

CAMARA
DE APELACION
DE POSADAS.

Poder Judicial de la Nación



C.665

31

//la ciudad de Posadas, provincia de Misiones, a 30 días del mes de mayo de dos mil ocho, se reúnen los señores Jueces de esta Cámara, Dres. Ana Lía CÁCERES DE MENGONI, Mario Osvaldo BOLDÚ y Mirta Delia TYDEN DE SKANATA a fin de dictar sentencia en autos: "Expte. N° 9986/07 - SHELL GAS S.A. y TOTALGAZ ARGENTINA S.A. S/ Ley 25.156 Ministerio de Economía y Producción Sec. de Comercio Interior Comisión Nacional de Defensa de la Competencia" en presencia de la señora Secretaria autorizante. Examinados los mismos y planteada la cuestión respecto a si es conforme a derecho el pronunciamiento recurrido, previo al intercambio de ideas que hacen a la esencia del Acuerdo, la Dra. Ana Lía CÁCERES DE MENGONI —a quien correspondió el primer voto— dijo:

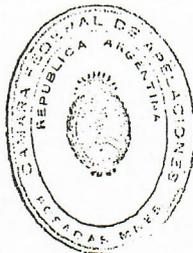
USO OFICIAL

1) Que, por Resolución N° 32 de la Secretaría de Comercio Interior de fecha 23 de octubre de 2006 se sancionó con multa de PESOS DOSCIENTOS CINCUENTA MIL a las firmas SHELL GAS y TOTALGAZ S.A. por encontrarlas incurso en la conducta de reparto de mercado previsto en el art. 2° inc. "c" de la Ley 25.156.

Para concluir del modo señalado, el Secretario de Comercio Interior del Ministerio de Economía y Producción, tomó en consideración el Dictamen N° 529 de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia —en adelante CNDC— obrante a fs. 1819/1853 emitido en el marco de la investigación desarrollada a raíz de la denuncia que efectuó un distribuidor de la ciudad de Posadas ante la negativa de venta de GLP a precio mayorista por parte del responsable de la empresa Ventre Gas documentada en el Acta Notarial de fs. 10/11 y recibos agregados a fs. 13.

Dicho pronunciamiento tuvo por acreditada la conducta de

CERTIFICO: Que es copia fiel de su original



Handwritten signature and stamp of the Secretary of the Chamber.

Dra. VERONICA ZAPATA ICARI
SECRETARIA
Cámara Federal de Apelaciones
Posadas - Misiones

reparto de clientes por las empresas sancionadas en base a las sendas declaraciones testimoniales practicadas a los operadores del mercado de GLP de la ciudad de Posadas que a criterio del órgano administrativo no han sido desvirtuadas por los elementos probatorios acompañados por ambas firmas.

2) En dicho marco, la representación letrada de la firma SHELL GAS S.A. apeló a fs. 1966/1984, planteando la prescripción de la acción conforme al art. 59 del C.P. aplicable supletoriamente (art. 56 Ley 25.156). En tal sentido sostuvo que tratándose de hechos reñidos con pena de multa resulta de aplicación el art. 62 del C.P. —2 años—.

Planteó redargución de falsedad del Acta Notarial incorporada a fs. 10/11.

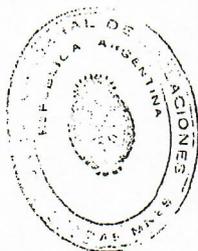
Por otra parte, sus agravios enfatizan que las declaraciones testimoniales del Sr. Miguel Ángel Ventre, Leonardo Aquino, Aníbal Basilio Goichik, Raúl Alberto López y Jorge Omar Ortiz no refieren a conductas cometidas por SHELL GAS.

Destacó la inexistencia de daño al interés económico general.

Sostuvo también que no se valoró la relación comercial entre SHELL GAS y el denunciante, ni la inexistencia de contrato de distribución alguno que obligue al denunciante a adquirir GLP exclusivamente de SHELL GAS, ni la deuda que Mayol tenía con su representante cuyo monto ascendió a \$64.616,71 parte del cual es reclamado vía juicio ejecutivo ante el Juzgado en lo Civil y Comercial Nº 7 de la ciudad de Posadas. Señala en ese orden de cosas, que el denunciante es un deudor que le causó perjuicios en su balance comercial pues amén del referido monto, adeuda el reintegro de envases que la firma le entregó en comodato y que implica una pérdida de u\$s 18.000 y que la decisión de no venderle se debió a

CERTIFICO: Que es copia fiel de su original

Dra. VERONICA ZAPATA ICARI
SECRETARIA





estas circunstancias.

También se agravió por la omisión del órgano administrativo en valorar las pruebas producidas por SHELL GAS; y señaló la arbitrariedad del monto de la multa impuesta a su representada.

3) Por su parte, a fs. 1992/2021 la representación letrada de la empresa TOTALGAZ S.A. planteó apelación en los términos del art. 52 inc. a) y art. 53 de la Ley 25.156 y nulidad en virtud de los artículos 167 y concordantes del CPPN.

Que, respecto de la nulidad planteada, TOTALGAZ S.A. afirma que la Resolución atacada fue emitida en abierto desconocimiento de la normativa aplicable, y sostiene que el decisorio encuentra fundamento en el Dictamen N° 529 de la CNDC emitido en ausencia del *quórum* exigido para conformar la voluntad colegiada. En tal sentido argumentó que solamente la CNDC posee facultades legales a los fines sancionatorios no así el Secretario en la materia (art. 167 inc. 1, CPPN).

