



16000006656207
Zona

FC Sala III

Fecha de emisión de la Cédula: 01/diciembre/2016

Sr/a: ESTADO NACIONAL MINISTERIO DE ECONOMÍA,
FLAVIA GRACIELA AMOROSO

Tipo de domicilio

Electrónico

Domicilio: 27310328540

Carácter: **Sin Asignación**
Observaciones Especiales: **Sin Asignación**

Copias: **S**

16000006656207

Tribunal: CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL - SALA III - sito en TALCAHUANO 550

Hago saber a Ud- que en el Expte Nro. **383 / 2014** caratulado:
**ASOCIACION DE ANESTESIA ANALGESIA Y REANIMACION DE BS AS Y OTROS c/ ESTADO NACIONAL
MINISTERIO DE ECONOMÍA Y OTRO s/APEL RESOL COMISION NAC DEFENSA DE LA COMPET**
en trámite ante este Tribunal, se ha dictado la siguiente resolución:

"SE ADJUNTA COPIA DE LA SENTENCIA INTERLOCUTORIA DE FECHA 29 DE NOVIEMBRE DEL 2016"
- EN 24 FOJAS-

AVISO: A partir del 4/5/15 el sistema de notificación electrónica será obligatorio y exclusivo en todas las causas en trámite. También regirá la obligatoriedad del ingreso de copias digitales dentro de las 24 hs. de la presentación del escrito en soporte papel (Ac. CSJN 3/15).
QUEDA UD DEBIDAMENTE NOTIFICADO

Queda Ud. legalmente notificado
Fdo.: CYNTHIA GUEVARA, Prosecretaria Administrativa



16000006656207



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA III

**C. 383/2014/CA1 “Asociación de Anestesia, Analgesia y Reanimac. s.
apel. Resol. Comisión Nac. Defensa de la Compet.”.
(expte. administrativo n° S01:0060577/2003 – C.880)**

Buenos Aires, 29 de noviembre de 2016.

AUTOS Y VISTOS:

El recurso deducido por la Asociación de Anestesia, Analgesia y Reanimación de Buenos Aires (en adelante la Asociación, AAARBA o la investigada) a fs. 2733/89 contra la Resolución SCI N° 143, contestado a fs. 2799/2815vta. por el denunciante Rogelio E. Lubel y por el Estado Nacional a fs. 2876/94, y

CONSIDERANDO:

I. Resolución SCI N° 143.

1. El 28 de noviembre de 2013, el Secretario de Comercio Interior (SCI), previo Dictamen N° 812 de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) del 24 de julio, dictó la **Resolución N° 143**, mediante la cual declaró responsable a la Asociación de haber realizado prácticas abusivas previstas en los arts. 1 y 2, incisos a), f), l) y ll) de la ley 25.156 (LDC) en detrimento del interés económico general (art. 1°) y le impuso una multa de cinco millones de pesos (\$ 5.000.000) y la carga accesoria de publicar la resolución (arts. 2° y 3°, fs. 2637/38).

Asimismo, le ordenó que se abstuviera de llevar a cabo las siguientes prácticas: a) negociar en nombre o por cuenta y orden de sus médicos asociados, salarios, honorarios o cualquier otra condición para la prestación de servicios médicos; b) establecer, sugerir, informar o dar a conocer a sus asociados, salarios, honorarios, o cualquier otra forma de remuneración mínima; c) ordenar, proponer u organizar el cese o negativa a prestar servicios por parte de sus asociados a cualquier prestador, o sancionar y/o amonestar a asociados por prestar servicios en cualquier institución; d) impedir o dificultar la contratación directa o a través de otra institución de



médicos anestesiólogos asociados o no, y de dictar normas o prácticas de exclusividad de la Asociación en la prestación de servicios (art. 6°, fs. 2638).

II. Dictamen CNDC N° 812.

2. El dictamen -que integra la mencionada resolución-, hizo mérito de que la investigación fue iniciada con la denuncia deducida el 10 de abril de 2003 por distintas clínicas y sanatorios privados contra la AAARBA debido a su actuación en forma concertada para fijar los precios de los servicios de anestesiología e influir en la conducta de sus miembros para obstaculizar la libre contratación.

La Comisión consideró las siguientes circunstancias alegadas por los denunciantes:

1) La Asociación agrupa a más del 95% de los anestesiólogos matriculados de la Capital Federal y del Gran Buenos Aires, y contrata y factura por cuenta y orden de los médicos anestesiólogos asociados las prestaciones que proveen.

2) La AAARBA impuso en el mercado un aumento injustificado del 50% de los aranceles, motivo por el cual los sanatorios a través de ADECRA (entidad que los nuclea) decidieron llamar a concurso para contratar médicos anestesiólogos en forma independiente de la Asociación.

3) La Asociación envió un comunicado amenazando con la interrupción progresiva de servicios si no se dejaba sin efecto el concurso.

4) Mediante una solicitada firmada por los “Médicos Anestesiólogos Miembros de la Asociación de Anestesia, Analgesia y Reanimación de Buenos Aires” se alertaba a los pacientes de los sanatorios acerca del peligro de contratar profesionales con independencia de la Asociación, pretendiéndose de ese modo disimular la directa intervención de dicha entidad porque ya había sido sancionada por prácticas anticompetitivas.

5) Con posterioridad a la denuncia, la Asociación publicó una solicitada dirigida a los afiliados y pacientes de varias entidades de medicina prepaga y centros de salud, mediante la cual alertaba que dicho concurso tenía por finalidad reducir los honorarios de los médicos





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA III

anestesiólogos y podía “desembocar en una situación en extremo peligrosa para los afiliados”.

6) Distintos anestesiólogos, ligados a la Asociación, enviaron a los sanatorios cartas amenazando con interrumpir sus servicios; manifestaron que lo hacían “en nombre y representación de los médicos anestesiólogos de la Capital Federal y Gran Buenos Aires asociados a la Asociación”.

3. La Comisión, sobre la base de los referidos hechos, recordó que había dictado una medida cautelar ordenando a la Asociación que se abstuviera de “orquestrar, alentar o facilitar la negativa concertada de sus miembros a prestar servicios de anestesiología con el objeto de evitar o dificultar la contratación directa de anestesiólogos”, la cual fue confirmada por esta Sala mediante la resolución dictada el 7 de noviembre de 2003.

4. En el Dictamen N° 812 la Comisión hizo mérito, asimismo, de la denuncia presentada por Rogelio E. Lubel el 16 de agosto de 2006 contra la Asociación por presuntas infracciones a la LDC, la cual fue agregada por conexidad a estas actuaciones administrativas (fs. 1122/27).

La CNDC precisó los siguientes hechos esgrimidos por el denunciante como ex miembro de la AAARBA:

1) Conductas concertadas por la entidad en su seno e impuestas a sus asociados, lo cual dio lugar a conflictos y a su posterior expulsión.

2) La función gremial de la Asociación sin autorización legal, por medio de la cual consiguió que los prestadores de salud -públicos o privados- debiesen contratar los servicios de anestesiología a través de esa entidad.

3) La posición dominante de la AAARBA por agrupar el 95% de los médicos matriculados en Capital Federal y Pcia. de Buenos Aires, la cual le permite regular el mercado y fijar los precios.

4) El paro del servicio anestesiológico por parte de sus asociados, previa declaración de “zona de conflicto” o de “lugar con problemas laborales” (por ejemplo, si el servicio es prestado por un médico



no asociado a la AAARBA o si no hay acuerdo en negociaciones por remuneraciones, o por otros motivos: equipamiento, económico, ético). Añadió que declarado un centro de salud como “zona de conflicto”, la Asociación considera “gravísima falta ética” que sus asociados presten servicios en el lugar (como surge de la publicación de la AAARBA “Con Anestesia” de marzo y junio de 2006).

5) Las expresiones de los ministros de salud de la Nación y de la Provincia de Buenos Aires acerca de que la Asociación amenaza a través de sus asociados con suspender las prestaciones anestesiológicas para lograr determinados objetivos (por ejemplo aumentos exorbitantes de honorarios).

5. La Comisión sintetizó del siguiente modo las explicaciones presentadas por la AAARBA (fs. 359/74 y 1265/75) con motivo de los traslados dispuestos el 8 de mayo de 2003 (fs. 206) y el 29 de marzo de 2007 (fs. 1260), respectivamente, en los términos del art. 29 de la ley 25.156:

1) Negó agrupar a más del 95% de los anesthesiólogos matriculados en Capital Federal y Gran Buenos Aires, contratar por cuenta y orden de los asociados o imponer aranceles. Explicó que los médicos contratan en forma personal o “pluriindividual”, y que la Asociación actúa como agente de facturación y cobro de los honorarios de los médicos que le encarguen ese cometido, reteniendo el 4% de lo facturado.

2) Consideró el llamado a concurso de ADECRA una parodia pues no hubo bases ni jurado ni premio. Negó que en la solicitada del 12 de abril de 2003 se cuestionara la contratación directa de anesthesiólogos por los sanatorios, y precisó que su finalidad fue alertar sobre el intento de modificar el sistema de prestación para bajar costos y cambiar los equipos quirúrgicos con el consecuente aumento del riesgo para la salud. Y añadió que la Asociación Argentina de Cirugía adhirió a tal conclusión.

