

Poder Judicial de la Nación

Causa 5136/09 -I- “INTERNATIONAL MAIL CORPORATION Y OTRO s/ APEL RESOL COMISIÓN NAC DEFENSA DE LA COMPET”

Buenos Aires, 10 de diciembre de 2009.

Y VISTO:

Los recursos directos de apelación interpuestos por Advent International Corporation y International Mail Corporation a fs. 369/393 y fs. 394/401 –que fueron fundados en esas mismas oportunidades y la contestación de traslado del Estado Nacional Ministerio de Economía y Finanzas Públicas de fs. 430/441–, contra la resolución de la Secretaría de Comercio Interior n° 14 y el dictamen n° 703/08 de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (fs. 321/326 y fs. 327/365, respectivamente); y

CONSIDERANDO:

1.- La resolución n° 14 del 29.1.09 de la Secretaría de Comercio Interior dispuso –haciendo suyos los términos del dictamen n° 703 del 22.12.08 de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia–: 1) autorizar la operación de concentración económica consistente en la adquisición del control por parte de las empresas ADVENT POSTAL (CAYMAN) LP y ADVENT POSTAL (CAYMAN) LP II de las sociedades SERVICIO PRIVADO DE TRANSPORTE SA y ASTORIA UNIVERSAL INC., que anteriormente estaban en poder de la empresa INTERNATIONAL MAIL CORPORATION, todo ello de conformidad a lo previsto en el artículo 13, inciso a) de la ley 25.156. 2) Imponer a la empresa ADVENT INTERNATIONAL CORPORATION, en su carácter de notificante y controlante indirecto de las empresas ADVENT POSTAL (CAYMAN) LP y ADVENT POSTAL (CAYMAN) LP II, una multa de PESOS NOVENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS (\$ 97.500), en virtud de la notificación tardía de la operación de concentración económica analizada en el expediente citado en el Visto, ello de conformidad a lo previsto en los artículos 8° y 46, inciso d) de la ley 25.156. 3) Imponer a la empresa INTERNATIONAL MAIL CORPORATION, en su carácter de notificante y controlante indirecto de las empresas SERVICIO PRIVADO DE TRANSPORTE SA y ASTORIA UNIVERSAL INC. una multa de PESOS CIENTO CUATRO MIL (\$ 104.000), en virtud de la notificación tardía de la operación de concentración económica analizada en el expediente citado en el Visto, ello de conformidad a lo previsto en los artículos 8° y 46, inciso d) de la ley n° 25.156. d) Estableció el plazo de diez días hábiles para que se haga efectiva la sanción desde la notificación de la resolución, bajo apercibimiento de aplicar por cada día de demora los intereses a la tasa activa del Banco de la Nación Argentina.

2.- ADVENT INTERNATIONAL CORPORATION limitó sus agravios a la imposición de la multa y al plazo fijado para su cumplimiento. Criticó la imposición de la multa porque no se encontraba obligada a notificar la “adenda” en virtud de que la operación fue oportunamente aprobada en forma íntegra y sin condicionamientos.

Describió que inicialmente se notificó a la CNDC una operación mediante la cual IMC cedió a ADVENT el 100% de las acciones de OCA HOLDING. Afirmó que las sociedades SEPRIT y ASTORIA quedarían excluidas de esa operación (dado que ambas eran controladas por OCA y ésta se encontraba en concurso preventivo) y que ambas quedarían bajo control de la vendedora IMC. Explicó también que, posteriormente, las partes suscribieron una “adenda” con el objeto de aclarar que SEPRIT y ASTORIA se mantendrían bajo el control indirecto de OCA HOLDING, la cual había sido adquirida por ADVENT. Añadió que, como ya había sido aprobada la operación de compra de OCA HOLDING, no debería notificarse la “adenda” a la CNDC.