Por otra parte, señala que la firma TOTALGAZ S.A. fue sancionada como autora de una conducta *per se* ilegal, en violación de la normativa aplicable. Para ello el apelante trajo a colación antecedentes del derecho comparado y sostuvo que la normativa nacional se desenvuelve en los parámetros de la *regla de razón*.

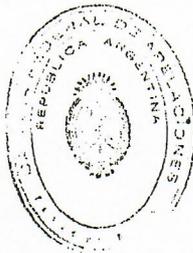
Destaca que en las actuaciones se omitió probar y valorar la posibilidad fáctica de que las empresas sancionadas hayan llevado a cabo una conducta bilateral concertada. En ese sentido indicó que todas las conductas anticompetitivas poseen como común denominador el *poder de mercado*, cuyo análisis conjuntamente con el mercado relevante fue omitido por el órgano administrativo.

También sostiene que erróneamente se consideró una eventual afectación particular a un subdistribuidor, con un acuerdo de división

USO OFICIAL

CERTIFICO: Que es copia fiel de su original

Dr. VERÓNICA ZAPATA IGART
SECRETARIA
Cámara Federal de Apelaciones
Posadas - Misiones



ROSA LUISA NOGUERA
PROCS. ADMINISTRATIVA

de mercado.

Señaló la arbitrariedad e irrazonabilidad de la Resolución apelada y la ausencia de fundamentación.

Planteó la invalidez del Acta Notarial labrada en fecha 28 de enero de 2000, sobre cuyo instrumento la CNDC basó en lo sustancial su decisorio. A tales fines el impugnante señala que a la luz de la Ley Notarial Provincial N° 3.473 el Escribano actuante omitió dejar constancia del requerimiento que motivó su intervención, no impuso a las personas requeridas el carácter en que intervino en la constatación y no les hizo conocer el derecho a no responder o de contestar. Asimismo sostuvo que el notario no autenticó los hechos que presencié ni las cosas que recibió.

Ataca la valoración del testimonio del Sr. Miguel Ventre, quien a criterio del apelante se encontraba también alcanzado por las disposiciones generales de la ley atento a su reconocimiento de deudor y querellante de TOTALGAZ S.A.

Indicó que los demás testimonios de los que pretende sustentarse la CNDC refieren a conductas distintas a la investigada y que no le constan a los testigos en forma directa.

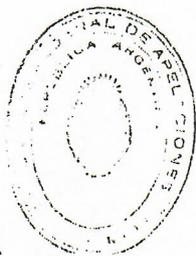
Se agravia por cuanto la multa impuesta a TOTALGAZ S.A. no tuvo en cuenta los parámetros de fijación previstos en la ley de Defensa de la Competencia.

4) Que, razones metodológicas y de orden práctico que emergen de la existencia de agravios comunes a ambos apelantes, llevan a la suscripta al abordaje en primer término de aquellos tópicos que les son exclusivos.

5) Así las cosas, respecto de la prescripción de la acción argumentada por parte de SHELL GAS S.A. destaco que su marco

CERTIFICADO: Que es copia fiel de su original


Mónica Zapata Ugari





expositivo omite lo contemplado en el Capítulo IX de la Ley 25.156 sobre del instituto de la prescripción, vale decir, plazo y hechos interruptivos.

Para el caso, debe considerarse que "La primera fuente de exégesis de la ley es su letra, y cuando ésta no exige esfuerzo de interpretación debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso expresamente contempladas por la norma" (Fallos: 323:620; 326:1389).

Por lo tanto, la expresa previsión contenida en su art. 54 respecto del término de prescripción de cinco años para las infracciones previstas en dicho cuerpo normativo, torna infundada la aplicación que efectúa el apelante del art. 56 de la Ley 25.156 y del art. 62 del Código Penal.

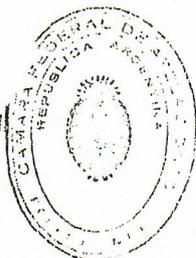
A ello debe agregarse que en su art. 55 la Ley de Defensa de la Competencia establece sólo dos actos interruptivos del curso de la prescripción, concretamente la denuncia o la comisión de otro hecho, por lo que en atención a ello, desde la fecha de comisión del presunto hecho anticompetitivo el día 28/01/2000 el plazo se vio interrumpido en autos con la toma de razón por parte del organismo competente de la denuncia formulada por el Sr. Mayol ante la Secretaría de Comercio Interior de la Provincia de Misiones (fs. 01) y que ingresó al ámbito de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia en fecha 26/06/2001 conforme surge de fs. 62.

De modo que, a la luz de lo establecido por el art. 27 —cómputo de los plazos en días hábiles administrativos— y por los arts. 54 y 55 de la Ley 25.156, a la fecha del dictado del pronunciamiento sancionatorio (23/10/2006, Cfr. fs. 1856/1867) no

USO OFICIAL

CERTIFICO: Que es copia fiel de su original

DR. VERONICA ZAPATA ICART
SECRETARIA
Cámara Federal de Apelaciones
Posadas - Misiones



DR. LILIANA G. NATI...
ABOGADA
23/10/06 15:25 C.F.A.
C.A. 150 C...

había operado la prescripción.