3) Aclaró que la incompatibilidad ética de los anesthesiólogos para trabajar en ciertos lugares obedece a la violación de las normas sobre equipamiento mínimo o de atención al paciente anestesiado.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA III

4) Pidió el rechazo *in limine* de la denuncia de Lubel por no fundarse en conductas que dificulten la contratación directa de anesthesiólogos por ADECRA o sus miembros. Agregó que los hechos denunciados no se vinculan con la medida cautelar dictada. Reiteró que no tiene posición dominante en el mercado y que las supuestas conductas denunciadas pudieran afectar el interés económico general. Asimismo, negó los hechos expuestos en la denuncia; en particular, realizar actividad gremial. Remarcó que su poder disciplinario se relaciona con incompatibilidades éticas por realizar anestésias simultáneas, trabajar sin equipamiento mínimo o en un lugar en el cual se desplazó a un colega sin sumario previo; y destacó que los médicos pueden prestar servicios en lugares declarados en conflicto, pero que en tal caso no pueden continuar asociados a la AAARBA.

6. Por no haber resultado satisfactorias las explicaciones de la Asociación, el 5 de agosto de 2008 la CNDC ordenó la apertura del sumario en los términos del art. 30 de la LDC (Resolución N° 79/08).

Después de señalar las distintas vicisitudes del procedimiento en virtud de los planteos y recursos de la AAARBA vinculados con la prescripción de la acción (art. 54 de la ley 25.156), la nulidad de la apertura del sumario y las consecuentes resoluciones dictadas durante el trámite administrativo, la CNDC precisó las diligencias probatorias ordenadas y corrió traslado a la Asociación para que efectuara su descargo y ofreciera prueba de acuerdo con el art. 32 de la LDC (Resolución N° 78 del 15 de junio de 2010).

En la referida Resolución N° 78 destacó que:

1) el mercado geográfico involucrado abarca la Capital Federal y el Gran Buenos Aires;

2) la AAARBA tiene un significativo poder de mercado con potencialidad suficiente para imponer condiciones desde la óptica de la competencia, ya que cuenta con 1600 asociados y se relaciona de hecho o contractualmente, como agente de cobro, con casi todas las administradoras de fondos de salud (en septiembre de 2004 facturaba a 255 entidades);



3) se acreditó en la causa la intervención concertada de la Asociación y de sus asociados en el mercado de la salud, regulando la oferta de anestesiólogos y obstaculizando la libre contratación por parte de los demandantes del servicio, lo cual constituiría un abuso de posición dominante con perjuicio para el interés económico general.

7. La CNDC señaló que la Asociación pidió la nulidad de la Resol. N° 78/10 (tramitada por incidente) y, en subsidio, efectuó el descargo del art. 32 de la LDC y ofreció prueba, invocando las siguientes defensas:

1) no es la alternativa obligada para satisfacer la necesidad de prestaciones anestesiológicas;

2) las condiciones que impone son importantes pues se relacionan con faltas éticas de los profesionales asociados;

3) el concurso de ADECRA fue una parodia y la solicitada que publicó tuvo por objeto informar que los sanatorios contaban con anestesiólogos idóneos para garantizar la debida atención de los pacientes;

4) el desplazamiento de Lubel de la AAARBA fue por moroso;

Y que tanto en sede administrativa como judicial se desestimó el pedido de suspensión del trámite hasta que se resolviera sobre la nulidad planteada.

8. Después de una extensa reseña de las resoluciones dictadas sobre la producción de la prueba y de las incidencias que éstas motivaron, la Comisión hizo un análisis jurídico-económico de la conducta imputada.

1) Definió la posición dominante como la capacidad de elevar el precio en forma rentable por encima del “nivel competitivo” y determinar eficazmente las condiciones del mercado en relación con precios y cantidades, sin consideración de otros oferentes o de los consumidores.

2) Preciso que las asociaciones de prestadores, como “nucleadores” de la oferta de servicios de salud, presentan problemas desde el punto de vista de la competencia, ya que pueden servir como vehículo de





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA III

prácticas concertadas como la fijación de precios y el reparto de mercados, con el objetivo de incrementar los beneficios de los prestadores con perjuicio de los demandantes finales del servicio.

3) Añadió que el instrumento que utilizan las asociaciones para lograr su objetivo es la exclusión de sus asociados cuando se apartan de las prácticas concertadas; y que las cláusulas de exclusividad son una restricción contraria a la LDC cuando las aplica un agente con posición de dominio en el mercado y con afectación real o potencial al interés económico general.

9. La Comisión concluyó que la AAARBA, en forma concertada con los anesthesiólogos asociados, regula la oferta de profesionales y obstaculiza la libre contratación, incurriendo en abuso de posición dominante en perjuicio del interés económico general, conductas prohibidas en los artículos 1 y 2 de la LDC y por la “Pauta N° 3 para el análisis de la competencia en los mercados de prestaciones para la salud”, según la cual las asociaciones que nuclean más del 25% de los prestadores de alguna especialidad del mercado relevante, no deben establecer cláusulas de exclusividad que impliquen la obligación de que sus afiliados sólo puedan contratar con administradores de fondos para la salud a través de la asociación.

Para ello se basó en los siguientes hechos y pruebas:

1) El conflicto con los sanatorios (ADECRA) se originó cuando la Asociación impuso un aumento injustificado del 50% de los aranceles con riesgo de la prestación del servicio de anestesiología, por lo cual aquéllos intentaron la contratación en forma independiente por concurso.

2) Ante esa situación la AAARBA envió a los sanatorios un comunicado amenazando con la interrupción progresiva de los servicios de sus profesionales asociados en el caso de que no se dejara sin efecto el concurso. Además, distintos anesthesiólogos asociados a esa entidad enviaron, en forma concertada con la AAARBA, cartas con similar amenaza (fs. 95, 106, 116, 128, 137, 147, 155 y 162), lo cual fue considerado como un “boicot”, situación que motivó el dictado de la medida cautelar del 25 de



abril de 2003, confirmada por esta Sala, y la posterior imposición de una multa a la Asociación por su incumplimiento (anulada por este Tribunal por incompetencia del órgano que la impuso).

3) La Asociación aprobó la actitud “pluriindividual” de sus asociados frente al concurso convocado por los sanatorios, tal como surge de su presentación del 20 de mayo de 2003 (fs. 223/244) y de la solicitada del 12 de abril de 2003 (fs. 195).

4) La conducta se mantuvo en el tiempo: tres años después de la denuncia, el doctor Lubel informó sobre maniobras concertadas de la AAARBA impuestas a sus asociados, entre ellas su expulsión de la entidad.

5) La Asociación nuclea alrededor de 1500 anesthesiólogos, aproximadamente el 95% de los matriculados en la Capital Federal y en la Provincia de Buenos Aires.

6) La Asociación ejerce una función gremial sin personería legal, actúa como intermediaria en la contratación de servicios de anestesiología y utiliza como herramienta para regular el mercado y fijar precios, la declaración de “*zona de conflicto*” o “*lugar con problemas laborales*” por cualquier motivo (equipamiento, económico, ético), ya sea para obtener un aumento en las remuneraciones o para evitar que el servicio sea prestado por alguien que no esté asociado a la AAARBA (cláusulas de exclusividad), tal como surge de la publicación de su órgano de difusión “Con Anestesia” de marzo y junio de 2006 (fs. 1136, 1140 y 1306). Y amenaza con aplicar sanciones disciplinarias que pueden llegar a la expulsión de la entidad a quienes presten servicios en los lugares declarados con problemas laborales.

7) El servicio que presta la AAARBA para actuar como agente de facturación y cobro -en forma voluntaria para los asociados que lo solicitan-, brinda la información necesaria para establecer aranceles y, de hecho, es utilizado para fijar precios y repartir zonas, tal como lo demuestra la declaración del doctor Fernández Vigil, ex presidente de la AAARBA, quien indicó que casi la totalidad de los anesthesiólogos facturan a través de la Asociación y que pactados los honorarios todos cobran lo mismo (fs. 1609).





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA III

8) Los directivos de la AAARBA sostuvieron que los anesthesiólogos asociados que ofrecen sus servicios por honorarios menores incurren en una falta ética. Es decir, utiliza el código de ética para impedir el ingreso al mercado de empresas “gerenciadoras” o intermediarias.

9) Otra de las herramientas de la Asociación para lograr su objetivo es el control de la formación del recurso humano del servicio de anestesiología, regulando de ese modo la cantidad de profesionales.

10) A modo de ejemplos, la Comisión mencionó: a) el concurso y posterior cierre de la clínica UNINOR, entre otros motivos porque la Asociación impedía a los anesthesiólogos asociados que le prestaran servicios debido a que pretendió contratar médicos en forma independiente, según declaraciones de su director (el diputado provincial De Simone), con especial referencia a las manifestaciones de los doctores Salto y Galarza, miembros de la AAARBA; y b) el Hospital Materno Infantil de San Isidro, donde casi todos los anesthesiólogos asociados dejaron de prestar servicios en forma simultánea, con grave peligro para la salud de los pacientes (fs. 1452/54).

