990", por la cual se remitió a lo expresado por Clariá Olmedo, Jorge, "Derecho procesal penal", t. III, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1985, p. 242).

Por lo tanto, el mencionado cuestionamiento no puede prosperar debido a que la resolución administrativa se encuentra fundada en las constancias de la causa y en la legislación vigente, consistiendo las críticas efectuadas por el recurrente sobre este punto en meras discrepancias con lo resuelto y con las pruebas tenidas en cuenta, que serán valoradas al examinarse el recurso de apelación.

Por otro lado, con relación al planteo de nulidad por no haberse conferido vista a las partes del dictamen emitido por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, cabe señalar que por el procedimiento previsto por la ley que resulta aplicable no se prevé aquella posibilidad; por lo tanto, aquel planteo tampoco puede prosperar.

Por último, con relación a la invocada omisión de correr vista a las partes de los peritajes practicados durante el sumario, cabe señalar, en el mismo sentido que lo expresado por el fiscal general de Cámara a fs. 514 vta., que mediante la normativa aplicable no se sanciona con la nulidad a la mencionada omisión.

En consecuencia, si se tiene en cuenta el carácter restrictivo y excepcional de la anulación, que la resolución apelada se encuentra suficientemente fundada, que se cumplió con lo prescripto por los arts. 24 [Ver Texto](#) y 26 [Ver Texto](#) , ley 22262; que en definitiva, no se advierte irregularidad del procedimiento llevado a cabo por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia y después por el secretario de Industria, Comercio y Minería que pudiera obstar a la validez de aquél, corresponde rechazar los planteos de nulidad efectuados por las presentaciones de fs. 478/485 vta. y 490/493 vta.

4) Que, con relación a la cuestión de fondo, por el art. 1 [Ver Texto](#) , ley 22262 (que es la aplicable a este caso, conf. art. 58 [Ver Texto](#) , ley 25156) se prescribe que: "están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley, los actos o conductas relacionadas con la producción e intercambio de bienes o servicios, que limiten, restrinjan, o distorsionen la competencia o que constituyan abuso de posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general".

Por el mencionado artículo se enuncian distintas conductas prohibidas, con la finalidad de asegurar el correcto funcionamiento del mercado y de garantizar la defensa de la libre actividad de los particulares (conf. la exposición de motivos de la ley 22262 [Ver Texto](#)).

Mediante la ley 22262 [Ver Texto](#) se pretende evitar las prácticas anticompetitivas con la finalidad de evitar la afectación y procurar el resguardo del bienestar general de la comunidad.

El ámbito de la ley 22262 [Ver Texto](#) es el de los postulados básicos de la actividad económica, cuya fuente ha sido la Ley Sherman (primera ley antimonopólica), sancionada en 1890 en los Estados Unidos de América (también constituyen fuentes la "Clayton Act" y la "Federal Trade Comision"; en la Argentina, los antecedentes de la ley 22262 [Ver Texto](#) son las leyes 11210 [Ver Texto](#) y 12906 [Ver Texto](#)), sobre la cual un autor llegó a expresar que constituye una especie de carta constitucional de la economía, inspirada en la filosofía de la repartición del poder económico y de la libertad de comercio, concretada mediante una conciliación entre las posiciones liberales extremas y las que favorecen el control estatal y las nacionalizaciones (conf. Villegas Cayon, Jaime, "Monopolio y competencia", Madrid, 1970, ps. 189/210).

Es destacable que existen diferencias entre la ley 22262 [Ver Texto](#) y la legislación antimonopólica estadounidense, circunstancia por la cual muchos antecedentes judiciales de aquel país no pueden aplicarse en la República Argentina.

5) Que, de conformidad con la descripción del art. 1 [Ver Texto](#) de la mencionada ley y a los fines de asegurar la tutela del bien jurídico protegido por aquélla, para que una conducta sea pasible de alguna de las sanciones previstas por el art. 26 [Ver Texto](#) debe verificarse la concurrencia de tres elementos generales; por la omisión de alguno de éstos se impide la subsunción de la conducta examinada en el tipo descrito por el citado artículo.

Los elementos mencionados son:

- a) que se trate de comportamientos vinculados con la producción y el intercambio de bienes y servicios;
- b) que por aquellos comportamientos se produzca alguno de los siguientes resultados típicos:
 - b.1) una limitación de la competencia,

b.2) una restricción de la competencia,

b.3) una distorsión de la competencia, o,

b.4) un abuso de posición dominante en un mercado (Hendler, Edmundo, "Comentarios a la Ley de Defensa de la Competencia", RDP, n. 13, Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 311).

Esta norma se complementa con el art. 2, por el cual se define qué se entiende por "posición dominante en un mercado" por parte de una persona o de un conjunto de personas;

c) que exista la posibilidad de un perjuicio para el interés económico general.

6) Que, los elementos que se mencionan por el art. 1 [Ver Texto](#), ley 22262 señalados como a), b) y c) deben ser considerados para determinar si una conducta es punible, o no. Los señalados en el acápite b) son alternativos, pero debe verificarse la concurrencia de alguno de aquéllos; los mencionados en a) y c) son necesarios para que se configure una transgresión a la ley.

Los resultados típicos mencionados en b) pueden ser clasificados en prácticas abusivas y prácticas de exclusión. En el primer grupo se incluirían aquellos actos que implican un ejercicio directo del poder de mercado que se posee, por los cuales se generan, de por sí, rentas monopólicas o monopsónicas y una disminución del excedente total de los agentes económicos. En cambio, las prácticas de exclusión son aquellas mediante las cuales se restringe la competencia por medio de limitaciones u obstáculos que se imponen a competidores reales o potenciales; por ende, generan rentas y reducen el excedente total de modo indirecto.

Esta clasificación está presente en el art. 1 [Ver Texto](#), ley 22262, pues las conductas mencionadas en aquél, como las "...que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia..." pueden identificarse como prácticas de exclusión, en tanto que las incluidas en la categoría de "abuso de posición dominante" son consideradas, en general, prácticas abusivas.

En consecuencia, para que una determinada conducta sea reprochable por aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia debe ser, por un lado, anticompetitiva (por medio de una limitación, una distorsión o una restricción al funcionamiento de un mercado, o del abuso de una posición dominante en aquél); por el otro, debe existir la posibilidad de daño para la comunidad (por atentarse contra el interés económico general).

En la exposición de motivos de la ley 22262 [Ver Texto](#) se aclara que con esta posibilidad se hace referencia a un peligro concreto y no a una simple posibilidad lógica y abstracta. De este modo, como regla general, la aplicación de la ley no se regiría por el principio per se de la sola existencia de actos anticompetitivos, sino que se sustentaría en la llamada "regla de la razón", por la cual se requiere la existencia de efectos económicos negativos para la comunidad. Esto implica cierta influencia de la legislación norteamericana en el tema.

