

Poder Judicial de la Nación

Causa N° 6844/07 “Negri Carlos Alberto s/ recurso de queja s/ resolución de Defensa de la Competencia”

Buenos Aires, 5 de febrero de 2008.

AUTOS Y VISTOS; CONSIDERANDO:

1. El Dr. Carlos Alberto Negri, invocando su condición de argentino y de abogado, denunció ante la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (en adelante CNDC) que la firma Sacyr Vallehermoso SA había comunicado a la Comisión Nacional de Valores de Madrid que su participación en Repsol YPF SA alcanzaba el 20,010% de su capital, con lo cual pasó a tomar su control en forma articulada o asociada con La Caixa de Barcelona.

Asimismo, el denunciante precisó que Repsol YPF SA es controlante de YPF SA en un 99,045%, empresa que ocupa una posición dominante en el mercado de producción, industrialización, distribución y comercialización de hidrocarburos y sus derivados en la Argentina.

Sobre esa base, destacó que la operación -por su volumen y por los derechos que otorga respecto de actividades de directa relación con el interés económico general de la Argentina-, debía ser materia de conocimiento y análisis por parte de la CNDC según el procedimiento establecido en el art. 8 de la ley 24.156. No obstante ello, sostuvo que ni la adquirente ni Repsol YPF SA cumplieron en el plazo legal con la notificación prevista en la mencionada norma, circunstancia que las hace pasibles de la sanción del art. 9 de ese régimen legal.

Consecuencia de ello, solicitó que se pusieran en marcha los procedimientos de ley y que se lo autorizara a tomar vista de las actuaciones vinculadas con el tema y/o con el que la presentación originase (ver fs. 1/3).

2. Según las actuaciones acompañadas con el escrito de queja, el 28 de marzo de 2007 la CNDC habría comunicado al denunciante una providencia según la cual se le informaba que, atento la identidad entre el objeto de su presentación (Expte. S01:0088652/2007) y el del Expte. N° S01:0089930/2007 “REPSOL YPF SA y SACYR VALLEHERMOSO SA s/ DILIGENCIA PRELIMINAR AL ART. 8° LEY 25.156” (DP N° 28), se dispuso la incorporación a esas actuaciones, por lo que debería atenderse a lo que se resolviera en ellas (fs. 4/vta.).

Ante esa comunicación, el 10 de mayo de 2007 el denunciante manifestó ante la CNDC que se había dispuesto la incorporación de su escrito a la diligencia preliminar sin hacerse referencia al pedido de vista oportunamente formulado, y que se le había informado verbalmente que esas actuaciones no eran públicas, denegándosele el acceso al expediente. Por ese motivo solicitó que la Comisión se expidiera formalmente acerca de su pedido y que se le notificara la resolución con sus fundamentos (fs. 5).

A fs. 6/7 se encuentra incorporada una copia de la cédula de notificación del 29 de mayo mediante la cual se hizo saber al presentante que “en los casos de concentración económica únicamente pueden ver las actuaciones las partes involucradas”, es decir, quienes se han concentrado, habida cuenta de que la CNDC “tiene acceso a información sensible de las empresas involucradas que, en caso de considerarse el acceso público, podrían perjudicar a dichas personas jurídicas”. Asimismo, se precisó que la ley 25.156, su decreto reglamentario y la Resolución SCyC N° 40/2001 establecen la confidencialidad de la información presentada por las partes, en tanto que el art. 204 del Código Procesal Penal (aplicable en virtud de lo dispuesto en el art. 56 de la ley 25.156) dispone que “el sumario será siempre secreto para los extraños”.

3. Esa decisión motivó la aclaratoria y la reposición con apelación en subsidio del 1° de junio (ver fs. 8/10). En síntesis, el denunciante se agravó por cuanto la denegatoria del pedido de vista no fue decidida por la Comisión como órgano colegiado, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 24, inc. “i” de la ley 25.156, sino únicamente por un vocal, sin intervención de algún servicio de asistencia jurídica.