11) También valoró las declaraciones del presidente de la Mutual de Médicos Anesthesiólogos de la Capital Federal y Gran Bs. As. (doctor Arteaga) en el XXVI Congreso Internacional de Obstetricia y Ginecología 2008, en cuanto a que casi todos los anesthesiólogos de esa zona están afiliados en forma voluntaria y a que tanto el desplazamiento del lugar de trabajo como el ofrecimiento por un honorario más bajo son faltas éticas graves.

12) Otro ejemplo que consideró la Comisión surge de la declaración testimonial del doctor Ravazzoli, miembro de la Asociación Platense de Anesthesiología, en el marco del “Incidente de verificación de cumplimiento de la medida cautelar” (expte. S01:05226451/2008), quien mencionó que en 2003 tuvo conocimiento del reclamo de aumento de honorarios por los asociados a la AAARBA y de que la Sociedad Platense de Anesthesiología recibió información por escrito de que ningún anesthesiólogo de la ciudad de La Plata ni de otras ciudades del interior se presentara a



trabajar en los sanatorios agrupados por ADECRA. Indicó que en 2006 dicha Sociedad recibió un fax del presidente de la AAARBA (doctor Campos) pidiendo que se tomaran medidas respecto de los asociados que trabajaran en los hospitales pertenecientes a la Municipalidad de San Isidro, definidos como zona de conflicto (agregado a fs. 1602). Y agregó que por ese motivo fue expulsado arbitrariamente en 2008, junto con otros tres colegas (Caporale, Nakane y Crespo) de la Sociedad Platense y de la Federación, después de un sumario administrativo sin debido derecho de defensa, argumentándose falta de ética, desplazamiento de colegas y que no podía trabajar por otro sistema fuera del ámbito institucional de la federación y de las asociaciones que la integran.

13) Y concluyó la CNDC que el déficit de anesestiólogos posibilitó una posición ventajosa para negociar honorarios. Por ejemplo, en el Partido de San Isidro se declaró la emergencia sanitaria por falta de anesestiólogos y por los paros y renunciaciones simultáneas de profesionales asociados a la AAARBA se pospusieron cirugías programadas.

10. En lo atinente a la posición dominante, la Comisión precisó que la conducta violatoria de la LDC es aquella que tiene por objeto o efecto generar una afectación negativa y sustancial al interés económico general, a través de prácticas de explotación de los clientes o proveedores o mediante la limitación o distorsión de la competencia en un mercado determinado, ya sea respecto de competidores actuales o potenciales. Es decir, la conducta reprochable es aquella que importa un abuso de la posición de dominio.

Asimismo, la CNDC señaló que la posición dominante de la Asociación exige una especial responsabilidad para evitar un resultado perjudicial al interés económico general.

En relación con el abuso de posición dominante, la Comisión destacó que el mercado relevante involucra la prestación de servicios de anestesia ofrecidos en clínicas, sanatorios y hospitales públicos y privados. Agregó que la oferta de servicios médicos está conformada por profesionales y establecimientos nucleados en asociaciones de primer nivel





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA III

(círculos, colegios, asociaciones), las cuales están asociadas a entidades secundarias (federaciones) y éstas a su vez pueden formar parte de entidades terciarias (confederaciones); en tanto que la demanda de dichos servicios está constituida por los pacientes, en su mayoría afiliados a las administradoras de fondos de salud. Estas últimas entidades, junto con las asociaciones de prestadores, intermedian entre la oferta y demanda de servicios médicos.

Por otro lado, con base en el estatuto de la AAARBA, definió el mercado geográfico como aquél que se extiende en la ciudad autónoma y en el Gran Bs. As., sin perjuicio de nuclear un vasto número de profesionales del interior de la provincia y de otras ciudades del país (fs. 754/770 y 1801/1808).

En cuanto al número de asociados a la AAARBA, la Comisión hizo notar que si bien de su página *web* surge que cuenta con más de 1600 anesthesiólogos, el 23 de septiembre de 2003 presentó en el expediente un listado con la nómina total de 604 profesionales asociados, mientras que en mayo de ese mismo año había indicado que la cantidad sería de 1850 (fs. 235). A su vez, el Ministerio de Salud indicó un total de 771 profesionales matriculados en la Capital Federal (fs. 1057) y el Colegio Médico de la Pcia. de Bs. As. informó un total de 636 en esa jurisdicción (fs. 1111). Sobre esa base, la CNDC concluyó que la Asociación agrupa a más del 95% de los anesthesiólogos matriculados de la Capital Federal y Gran Bs. As.

Es en tales condiciones que la Comisión afirmó que la AAARBA contrata y factura por cuenta y orden de los médicos anesthesiólogos asociados, las prestaciones que proveen a los demandantes de sus servicios. Explicó que al actuar como agente de cobro se encontraría relacionada ya sea contractualmente como de hecho con la casi totalidad de administradoras de fondos para la salud de su ámbito geográfico. (El 14 de septiembre de 2004 informó que facturaba a 255 administradoras.) Añadió que, según la denuncia, la Asociación contrata exclusivamente con empresas de medicina prepaga y obras sociales, imponiendo los aranceles para las prestaciones. Es decir, la AAARBA factura mensualmente a dichas entidades por cuenta y orden de los médicos asociados, según los precios establecidos



por la Asociación (fs. 72), la cual retiene entre un 4% y un 4,5% de los honorarios de cada profesional.

Con sustento en tales circunstancias, la CNDC consideró que, por un lado, la Asociación es la alternativa obligada para la mayoría de las administradoras de fondos para la salud de la Ciudad de Bs. As. y de una vasta zona de la provincia de Bs. As. a fin de satisfacer las necesidades prestacionales de sus afiliados, y por el otro, es también la única posibilidad de los anesthesiólogos para acceder a esa gran masa de afiliados. Señaló que de las constancias del expediente surge la inexistencia de competidores de la Asociación en el manejo y asignación de los servicios de anestesia. Y entendió que la concentración absoluta de la oferta de esos servicios y las condiciones restrictivas impuestas por la AAARBA a sus asociados respecto de los establecimientos a los cuales pueden prestar servicios, obstaculizan severamente su contratación y repercuten en su precio y calidad.

Indicó que en virtud de la posición dominante de la Asociación, las notas dirigidas a los sanatorios -en respuesta a la solicitada de ADECRA- amenazando con limitar las prestaciones a partir del 14 de abril de 2003 en el caso de que no dejasen sin efecto el intento de desplazar colegas, demuestran la intencionalidad explícita de la entidad y sus asociados de establecer una intimidación a la capacidad de contratación independiente de anesthesiólogos. Y precisó que tal conducta resulta contraria a la finalidad de las mencionadas “Pautas para el análisis de la competencia en los mercados de prestaciones para la salud” (pauta n° 3), cual es la de evitar que las asociaciones con una participación relevante en el mercado funcionen como un mecanismo de concertación restrictivo del acceso de los prestadores en forma independiente. Tal situación se verifica, a juicio de la Comisión, porque si bien no existe una prohibición estatutaria de contratar en forma directa, los asociados saben que pueden perder tal condición si prestan servicios en los lugares declarados “zona de conflicto” o si siendo socio de una determinada asociación deciden trabajar en el ámbito geográfico de otra sin su autorización.

La CNDC destacó como ejemplos los conflictos con:





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA III

1) La empresa Hipertech, intermediaria de servicios de anestesiología. La Asociación expresamente sostuvo la absoluta incompatibilidad de que sus asociados trabajen en dichas intermediarias y pretendan continuar como miembros de la entidad, de acuerdo con el Código de Ética de la Confederación Latinoamericana de Sociedades de Anestesiología (fs. 1514). La mayoría de los anesthesiólogos de Hipertech renunciaron por presión de la AAARBA a fin de continuar asociados, lo cual motivó que no pudiera cumplir con los compromisos asumidos, debiéndose presentar a concurso. A juicio de la Comisión, ello demuestra la imposibilidad de competir con la AAARBA en la prestación del servicio de anestesia.

2) La Asociación Platense de Anestesiología. En una nota de la AAARBA al presidente de la Federación Argentina de Asociaciones de Anestesia y Reanimación, denunció que anesthesiólogos de la Asociación Platense de Anestesiología prestaban servicios en la Municipalidad de San Isidro sin la anuencia de la Asociación, y pidió medidas (fs. 1602).

Según la Comisión, dichos casos demuestran que la única forma de contratar anesthesiólogos es a través o con la anuencia de la AAARBA, pues ésta considera una falta ética que un integrante de una asociación trabaje en el ámbito geográfico de otra asociación sin el permiso de la filial receptora.

Por lo demás, la CNDC ponderó que la AAARBA es la única entidad que organiza y dirige los cursos de especialización, requisito previo y obligatorio para obtener el título de la especialidad en Anestesiología.