Por otra parte, para que las conductas anticompetitivas previstas por el art. 1 [Ver Texto](#) puedan ser punibles, deben ser efectuadas por un agente económico que posea poder de mercado en alguna actividad y que esté utilizando este poder al llevar a cabo la conducta.

Asimismo, el ejercicio del poder de mercado del cual se trata debería tener aptitud para generar la posibilidad de una reducción del excedente del consumidor.

7) Que, en este caso no se ha cuestionado que la conducta investigada es una de las previstas por el acápite a) del consid. 5 de la presente; en consecuencia, corresponde dar paso al examen de los requisitos contemplados en los aparts. b y c de aquel considerando, es decir, constatar la subsunción, o no, en alguno de los mencionados resultados típicos, y verificar si aquélla tiene entidad para causar, al menos potencialmente, un perjuicio al interés económico general.

8) Que, el concepto de "abuso de posición dominante" se utiliza en la ley 22262 [Ver Texto](#) para tipificar ciertos actos o conductas considerados prácticas anticompetitivas. Este concepto reconoce como antecedente el art. 86 del Tratado de Roma de la Comunidad Europea (1957), entre otros. El concepto mencionado se interpreta de un modo más amplio que el empleado por el art. 2, ley estadounidense Sherman (1890), según el cual se considera ilegal la "monopolización" de un mercado que, en ciertos casos, puede asimilarse a la simple existencia de una posición de dominio (cabe reiterar que, en aquel país, este concepto se complementa con el criterio de la razonabilidad).

En cambio, en las legislaciones europea y argentina, ante la situación de un mercado monopolizado o dominado por una empresa, se penan los abusos que por aquel dominio se pueden originar (conf. Cabanellas, Guillermo [h.], "Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia", Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1983, cap. 5; Soldano, A. y Lanosa, W., "El abuso de posición dominante en la ley 22262 [Ver Texto](#)").

Es decir, si bien con la ley antimonopolio -antecedente de la ley 22262 [Ver Texto](#) - se reprimía la mera conducta consistente en ejercer una posición dominante, mediante la ley 22262 [Ver Texto](#) se reprime el "ejercicio abusivo" de esta posición, sustituyéndose la noción de monopolio, de modo tal que la ilicitud depende del carácter abusivo y no de la situación en sí misma.

En el art. 2 [Ver Texto](#), ley 22262 se define a la posición dominante, pero no la de abuso de aquella posición. No obstante, en la exposición de motivos se hace referencia al núcleo por el cual se pueden definir los comportamientos constitutivos de aquel abuso:

"Se incluye... la figura del abuso de posición dominante... que tiene en cuenta que determinadas conductas anticompetitivas pueden ser consecuencia de decisiones unilaterales fundadas en la posición adquirida de un mercado determinado" (Exposición de Motivos, III. Análisis del articulado, párr. 2°).

El concepto económico que más se relaciona con el de posición dominante es, probablemente, el de "poder de mercado"; por otra parte, el abuso de aquella posición puede, en cierto modo, asimilarse al "ejercicio del poder de mercado".

El poder de mercado puede definirse como la capacidad de un agente económico individual de influir sobre los precios del mercado.

El concepto de posición dominante se relaciona con el de una alta participación de las ventas de una empresa en un mercado. Esta relación resulta relevante en los casos en los cuales la participación tiene un correlato de comportamiento, por el cual la empresa o grupo que posee aquella participación puede -valiéndose de ésta- influir en las decisiones de los competidores. La situación suele producirse en los casos en los cuales la participación en el mercado sea relativamente independiente de las políticas de precios y se debe, en cambio, a la posesión exclusiva de ciertos recursos. En consecuencia, estos elementos son impedimentos a la entrada de otros competidores y obstáculos para la expansión de las ventas de los competidores existentes; por ende, determinan la existencia de una posición de dominio.

Por otro lado, el ejercicio del poder de mercado tiene que ver con decisiones de las empresas para incrementar sus beneficios por medio de acciones que influyen en los precios del mercado. Interpretado con una óptica jurídico-penal, la maximización de beneficios sería el "móvil" que lleva a las empresas a ejercer el poder de mercado que poseen. Cuando para cumplir el móvil se traspasa la línea de lo permitido, la conducta se torna ilícita.

El abuso de posición dominante puede relacionarse con el ejercicio del poder de mercado de una empresa que tiene una posición monopólica o de liderazgo en cierto mercado. Este ejercicio se ve favorecido si el mercado está cerrado a la competencia externa, como también si existen impedimentos a la entrada de nuevos competidores originados en disposiciones legales o contractuales, o en la posesión exclusiva de ciertos recursos.

Por último, una distinción que resulta importante desde el punto de vista de la defensa de la competencia es la que puede establecerse entre el poder de mercado sobre los precios propios y el poder de mercado sobre los precios de los demás agentes económicos. Si este último poder no existe -es decir, si una empresa puede fijar sus propios precios pero sus decisiones no tienen influencia sobre los precios de los competidores-, en principio no podría considerarse que existe posición dominante en el mercado. No obstante, para esta última apreciación debe tenerse presente cómo definir el mercado relevante, pues esta falta de influencia puede obedecer al hecho que los productos de la empresa sean, en rigor, los únicos que existen en el mercado; por lo tanto, se trataría de una situación de monopolio.

9) Que, en consecuencia, corresponde examinar si se verifica la producción de alguno de los resultados típicos mencionados por el consid. 5.b), a los fines de determinar si las cláusulas 6ª y 16ª del mencionado convenio constituyen actos anticompetitivos, susceptibles de subsumirse en alguno de los tipos previstos por el art. 1 [Ver Texto](#), ley 22262.

10) Que, previo a efectuar el juicio de subsunción, resulta oportuno precisar las circunstancias fácticas del caso.

En oportunidad de formular la denuncia que dio origen a estas actuaciones, Diego O. Bidal, titular de la empresa denominada Fabimet, centró los motivos de su agravio en la circunstancia de impedírsele acceder al sistema de garantías convenido entre algunos ex-miembros de la Cámara Argentina de Fabricantes de Cajas Metálicas para Ataúdes -que adoptaron la denominación grupal de Asociación de Fabricantes de Cajas Metálicas, Ataúdes y Afines; AFCMAA- y la Asociación de Soldadores Independientes de Pompas Fúnebres -ASISF-.