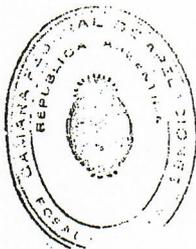
6) Por otra parte, a la nulidad formulada por la representación letrada de la firma TOTALGAZ S.A. en base a la falta de competencia del órgano que dictó el pronunciamiento que aquí se impugna, resulta de aplicación lo resuelto por nuestro Máximo Tribunal *in re* "Credit Suisse First Boston Private Equito Argentina" del 05/06/2007, criterio que, como se verá *infra*, fue recientemente mantenido por nuestra Corte Suprema.

En virtud de lo dispuesto por la normativa en cuestión y el dente señalado, la remisión que el art. 58 de la Ley 25.156 efectúa a las disposiciones de la Ley 22.262 disipa toda tacha de incompetencia del órgano, al establecer que las causas en trámite a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley continuarán tramitando de acuerdo a las disposiciones de la Ley 22.262 ante el órgano de aplicación creado por dicha norma y que subsistirá hasta la constitución y puesta en funcionamiento del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia. Y que dicho órgano entenderá en todas las causas promovidas a partir de la entrada en vigencia de la ley 25.156, como así también que una vez constituido el Tribunal las causas serán giradas a éste a efectos de continuar con la substanciación de las mismas.

Que, el fallo en cuestión sostuvo que las facultades de la CNDC emergen de los arts. 12, 16 y 17 de la Ley 22.262 —citar a presuntos responsables o testigos, realizar pericias, celebrar audiencias, solicitar al juez embargos de bienes, disponer medidas preventivas (art. 12); a su vez ante la obstrucción de la investigación o incumplimiento de un requerimiento de la CNDC ésta instruirá el procedimiento para determinar la comisión de la infracción además, el dictado de una

CERTIFICO: Que es copia fiel de su original

Doña VERÓNICA ZAPATA ICART





eventual resolución sancionatoria estará a cargo del Secretario de Comercio y Negociaciones Económicas Internacionales (art. 16); y que la instrucción será iniciada por la CNDC de oficio o por denuncia (art. 17)—, destacándose que la toma de decisiones —aplicación de multas, archivo de las actuaciones, desestimación de denuncias, de aceptación de compromisos, de cese o abstención de la conducta imputada, de disposición de pase del expediente a la justicia corresponde al secretario ministerial (arts. 19, 24, 26, 28, 29 y 30), si bien en algunos casos con dictamen previo de la CNDC.

En el contexto referenciado, también sostuvo que las facultades en manos de la CNDC se condicen con el marco de las tareas de investigación de hechos hipotéticamente lesivos de la competencia que le son propias conforme surge de la exposición de motivos de la norma en comentario (ADLA XL-C-2523), la cual a su vez remarca que el Secretario de Comercio y Negociaciones Económicas Internacionales se encuentra facultado "...tanto a adoptar recaudos que eviten la instalación y desarrollo de una actividad anticompetitiva, cuanto a imponer multas y solicitar la disolución y liquidación de la sociedad infractora..."

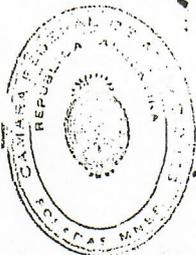
En virtud de ello, la instrucción e investigación de las infracciones a la ley son facultades de la CNDC, como la de emitir los dictámenes que indiquen y aconsejen a la autoridad administrativa competente, el tratamiento a seguir en las actuaciones; resultando indudable que la facultad resolutoria de estos procedimientos, por medio del dictado de actos administrativos, corresponde al Secretario ministerial.

Dicho temperamento como bien lo indiqué *supra* es mantenido por nuestro Máximo Tribunal *in re* "Belmonte Manuel y Asociación

USO OFICIAL

CERTIFICO: Que es copia fiel de su original

Dña. VERÓNICA ESPAY ICARI
SECRETARIA
Cámara Federal de Apelaciones
Rosario - Misiones



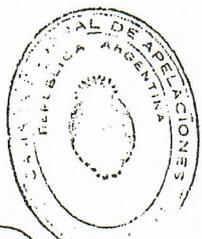
VERÓNICA G. NATI...
ABOGADA
C.F.A. MISIONES

Ruralista General c/ Estado Nacional – Poder Ejecutivo Nacional – Ministerio de Economía y Producción – Secretaría de Coordinación Técnica – Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, de fecha 16/04/2008, y que al revocar lo resuelto por la Cámara señaló que la ley 22.262 no prevé el *quórum* funcional de la CNDC y que de adoptarse un criterio diferente ello sería incompatible con el modo en que diversos regímenes regulan la actuación de órganos colegiados de la Administración Pública Nacional, en tanto establecen la validez de su funcionamiento con un número menor a la totalidad de sus integrantes.

En consecuencia, encontrándose cumplimentados en autos los recaudos legales previstos por el art. 58 de la Ley 25.156 y arts. 12, 16, 17, 19, 24, 26, 28, 29 y 30 de la Ley 22.262 conforme surge de fs. 1819/1853 y fs. 1856/1867, corresponde sin más el rechazo de los planteos formulados sobre este tema.

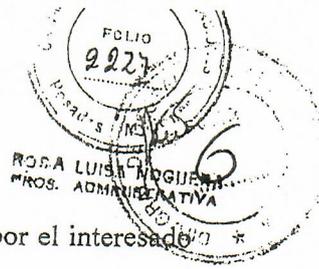
7) Que, respecto de la redargución de falsedad planteada por la representación letrada de la firma SHELL GAS S.A. cabe señalar dadas las exigencias de la naturaleza del planteo —acreditación de hechos, incorporación de pruebas—, que su tratamiento a través de la vía procesal idónea no fue articulado por el aquí apelante (Fallos: 319:1794), de modo que el momento procesal escogido —apelación— resulta improcedente atento al marco cognoscitivo que emerge de los arts. 52 y 53 de la Ley 25.156, por lo que también corresponde sea rechazado.