11. A modo de síntesis, la Comisión indicó que las prácticas imputadas y probadas se refieren a la negativa concertada de los miembros de la Asociación a prestar servicios de anestesiología, evitando y/o dificultando su contratación directa, a través de la imposición de restricciones y/o sanciones a los médicos que presten servicios sin la anuencia de la entidad. Y concluyó que, por la posición dominante, fija el precio del servicio, y que sus prácticas tienen la potencialidad suficiente para excluir a



los médicos que quisieran contratar por fuera de la Asociación, restringiendo la competencia en el mercado, con perjuicio del interés económico general.

Consideró, en fin, que las prácticas de la AAARBA encuadran en los siguientes incisos del art. 2 de la ley 25.156, en los que se sanciona: *a)* fijar, concertar o manipular en forma directa o indirecta el precio de venta o compra de bienes o servicios, así como intercambiar información con el mismo objeto o efecto; *f)* impedir, dificultar u obstaculizar a terceros la entrada o permanencia en un mercado o excluirlos de éste; *l)* negarse injustificadamente a satisfacer pedidos concretos, para la compra o venta de bienes o servicios, efectuados en las condiciones vigentes en el mercado; *ll)* suspender la provisión de un servicio monopólico dominante en el mercado a un prestatario de servicios públicos o de interés público.

Añadió que los actos imputados a la Asociación constituyen un abuso de una posición dominante en el mercado involucrado -la cual le permite actuar de manera independiente a sus competidores y clientes, con capacidad para limitar la competencia efectiva-, consistente en la negativa concertada de los miembros y de la entidad a prestar servicios anestesiológicos, evitando y/o dificultando la contratación directa por parte de los demandantes de dichos servicios, e imponiendo restricciones y/o sanciones a los médicos que presten servicios sin su anuencia.

12. Determinó la Comisión que la conducta de la AAARBA perjudicó el interés económico general pues: *1)* elevó de modo significativo las barreras a la entrada de anesthesiólogos al mercado; *2)* impidió el ejercicio profesional en competencia con los médicos asociados; *3)* provocó mayores precios que los que habrían prevalecido en condiciones de competencia, y *4)* alteró la ecuación económica del sistema privado y público de salud, repercutiendo en el bienestar de los pacientes por la elevación de los costos o por la disminución en la calidad de la atención médica.

Agregó que la concepción del interés económico general como daño al bienestar de los consumidores ha sido receptada tanto por la autoridad administrativa (Resolución N° 164/01 sobre los “Lineamientos para





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA III

el Control de las Concentraciones Económicas”), como por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (causa Y.1.XXXVII, “YPF s. ley 22.262” del 2-7-2002).

Asimismo, la CNDC recordó que según la redacción de la Ley de Defensa de la Competencia basta con la potencialidad de la conducta para su sanción (CSJN, causa “A. Gas c. AGIP”, del 23-11-1993).

13. La Comisión dictaminó que la denunciada es pasible de la sanción de multa como elemento disuasivo de prácticas anticompetitivas.

En primer término, destacó que la finalidad de esa sanción es resarcir a la sociedad los perjuicios causados por la conducta prohibida y privar al infractor de los beneficios ilícitamente obtenidos. Sin embargo, destacó la dificultad de estimar con precisión los referidos perjuicios y beneficios. Sobre esa base, invocó facultades para determinar, dentro de los límites que fija la LDC, la cuantía de la multa con razonabilidad.

Individualizó los siguientes perjuicios derivados de la conducta de la Asociación (art. 46, inc. b, ap. 1, ley 25.156):

1) El de los médicos anesthesiólogos no asociados por los servicios que no pudieron prestar y facturar. Señaló las dificultades para estimar la cuantía pero consideró razonable fijarla en el 1% de lo que factura la AAARBA, dado que cualquier análisis de abuso de posición dominante contempla reducciones de demanda entre el 5% y el 20%. Y tomó como referencia el 1% de lo facturado por la AAARBA en 2009 (\$ 6.090.731, fs. 2008vta.) y lo multiplicó por los 10 años durante los cuales tuvo por probada la conducta; es decir, estimó el daño en \$ 60.907.310 a valores de 2009.

2) El de las prestadoras y los seguros médicos, y el de los pacientes (consumidores finales del servicio), por el incremento en el costo de las prácticas y su correlato en el costo de los seguros médicos, o porque con motivo de los precios “supracompetitivos” en las prácticas de anestesiología debieron racionar, de algún modo, el servicio para equilibrar la ecuación económica. Estimó los sobrepagos en el 5% más de lo que los médicos cobrarían en un escenario de competencia, lo cual en el año 2009 representó



la suma de \$ 30.453.655, y durante los diez años en que se mantuvo la práctica anticompetitiva superó el monto de \$ 300.000.000 a valores de 2009.

En síntesis, calculó dichos perjuicios en \$ 360.000.000, tomando cifras correspondientes a la facturación de 2009, por resultar los valores más recientes que constan en la causa. Y considerando una sobreestimación del perjuicio -porque el número de asociados se incrementó de 1385 en 2003 a 1547 en 2009-, concluyó que de acuerdo con el número inicial de abonados el perjuicio superó el monto de \$ 320.000.000.

En lo atinente al beneficio ilícito obtenido (art. 46, inc. b, ap. 2, ley 25.156), destacó que se relaciona con el 5% considerado como sobreprecio, que se traduce en una transferencia a favor de los médicos y de la Asociación. Y no obstante que la Asociación cobra un 4% de la facturación, entendió que como autora de la práctica le cabe el total de la sanción, más allá de cómo se hubiera repartido el beneficio entre ella y los médicos asociados.

Finalmente, soslayó la incidencia del valor de los activos en la determinación de la multa (art. 46, inc. b, ap. 3, ley 25.156), habida cuenta de que no es un parámetro relevante en el caso, pues los servicios de la Asociación no involucran activos industriales o productivos.

Y a ello añadió que la determinación de la multa se ajusta a las pautas del art. 49 de la LDC, toda vez que: la infracción fue grave porque afectó un mercado vinculado con la salud; se acreditaron indicios de intencionalidad pues la motivación de la AAARBA fue limitar la competencia y acotar la oferta; la participación en el mercado es muy alta, potenciando los perjuicios y los beneficios obtenidos; la duración de la práctica se mantuvo hasta la actualidad, no obstante el dictado de la medida cautelar decretada.

Consecuente con los fundamentos expuestos, y considerando el límite previsto en el art. 46 (inc. b) de la ley 25.156, opinó que se le debía aplicar a la AAARBA una multa de \$ 150.000.000, además de la orden de cese de las siguientes prácticas: a) negociar en nombre o por cuenta y orden de sus médicos asociados, salarios, honorarios o cualquier otra condición para la prestación de los servicios médicos; b) establecer, sugerir, informar o dar a conocer a sus asociados, salarios, honorarios, o cualquier





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA III

otra forma de remuneración mínima; c) ordenar, proponer u organizar el cese o negativa a prestar servicios por parte de sus asociados a cualquier prestador, así como la de sancionar o amonestar a asociados por prestar servicios en cualquier institución; d) impedir o dificultar la contratación directa o a través de otra institución de médicos anesthesiólogos asociados o no, y de dictar normas o prácticas de exclusividad de la Asociación en la prestación de servicios.

III. AGRAVIOS DE LA AAARBA.

14. Comienza su recurso la Asociación planteando la inconstitucionalidad del art. 52 de la ley 25.156 en cuanto prevé el efecto devolutivo respecto de la orden de cese de conductas, y por la violación de la garantía de la doble instancia judicial aplicable a todo proceso, que asegure un recurso accesible y una revisión integral de la decisión, de acuerdo con los criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por otro lado, invoca la inconstitucionalidad sobreviniente del art. 58 de la LDC por la omisión del Poder Ejecutivo en constituir el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia (arts. 17 LDC). Aduce que los funcionarios que emitieron los actos cuestionados carecen de los requisitos de imparcialidad, independencia e idoneidad previstos por la ley 25.156 para los miembros del TNDC. Destaca, en ese sentido, las siguientes circunstancias: **a)** en junio de 2010 presentó en el expediente un escrito dando cuenta de declaraciones periodísticas (diario Perfil, del 19-6-2010) -que no fueron desmentidas ni motivaron explicaciones o la promoción de un sumario administrativo-, en las cuales el denunciante Lubel aseguraba haber tenido acceso a un borrador de la Comisión “sentenciando la intervención de la A.A.A.R.B.A.”, que no ocurrió por la intervención de un importante estudio de abogados (ver fs. 2745); **b)** la Comisión denunció a las letradas de la Asociación ante el Tribunal de Disciplina del Colegio Público de Abogados en virtud de las expresiones vertidas durante el trámite; **c)** no se admitió como prueba el ofrecimiento de expedientes administrativos de la CNDC en los cuales se desestimaron denuncias idénticas (exptes. N° 13.740/85, Resolución 174/91 del 20-6-1991; N° 064-I000798/98, resolución del 9-6-1999; N° 064-



018350/99 -C.525-; N° 064-000798/98, resolución del 6-10-2005); **d)** no se hizo lugar a la producción de prueba pericial contable respecto de ciertos puntos ofrecidos (“a” y “c”) respecto de la morosidad en el pago de honorarios; **e)** se dio un trato diferente a Lubel que omitió informar sobre los motivos de su expulsión no obstante el requerimiento formulado por la CNDC (escrito de fs. 1175 y Considerando 101 del Dictamen), en tanto que a la Asociación se le exigió que acompañara copia del sumario administrativo (fs. 731); **f)** se le otorgó un trato diferente ante un pedido de audiencia (Nota 260/09 del 18-3-2009) y de compulsar actuaciones en otro expediente.