Cabe aclarar que, a la época de la denuncia, la cuestión se vinculaba con lo previsto por el convenio firmado con fecha 1/7/1994 entre los integrantes de la AFCMAA y de la ASISF (ver fs. 145/147), más específicamente, con relación a dos cláusulas de este convenio (la 6ª y la 16ª), debido a las cuales se adoptó la resolución que es el motivo del recurso que se examina.

Por la cláusula 6ª del reseñado convenio se estableció que "Las partes se notificarán mutuamente y con quince días de anticipación, todo aumento de precios. A solicitud de cualquiera de ellas se reunirá una comisión integrada por seis miembros (tres de cada parte), para corregir los abusos que alteren gravemente el normal desenvolvimiento del mercado. Se adopta como precio base de la caja metálica el que corresponda a la caja ovalada n. 15, sin vidrio y sin tapizar, según la lista de precios de la firma Cettolo SA. El precio base de las soldaduras será el que resulta de la lista que ASISF remite a las empresas de servicios fúnebres. El precio base de la caja metálica al 1/7/1994 es de \$ 45".

Por la cláusula 16ª del convenio se estableció: "ambas asociaciones se comprometen a no celebrar acuerdos similares con terceros, salvo en el caso que prevé la cláusula 7ª respecto de la extensión del sistema en el interior del país".

11) Que, de conformidad con lo expresado precedentemente y debido a que la ilicitud depende del carácter abusivo y no de la situación en sí misma, cabe destacar que ocupar una posición dominante -como estaría demostrado de las constancias de fs. 411/412, que los miembros de la AFCMAA la ocuparían, en los términos del art. 2 [Ver Texto](#), inc. b, ley 22262- no implica, necesariamente, hacer un uso abusivo de la misma, extremo, que en el sub iudice, no habría sido acreditado fehacientemente.

Por lo tanto, no estaría probado que la conducta investigada tendría entidad para causar el resultado típico mencionado por el consid. 5.b.4, es decir, un abuso de posición dominante en un mercado.

12) Que, sin embargo, cabe señalar que, las conductas lesivas para la competencia pueden ser muy diversas, pero una de las más comunes es aquella por la cual se tiende a la fijación de precios pues, de esta manera, el precio pierde su función esencial -ser el punto de equilibrio entre la oferta y la demanda- convirtiéndose en una condición rígida que debe ser suplida por el comerciante que no quiere verse excluido del mercado (conf. C. Nac. Penal Económico, sala 3ª, causa "Centro de Industriales Panaderos Buenos Aires s/inf. ley 22262 [Ver Texto](#)", sent. del 29/10/1987).

13) Que, en general, según los criterios receptados por ley 22262 [Ver Texto](#), los actos -como los investigados en esta causa-, mediante los cuales se altera o se interfiere en la libertad para la formación y/o la determinación de los precios en el mercado, atentan contra la libre competencia.

Por medio de la Ley de Defensa de la Competencia [Ver Texto](#) se previó la intervención del Estado, no sólo para sancionar aquellas conductas sino, también, para removerlas, con la finalidad de eliminar la distorsión producida o que se pudiera producir, y restablecer la libre competencia. En este sentido, cuando los precios son producto de actos que producen distorsiones del mercado, como las que se advierten en el sub examine, corresponde corregir la distorsión contraria a derecho aplicando la ley 22262 [Ver Texto](#). En la exposición de motivos de este ordenamiento no se dejó lugar a dudas en cuanto a la posibilidad e, incluso, la necesidad de utilizar la norma cuando los precios son el resultado de aquellos proceder indebidos:

"El proyecto es además instrumento indispensable para desarrollar una efectiva política de precios. Esta legislación demuestra que el Estado no se desentiende de lo que puede ocurrir en los mercados, en la inteligencia que allí se determinan los precios: por esto un adecuado régimen de concurrencia a aquéllos -los mercados- es condición indispensable para instaurar la libertad de éstos -los precios-.

"Se produce así una redefinición del papel del Estado y de la iniciativa privada, en cuya virtud mientras se reconoce que ésta es la verdadera fuerza impulsora de la economía, se subraya la misión ineludible del Estado de asegurar el correcto funcionamiento del mercado. Con esto queda garantizada la defensa de la libre actividad de los particulares" (Exposición de Motivos, I. Introducción, párr. 2º).

14) Que, no puede evitarse aceptar que, al aplicar la ley 22262 [Ver Texto](#) a este caso, el Estado, en alguna medida, está interviniendo para que los precios no sean el resultado de las actitudes de distorsión, y poder garantizar, así, la verdadera libre concurrencia de los agentes económicos al mercado. Según la óptica tenida en mira para dictar la norma, aquella actividad estatal se impone en casos como el examinado para que exista "...una efectiva política de precios...".

Respecto de aquella posibilidad del Estado de intervenir mencionada por el párrafo anterior, la valoración de la mencionada atribución es una cuestión de política legislativa ajena a la función judicial. La Corte Sup. ha

establecido desde antiguo, de manera reiterada y pacífica, que "...la misión más delicada del Poder Judicial es mantenerse dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes, toda vez que el judicial es el llamado por la ley para sostener la observancia de la Constitución Nacional, y de ahí que un avance de este poder en desmedro de las facultades de los demás revestiría la mayor gravedad para la armonía constitucional y el orden público" (doctrina de Fallos 311:2580 [Ver Texto](#) ; 314:1091 [Ver Texto](#) ; 317:126 [Ver Texto](#) ; 320:2851 [Ver Texto](#) ; 321:1187 [Ver Texto](#) y 1252 [Ver Texto](#) ; 322:528 [Ver Texto](#)). El Poder Judicial debe aplicar las normas, con total independencia de la opinión, del agrado o del desagrado del tribunal interviniente con relación a las razones que tuvo en mira el legislador al dictarlas, o al contenido mismo de las disposiciones sancionadas. Sólo en el caso en el cual mediante la aplicación de la norma se vulnera la Constitución Nacional, el Poder Judicial debe abstenerse de aplicar la disposición. Aun así, "...la declaración de inconstitucionalidad (expresa o implícita) de alguna de éstas (las normas) es un acto de suma gravedad institucional, ya que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas -es decir, dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos por la Ley Fundamental- gozan de una presunción de legitimidad que, en principio, opera plenamente, y que obliga a ejercer aquella extrema atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la cláusula constitucional fuese manifiesta, clara e indudable; de lo contrario, se desequilibraría el sistema constitucional de los tres poderes, que no está fundado en que la posibilidad de que cada uno de ellos actúe destruyendo la función de los otros, sino en que lo haga con la armonía que se exige para el cumplimiento de los fines del Estado, para lo cual se requiere el respeto de las normas constitucionales y del poder encargado de dictar la ley (Fallos 226:688 [Ver Texto](#); 242:73 [Ver Texto](#) ; 285:369 [Ver Texto](#); 300:241 [Ver Texto](#) y 1087 [Ver Texto](#); 314:424 [Ver Texto](#) ; entre muchos otros) (conf. esta sala B, reg. 56, fº 80, rta. el 9/3/1998, consid. 8; entre otros). De todos modos, ninguna norma y ningún acto (generales o particulares) de los involucrados en el sub lite se encuentra en pugna con la Constitución Nacional.