Respecto del fondo del asunto, cuestionó la interpretación de las normas invocadas en la decisión recurrida. En ese sentido, precisó que del art. 12 de la ley 25.156 y su decreto reglamentario surgía que la confidencialidad debía ser solicitada en forma fundada por el interesado cuando la publicidad del acto notificado pudiera perjudicar sus intereses, ante lo

USO OFICIAL

cual el órgano de aplicación debe decidir si concede tal carácter a los datos aportados y, en tal caso, corresponde al presentante entregar un resumen no confidencial, circunstancias que no concurren en el caso. Destacó el recurrente la importancia de la publicidad en el sistema de defensa de la competencia, y la posibilidad de que los terceros, eventualmente alcanzados por la operación comercial o industrial, conozcan el negocio y sus alcances, expresen su opinión y se opongan a ella.

4. La mencionada presentación motivó la resolución de fs. 12/19, mediante la cual la CNDC rechazó el recurso de reposición con apelación en subsidio deducido por el Dr. Carlos A. Negri.

Para así decidir, el mencionado organismo destacó, en orden al planteo de carácter formal, que para las providencias simples era suficiente la firma del vocal instructor de las actuaciones, no siendo necesaria la de los restantes en forma colegiada.

En cuanto al pedido de vista formulado por el denunciante, la CNDC precisó que el procedimiento para las investigaciones preliminares (como la presente, en la que se intenta dilucidar si las firmas involucradas debieron notificar la operación concretada) se encuentra regido por las disposiciones del Capítulo III de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC), relativas al “control de estructuras”, en tanto que el art. 42 -que contempla la intervención como parte coadyuvante de quien resultase afectado por los hechos investigados y de toda persona que pudiera tener un interés legítimo- está comprendido en el Capítulo IV de la referida ley, en el cual se establece el procedimiento aplicable a las actuaciones iniciadas de oficio o por denuncia acerca de conductas prohibidas por el mencionado régimen legal. En esa línea, destacó que ni la LDC ni la Resol. SDCyC N° 40/01 - que aprobó la Guía para la Notificación de Operaciones de Concentración Económica- contemplan la figura de parte coadyuvante ni ninguna otra similar.

Por otro lado, la CNDC interpretó el art. 12 del decreto 89/01, invocado por el denunciante, en el sentido de que no es acertada la conclusión de que si no se pide la confidencialidad de las presentaciones efectuadas en el marco del art. 6 de la ley 25.156, son de acceso público, sino que, por el contrario, el sentido de la norma es el de establecer la confidencialidad de los datos aportados respecto de las otras partes del expediente y de los terceros posibles competidores en el mercado relevante que pudieran acceder a información sensible con la resolución del caso. En tal sentido, añadió que Repsol YPF pidió la confidencialidad de la información y la documentación presentada, como así también que el Código Procesal Penal prevé el carácter secreto del sumario para los extraños (art. 204) y que el denunciante no es parte en el proceso (art. 179).

Finalmente, la autoridad administrativa consideró que no concurría en el caso el gravamen irreparable previsto en el art. 449 del Código Procesal Penal como requisito para la admisibilidad del recurso de apelación -invocado por el recurrente-, habida cuenta de que no podía sufrir dicho gravamen quien no es parte en el procedimiento. A ello agregó que el art. 24 de la ley 25.156 faculta a la CNDC a recibir la documentación relativa a la operación presentada por quienes tengan un interés legítimo, cuando ella resultase pertinente y procesalmente oportuna.

5. Contra esa decisión el denunciante presentó el recurso de queja por apelación denegada ante este Tribunal (fs. 20/29).

En su escrito, el recurrente manifiesta que solicitó tomar vista de las actuaciones desde la primera presentación que efectuó y que la providencia mediante la cual se le hizo saber que se la incorporaba a la Diligencia Preliminar, a cuya resolución debía atenerse, importó otorgarle tácitamente la condición de parte coadyuvante y no la de un simple denunciante. Asimismo, cuestiona que su presentación se hubiera acumulado a una actuación promovida con posterioridad a ella, y que la CNDC acotara el objeto de la investigación al correr el traslado sólo a Respsol YPF, cuando debió conferirlo también a Sacyr Vallehermoso, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 8 de la LDC. En síntesis, afirma que la Comisión simula haber promovido de oficio la investigación y que pretende sustraer las actuaciones del marco de la denuncia formulada.