Alega, asimismo, que la ley 25.156 viola la garantía de la doble instancia judicial, por cuanto el recurso judicial se concede en relación, con lo cual no hay un ámbito de cognición plena. Añade que dicha garantía no se satisface con la posibilidad de deducir recurso extraordinario y que por aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 8.2.h) la posibilidad de recurrir debe ser accesible y sin mayores complejidades que tornen ilusorio el derecho. Cita las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para invocar que es necesario un recurso que garantice el examen integral de la decisión recurrida.

También plantea la inconstitucionalidad del art. 47 de la ley 25.156 (ver escrito de ampliación del recurso) en cuanto establece la responsabilidad penal para una persona jurídica por las conductas realizadas por las personas físicas que hubiesen actuado en su nombre, con la ayuda o en su beneficio. Sostiene que la norma no se compadece con la Constitución Nacional pues contraría los arts. 39 y 43 del Código Civil, y consagra en el ámbito represivo una cláusula general que puede ser utilizada con menoscabo del derecho de defensa y el derecho de asociación, exponiendo a la persona ideal por el actuar espontáneo de un asociado bien intencionado. Cuestiona que la persona jurídica pueda ser destinataria de una sanción represiva penal sin dominio del hecho imputado, lo cual excede la interpretación más extensiva de la fórmula “en ocasión de” para responsabilizarla patrimonialmente por daños de sus directivos, administradores y/o





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA III

dependientes. Cita el art. 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en cuanto prevé el derecho a asociarse libremente.

15. Continúa la recurrente sus agravios con el planteo de nulidad absoluta de la Resolución SCI N° 143 por los siguientes fundamentos:

15.1. El SCI impuso la sanción estando pendiente la decisión definitiva sobre la prescripción de la acción deducida durante el procedimiento, la cual debió ser previa a la resolución de fondo (Corte Suprema, in re “Caballero” del 8-11-2005, “Schifrin” del 29-11-2005 y “González Daniel” del 31-10-2006, y Fallos 325:1569, 329:1756 y 330:4040). Agrega que al momento de la interposición del presente recurso, la cuestión se encontraba pendiente de decisión por la Corte Suprema (expte. 1058, 47-A). Y recuerda la doctrina según la cual la prescripción se produce de pleno derecho y debe ser declarada en cualquier instancia del juicio.

15.2. La sanción fue impuesta estando en trámite ante la Corte Suprema recursos vinculados con la nulidad de resoluciones anteriores de la Comisión de cuya firmeza dependía la validez de la Resol. N° 143 (exptes. 127/12, 155/12, 157/12 y 463/12). Precisa que las decisiones recurridas ante el Alto Tribunal fueron las dictadas por esta Sala el 13 de octubre de 2011 en las causas 6302/11, 2875/11 y 3570/11, las cuales no quedaron firmes.

15.3. La resolución administrativa importó la violación de principios constitucionales propios del procedimiento penal, como los de oficialidad, presunción de inocencia y carga probatoria. Agrega que no se cumplió con la descripción precisa de la conducta imputada.

15.4. La resolución del SCI importó la violación del principio de congruencia. Ni las Clínicas ni Lubel mencionaron la condición de agente de cobro de la Asociación como instrumento de dominio de mercado, circunstancia que no fue objeto de imputación. Afirma que ese hecho no integró el traslado del art. 29 LDC, por lo cual la decisión es arbitraria al modificar el objeto litigioso.



15.5. El SCI se apartó del dictamen de la CNDC en lo referido al monto de la multa -el cual dicho órgano había estimado en \$ 150.000.000-, fijando la suma de \$ 5.000.000 con el único argumento de hacerlo en resguardo del interés económico general.

16. También se agravia la recurrente por considerar que la resolución N° 143/13 es arbitraria por ausencia total de prueba de la conducta. Afirma que los elementos en los que se sostiene la sanción se limitan a la versión de los denunciantes, a las declaraciones del diputado De Simone y a un ejemplar de una revista. En esa línea argumental, alega que la Comisión:

1) Tuvo por acreditado -con la mera afirmación de los sanatorios denunciantes- que la AAARBA nuclea al 95% de los anesthesiólogos matriculados de la Capital Federal y del Gran Bs. As. (Consid. 167 y 234).

2) No analizó las pruebas ofrecidas por la Asociación para demostrar que el llamado a concurso efectuado por dichos sanatorios, a través de ADECRA, fue una simple “parodia” pues no existían bases, jurado ni premio (invoca que como Anexo I del Incidente de verificación de cumplimiento de la medida cautelar en los autos principales C.880, fs. 772, se agregó el expediente “Manzolido Ares, Claudio c. Asociación de Clínicas, Sanatorios y Hospitales de la República Argentina s. diligencias preliminares”, causa n° 24.322/03 del Juzgado en lo Civil N° 99).

3) No consideró como una conducta contradictoria la solicitada de los denunciantes publicada después de formular la denuncia, informando que contaban con anesthesiólogos idóneos para garantizar la atención de los pacientes y asegurar la continuidad de los servicios (Consid. 100).

4) No hizo mérito de las medidas informativas dispuestas para determinar si la Asociación y/o sus miembros publicaron y/o pagaron las solicitadas en el diario Clarín del 11 y 12 de abril de 2003 (Consid. 102).

5) No demostró que el conflicto con los sanatorios se originó cuando la AAARBA decidió imponer un aumento del 50% de los





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA III

aranceles (Consid. 144). Añade que de la prueba aportada por los denunciantes surge un listado de nuevos aranceles que difieren según la entidad (fs. 79/90) y que no se investigó qué gravitación tenían los honorarios anestesiológicos en la estructura de costos de los sanatorios y empresas de medicina prepaga.

6) No explicó cómo la Asociación “motivó” que distintos anestesiólogos asociados enviaran cartas documento a los sanatorios amenazando con interrumpir servicios si no se dejaba sin efecto el supuesto concurso (fs. 95, 106, 128, 137, 147, 155 y 162), incurriendo en un *boicot* orientado a dejar sin efecto la contratación directa (Consid. 168).

7) Tuvo por ciertas las manifestaciones de Lubel no obstante su falta de credibilidad por las mentiras en la denuncia acerca de los motivos de su expulsión de la Asociación en 2004, expuestas en la audiencia de ratificación cuando admitió que fue por moroso. Omitió ponderar que Lubel no acompañó las constancias de su expulsión (fs. 1175 y Considerandos 46 y 101), pero exigió a la AAARBA el sumario de la expulsión cuando el estatuto social solo requiere la notificación fehaciente que obra en el expediente (carta certificada del 1 de junio de 2004); tampoco consideró que en la causa está agregado el pedido de reconsideración de dicho médico por ese motivo.

La Comisión tampoco asignó relevancia a la condena de Lubel por la Cámara en lo Criminal y Correccional de San Isidro a la pena de ocho meses de prisión, de ejecución condicional, y de seis años de inhabilitación como médico, confirmada por la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires el 28 de febrero de 2001 y por la CSJN el 2 de julio de 2002.

8) No ponderó la intensa actividad de Lubel como anestesiólogo con posterioridad a la desvinculación de la Asociación -como surge de su declaración-, no obstante la referida condena penal por mala *praxis* (según declaró el 26-3-2006 en el expte. 90524 “Grupo Médico Boulogne s/ quiebra” del Juzgado Comercial N° 2), circunstancia que contradice lo expuesto en la denuncia y desmiente la gravitación asignada a la AAARBA en el mercado. La Comisión no investigó si el Grupo Médico



Boulogne contaba con anestesiólogos ajenos a la Asociación ni que los honorarios profesionales hubieran influido en la cesación de pagos de la empresa, a pesar de que los informes del art. 39 de la Ley de Concursos son accesibles por internet.

Tampoco consideró la CNDC que Lubel en 2006 fundó Hipertech SA para brindar servicios anestesiológicos, la cual obtuvo la licitación pública para “gerenciar” dichos servicios en los hospitales de la Municipalidad de San Isidro, ni que logró la aprobación del acuerdo preventivo, circunstancias que contradicen sus declaraciones sobre la imposibilidad de contratar anestesiólogos por fuera de la Asociación, ya que los acreedores sólo habrían prestado su conformidad si la actividad futura de la concursada fuese viable.

9) Reformuló indebidamente el interrogatorio al testigo Della Rosa -ofrecido por Lubel- acerca de los perjuicios derivados de su expulsión de la AAARBA, después de que declarase haber trabajado bien y ganar más dinero que cuando era miembro (fs. 1427/28).