Por otra parte, concurrir verdaderamente al mercado implica hacerlo en condiciones y con reales posibilidades de poder competir libremente. Concurrir -en los términos de la Exposición de Motivos de la ley 22262 [Ver Texto](#) - no es solamente "aparecer" en el mercado, sino tener la posibilidad concreta de competir con libertad. Esta libertad no es, tan sólo, la "declarada" normativamente, sino la libertad real, de decisión y de acción. No hay verdadera libertad cuando, de hecho, quien pretende "competir" con quienes tienen posición dominante, a raíz de la actividad de estos últimos sólo puede fijar los precios como resultado de una suerte de inevitables actos de adhesión.

15) Que, por lo tanto, cualquier tipo de situación que altere o interfiera la necesaria libertad en la formación y/o determinación de los precios en el mercado -como la prevista por el art. 6 del mencionado convenio-, es de por sí predatoria y atenta contra la libre competencia, que es la base del sistema, mas no por la circunstancia que por el mencionado convenio se fijó un precio más alto que el del denunciante, sino por la imposibilidad de que aquél sea modificado con relación a un precio base estipulado (conf. fs. 145), oponiéndose, de este modo, a que aquél sea producto del libre juego de la oferta y la demanda del mercado.

Los precios constituyen el elemento central de los mercados; como regla general, toda conducta que afecte la concurrencia con relación a la determinación de los precios constituye un acto anticompetitivo susceptible de encuadrar en las prohibiciones del art. 1. Tales actos anticompetitivos resultan de comportamientos que afecten la independencia de los competidores con relación a la determinación de los precios, o que tiendan a limitarla mediante la obstaculización del acceso de la concurrencia al mercado o debilitando la libertad de elección de compradores y vendedores (Cabanellas, Guillermo [h.], "Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia" cit., p. 323).

Por lo tanto, queda acreditado por lo menos uno de los resultados típicos que se mencionaron por el consid. 5 de la presente, cuya alternatividad implica que sólo es necesario que se advierta uno de los supuestos para la configuración del hecho ilícito (Navarro, Guillermo R., "Delitos de deslealtad en el comercio y la industria", Pensamiento Jurídico Editora, Buenos Aires, p. 228); en este caso, es el de "restricción de la competencia" (conf. b.2).

16) Que, además, la conducta investigada que se relaciona con el art. 16 del mencionado convenio -al cual se hizo alusión por el consid. 10 in fine de la presente- constituye una conducta restrictiva de la competencia, debido a que por aquélla se impondrían impedimentos al ingreso de competidores alternativos, para que aquéllos puedan ofrecer una garantía equivalente a la que ofrecen los miembros de la AFCMAA, garantía que por la disposición 50/76 de la Dirección de Cementerios se exige a las empresas de servicios fúnebres y deben tener una duración de 15 años (conf. declaración del presidente de la ASIPF de fs. 148 y de un socio de una empresa de servicios fúnebres obrante a fs. 135).

Dadas las circunstancias de funcionamiento del mercado, de hecho se encuentra obstruido el acceso a

aquellas empresas para ofrecer, en términos similares, la mencionada garantía (conf. fs. 418/419, consids. 5.4 y 5.5).

En el sub lite, se daría un caso de restricción horizontal, es decir aquel que tiene lugar entre empresas que operan en igual nivel productivo y en el mismo mercado, y que afecta, asimismo, el mismo "lado" del mercado (Cabanellas, Guillermo [h.], "Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia" cit., p. 329 y ss.).

17) Que, por otra parte, la creación de barreras de acceso a aquel mercado -como se señaló a fs. 411/412, los miembros de la AFCMAA, detentan casi el 90% del mercado- de hecho también constituye una competencia que no es libre debido a que, como consecuencia de la mencionada práctica, se afecta el mercado de cajas metálicas para ataúdes y el de servicios de soldaduras de dichas cajas en sí pues la aplicación de las citadas cláusulas del mencionado convenio produce que empresas como FABIMET, a las cuales no se les permite el ingreso a aquellas asociaciones o participar de los mencionados convenios -pese a los reiterados pedidos de la denunciante para que se le permita formar parte del mencionado convenio, solicitudes que no tuvieron recepción favorable, conf. fs. 418, consid. 5.3 y Anexo 1.C-, de hecho están forzadas a reducir su ámbito de operación, o incluso, a abandonar el mencionado mercado, con afectación del interés económico general, debido a que se impediría al consumidor que desee requerir los servicios de alguna de las empresas que se excluyeron del mencionado convenio, que pueda acceder a aquéllas.

18) Que, en el sub lite, al haberse acreditado que la conducta investigada es, inequívocamente, una de las mencionadas por el consid. 5, apart. a de la presente (comportamientos vinculados con la producción y el intercambio de bienes y servicios) y que se produjo el resultado típico contemplado en el apart. b.2 de aquel considerando (restricción de la competencia), corresponde verificar si el comportamiento descripto precedentemente tuvo entidad para causar la posibilidad de perjuicio al interés económico general.

Sobre este punto, la Corte Sup. ha establecido que mediante el art. 1 [Ver Texto](#), ley 22262 se sancionan conductas por las cuales pueda resultar perjuicio para el interés económico general, es decir que no se requiere, necesariamente, que aquel gravamen exista, sino solamente que el proceder tenga aptitud para provocarlo (doctrina de Fallos 316:2561 [Ver Texto](#)).

19) Que, a los fines de precisar qué se entiende por "interés económico general", corresponde destacar que los elementos que lo constituyen son numerosos y tienen valor sustitutivo el uno del otro, según surge de la aplicación del art. 1 [Ver Texto](#), Ley de Defensa de la Competencia 22262. Si existiera algún elemento de los que hacen al interés económico general que tuviera una trascendencia o un valor significativamente mayor que los demás, podría utilizárselo para reemplazar el concepto notablemente amplio y de difícil aplicación desde el punto de vista jurídico incluido en el art. 1 [Ver Texto](#) in fine, Ley de Defensa de la Competencia (Cabanellas, Guillermo [h.], "Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia", Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1983, ps. 178, 211-213; Soldano, A. y Lanosa, W., "El interés económico general en la Ley de Defensa de la Competencia", LL 1993-LVII-248, ps. 1/2).