Criticó la multa por exorbitante y arbitraria y sostuvo también que existe un error en el cálculo de los días hábiles computados, dado que sólo transcurrieron catorce días hábiles y no quince días hábiles, como tuvo en cuenta la resolución apelada. Añadió que la “adenda” no implicó un cambio en la estructura de control oportunamente autorizada y que la misma era una contingencia que ya había sido ponderada y aprobada por la CNDC por medio de la resolución del 23.3.04.

Destacó que su conducta no pudo poner en riesgo la libre competencia y que se habría tratado de una cuestión meramente formal. También afirmó que el dictado de la

resolución CNDC n° 50/07 no puede ser considerada una opinión consultiva y, por lo tanto, no tuvo virtualidad suficiente para reanudar el plazo que fue suspendido por la Presentación.

Criticó el monto diario de la multa (\$6500) por ser elevado y que la CNDC en su dictamen n° 703 sostuvo que pudo existir alguna confusión en cuanto a la obligación de notificar la operación.

3.- INTERNATIONAL MAIL CORPORATION se agravió porque, sostiene, no estaba obligada a notificar la “adenda” porque la CNDC ya había aprobado la adquisición del 100% de las acciones de OCA HOLDING en lo relativo al control de SEPRIT y ASTORIA. Destacó que la “adenda” en nada alteró la estructura de control porque ya eran controladas indirectamente por ADVENT. Criticó la multa por irrazonable y desproporcionada y afirmó que no fueron 16 días de demora sino sólo 15.

4.- El Estado Nacional Ministerio de Economía contestó los agravios señalando que las partes deshicieron lo comprometido mediante una modificación o adenda al contrato celebrado el 30.1.04. Destacó que no hubo error en el cálculo de los días corridos porque también debe incluirse el día en el cual las partes se presentaron a notificar. Asimismo, sostuvo que frente a la adenda al contrato original debía realizar un nuevo análisis de la situación y expedirse conforme a derecho.

5.- Cabe recordar que los jueces no están obligados a tratar cada una de las argumentaciones que desarrollan las partes en sus agravios, sino sólo aquéllas que son conducentes para la solución del caso (Corte Suprema, Fallos: 262:222; 272:227; 278:271; 291:390; 308:584, entre otros; esta Sala, causas 638 del 26.12.89 y sus citas, 1071/94 del 5.7.94, 11.517/94 del 28.8.97, 4093 del 25.11.97, 17.543/96 del 5.3.98, entre otras).

6.- En primer término, corresponde poner de relieve que no se encuentra controvertido por las partes que la inicial operación informada a la CNDC –aprobada por medio de la resolución n° 32 de la Secretaría de Coordinación Técnica, del 23.3.04– fue íntegramente perfeccionada.

Contrariamente a lo sostenido por las apelantes, no corresponde a este Tribunal ponderar cual es la incidencia de hecho y de derecho que tuvo la posterior “adenda” suscripta por las partes (cfr. fs. 56/57). Tampoco debe valorarse si la “adenda” debió o no ser informada a las autoridades administrativas.

Ello, por cuanto las partes presentaron el Formulario F1 (fs. 2/16 y 84) y cumplieron satisfactoriamente los diversos requerimientos y observaciones formulados por la CNDC (fs. 85, 89, 101/2, 146, 152, 158, 163, 182/183, 214, 232, 243 y 262), lo que condujo en definitiva a que la operación fuera finalmente autorizada por la Secretaría de Comercio Interior (cfr. fs. 321/365).

Ahora bien, la decisión administrativa que autorizó la operación se encuentra firme y, por lo tanto, no puede ser revisada en esta instancia Judicial. Por lo tanto, todos los agravios de los apelantes relacionados con que la operación no debió ser informada, así como que los efectos que pudo o no provocar la “adenda” son inconsistentes con la diligente sustanciación del expediente administrativo y con la decisión administrativa firme obrante en el expediente.

En efecto, nadie puede ejercer una conducta incompatible con otra anterior deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz (Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 300:909; 305:402; 307:469 y 1602 y 308:191), dado que existe un deber de coherencia del comportamiento, que consiste en la necesidad de observar en el futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever (cfr. esta Sala, causa 5049/00 del 29.10.09 y sus citas).