10) Prescindió de las declaraciones de los médicos Gustavo Busch (fs. 596/98), Gabriela Sánchez (fs. 599/601), Rubén Striker (fs. 617/19) y Gabriel A. Solari (fs. 670/72) acerca de las condiciones en que se habían desempeñado como profesionales en la firma Hipertech SA y de la posibilidad de trabajar en otros ámbitos sin estar asociados a la AAARBA, entre otras cuestiones (precisión sobre la denominación “lugar con problemas laborales” o “zona de conflicto”). Tampoco valoró las siguientes declaraciones: doctor Martín Mihura, ex presidente Asociación Argentina de Cirugía (fs. 675/77) respecto de aspectos relevantes como ser la adhesión de esa entidad -junto con otras- a la solicitada de fs. 195 para alertar a la población por el manejo de varias empresas de salud; doctor Luis A. Zanoni, Director Médico Hospital Houssay (fs. 620/22) acerca de la posibilidad de pactar aranceles y suscribir contratos en forma grupal con anestesiólogos sin perjuicio de que estuviesen asociados a la AAARBA; doctora María Cristina Galoppo, Directora Hospital de Niños Ricardo Gutiérrez, en el sentido de que era falso que en 2007 se hubieran dejado de efectuar cuatro mil cirugías por





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA III

falta de anesthesiólogos, que dicho número correspondía a la lista de espera y que nunca existió riesgo para los pacientes no obstante la falta de quirófanos; Carlos H. Ortega, apoderado del Hospital Privado Modelo, deudor concursado de la AAARBA en punto a que nunca tuvo problemas por falta de anestesistas; doctora Susana S. Vázquez, Directora Hospital Materno Infantil San Isidro (fs. 606/609), según la cual en noviembre de 2006 hubo una renuncia masiva de anesthesiólogos por lo cual se incorporaron profesionales que no pertenecían a la AAARBA y que no había oxícapnógrafo en el quirófano de obstetricia.

Por otro lado, afirma que la Comisión, sin corroboración alguna, asignó pleno valor probatorio a una inexistente declaración del doctor Fernández Vigil, ex presidente de la AAARBA (Considerando 182, con remisión a fs. 1609) y a expresiones de Arteaga -que se negó a declarar- (Considerando 198), cuando dichas personas no representaban a la AAARBA.

11) No controló la veracidad de las declaraciones del diputado provincial De Simone, en particular aquéllas vinculadas con la declaración de “zona de conflicto” y/o “lugar con problemas laborales” para fijar los precios de las prestaciones anestesiológicas, dando como único ejemplo el caso de la clínica UNINOR de la cual era director y sostuvo que cerró pues la AAARBA impedía a sus asociados prestar servicios allí al no aceptar las condiciones y los valores pretendidos por dicha asociación (que le fueron comunicados por los doctores Galarza y Salto quienes se presentaron como miembros de la Asociación), y que resultaba imposible contratar profesionales no asociados debido a que la AAARBA concentra casi el 100% de la oferta en Capital Federal y Gran Buenos Aires (fs. 1452/54 y Considerandos 192/95 del Dictamen). Señala que la Comisión no verificó que de la causa “Asociación Médica del Norte s/concurso preventivo”, del Juzgado Civil y Comercial de San Isidro, surge que UNINOR jamás estuvo cerrada ni existió conflicto con la AAARBA, ni tampoco que el juez homologó el acuerdo y que fue cumplido, lo cual no hubiera sido posible sin contar con anesthesiólogos.



Alega que la CNDC omitió la declaración del diputado acerca de que cómo director de la Clínica UNINOR impuso que el pago de honorarios “se haría en forma directa sin la intervención de la mentada asociación”.

Invoca que la Comisión también prescindió de la enemistad manifiesta que el diputado demostró hacia la Asociación, le dio más valor a sus declaraciones que a las de la Directora del Hospital Materno Infantil de San Isidro, consideró sin fundamento que la Clínica era administrada en forma eficiente y no llamó a declarar a los mencionados Galarza y Salto ni comprobó que fueran directivos de la AAARBA al momento del hecho denunciado. Agrega que De Simone presentó, con asesoramiento de Lubel y sobre la base de la investigación de la CNDC, un proyecto de ley para crear la carrera de Anestesiista Pediátrico con solo nueve meses de duración.

12) Fundó la falta de competencia en el manejo, utilización y asignación de los servicios de anestesia por parte de la AAARBA y la conclusión acerca de la existencia de un monopolio, sobre la única base de recortes periodísticos aportados por Lubel (Consid. 243).

13) Aludió a “muchas actuaciones” para tener por acreditada la conducta para después referirse a un solo ejemplo (Hipertech, Consid. 252, y UNINOR). Destaca que no surge del expediente que existieran más conflictos que involucraran a la AAARBA -como persona jurídica distinta a la de sus miembros-, además del mencionado en el referido Consid. 252.

14) No precisó la evidencia encontrada para asegurar en el Considerando 266 que las “prácticas mencionadas” tienen la potencialidad suficiente para excluir a los médicos que quisieran contratar por fuera de la Asociación, restringiendo la competencia en el mercado, con perjuicio del interés económico general; ni tampoco identificó cada una de las prácticas con indicación de las circunstancias de tiempo, lugar y personas.

Sobre esa base concluye que hubo arbitrariedad en la valoración de la prueba y que se omitió ponderar elementos de juicio. Añade





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA III

que la resolución no cumple con los estándares exigidos por el principio de inocencia, con el nivel de evidencia que se requiere para poder probar seriamente la conducta reprochable más allá de toda duda razonable.

15) Utilizó como técnica argumentativa expresiones para dar a entender la existencia de numerosos casos, actuaciones o constancias para imponer la sanción, no obstante lo cual no las precisó, o si lo hizo sólo mencionó una sola o algunas pocas (Consid. 194, 252, 243 y 244).

17. Asimismo, sostiene -por los motivos que se enumeran- que la decisión es arbitraria porque el SCI incurrió en “autocontradicción”:

1) En el caso “Asociación Médica de Bahía Blanca s/ infracción ley 22.262” (expte. N° 064-014425/99) el SCI impuso una multa por conductas monopólicas en perjuicio de los asociados a la AAARBA, a quienes les impidió trabajar sólo por esa condición, mientras que en esta causa imputa una posición dominante y la capacidad de imponer condiciones en el país.

2) En el caso “Asociación de Anestesia Analgesia y Reanimación de Bs. As. s/ infracción ley 25.156 -C. 1399- (expte. S01:0340608/2011) la Comisión rechazó una medida pedida por OSPERYH en los términos del art. 35 de la LDC por cuanto consideró que no estaba acreditado el poder de mercado, aún en el marco cautelar (Resol. CNDC 10/2013 del 11-1-2013).

3) En el expediente N° 064-018350/1999 (C. 525) se dictó la resolución del 6 de octubre de 2005 en la cual se tuvo por acreditado que los anestesiólogos decidieron denunciar un convenio suscripto con FEMEBA para terminar con la intermediación de las “gerenciadoras” a fin de evitar la demora en el pago de sus honorarios y de lograr un ahorro en las comisiones; es decir, tuvo una causa valedera y “procompetitiva”, mientras que en este caso reivindica la actuación de las denominadas “gerenciadoras”.

4) En el caso “ISSN c. Colegio Médico de Neuquén” la Comisión rechazó una denuncia por imposición de aranceles por encima del nomenclador nacional vigente por considerar que los honorarios en cuestión habían surgido de la pugna entre partes que representaban franjas



considerables de la oferta y la demanda y no afectaba el resto del mercado de prestaciones médicas de Neuquén. En el caso, la CNDC no precisó si la totalidad de las empresas de medicina prepaga y de las clínicas del país ostentaban o no una posición dominante en el mercado de la salud privada y/o pública, con igual o mayor poder para negociar que la Asociación.

18. Alega que la Resolución SCI N° 143 es también arbitraria por cuanto impone al acusado la carga de la prueba de hechos puramente negativos que sirvieron de base a la condena.

Asimismo, invoca que la Comisión afirmó la existencia de asambleas según las cuales la AAARBA declaró un centro asistencial como “zona de conflicto” e informó a sus asociados que trabajar en ese establecimiento importa una falta ética (Considerando 200). Sostiene la recurrente que la CNDC no mencionó número de las actas, su contenido ni las fechas y que la Asociación podría haber exhibido todas las actas de asamblea para demostrar que no existió esa resolución, pero que se la privó de esa posibilidad pues en el traslado del art. 32 de la LDC no se incluyó ese hecho. Por ello, **pide la apertura a prueba en esta instancia judicial.**

19. Se agravia, asimismo, porque la Comisión le imputó expresiones “pluriindividuales” y no manifestaciones del ente colectivo como persona jurídica, violando de ese modo los arts. 39 y 43 del Código Civil. Reitera que no está probado que los doctores Salto y Galarza representaran a la AAARBA en el hecho denunciado por De Simone (Considerando 195). Y para reforzar su argumento cita doctrina sobre el tema, destacando que no se demostró una posición dominante de la Asociación (*Martínez Medrano*, LL 2004-C, 1049; *Lorenzetti*, “La Empresa Médica”, pág. 314). Añade que al descartar la facultad de los anestesiólogos de designar mandatario para recibir el pago de sus honorarios, prescindió del art. 731, inc. 1 del Código Civil.