Por lo tanto, para determinar los límites y los alcances del concepto "interés económico general", el juzgador tiene amplias facultades de interpretación y de valoración.

En efecto, con relación a la pretendida amplitud de la expresión "interés económico general", la aplicación de una disposición legal a un caso concreto no constituye una labor mecánica y automática; por el contrario, presupone un paso previo consistente en la interpretación, cuyo carácter inexorable deriva, tanto de la misma imprecisión de las palabras, como de la natural imposibilidad de establecer regulaciones y de proporcionar soluciones preestablecidas mediante reglas abstractas, para todos y cada uno de los casos concretos que se presentasen en el futuro (conf. Maier, Julio B. J., "Derecho procesal penal", t. I, Fundamentos, Editores del Puerto, 1996, p. 198 y ss.).

Por lo demás, es útil poner de relieve que "...no hay un solo caso resuelto en el cual no sea necesaria la construcción y acoplamiento sistemático de preceptos diferentes..." (conf. Soler, Sebastián, "La interpretación de la ley", t. XVII, Ed. Ariel, Barcelona, 1962, ps. 162 y 163, cit. por Maier en "Derecho procesal penal", t. I, Fundamentos, p. 201).

20) Que, desde el punto de vista económico, parece más sencillo encontrar una definición del concepto "interés económico general".

En este sentido, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia estableció, por una primera línea interpretativa, la identidad entre el interés económico general y la libre competencia (conf. dictámenes en autos "Ifrisa S.A. v. YPF y Escal S.A."; "Asociación de Empresas de Servicios Fúnebres y Afines de Villa María -Córdoba- v. Cooperativas de Electricidad de Almafuerte y otras"; "Poliequipos CIIMS S.A. v. Igarreta S.A.");

todos por infracción a la ley 22262 [Ver Texto](#) ; entre otros. Asimismo, la C. Nac. Penal Económico, sala 3ª, en la causa "Gorino, Luis y Asociados S.A. s/inf. ley 22262 [Ver Texto](#) ", sent. del 2/8/1992).

Por una segunda línea, el organismo administrativo dictaminó que el interés económico general es equivalente a la utilidad que la comunidad recibe de la conducta a ser evaluada (conf. dictamen en autos "Fiscalía Nacional de Investigación Administrativa s/denuncia v. Great Lakes Carbon Corporation y otra s/ley 22262 [Ver Texto](#) "; entre otros).

En esta segunda acepción, de conformidad con lo expresado por esta sala B, "...el interés económico general, debe ser entendido como el interés de la comunidad, y no el de determinados agentes económicos... Esto resulta así pues la expresión legal "de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general" se refiere a las expectativas o derechos de contenido económico de una multiplicidad o pluralidad de personas que son las que constituyen el sector de los consumidores" (conf. reg. 862/98).

21) Que, en el sub lite, se verifica el posible perjuicio al interés económico general en cualesquiera de las dos acepciones precedentemente mencionadas.

En efecto, con relación a la cláusula 6ª del citado convenio, como bien se señaló por la resolución apelada, cabe resaltar que la comunicación de precios entre competidores puede constituir un elemento importante en una eventual concertación entre competidores que derive en precios de venta más altos de las cajas metálicas, por lo que existiría una menor utilidad que los consumidores reciben como consecuencia de aquella cláusula.

22) Que, por otro lado, el ilegítimo y arbitrario manejo del tema de la garantía por parte de la AFCMAA y la ASISF de hecho ocasionaría la paulatina desaparición de los pequeños fabricantes (aquellos excluidos del convenio mencionado, que en total reunirían el 10% del mercado, incluyendo a FABIMET, según constancias de fs. 411/412), y la concentración del mercado en, prácticamente, muy pocos fabricantes, con el consiguiente perjuicio de las expectativas o derechos de contenido económico de una multiplicidad o pluralidad de personas, que son las que constituyen el sector de los consumidores -quienes tendrían menores posibilidades de elección- con evidente afectación del interés económico general.

En consecuencia, no estaría solamente en juego el interés personal del denunciante -en cuyo caso se excedería el marco reconocido por la Ley de Defensa de la Competencia; conf. C. Nac. Penal Económico, sala B; regs. 462/96 y 58/98-, sino también el de una multiplicidad de personas.

En efecto, los demandantes de cajas metálicas para ataúdes son exclusivamente empresas de servicios fúnebres, que las utilizan como un insumo del servicio que proveen. No obstante, la demanda de cajas metálicas para ataúdes de las empresas de servicios fúnebres es derivada, pues proviene de una demanda final por servicios fúnebres cuyos peticionarios son los deudos de las personas que fallecen y que son enterradas en nichos y bóvedas.

23) Que, la Corte Sup. ha establecido que, mediante el art. 1 [Ver Texto](#) , ley 22262 se sancionan conductas de las que pueda resultar perjuicio para el interés económico general, es decir que no se requiere, necesariamente, que aquel gravamen exista, sino que el proceder tenga aptitud para provocarlo (conf. el fallo de la Corte Sup. citado por el consid. 18 de la presente). En esta causa, el convenio, con relación a las aludidas cláusulas, tiene entidad (por lo menos en el mediano y el largo plazo) para vulnerar aquel bien jurídico.

En el sub examine, mediante las cuestionadas cláusulas, existió una restricción de la competencia, impidiéndose los adecuados funcionamiento y aplicación de las leyes de mercado.

En efecto, en este marco, resulta nítida la posibilidad de perjuicio al "interés económico general" que se exige por el art. 1 [Ver Texto](#) , ley 22262. Aunque con una visión sólo superficial pudiera parecer poco clara, esta posibilidad de perjuicio es el peligro concreto que se exige por la norma, de conformidad con la recordada decisión de la Corte Sup., por la cual no se requiere, necesariamente, que el perjuicio al "interés económico general" exista, sino que el proceder examinado sólo tenga aptitud para provocarlo; este elemento se verificó en el sub lite.

24) Que, probada la restricción a la competencia por parte de los firmantes del cuestionado convenio por medio de las aludidas cláusulas (ver fs. 145/147) y también el posible perjuicio al interés económico general, resta determinar que aquel posible perjuicio es consecuencia de lo estipulado por el mencionado convenio.

En efecto, para que se tipifique el hecho ilícito en los términos del art. 1 [Ver Texto](#) , ley 22262, además del cumplimiento de los recaudos mencionados por el consid. 5 de la presente (de conformidad con las consideraciones anteriores) se debe advertir la relación de causalidad entre la restricción a la competencia y la posibilidad de perjuicio para el interés económico general.