8) Que, sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, atento a los argumentos vertidos por ambos apelantes acerca de su valoración, corresponde destacar que conforme lo establece el art. 116 de la Ley Provincial N° 3.473, el acta en cuestión tiene por objeto autenticar



CERTIFICO: Que es copia fiel de su original

Dr. VERONICA ZANATA ICART



hechos en virtud de *requerimiento* previo formulado por el interesado (art. 116).

Vale decir, el Notario fue requerido por el Sr. Mayol a fin de autenticar los hechos que presencie y cosas que perciba, comprobar su estado, su existencia y la de personas (art. 116), todo lo cual a la luz del acta de fs. 10/11 fue allí documentado.

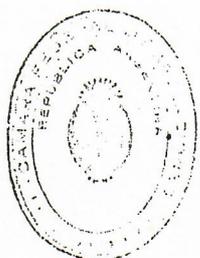
Ahora bien, la valoración que de su contenido se efectúe no puede pasar por alto —so riesgo de incurrir en arbitrariedad— que los instrumentos públicos solo hacen plena fe con respecto a los hechos que el oficial público anuncia como cumplidos por él mismo o que han pasado en su presencia, no gozando de ese valor probatorio las manifestaciones que formularon las personas en su presencia, porque el escribano, cabe poner de resalto, solamente da fe de que éstas se efectuaron y no de su sinceridad.

En otros términos, la fe pública que envuelve al acta de fs. 10/11 en virtud de lo establecido por el inc. 2º del art. 979 del Código Civil, lo es acerca de lo que el Escribano ha hecho, visto u oído atendiendo a que el fin de la función notarial radica en la seguridad, valor y permanencia del documento notarial. En ese sentido, en el instrumento en cuestión, el Oficial Público dejó constancia que se presentó en la empresa Ventre Gas, que estuvo acompañado por Mayol, Carossini y Caruccio, que le fue informado al sujeto requerido los motivos de la presencia del Notario, que vio a Ventre retirarse del lugar en que se encontraban y que oyó decir a éste que llamaría por teléfono a Buenos Aires. Pero no da fe del hecho concreto que vio a Ventre efectivamente tomar el teléfono y realizar un llamado y que este llamado fuera a Bs. As., ni que —de existir ese llamado— el interlocutor de Ventre fuera un directivo de TOTALGAZ, y mucho

USO OFICIAL

CERTIFICO: Que es copia fiel de su original

Dr. AERONICA ZANNA ICARI
SECRETARIA
Cámara Federal de Apelaciones
Posadas - Misiones



ROSALBA G. NATOLI
ABOGADA
MISIONES 1/26 C.F.J.
2485

menos que las directivas impartidas fueron vender el producto a precio de consumidor final atento a su calidad de cliente de SHELL GAS, pues ello no fue oído por el Escribano. Por lo que en este caso se dejó constancia de la manifestación formulada por Ventre, de la cual el Notario no da fe respecto de su sinceridad, siendo este último aspecto pasible de ser rebatido por simple prueba en contrario.

Idéntica conclusión se aplica al contenido del requerimiento formulado por el Sr. Mayol, en la medida en que el Escribano se limita a dejar constancia de las razones que invoca el requirente —*rogatio*— a excitar la actuación del Oficial Público conforme lo establecen la práctica notarial y la Ley Provincial N° 3.473.

En virtud de ello, y atento a los testimonios contrapuestos obrantes a fs. 483/485 y fs. 89/492, el careo realizado a fs. 515/518 entre Bosco —supervisor de ventas de TOTALGAZ S.A.— y el Sr. Ventre, en orden a la existencia de directivas por parte de TOTALGAZ con el objeto que Ventre negara la venta de GPL al denunciante, fue categóricamente negado por Bosco.

De modo que, constituyendo dicho acto procesal un medio de prueba a fin de arribar a la verdad histórica del hecho sobre el cual ambos deponentes fueron convocados (CLARÍA OLMEDO, J. A.; “*Tratado de Derecho Procesal Penal*”; T-V; Págs. 141 y Sgts.), resulta irrazonable la inexistencia de datos concretos proporcionados por Ventre en dicho acto o siquiera la individualización de alguna persona cuyo testimonio acredite con relativo detalle el episodio puntual que se consignó en el acta de fs. 10/11, por lo que carecen de valor probatorio aquellas simples manifestaciones asentadas en el acta notarial cuya veracidad no logra ser corroborada a través de elementos objetivos incorporados al proceso, conclusión a la que no obsta la

CERTIFICO: Que es copia fiel de su original

Dra. VERÓNICA ZARATA ICARI
SECRETARIA



declaración testimonial de fs. 1629/1630 toda vez que el testigo Aquino no presencié la supuesta reunión del día 27/01/00 ni lo sucedido el día 28/01/00 y consignado en el acta —tanto en el requerimiento como en la diligencia notarial—.