En lo que concierne al art. 42 de la ley 25.156 disiente con la interpretación efectuada por la CNDC en el sentido de que la figura de la parte coadyuvante está excluida de las alternativas del Cap. III de ese régimen, habida cuenta de que, según sostiene, el procedimiento del Cap. IV es aplicable a toda la ley y no sólo a una parte de ella. Agrega que

Poder Judicial de la Nación

la información que puede aportar la parte coadyuvante hace al esclarecimiento de la verdad de los hechos, para lo cual es necesario que pueda acceder al trámite de la investigación.

Por lo demás, alega que el art. 12 del decreto reglamentario establece un mecanismo que garantiza la confidencialidad prevista en la ley, cuando ella es solicitada en forma fundada y resuelta por la CNDC, a la vez que permite la publicidad de las actuaciones, la cual considera esencial en el sistema de defensa de la competencia. Añade que, en el caso, la Comisión omite informar el tratamiento dado al pedido de confidencialidad de Repsol YPF.

En otro orden de ideas, aduce que es equivocada la remisión que hace la CNDC al Código Procesal Penal -cuya aplicación está prevista con carácter supletorio-, puesto que la LDC y su decreto reglamentario contienen normas respecto de la cuestión planteada.

Por último, en cuanto al gravamen irreparable -en cuya ausencia se fundó el rechazo de la apelación-, el recurrente precisa que para constatar la posibilidad de que exista un interés legítimo, en los términos del art. 42 de la ley 25.156, es necesaria la vista de las actuaciones, desde que no se puede descartar que éste surja durante el curso de la investigación o bien de los efectos de los hechos involucrados. Sin perjuicio de ello, destaca que en su primera presentación fundó el interés legítimo en su condición de “argentino” (sic), y que “resulta mas que obvio que la materia de control de la empresa que ocupa posición dominante en el mercado de producción, industrialización, distribución y comercialización de hidrocarburos y su derivados en la Argentina, es del interés legítimo de todos y cada uno de los argentinos, o, si se quiere, de todos y cada uno de los que pudieran resultar alcanzados por la operación denunciada por ser participantes activos o pasivos del mercado relevante”. A ello agrega que de quedar firme la resolución recurrida, resultaría definitivamente excluida del procedimiento, al igual que las partes que define la ley 25.156 en su art. 42, e instalada como norma general que las investigaciones preliminares son siempre secretas, lo cual contradice el art. 42 de la Constitución Nacional.

6. Así planteada la cuestión, corresponde precisar que, en primer término, este Tribunal debe decidir si la providencia del 23 de mayo (notificada el 29 de mayo; ver fs. 6/7vta.), ratificada por la CNDC en la resolución de fs. 12/19, mediante la que se deniega el pedido de vista formulado por el denunciante en su escrito de inicio (fs. 1/3) -reiterado a fs. 5-, es susceptible de generarle un gravamen irreparable, desde que sólo en ese caso resultaría admisible el recurso de queja y, por lo tanto, el de apelación denegado.

En efecto, este Tribunal ha decidido que la circunstancia de que la apelación se dirija contra un acto de la CNDC que no este dentro de los supuestos previstos en el art. 52 de la ley 25.156 -como sucede en el *sub examine*-, no importa por sí sola que resulte inapelable, pues dicha interpretación no es conciliable con el control judicial suficiente exigible cuando se trata de la decisión de un órgano administrativo, máxime cuando el art. 449 del Cód. Procesal Penal, aplicable supletoriamente (art. 56, ley 25.156), dispone que el recurso de apelación procederá contra las resoluciones expresamente declaradas como apelables o que causen un gravamen irreparable (cfr. *esta Sala, causas 2929/02 del 15-8-02 y 9628/02 del 29-10-2002*).