Mediante un examen de las constancias reunidas en el legajo principal, y de las consideraciones efectuadas precedentemente, se constató que las conductas investigadas tienen entidad para producir el resultado típico mencionado por el consid. 5, apart. b.2 de la presente, es decir, restricción de la competencia con posible afectación al interés económico general; por lo tanto, aquella actividad se adecua al tipo previsto por el art. 1 [Ver Texto](#), ley 22262.

25) Que, la medida de cese dispuesta por el secretario de Comercio no afecta la libertad de contratación, desde que aquella medida sancionatoria -en cuanto se vincula con el cese de la conducta prevista por la cláusula 16ª del mencionado convenio- significa que no se deberá impedir celebrar acuerdos similares con terceros, pero siempre y cuando se cumplan con las demás pautas establecidas por el mencionado convenio como, por ejemplo, que la fabricación de las cajas metálicas sea efectuada bajo determinadas normas técnicas.

26) Que, el sustento normativo de la sanción impuesta surge, con nitidez, del art. 26 [Ver Texto](#), inc. b de la repetidamente citada ley 22262. La autoridad administrativa actuó dentro del marco de las atribuciones que se le otorgan por aquella norma, con la finalidad de hacer cumplir la ley.

Por la medida de cese ordenada no se vulneró disposición constitucional alguna, pues ninguno de los derechos y garantías constitucionales que se pretenden involucrar (de comercio e industria, de contratar, que forman parte de la libertad económica) son absolutos, debido a que aquéllos se ejercen con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio (art. 14 [Ver Texto](#), CN.).

En efecto, en este sentido, la Corte Sup. ha establecido (también desde antiguo y de manera pacífica) que por la Constitución Nacional no se imponen derechos absolutos (Fallos 304:319 [Ver Texto](#), 312:318 [Ver Texto](#); entre otros), ni aquéllos tienen, en sí, tal carácter (Fallos 304:1293 [Ver Texto](#)). Es más, según el alto tribunal, la admisión de un derecho ilimitado significaría "una concepción antisocial", aunque el Congreso no hubiese dictado todavía la norma reglamentaria de aquel derecho (Fallos 254:56 [Ver Texto](#); conf. las citas de Sagüés, Néstor, "Elementos de derecho constitucional", t. II, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 398).

Por la sanción en cuestión tampoco se transgreden disposiciones de derecho privado. De todos modos, obviamente, estas últimas resultan desplazadas por la normativa rectora de la conducta juzgada (la ley 22262 [Ver Texto](#)), que es de derecho público y de naturaleza penal. Por el contrario, en el sub examine sólo puede confirmarse lo resuelto por el organismo estatal porque éste actuó conforme a derecho, con sustento en las normas específicas del ordenamiento aplicable.

27) Que, en consecuencia, con relación a la medida de cese dispuesta, no puede considerarse que aquella podría constituir alguna suerte de afectación a la libertad de contratación, pues, en este caso, el Estado sólo ha intervenido mediante la autoridad de aplicación (que dictó la resolución apelada) para corregir y sancionar las conductas distorsivas e ilícitas. En este sentido, debe recordarse, nuevamente, la óptica que se tuvo en mira al sancionar la ley 22262 [Ver Texto](#), en cuanto a que ésta "...es además instrumento indispensable para desarrollar una efectiva política de precios" como modo de defender la libre competencia, y que "...el Estado no se desentiende de lo que puede ocurrir en los mercados, en la inteligencia que allí se determinan los precios..." (conf. la Exposición de Motivos de la ley 22262 [Ver Texto](#) y el consid. 13 de la presente).

Por el contrario, la fijación de un precio base y la estipulación de impedir contratar con terceros, que llevaron adelante los imputados mediante la celebración del cuestionado convenio, no se limitó al mero "uso" del poder de mercado de aquélla, sino que consistió, precisamente por la posición dominante de aquéllos en el mercado, en una ostensible restricción a la competencia en los términos de la normativa aplicable, obviamente censurable.

Por lo tanto, al resolver como lo hizo, la autoridad administrativa actuó conforme a derecho y dentro del marco de sus atribuciones.

28) Que, respecto de lo expresado por Kresimir J. Cettolo a fs. 469 vta., con relación a que aquél no se dedicó más al rubro de las cajas metálicas desde junio de 1994, aquellos dichos no resultan corroborados por lo suscripto por aquél en el convenio en cuestión -cuyas cláusulas 6ª y 16ª fueron consideradas anticompetitivas- con fecha 1/7/1994 -conf. fs. 145/147-.

A todo evento, cabe señalar que el mencionado convenio fue suscripto por Kresimir J. Cettolo, en representación de Cettolo S.A. -conf. fs. 145-. Por lo tanto, si en la actualidad aquél no siguiera integrando la citada sociedad, extremo que deberá ser acreditado, el cese de las prácticas anticompetitivas que fue dispuesto por el secretario de Industria, Comercio y Minería se debería hacer extensivo sólo a aquella empresa.

29) Que, en consecuencia, por todo lo establecido, y mediante un análisis de las constancias reunidas en el

legajo principal, resulta que las conductas investigadas tienen entidad para producir el resultado típico mencionado por el consid. 5.b.2 de la presente, con afectación al interés económico general; por lo tanto, la resolución apelada se encuentra ajustada a derecho.

El Dr. Hornos dijo:

1) Que, por la resolución de fs. 428/431, se resolvió ordenar a seis de los miembros de la Asociación de Fabricantes de Cajas Metálicas, Ataúdes y Afines (AFCMAA), Sres. Osvaldo H. Serra, Miguel Canfora, Balsie S.R.L., Kresimir J. Cettolo, Juan Giangrossi y Roberto G. López, y a la Asociación Soldadores Independientes de Pompas Fúnebres (ASISF) el cese de las prácticas anticompetitivas llevadas a cabo y contenidas en los arts. 6 y 16 del convenio celebrado con fecha 1/7/1994 -cuya copia obra a fs. 145/147-, con el objeto de disponer el libre acceso al sistema de garantías de la empresa del denunciante (FABIMET) y de toda otra que en el futuro pretenda ingresar en este mercado (conf. art. 26 [Ver Texto](#), inc. b, ley 22262) por resultar autores responsables de infracción contemplada en el art. 1 [Ver Texto](#), ley 22262.

2) Que, en primer lugar, y previo al tratamiento de los recursos de apelación, corresponde considerar los planteos de nulidad efectuados por las presentaciones de fs. 478/485 y 490/493 vta.