9) Sentado cuanto antecede, e ingresando al tratamiento de los agravios que les son comunes, destaco que las conductas pasibles de ser sancionadas a la luz de las previsiones contenidas en la ley de Defensa de la Competencia son aquellas que evidencien una práctica anticompetitiva y que ella potencialmente pueda afectar el interés económico general (Fallos: 316:2561; 325:1702). Debiendo entenderse a dicha potencialidad como un peligro concreto razonablemente determinable en cada caso en particular y no como la mera posibilidad lógica y abstracta de la lesión (Fallos: 316:2561), por lo que corresponde avanzar sobre los elementos probatorios incorporados en autos a fin de analizar, de una parte, la existencia de la conducta atribuida —reparto de clientes— y de otra, su consecuente afectación al bien jurídico tutelado por la norma.

Que, básicamente la figura en estudio constituye una conducta colusiva horizontal practicada entre empresas competidoras dentro de un mismo mercado, y se orienta a eliminar la posibilidad de competencia efectiva configurándose de esta forma la restricción de la competencia necesaria para que exista infracción al art. 1° de la Ley 25.156 (CABANELLAS de las CUEVAS, GUILLERMO; "Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia"; TI; Págs. 540 y Sgts.; Edit. Heliasta; ed. 2005).

En base a ello y en atención a la naturaleza de dicha conducta, la adecuada delimitación del mercado relevante en su dimensión material —producto— y espacial —ámbito geográfico— en cuanto

USO OFICIAL

CERTIFICO: Que es copia fiel de su original.

Dr. VERÓNICA ZEPEDA ICART
SECRETARIA
Cámara Federal de Apelaciones
Buenos Aires - Misiones



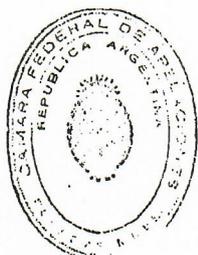
Dr. LILIANA G. NATALI
ABOGADA
C.A. 1.235 C.F.J.
Tel. 552 1 11 11

marco referencial a partir del cual se evaluará la posición que las empresas ostentan y la competencia real entre estas en la ciudad de Posadas no fue objeto del debido tratamiento que las circunstancias del caso exigen, puesto que frente a las acreditaciones de fs. 201/286, fs. 373/394, 401/419, fs. 436/439, fs. 441/451, fs. 725/733, 790/795, 797/798, fs. 799/1003, fs. 1004/1227, fs. 1243, fs. 1268/1269, fs. 1270/1429, fs. 1432/1463, fs. 1476/1483, fs. 1486/1589 —estados contables, información de ventas, listado de clientes, contratos, etc.—, el órgano administrativo se limitó a mencionar de forma escueta y superficial las características de la distribución de GLP en esta ciudad (fs. 1819/1853), lo cual obsta desde el plano objetivo a la determinación de la competencia real o potencial que enfrentan estas empresas a fin de lograr la determinación de la existencia de aquellas condiciones propicias para que efectúen el reparto, en este caso de clientes.

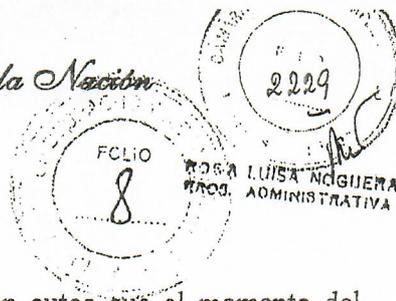
10) Que, frente al panorama precedentemente descrito, que denota serias falencias, observo que en lo sustancial el material sobre el que se fundó el pronunciamiento que aquí se impugna se encuentra constituido básicamente por declaraciones testimoniales, cuyo examen bajo las proyecciones del principio de *unidad probatoria* permiten apreciar datos imprecisos, hasta en algunos casos contradictorios que éstas contienen, y que de cara a otras probanzas incorporadas en autos no arrojan la entidad requerida a los efectos de concluir fundamentadamente en la existencia de una práctica coordinada entre las empresas sancionadas con el objeto de repartirse clientes.

Además de ello, advierto que la mayoría de las declaraciones tenidas en cuenta por la CNDC como elementos de cargo señalan la intervención o maniobras supuestamente desarrolladas por otras empresas sin desplegarse línea investigativa alguna que profundice

CERTIFICO: Que es copia fiel de su original



Dña. VERONICA ZAPATA ICART



tales extremos.

Así las cosas, se ha acreditado en autos que al momento del hecho denunciado, las empresas fraccionadoras que comercializaban GLP en la ciudad de Posadas eran YPF GAS, TOTALGAZ S.A., AMARILLA GAS, SHELL GAS, CANDELARIA GAS y MISCOOPGAS, contando cada una de ellas con sus respectivos distribuidores.

Que, en base a la información suministrada por dichas empresas (fs. 725/734, fs. 1432/1459, fs. 1476/1483, fs. 1486/1589) se verificó en autos la existencia de clientes comunes a algunas de éstas, tal los casos de Jorge Omar Ortiz y Sebastián Fernández, clientes de TOTALGAZ y SHELL GAS como bien lo señaló el órgano administrativo (1856/1867), lo cual por cierto no constituye un dato menor en orden a valorar la conducta investigada en estas actuaciones a la luz del testimonio vertido a fs. 498/500 como será detallado *infra*. Así también y al solo efecto ejemplificativo, conforme surge de fs. 1377/1429 Miscoopgas informó ventas a ALEM GAS S.A., este último distribuidor de YPF.