Es que, si las partes no objetaron oportunamente su obligación de presentar el formulario F1 y cumplieron diligentemente y sin objeciones las observaciones de la autoridad administrativa, no pueden posteriormente agravarse bajo el argumento de que no estaban obligadas a presentar el formulario F1 o que la operación no introducía cambios en el control de las empresas.

En consecuencia, esos agravios deben ser desestimados a los efectos de ponderar la procedencia de la multa.

7.- Sentado ello, cabe recordar que el Alto Tribunal ha sostenido que el Poder Judicial se encuentra investido de la potestad de revisar los actos de carácter disciplinario que emanan de la Administración, comprendiendo el ámbito posible de la intervención de los magistrados, no sólo el control judicial de su regularidad, sino también la

Poder Judicial de la Nación

razonabilidad de las medidas que los funcionarios adopten en ejercicio de sus facultades, por lo que pueden los jueces anularlas cuando aquéllos hayan incurrido en arbitrariedad manifiesta (Corte Suprema de Justicia de la Nación in re: “*D’Argenio de Redwka, Inda c/ Tribunal de Cuentas de la Nación*”, del 13.5.86).

Por lo demás, el control jurisdiccional de las facultades disciplinarias de la administración sólo procede en la medida en que el interesado acredite la arbitrariedad o ilegitimidad del ejercicio de aquella potestad (Fallos 315:503).

En este estado, cabe adelantar que en los agravios de las apelantes no se encuentra demostrado –de manera razonada, concreta y suficiente– que las multas aplicadas sean arbitrarias.

En efecto, el artículo 8 de la ley 25.156 establece que “*deberán ser notificadas para su examen previamente o en el plazo de una semana a partir de la fecha de la conclusión del acuerdo, de la publicación de la oferta de compra o de canje, o de la adquisición de una participación de control*” las operaciones de concentración económica cuando la suma del volumen de negocio total del conjunto de empresas afectadas supere en el país la suma de doscientos millones de pesos; todo ello, “*bajo apercibimiento, en caso de incumplimiento, de lo previsto en el artículo 46 inciso d)*”.

A su vez, el artículo 46, inciso d), (capítulo VII de la ley, titulado “DE LAS SANCIONES”) establece que “*las personas físicas o de existencia ideal que no cumplan con las disposiciones de esta ley, serán pasibles de las siguientes sanciones: inciso d): los que no cumplan con lo dispuesto en los artículos 8º, 35 y 36 serán pasibles de una multa de hasta un millón de pesos (\$1.000.000) diarios, contados desde el vencimiento de la obligación de notificar los proyectos de concentración económica...*”.

Como se observa, el legislador dispuso la aplicación de la sanción de multa para el caso de incumplimiento de la obligación establecida en el artículo 8º de la ley, esto es, notificar a la autoridad la operación de concentración económica (cfr. esta Sala, causas 5279/03 del 16.12.03 y 2778/04 del 9.8.07).

8.- Ahora bien, de las circunstancias relevantes examinadas por las autoridades administrativas para constatar que la infracción se hallaba configurada y que resultaban aplicables las sanciones de multa previstas por la ley, se destacan principalmente a) la demora en presentar el Formulario F1 de notificación y b) ausencia de una excusa justificante (cfr. esta Sala, causa 5279/03 citada).

En efecto, debe tenerse presente que las partes presentaron sus Formularios F1 con posterioridad a la fecha en que quedó perfeccionada la “adenda” y por lo tanto, se hallaba superado ampliamente el plazo de una semana otorgado para notificar la operación (art. 8º de la ley 25.156).

En consecuencia, no puede tenerse por efectivamente cumplida la obligación legal de notificar a la CNDC sino es hasta el momento de efectiva presentación de los respectivos formularios F1.