3) Que el planteo de nulidad de la resolución administrativa 599/598 dictada por el secretario de Industria, Comercio y Minería, por su falta de fundamentación en el derecho aplicable a los hechos comprobados, no puede prosperar, debido a que por la mencionada resolución, en la que por razones de brevedad se consideró parte integrante de aquélla el dictamen emitido por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia obrante a fs. 409/424, por el que se efectuó un análisis crítico de las pruebas para determinar la existencia de los hechos y su significación jurídica, se efectuó un examen técnico-jurídico para el enfoque de los hechos en el derecho positivo vigente y se expusieron las conclusiones de hecho y de derecho a las que se arriba, lo que guarda conformidad con lo expresado por el antecedente de esta Cámara que fue citado por los recurrentes a fs. 479 y 486 vta. (sala 2ª, "A. Gas S.A. y otros v. AGIP Argentina S.A. y otros s/inf. ley 22262 [Ver Texto](#)", reg. 79/1990, sent. del 6/4/1990) por el que se efectuó una remisión a lo expresado por Clariá Olmedo, Jorge, "Derecho procesal penal", t. III, p. 242 (conf. fs. 419/424).

4) Que, el planteo de nulidad por no haberse corrido vista a las partes del dictamen emitido por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, tampoco puede prosperar toda vez que el procedimiento previsto por la ley que resulta aplicable no se exige aquella medida como condición de validez de la resolución.

5) Que, con relación a la invocada omisión de correr vista a las partes de los peritajes practicados durante el sumario, cabe señalar, en el mismo sentido que lo expresado por el fiscal general de Cámara a fs. 514 vta., que la normativa aplicable no sanciona con nulidad la mencionada omisión.

En consecuencia, si se tiene en consideración el principio que acuerda carácter restrictivo y excepcional a las nulidades, la resolución apelada se encuentra suficientemente fundada y se cumplió con lo prescripto por los arts. 24 [Ver Texto](#) y 26 [Ver Texto](#), ley 22262, por lo que corresponderá, por los motivos expresados precedentemente, rechazar los planteos de nulidad efectuados por las presentaciones de fs. 478/485 vta. y 490/493 vta.

6) Que en oportunidad de formular la denuncia que diera origen a estas actuaciones, Diego O. Bidal, titular de FABIMET, centró los motivos de su agravio en la circunstancia de impedirle acceder al sistema de garantías convenido entre la Cámara Argentina de Fabricantes de Cajas Metálicas para Ataúdes (CAFCA) y la Asociación de Soldadores Independientes de Pompas Fúnebres (ASISF).

Es preciso señalar para la claridad de la presente que, a la época de la denuncia, la cuestión se vinculaba a lo previsto por el convenio firmado con fecha 1/7/1994 entre la Asociación de Soldadores Independientes de Servicios Fúnebres (ASISF) y los integrantes de la Asociación de Fabricantes de Cajas Metálicas, Ataúdes y Afines (AFCMAA) que lo suscribieron (ver fs. 145/147 y 163/165) y que con relación a dos cláusulas de este convenio se adopta la resolución motivo del recurso en tratamiento.

7) Que, por la cláusula 6ª del convenio recién indicado se establece que "Las partes se notificarán mutuamente y con quince días de anticipación, todo aumento de precios. A solicitud de cualquiera de ellas se reunirá una comisión integrada por seis miembros (tres de cada parte), para corregir los abusos que alteren gravemente el normal desenvolvimiento del mercado. Se adopta como precio base de la caja metálica el que corresponda a la caja ovalada n. 15, sin vidrio y sin tapizar, según la lista de precios de la firma Cettolo SA. El precio base de las soldaduras será el que resulta de la lista que ASISF remite a las empresas de servicios fúnebres. El precio base de la caja metálica al 1/7/1994 es de \$ 45" (fs. 145/147 y 163/165, dejándose constancia que la última frase se encuentra manuscrita y existe un salvado final).

8) Que con relación a la presunta infracción al art. 1 [Ver Texto](#) , ley 22262 por la suscripción y la observancia de tal cláusula, corresponde establecer:

a) No se produjo en el sumario prueba alguna tendiente a demostrar que la misma resulte perjudicial para el bien jurídico protegido por aquella norma.

"El bien jurídico que se protege por la norma aplicada, genéricamente identificable como 'la competencia', puede ser conceptualizado como la puja o disputa entre dos o más personas con relación a una tercera, respecto de la oferta de una cosa o servicio" (sala B, in re "Editorial Amfin S.A. s/denuncia s/ley 22262 [Ver Texto](#) " [Ver Texto](#) , reg. 862/98, rta. el 9/11/1998).

b) La potencialidad del perjuicio para el interés económico general, estimado suficiente por la Corte Sup. a los fines de la infracción a la norma ("Gas S.A. y otros v. Agip Argentina S.A.", rta. el 23/9/1993), no surge de la letra de lo convenido, ni podría ocasionarlo la práctica de lo acordado.

A este tenor basta con advertir que lo que se pretende con la cláusula es evitar aumentos de precios, y corregir abusos que puedan alterar gravemente el desenvolvimiento del mercado, extremos que pueden estimarse favorables al interés económico general.

c) Por lo demás, no se ha demostrado que el precio base de las cajas metálicas convenido resulta abusivo o no rentable, y, consecuentemente, límite, restrinja distorsione la competencia y pueda ocasionar perjuicio al interés económico en general.

"Si la competencia tiene lugar entre empresas comerciales, y se vincula a la venta de cosas o servicios, es de la esencia de la libre y legítima competencia que cada una de aquéllas procurará vender la mayor cantidad de cosas o servicios, sin que en tales conductas pueda encontrarse infracción a los preceptos legales que aquí se tratan, siempre que no se verifique que el precio de venta no resulte redituable para el vendedor" (causa "Editorial Amfin" [Ver Texto](#) , ya citada).

d) La garantía de que se trata se otorga gratuitamente y resulta onerosa para sus otorgantes (cláusulas 3ª y 10ª del convenio).

e) El interés económico general "debe ser entendido como el interés de la comunidad, y no el de determinados agentes económicos. Esto resulta así pues la expresión legal 'de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general' se refiere a las expectativas o derechos de contenido económico de una multiplicidad o pluralidad de personas que son las que constituyen el sector de los consumidores" (sala B, in re "Editorial Amfin S.A. s/denuncia s/ley 22262 [Ver Texto](#) " [Ver Texto](#) , reg. 862/98, rta. el 9/11/1998).