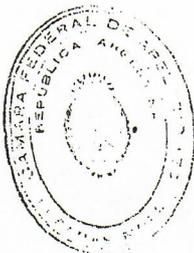
Que, en el contexto referenciado, de las declaraciones vertidas por Miguel Ángel Ventre —distribuidor de TOTALGAZ S.A.— a fs. 489/492, fs. 515/518 y fs. 1706/1707, surge que en un primer momento el testigo señaló en forma categórica la existencia de ordenes impartidas por el Sr. Bosco —supervisor de ventas de TOTALGAZ S.A.— a fin de que no vendiera GLP a determinados clientes. No obstante lo cual, al serle requerida la mención de casos distintos al sucedido con Mayol, el testigo no lo recordaba (fs. 491).

El Sr. Ventre también señaló que, en base a dichos del Sr. Bosco, existieron comunicaciones entre las empresas fraccionadoras locales para acordar el precio y enumeró a YPF, SHELL, AMARILLA y TOTALGAZ (fs. 490), empero amén de las imprecisiones en punto a la

USO OFICIAL

CERTIFICO: Que es copia fiel de su original

Dr. VERÓNICA ZAVATA ICARI
SECRETARIA
Cámara Federal de Apelaciones
Posadas - Misiones



ROSA LUISA FIGUEROA
2011-08-26 10:26 C.G. 1

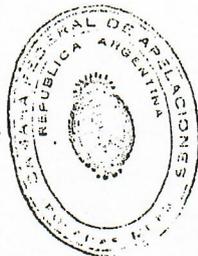
conducta que en este marco se investigaba, tales declaraciones carecen de aptitud probatoria como elementos de cargo en la medida en que el propio testigo reconoció no haber presenciado reuniones entre las fraccionadoras, de modo que —de haber existido reuniones o comunicaciones— difícilmente pueda brindar datos conducentes acerca de personas y temas allí abordados.

Ello a su vez hace cobrar virtualidad en este punto a lo declarado con marcado detalle por Meoqui —de CANDELARIA GAS S.R.L.— y Díaz —de AMARILLA GAS— a fs. 474/477 y fs. 511/513

activamente, acerca de que las reuniones esporádicas tenían directa vinculación con el canje de envases que compromete a todas estas empresas debido incluso al ingreso de envases desde países vecinos.

Por otra parte, la versión auto contradictoria del testigo Ventre en modo alguno puede erigirse como elemento de cargo habida cuenta que por un lado afirmó que no podía vender GLP a clientes que no figuraban en la lista proporcionada por TOTALGAZ o que daba por sentado que tratándose de distribuidores no lo podía hacer, y por el otro señaló que, ante la captación de un nuevo cliente, supuestamente existieron varios llamados de YPF GAS, del Sr. Mieres por SHELL GAS y del Sr. Díaz por AMARILLA GAS reclamándole por la operación con tal. En ese sentido y amén de no proporcionar datos sobre estos nuevos clientes con el objeto de que declaren en autos permitiendo su cotejo con otros elementos de prueba a fin de corroborar su veracidad —a título de ejemplo, facturas de compra, fechas—, Mieres y Díaz tampoco fueron consultados al respecto en el momento procesal oportuno (fs. 486/488 y fs. 511/513) a fin de practicar un eventual cargo con Ventre.

CERTIFICO: Que es copia fiel de su original



Dña. VERÓNICA ZAVATA ICARI
SECRETARIA
Cámara Federal de Apelaciones



En ese marco, observo que a fin de sustentar el presunto reparto y puja de clientes, Ventre señaló a fs. 518 que abastecía a Frutilandia y que lo perdió de manos de YPF y AMARILLA; sin embargo las razones que invocó el deponente reflejan una circunstancia distinta al hecho que se investigaba, puesto que sostuvo que estas firmas ofrecieron a dicho comerciante-GLP a menor costo y que siendo AMARILLA una empresa fraccionadora y con costos diferentes a los que él tenía, no pudo competir (fs. 518 *in fine*). A ello se agrega que, según constancias de fs. 498/500 y fs. 504/505 entre otros, las empresas habitualmente pierden clientes en manos de la competencia.

También señaló a fs. 515/518 que Bosco efectuaba recorridas indistintamente con distribuidores de YPF, SHELL y AMARILLA a verificar precios de venta al público y que sobre esta circunstancia podían declarar Juan González, Leonardo Aquino y Carlos Sánchez empleados de VENTRE GAS. Empero, con posterioridad el propio Ventre declaró a fs. 1707 que Bosco sólo salía con Díaz, supervisor de AMARILLA GAS, no así con los otros porque no residían aquí.

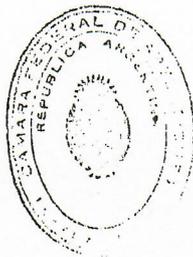
Sin embargo, el Sr. Díaz no fue interrogado puntualmente acerca de ello (fs. 511/513), a fin de facilitar un eventual careo con Ventre, tal como lo señalé anteriormente.

A ello se agrega conforme las constancias de autos que, de las personas señaladas por Ventre, únicamente declaró Leonardo Aquino, expresando a fs. 1629/1630 que el local de Ventre no era visitado por supervisores de otras empresas; que Bosco impartía directivas a los choferes y salía con éstos a efectuar recorridas. No obstante, observo que este testimonio *prima facie* indiciario, por esa sola circunstancia carece de fuerza probatoria atento a que según refirió el testigo, Bosco nunca salió con él, inexistiendo individualización alguna de aquellas

USO OFICIAL

CERTIFICO: Que es copia fiel de su original

Dña. VERONICA ZIGANI IGARI
REGISTRADA
Cámara Federal de Apelaciones
Buenos Aires - México



Dña. LILLIANA C. MATTEI
REGISTRADA
T.M. 12.26 C.F. 1
T.M. 12.469 C.F. 1

personas a las que Bosco supuestamente acompañó y que recordemos, al igual que Aquino eran empleados de VENTRE GAS, a fin de la incorporación en autos de testimonios y pruebas conducentes a la investigación.