Aduce que la CNDC no demostró que la AAARBA tuviera suficiente poder de mercado para imponer una posición dominante frente a todas las clínicas del país y a las empresas de medicina prepaga.

También cuestiona que la Comisión tuvo por cierto que sólo los asociados a la AAARBA tienen posibilidades de trabajar como





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA III

anestesiólogos, ante lo cual no es posible demostrar lo contrario por resultar un hecho negativo. Añade que la CNDC no puede desconocer que OSPERYH contrató a la empresa a SERMED LTDA como prestadora de servicio de anestesiología, la cual es absolutamente extraña a la AAARBA (expte. S01:0340608/2011) y que lo mismo sucedió en el Municipio de San Isidro que por decreto 2147/12 adjudicó dicho servicio en los hospitales. Añade que del mencionado decreto surge la existencia de otra empresa que había ganado la anterior licitación pública 22/2008 (Agrupación Norte Salud SRL).

20. En lo atinente a la demostración de un perjuicio al interés económico general, señala que la CNDC no investigó qué pasó con los actores del mercado, los cuales no se reducen a Hipertech y UNINOR. Destaca que no llamó a declarar a los denunciados para averiguar si la AAARBA había alterado el mercado o encarecido irrazonablemente los costos. Añade que aquéllos no se presentaron en el expediente a partir de 2003, en tanto que de la declaración de la representante de ADECRA surge que la causa que motivó la denuncia fue un reclamo de valores de aranceles (fs. 723/25). Y concluye que la Comisión no hizo nada para investigar las vicisitudes del mercado.

21. En síntesis, afirma que la CNDC no acreditó más allá de toda duda razonable que los conflictos fueran actos de la AAARBA, que tuviera posición dominante, ni tampoco el perjuicio al interés económico general.

Arguye que la resolución carece de motivación, incurre en afirmaciones dogmáticas y se aparta de la regla de la sana crítica para concluir que la Asociación, como cobradora de honorarios por mandato de los anestesiólogos, tiene poder de mercado suficiente para establecer condiciones restrictivas a sus asociados y constituirse en “alternativa obligada”.

Agrega que la Comisión dio por sentado que existía un “Registro de Prestadores” sin prueba alguna, cuando del estatuto social surge que la AAARBA es una asociación civil sin fines de lucro que tiene vedado brindar servicios de anestesiología y, por ende, contar con prestadores.



22. Se queja también la Asociación por cuanto la CNDC se apartó de sus propios precedentes. Invoca el dictamen del expte. 064-000798/98 y la resolución del 9 de junio de 1999, en el cual se negó que la AAARBA tuviera posición dominante en el mercado de prestaciones anestesiológicas para afiliados a las obras sociales, por no contratar servicios con aquéllas y limitarse a garantizar la defensa y asesoramiento jurídico de sus asociados; es decir, ejerció una conducta como mandataria sin consecuencia en el mercado.

Señala que la Comisión tampoco tuvo en cuenta el expediente judicial “Laguens Rubén Pedro en representación del IOMA s/ acción de amparo”, del Juzgado de Garantía N° 2 de La Plata, ofrecido como prueba, cuyo titular dictó una medida cautelar para que los anestesiólogos volvieran a atender en sus lugares de trabajo, no obstante lo cual varios de los entes de salud se negaron a cumplir con la orden judicial por haber conseguido profesionales no asociados a AAARBA. Añade que dicha causa fue ofrecida como prueba en el expediente N° 064-018350/99 (C. 525).

23. La Asociación disiente con la CNDC en cuanto concluyó que las normas de ética y/o deontológicas deben ajustarse a las disposiciones de los arts. 42 y 43 de la Constitución Nacional y de la ley 25.156 de jerarquía superior (página 72, nota n° 2 del dictamen). Afirma que la Resolución N° 143/13 la priva de sancionar faltas éticas, y que dicha postura prescinde de la protección del derecho a la salud e implica que las exigencias de equipamiento mínimo y calidad de atención serían “anticoncurrenciales” por encarecer la prestación de anestesiología. Destaca la relevancia que la Corte Suprema le asignó a las normas deontológicas de los Colegios Profesionales (Fallos 306:187 y 321:1429) y la jurisprudencia que reconoce poder disciplinario a las asociaciones (CNComercial, Sala C, 7 de marzo de 1977, LL 1978-C, 291).

En esa línea, invoca el Código de Ética de la Asociación Médica Argentina para el Equipo de Salud de 2001, el cual prevé como falta ética desplazar o reemplazar un colega separado sin causa justificada y sin sumario previo con derecho a descargo (arts. 295 y siguientes). También





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA III

menciona el decreto ley 5413/58 de la Pcia. de Bs. As. (art. 5, inc. 3 y 4) que permite al Colegio Médico declarar en conflicto los cargos obtenidos en las referidas condiciones. Y precisa que la AAARBA carece de potestades similares a los Colegios que tienen el poder de policía sobre la matrícula profesional.

Advierte la recurrente que la cuestión implica una tensión de valores: el derecho y deber de los médicos de aceptar y seguir las normas deontológicas aun cuando impidan el libre juego de la oferta y la demanda. Señala que dichas normas exigen calidad de atención con equipamiento mínimo, impidiendo que un profesional realice anestésias simultáneas en dos quirófanos o acepte un “sistema prestacional modulizado o capitado” según el cual se cobra en forma global para bajar el costo empresarial en detrimento de la calidad. Y reitera que los médicos son libres de dejar de ser asociados y trabajar en aquellos lugares en los cuales no se cumple con las normas éticas.

Concluye que el SCI interpretó la ley 25.156 de modo contrario a la moral profesional y al derecho de asociación. Y cita un comentario acerca de que en Estados Unidos la regla sobre las negativas concertadas no se aplica cuando aquéllas no responden a motivos comerciales o económicos, sino a propósitos políticos, religiosos o de otra índole, entre los cuales coloca las razones socialmente valiosas como las que se relacionan con la finalidad de imponer determinados requisitos de calidad (*Guillermo Cabanellas Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia, ed. 1983, pág. 521*).

Agrega que la CNDC sostuvo que la Asociación, a través de sus autoridades, ha manifestado que es una falta ética ofrecer servicios por menores precios (Consid. 290), pero no indicó los actos a través de los cuales hubiera adoptado tal decisión ni el fundamento normativo para adjudicarle las manifestaciones unilaterales de un directivo.

IV. PLANTEOS DE INCONSTITUCIONALIDAD.

24. Siguiendo en forma parcial el orden propuesto por la recurrente, se procederá a examinar -en primer término- los planteos de inconstitucionalidad formulados, desde que se refieren a la actuación del



órgano administrativo, al efecto del recurso deducido contra la resolución dictada, a la garantía de la doble instancia judicial y a la posibilidad de imputar conductas sancionadas por la LDC a la persona jurídica por hechos o actos de sus dependientes o asociados.

24.1. Respecto de la inconstitucionalidad del art. 58 de la ley 25.156, que la recurrente plantea como sobreviniente por la omisión del Poder Ejecutivo en constituir el TNDC, esta Sala ya se ha pronunciado durante el trámite de estas actuaciones administrativas (*resolución dictada el 26 de agosto de 2013 en las causas 6083/12, 7608/12 y 1002/13, mediante la cual se denegaron recursos de queja deducidos por la AAARBA; ver asimismo los fundamentos de la resolución del 15 de julio de 2014, dictada a fs. 2941/47vta., para rechazar la inconstitucionalidad del art. 52 de dicha ley*). Y si bien el Congreso de la Nación mediante la ley 26.993 (B.O. 19-9-2014) sustituyó el Capítulo IV de la LDC, disponiendo que el Poder Ejecutivo nacional determinará la autoridad de aplicación, cabe reiterar los fundamentos expuestos en la referida resolución, en virtud de la actual redacción de la cláusula transitoria del art. 58.

Tal como se precisó en aquella oportunidad, el planteo no es atendible desde que importaría directamente privar al órgano que intervino, en forma transitoria, como autoridad de aplicación de la LDC en el procedimiento que tiene por objeto la investigación y sanción de conductas prohibidas por ese régimen, aspecto que -conjuntamente con el control de estructuras- es esencial para garantizar un bien jurídico reconocido no sólo en esa norma sino también en el art. 42 de la Constitución Nacional (*cfr. esta Sala, causas 7748/05 del 10-8-2012 y 7324/11 del 11-9-2012*).