9) Que esta sala B, ya ha expresado que "frente a las características de generalidad de afectación que reclama el bien jurídico tutelado por la normativa de que se trata, el interés del particular no puede ir más allá del reconocido por la Ley de Defensa de la Competencia para procurar el inicio de la etapa investigativa (art. 17 [Ver Texto](#)) y/o para poner en movimiento el mecanismo impugnativo (art. 19 [Ver Texto](#) del mismo texto legal), pero como bien lo precisa la exposición de motivos de la ley 22262 `...no puede olvidarse que el primer afectado por cualquier acción lesiva para la competencia es el interés económico general'. Tal afectación, como ya se sostuviera, no se acredita por los hechos de autos" (voto del suscripto in re "Oscar I. Segal s/dcia. v. Billone y otros s/ley 22262 [Ver Texto](#) ", reg. 462/96, rta. el 3/9/1996, y en los mismo términos voto del Dr. Pizzatelli in re "Puigmartí y Cía. S.A.C.I.F. s/denuncia v. Ford Argentina, Volkswagen Argentina S.A., Autolatina Argentina S.A. s/inf. ley 22262 [Ver Texto](#) ", reg. 58/98, rta. el 9/3/1998).

10) Que, en las condiciones que se han considerado precedentemente, no puede concluirse en que se ha infringido la norma prevista por el art. 1 [Ver Texto](#) , ley 22262, en lo que a la cláusula 6ª del convenio cuestionado se refiere.

11) Que por la cláusula 16ª del convenio se estableció: "Ambas asociaciones se comprometen a no celebrar acuerdos similares con terceros, salvo en el caso que prevé la cláusula 7ª respecto de la extensión del sistema en el interior del país".

12) Que el convenio, conforme se desprende de la cláusula 1ª, tiene por objeto instituir un sistema de garantía de las cajas metálicas y de soldaduras de ataúdes.

Aquel objeto no resulta ilícito, y no sólo no ha sido cuestionado por el denunciante, ni por quien suscribe la resolución que se revisa, sino que, por el contrario, lo que ambos pretenden es que puedan integrarse al convenio terceras personas, por lo que al respecto no resulta necesaria otra consideración.

13) Que la prueba de autos no ha demostrado que, por la firma y la práctica del convenio se excluya del

mercado a aquellos que no resultan parte del mismo.

Por el contrario, y si bien cabe poner de resalto la escasa profundidad de la encuesta y el pobre aporte probatorio reunido en la etapa investigativa, del mismo pueden extraerse distintas conclusiones, que no me permiten acreditar la infracción imputada:

a) no se demostró que las empresas que fabrican ataúdes o las de pompas fúnebres exijan como condición para adquirir cajas metálicas la garantía prevista por el convenio;

b) no todos los procedimientos de fabricación son iguales, por lo que no puede pretenderse la misma garantía para todas las cajas metálicas;

c) los escuchados en autos (fs. 250 y 259) compran cajas metálicas a FABIMET, aun sin aquella garantía;

d) la circunstancia de no formar parte del convenio no implica que FABIMET no pueda otorgar algún tipo de garantía por la conservación de las cajas metálicas que vende, para no estar en supuesta situación de desventaja respecto de aquellos que lo firmaron;

e) las empresas de sepelios no están obligadas a utilizar los servicios de los asociados a la ASISF (fs. 350), lo que permite sostener que por esta vía tampoco se produce la marginación comercial denunciada;

f) existen empresas de servicios fúnebres que no pretenden garantías de terceros, sino que otorgan una garantía propia (fs. 350), por lo que respecto de aquellas empresas que se encuentran en esta condición tampoco hay limitación alguna.

14) Que, "las libertades de contratar, de comercio e industria, de ejercer profesiones liberales y de toda actividad susceptible de producir bienes, quedan englobadas en la libertad económica cuando persiguen una finalidad de tal índole" (Badeni, Gregorio, "Derecho constitucional. Libertades y garantías", Ed. Ad-Hoc, 1993, p. 337) y cuando personas o asociaciones convienen en otorgar particulares garantías para los bienes o los servicios que ofrecen, resulta violatorio de la libertad de contratación y por lo tanto de la libertad económica, de inequívoca raigambre constitucional, imponerles la obligación de hacer participar a terceras personas en lo convenido entre partes, cuando por lo pactado, como ocurre en el caso de autos, no puede producirse un perjuicio para el interés económico general.

15) Que, como es sabido, las garantías y los derechos constitucionales no resultan absolutos, y así lo expresa la propia Constitución Nacional al indicarlos como sujetos a las leyes que reglamentan su ejercicio (art. 14 [Ver Texto](#)).

Sin embargo, la propia Carta Magna fija los límites de la regulación legal al precisar que los derechos y garantías constitucionales "no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio" (art. 28 [Ver Texto](#), CN.).

"La libertad constitucional es esencialmente limitada, pero siendo también el hombre esencialmente libre, tales límites deben ser impuestos por la ley y su interpretación debe ser restrictiva.

"Las limitaciones a la libertad que, en rigor y jurídicamente, son limitaciones a los derechos del hombre, jamás pueden desembocar en la negación de la esencia de aquélla" (Badeni, Gregorio, "Derecho constitucional. Libertades y Garantías" cit., ps. 223/224).

16) Que no resulta necesario detenerse en demostrar si los firmantes del acuerdo se encuentran, o no, al menos en el marco geográfico de su actuación, en una posición dominante, toda vez que aunque así fuera, "toda postura que puedan adoptar aquéllos de manera conjunta o mayoritaria no resulta necesariamente vulnerante del bien jurídico que pretende tutelar la norma. Dicho de otro modo, ocupar una posición dominante no implica necesariamente hacer un uso abusivo de la misma" (voto del suscripto en la primera de las causas citadas en el consid. 9), y en el caso de autos no se ha acreditado, por lo que se viene considerando, abuso alguno por parte de los imputados.

Por todo ello, propongo:

1) Rechazar los planteos de nulidad efectuados;

2) Revocar la resolución de fs. 428/431 y ordenar el archivo de las presentes actuaciones, todo ello sin costas (arts. 143 [Ver Texto](#), 144 [Ver Texto](#) y concs., CPMP.).

Por ello, se resuelve:

I. Rechazar los planteos de nulidad efectuados por las presentaciones de fs. 478/485 vta. y 490/493 vta.

Y, por mayoría,

II. Confirmar, por los fundamentos de la presente, la resolución de fs. 428/431.

III. Con costas (arts. 143 [Ver Texto](#) , 144 [Ver Texto](#) y concs., CPMP.). Regístrese, notifíquese y devuélvase, juntamente con el Anexo que se menciona a fs. 495.- Marcos A. Grabivker.- Carlos A. Pizzatelli.- Roberto E. Hornos. (Sec.: Marta L. Marmissolle).