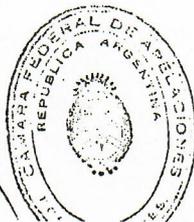
Que, asimismo la imputación formulada gira entorno a lo manifestado por Ventre y Aquino respecto de la existencia de un listado de clientes a quienes la empresa se encontraba obligada a abastecer de GLP. Sin embargo, observo que estas manifestaciones han sido examinadas aisladamente, puesto que a la luz de otras declaraciones testimoniales obrantes en autos permite inferir que ello constituye una actividad de organización empresaria enderezada a la distribución de garrafas, tarea ésta que realizaba Aquino en un primer momento como fletero y luego como vendedor de VENTRE GAS (fs. 1628 *in fine*).

En ese sentido, debe remarcarse con especial énfasis que la mentada lista, conforme la aclaración formulada por el Sr. Miguel Ángel Ventre en su ampliación de fs. 1706/1708, "*...es la de los comodatos que figuraban a quienes la empresa les había prestado los envases, es decir TOTALGAZ*" (fs. 1706 *in fine*) cuya existencia fue reconocida por el Sr. Bosco (fs. 1709) y dicha modalidad —entrega de envases en comodato— es efectuada por prácticamente todas las empresas del rubro conforme surge de fs. 474/477, fs. 498/500, fs. 504/505, fs. 511/513, incluido el propio denunciante Julio César Mayol según constancias de fs. 670/671.

Que, en ese orden de cosas, la resolución impugnada formula la imputación sobre datos fragmentarios extraídos de testimonios —en su totalidad no corroborados— y los integra también con piezas aisladas contenidas en otras testimoniales pero que no refieren a

CERTIFICO: Que es copia fiel de su original

Dra. VERÓNICA ZAPATA ICARI



FOLIO 2231
ROSA LUISA ROSENBERG
PROS. ADMINISTRATIVA
FOLIO 10

conductas desarrolladas por SHELL GAS y TOTALGAZ. Para el caso, esa aparente fundamentación reposa en lo declarado por Raúl Alberto López (fs. 478/481) sobre los ejemplos dados por este testigo acerca de supuestas represalias que las empresas toman en otras provincias ante la pérdida de un cliente en manos de la competencia.

No obstante ello, es insoslayable señalar que el testigo en ningún momento se refirió a las denunciadas, ni proporcionó nombres ni datos puntuales que vinculen a TOTALGAZ y SHELL GAS, pues afirmó que durante su vinculación laboral con la empresa EXTRAGAS fue objeto de presiones por la gente de AMARILLA GAS y de otras petroleras orientadas a que EXTRAGAS deje de vender y que lo propio sucedió cuando trabajaba en Misiones Gas, pero sin mayores precisiones. A su vez, con relación a las supuestas reuniones entre las empresas el deponente señaló que a él "no lo han llamado nunca y que no sabe de la existencia de las mismas. Sí se han reunido a mediados del año 1998 para formar una cámara de distribuidores, en la cual estuvieron Mayol, Ventre y la gente de AGUAPE'T" (fs. 504 in fine y 505).

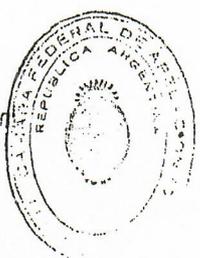
Idéntico temperamento se aplica a la valoración del testimonio del Sr. Ortiz (fs. 504/505), quien amén de mencionar a otras empresas que no fueron investigadas en autos, no brindó elemento alguno que vincule a SHELL GAS y TOTALGAZ en el hecho investigado, pues sencillamente y de forma genérica señaló que "Todas las empresas se ponen de acuerdo para salir con un precio, todos los fraccionadores; ellos son CANDELARIA GAS, AMARILLA, SHELL GAS, YPF, EXTRAGAS y MISCOOP" (fs. 504) y que ello le constaba "...porque son precios que ellos estipulan para el mercado, porque ellos manejan el precio..."

Respecto de la existencia de indicaciones por parte de YPF para

USO OFICIAL

CERTIFICO: Que es copia fiel de su original

Dra. VERÓNICA ZAPATA ICART
SECRETARIA
Cámara Federal de Apelaciones
Posadas - Misiones

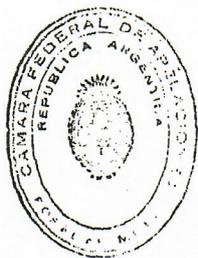


Dra. LILIANA G. NATI
FIRMADA
FOLIO 1226 C.F.
1997 20489

que el testigo dejara de abastecer a algún cliente, Ortiz dijo "que hay momentos que sí porque son clientes genuinos de otra fraccionadora o distribuidor, por el tema de los envases dados en comodato. No recuerda los casos puntuales, pero fueron dos o tres" (fs. 504). Empero, a fs. 505 el testigo afirmó que ni TOTALGAZ ni SHELL GAS se comunicaron con él a fin de que no venda producto al denunciante, lo cual tampoco constituye un dato menor al momento de valorar, con la objetividad que la cuestión amerita, el acervo probatorio.