Efectuada esta aclaración, es oportuno recordar que el Dr. Carlos Alberto Negri denunció, el 15 de marzo de 2007, ante la CNDC que Repsol YPF y Sacyr Vallehermoso omitieron notificar la operación celebrada de acuerdo con los términos y dentro del plazo previsto en el art. 8 de la ley 25.156. En concreto, solicitó a la Comisión que pusiera “en marcha los procedimientos de ley” y que se lo autorizara “a tomar vista de las actuaciones vinculadas a este tema y/o que esta presentación origine” (fs. 3).

Asimismo, cabe destacar que según surge de las actuaciones administrativas remitidas por la CNDC a pedido de este Tribunal (copia certificada del expte. 89930/07 reservado en Secretaría), el Presidente de ese organismo dispuso, el 14 de marzo, la apertura de una Diligencia Preliminar a efectos de determinar si la operación comunicada por Sacyr Vallehermoso SA a la Comisión Nacional de Valores de Madrid respecto de su participación en Repsol YPF SA, debió haber sido notificada a la Comisión en los términos del art. 8 de la ley 25.156.

Ambas actuaciones se encuentran en el expediente mencionado en el párrafo anterior, iniciado en el Ministerio de Economía el 16 de marzo de 2007 (ver fs. 1 y la planilla que la precede, y las piezas agregadas como fs. 46, cuyas copias se incorporan a este incidente). En dicho expediente también hay constancias de distintas actuaciones promovidas por la CNDC a los fines solicitados por el denunciante y por el Presidente de ese organismo (vgr.: un pedido de informes a Repsol YPF SA a fs.49/51vta.).

También es necesario señalar que la presentación del Dr. Negri fue acumulada a la mencionada diligencia preliminar, precisándose que debía atenerse a lo que se resolviera en ella. Dicha providencia, notificada el 28 de marzo de 2007 (fs. 4/vta de esta queja) no fue cuestionada por el denunciante.

7. A partir de lo expuesto precedentemente, cabe concluir que con las referidas actuaciones, la CNDC cumplió con el objeto principal del pedido formulado por el Dr. Negri; esto es, puso en marcha los procedimientos que la Ley de Defensa de la Competencia prevé en materia de notificación de concentraciones económicas a los fines de determinar si la denunciada debió haber sido comunicada a la autoridad de aplicación, tal como fue solicitado en el escrito de inicio (ver fs. 3, penúltimo párrafo).

Por lo tanto, la denegatoria de la Comisión al pedido formulado para que se lo tenga por parte coadyuvante -carácter que, equivocadamente considera que se le otorgó por el sólo hecho de acumular su presentación a la diligencia preliminar promovida (pto. 4, fs. 27/28vta.)- y se le otorgue la vista de las actuaciones no es susceptible, por el momento, de ocasionarle el gravamen irreparable que, según se precisó, es necesario para la procedencia del recurso de apelación, máxime cuando la ley 25.156 no contiene una norma expresa que le otorgue el carácter que solicita, no ha invocado un interés legítimo particular como para admitir la pretensión que originó esta queja, ni tampoco se advierte un perjuicio actual y concreto para habilitar la vía recursiva intentada (*cfr. causa 9628/02 citada, Consid. 11*).

Ello, claro está, sin perjuicio de señalar que la CNDC le dio la posibilidad al denunciante de presentar la documentación que considerara pertinente a las actuaciones. Asimismo, esta decisión no importa una limitación al derecho que, eventualmente, le pudiera asistir al presentante para interponer los remedios que la Constitución Nacional y las leyes le reconocen, una vez que se dicte un pronunciamiento definitivo en la diligencia preliminar -el que deberá ser notificado por la CNDC al denunciante- susceptible de generarle un gravamen irreparable (*causa 9628/02 cit., Consid. 11*).

Por los fundamentos expuestos, SE RESUELVE: desestimar el recurso de queja deducido.

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

Regístrese, notifíquese, comuníquese mediante oficio la presente a la CNDC y devuélvanse las copias de las actuaciones administrativas oportunamente remitidas, y archívese.

Dr. Guillermo Alberto Antelo – Dr. Ricardo Gustavo Recondo.