De esta manera, en el caso ha quedado acreditada la materialidad de la infracción prevista por el art. 46 inciso d) de la ley 25.156, de la que resulta la omisión de presentar los formularios F1 y que la exención de responsabilidad ante el incumplimiento sólo podría fundarse válidamente en la concurrencia de alguna circunstancia justificante o en un error de índole excusable (cfr. esta Sala, causa 5279/03 citada), que no ha sido acreditado, pues el cambio de control de ASTORIA y SEPRIT no constituye un acto de disposición superfluo o ajeno al interés de los cocontratantes.

9.- Además, el Tribunal debe ponderar que en el caso se trata de una infracción que se comete por omisión, de carácter instantáneo y que queda consumada, en su faz material u objetiva, en el momento preciso en que el acto omitido debió realizarse, esto es, al no presentar en tiempo y forma el referido formulario F1 con su respectiva información (cfr. esta Sala, causa 5279/03 citada).

En definitiva, no se advierte –en base al acotado margen de los agravios expresados por las partes– que la resolución administrativa recurrida adolezca de algún vicio o defecto de legalidad que la invalide y que pudiera ocasionar la ilegitimidad del acto o su arbitrariedad. Por lo tanto, debe confirmarse la imposición de multas dispuesta por la autoridad administrativa.

10.- Tampoco se observa que el monto diario fijado en concepto de multa (\$ 6500 diarios) pueda ser calificado como irrazonable o arbitrario, ya que no debe

perderse de vista la magnitud de la operación informada, esto es, el cambio de control de prestadoras de servicios de correos, en el marco de la importante facturación anual del rubro (cfr. particularmente fs.312, cuadro n°5, en el cual participa SEPRIT), así como a la sustantiva importancia del control de concentración económica que debió llevar a cabo la autoridad administrativa, para lo cual era necesaria la notificación en tiempo y forma de la operación por medio de los formularios F1.

11.- Respecto del cómputo de los días que transcurrieron hasta que ADVENT notificó la operación, para liquidar la multa a pagar, cabe consignar que la diferencia (catorce días según ADVENT y quince días según la CNDC) se suscita en virtud de considerar o no el día de presentación del formulario F1 como un día de retraso (esto es, el 7.8.07, cfr. fs. 3).

Ahora bien, el art. 24 del Código Civil establece que *“el día es el intervalo entero que corre de medianoche a medianoche; y los plazos de días no se contarán de momento a momento, ni por horas, sino desde la medianoche en que termina el día de su fecha”*.

De esta manera, el día de presentación del formulario F1 corrió desde la medianoche del 6 de agosto de 2007 a la medianoche del 7 de agosto de 2007. Ponderando que la parte presentó el formulario F1 a las 10:05 hs. del 7.8.07 (cargo de fs. 3) y que *“el día es el intervalo entero que corre de medianoche a medianoche”*, se advierte que no transcurrió completamente el día 7 de agosto de 2007 en incumplimiento a su deber de presentar el formulario F1. Por ello, ese día no debe ser computado a los efectos de liquidar la multa.

En consecuencia, la multa de \$6500 diarios debe liquidarse por catorce días de incumplimiento (14 días X \$ 6500 = \$ 91.000).

12.- La misma situación se plantea respecto de IMC, ponderando que presentó su formulario F1 el 9 de agosto de 2007 a las 12:00 hs. (cfr. fs. 84), de manera tal que no transcurrió el intervalo entero de veinticuatro horas que permitiría computar otro día adicional de demora. En consecuencia, el retraso para IMC en presentar su formulario F1 es de quince días (y no de dieciséis días como calculó la CNDC). Por ello, la liquidación de la multa de IMC es la siguiente (15 días X \$ 6500 = \$ 97.500).

Por todo lo expuesto, SE RESUELVE: confirmar la resolución de la Secretaría de Comercio Interior n° 14 del 29.1.09 (que comprende el dictamen de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia n° 703 del 22.12.08) en lo principal que decide; salvo en lo concerniente al cómputo de días de demora en presentar los formularios F1, que se reducen a 14 días para ADVENT y 15 días para IMC, resultando sus multas en las sumas de \$91.000 y \$97.500, respectivamente.

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

María Susana Najurieta - Martín Diego Farrell - Francisco de las Carreras.