Que, a su vez se observa tampoco se han valorado amente los testimonios de Meoqui, Mieres, Maidana, Alejandro Comercial y Díaz, pues en el marco de la conducta puntual de reparto de clientes, estos testigos afirmaron no tener conocimiento acerca de la existencia de acuerdos a tal fin (fs. 474/477, fs. 487/488, fs. 498/500, fs. 508/509, fs. 511/513). Más aún, a la luz del criterio de valoración del organismo administrativo, se advierte que el testimonio de Maidana —comisionista de COPSAL y anteriormente vinculado a SHELL GAS, fs. 508/509— resulta conducente en orden a la inexistencia tanto de llamados o presiones por parte de otras empresas como de órdenes impartidas por SHELL GAS a fin de que no abastezca de GLP a cliente determinado.

Por su parte, como fue señalado en detalle *supra*, las constancias incorporadas al sumario indican la existencia de clientes comunes a algunas empresas, tal los casos de Jorge Omar Ortiz y Sebastián Fernández, la venta de MISCOOPGAS a ALEM GAS, agregándose a ello lo declarado a fs. 498/500 por Alejandro Comercial, acerca de que vendía GLP tanto de AMARILLA GAS como de SHELL GAS, optando finalmente por AMARILLA GAS debido a la aceptación de su producto por parte del público.



CERTIFICO: Que es copia fiel de su original

Dr. VERÓNICA ZAPATA ICART



En ese sentido, señaló que en el transcurso de la relación comercial con SHELL GAS ésta no le indicaba a qué clientes abastecer y a cuales no. Debiéndose agregar a ello que el testigo nunca tuvo ninguna objeción ni demora para obtener producto por parte de AMARILLA ni SHELL, aún teniendo el producto de SHELL (fs. 499).

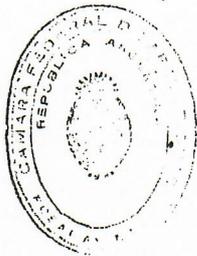
11) Que, en el contexto detallado en anteriores párrafos puede afirmarse que en autos, sin determinarse debidamente el *mercado relevante* que como marco teórico inicial lo exige la materia en cuestión a fin de ponderar las respectivas posiciones de cada una de las empresas vinculadas al GLP en la ciudad de Posadas y consecuentemente la incidencia —siquiera potencial— en la afectación del *interés económico general* de las conductas por ellas desarrolladas, el organismo administrativo parcializó la valoración de los testimonios vertidos en autos, muchos de los cuales como en detalle fue señalado *supra* no proporcionaron datos conducentes a fin de su profundización, y sancionó a las recurrentes sobre la base de simples dichos no corroborados con prueba objetiva alguna producida a lo largo de prácticamente cinco años de investigación (fs. 62 y fs. 1856/1867).

En este aspecto viene al caso señalar las conclusiones de nuestro Máximo Tribunal respecto de que la arbitrariedad se configura cuando se han ponderado testimonios en forma fragmentaria y aisladamente, incurriéndose en omisiones y falencias respecto de la verificación de hechos conducentes para la decisión del litigio, en especial cuando se ha prescindido de una visión en conjunto y de la necesaria correlación de los testimonios entre sí, y de ellos con otros elementos indiciarios (Fallos: 311:621; en idéntico sentido Fallos: 308:641; 319:301; 320:726, 1538, 2316; 324:3432).

USO OFICIAL

CERTIFICO: Que es copia fiel de su original

Dra. VERÓNICA ZEPEDA ICART
SECRETARÍA
Cámara Federal de Apelaciones
Posadas, Misiones



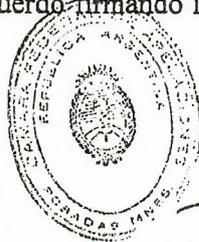
Dra. LILIANA CLINATY
ABOGADA
EXVIII 28 C.O.
T.M. 14.450

Que, en virtud de los fundamentos vertidos *ut supra* entiendo que el material probatorio incorporado a la causa no acreditó la conducta de reparto de clientes objeto de investigación (art. 2° inc. "c", Ley 25.156) tornándose inoficioso el análisis respecto de la afectación al *interés económico general*. En consecuencia, corresponde hacer lugar a las apelaciones planteadas a fs. 1966/1984 y fs. 1992/2021, revocándose el decisorio administrativo puesto en crisis (fs. 1856/1867) del cual forma parte integrante el Dictamen de la CNDC obrante a fs. 1819/1853; Con costas a la **dosa (art. 68 CPCyCN). TAL ES MI VOTO.**

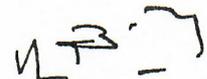
Los Dres. Mario Osvaldo Boldú y Mirta Delia Tyden de Skanata adhieren al voto que antecede.

Por lo que finalizó el Acuerdo firmando los señores Vocales por ante mi que doy fe.


Dra. ANA LUCRECIA DE MEREDONI
PRESIDENTE
CÁMARA FEDERAL DE APELACIONES
POSADAS - MISIONES




Dra. MIRTA D. TYDEN de SKANATA
JUEZ DE CÁMARA
POSADAS - MISIONES


Dr. MARIO OSVALDO BOLDU
JUEZ DE CÁMARA


Dra. VERONICA ZAPATA ICART
SECRETARIA
Cámara Federal de Apelaciones
Posadas - Misiones

CERTIFICO: Que es copia fiel de su original


Dra. VERONICA ZAPATA ICART
SECRETARIA
Cámara Federal de Apelaciones
Posadas - Misiones