La referida disposición legal establecía que el órgano de aplicación de la anterior ley 22.362 subsistiese hasta la constitución y puesta en funcionamiento del TNDC -previsto en el art. 17 de la ley 25.156 anterior a la reforma de la ley 26.993-, y disponía expresamente que la CNDC entendería en todas las causas promovidas a partir de la vigencia de la nueva ley, y que una vez constituido el TNDC aquéllas le serían giradas a efectos de continuar con su substanciación.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA III

Es decir, mantenía la autoridad de aplicación tal como estaba prevista en el anterior régimen legal hasta la constitución del TNDC. De conformidad con ello, la Corte Suprema se pronunció en el sentido de que, mientras rigiera el sistema de transitoriedad previsto por la mencionada norma, dicha autoridad comprendía a la CNDC -con facultades de instrucción y de asesoramiento-, y al órgano ejecutivo de la cartera económica al que, según su estructura organizativa, le correspondía la facultad resolutoria a través del dictado de los actos administrativos pertinentes, como imponer las multas previstas por la ley (*CSJN, dictámenes de la Procuradora Fiscal en las causas “Credite Suisse”, del 5-6-2007, Fallos 330:2527, y “Belmonte”, del 16-4-2008, Fallos 331:781*).

Y si bien distintos tribunales judiciales destacaron que existió una injustificada demora del P.E.N. en constituir el TNDC creado por la ley 25.156 como autoridad de aplicación (*ver esta Cámara, Acordada N° 16/09 del 2-12-2009 y Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, Sala A, causas 59.563 del 21-10-2009 y 59.871 del 1-2-2010*), se concluyó que de tal circunstancia no podía inferirse sin más que el SCI y la CNDC carecieran de toda facultad para aplicar ese régimen legal (*esta Sala, doctrina de la causa 2929/02 del 15-8-2002 y causa 4417/10 del 7-12-2010*). Ello en el entendimiento de que tal consecuencia no estaba prevista en la norma e importaba tanto como dejar sin efecto el régimen legal previsto por el Poder Legislativo para que se cumpliera con el artículo 42 de la C.N., en cuanto establece que las autoridades proveerán a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados y al control de los monopolios naturales y legales.

No contradice lo expuesto que en ciertos casos se hubiera decidido que no cabía inferir automáticamente del art. 58 de la LDC, que la prolongada omisión en crear el TNDC tuviera por consecuencia que el organismo administrativo subsistente quedaba investido de las mismas facultades acordadas por la ley 25.156 a dicho tribunal (*esta Cámara, Sala 2, causas 3826/09 del 12-8-2009, 252/10 del 19-2-2010 y 341/10 del 25-2-2010; CNApel. en lo Penal Económico, Sala A, causas 59.562 y 60.471,*



citadas; CNApel. en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III, causa “Multicanal” n° 34.963/05, del 16-4-2007), habida cuenta de que no sería razonable sostener en este marco que la CNDC o la SCI carezcan de todas las atribuciones que la ley 25.156 les asignó para cumplir con el mandato constitucional. Tal interpretación dejaría sin sentido la norma transitoria prevista por el legislador en el art. 58 de la LDC con la finalidad de posibilitar la aplicación del régimen de Defensa de la Competencia.

Adviértase que el planteo de la recurrente no persigue suplir la invocada omisión del Poder Ejecutivo, sino que va más allá pues su admisión importaría la nulidad del procedimiento y de los actos dictados por el órgano, desconociendo facultades que le fueron expresamente atribuidas en la ley 22.262 hasta la constitución y funcionamiento del TNDC, lo cual es inadmisibile puesto que en la interpretación de una norma se debe preferir aquel criterio que favorezca y no el que dificulte los fines que persigue (*Fallos 314:458*).

A la luz de las pautas precisadas, no se han dado nuevos argumentos que resulten suficientes para declarar en esta oportunidad la inconstitucionalidad del art. 58 de la ley 25.156 y enervar, sin otra alternativa razonable, la intervención que tuvo en estas actuaciones el órgano administrativo en el marco del procedimiento regulado en el Capítulo VI, imprescindible para la investigación y la sanción de las conductas prohibidas, de acuerdo con las facultades otorgadas a la CNDC y al SCI por la ley vigente durante su actuación en el caso.

Sólo cabe precisar que los restantes argumentos que sostiene la recurrente para cuestionar la actuación del órgano administrativo (los cuales han sido sintetizados en el Considerando 14, segundo párrafo) remiten a circunstancias ajenas a la constitucionalidad de la norma transitoria. En efecto, todos ellos se dirigen a cuestionar la actuación de los integrantes de la CNDC durante el trámite de la investigación o las conclusiones del dictamen, pero no a demostrar la inconstitucionalidad de la norma. El ordenamiento jurídico prevé remedios específicos para reproches como los





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA III

expresados: la recusación con causa de los integrantes del órgano o el recurso contra la decisión cuestionada.

24.2. Asimismo, es inatendible el planteo de inconstitucionalidad de la LDC por violación de la doble instancia judicial. La impugnación no es clara habida cuenta de que confunde la revisión judicial suficiente de las decisiones dictadas por órganos administrativos en ejercicio de facultades jurisdiccionales con la doble instancia judicial.

En efecto, sostiene la Asociación que la LDC viola esta última garantía pues el recurso se concede en relación privándola de un ámbito de cognición plena. Tal conclusión parte de un presupuesto erróneo: la ley no prevé ese modo de concesión del recurso. Por lo demás, no podría concluirse que el recurso contra la resolución sancionatoria dictada en el marco de la investigación de conductas prohibidas por la LDC (arts. 46 y 52 de la ley 25.156) esté condicionado por la invocada restricción revisora. Este Tribunal ha sostenido con arreglo a la doctrina de la Corte Suprema fijada en “*Fernández Arias*” (*Fallos* 247:646) que la constitucionalidad del ejercicio de las facultades jurisdiccionales reconocidas por el legislador a órganos administrativos está condicionado por las limitaciones que surgen del art. 109 de la Constitución Nacional y por la garantía consagrada en el art. 18 de la Ley Fundamental, tales como la exigencia de dejar expedita una vía de control judicial verdaderamente suficiente, con el fin de impedir que aquéllos ejerzan un poder absolutamente discrecional, sustraído a toda especie de revisión ulterior. Asimismo, siguiendo esa línea argumental, ha recordado que para considerar ese control verdaderamente suficiente, deberá ser más o menos extenso y profundo según las modalidades de cada situación jurídica y el conjunto de factores y circunstancias variables o contingentes como, por ejemplo, la naturaleza del derecho individual invocado, la magnitud de los intereses públicos comprometidos, la complejidad de la organización administrativa creada para garantizarlos y la mayor o menor descentralización del tribunal administrativo, lo cual obliga a examinar en cada caso los aspectos específicos que singularizan la concreta materia litigiosa (*cfr. esta Sala, causas 8742/09 del 25-2-2010 y 1957/13 del 10-9-2013, entre otras*).



Por otro lado, si el agravio constitucional se refiere a que la ley 25.156 viola la doble instancia judicial, la Corte Suprema ha precisado que el derecho a recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior que garantiza los tratados internacionales con jerarquía constitucional (art. 8, inc. 2, ap. h, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 14, inc. 5, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), está supeditado a la existencia de un fallo final dictado contra “persona inculpada de delito” o “declarada culpable de un delito”, por lo que resultan ajenas a su ámbito los pronunciamientos judiciales que condenen o absuelvan con motivo de la imputación de faltas, contravenciones o infracciones administrativas (*Fallos: 323:1787 y 325:2711; esta Sala, causas 7324/11 del 11-9-2012, 351/14 y 785/14 ambos del 26-6-2014 y 5566/14/RH1 del 1-9-2015*).

Aun cuando se atribuyese naturaleza penal a la infracción y a la multa impuesta por el órgano administrativo, ello no significa por sí solo que deban ser asimiladas, respectivamente, a los delitos y a las penas del derecho penal común (*doctrina de Fallos 298:175*), pues la materia de que se trata -defensa de la competencia- hace que el legislador pudo apartarse de dicha disciplina en ciertos aspectos, de modo que no cabe la aplicación de la totalidad de las normas y principios penales a cada una de las cuestiones que se pudieran plantear con relación a la ley 25.156 -aun cuando antes de la reforma de la ley 26.993 estuviese prevista de modo supletorio y en cuanto fuese compatible- sin atender a las características del procedimiento especial que prevé la ley 25.156, de acuerdo con sus disposiciones y el bien jurídico tutelado (*esta Sala, causa 7748/05 del 6-8-2013*).

Como se dijo, la intervención del tribunal en el marco del art. 52 de la LDC es consecuente con la clásica doctrina fijada por la Corte Suprema en los precedentes “*Fernández Arias c. Poggio*”, “*Litoral Gas*” y “*Ángel Estrada*” (*Fallos 247:646, 321:776 y 328:651, respectivamente*), según la cual el ejercicio de facultades materialmente jurisdiccionales por parte de los órganos administrativos queda supeditada a la existencia de un control judicial suficiente. Ello supone, en términos generales, que los afectados por la decisión administrativa tienen derecho a ocurrir ante un





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA III

tribunal perteneciente al Poder Judicial, en un proceso en el que puedan controvertir todos los aspectos fácticos y jurídicos vinculados con la controversia.

En esa línea de pensamiento se pronunció la Cámara Federal de Casación al sostener que la doble instancia judicial garantizada en materia penal por la Constitución Nacional y por los Tratados Internacionales es para las sentencias definitivas dictadas por órganos jurisdiccionales en la órbita del Poder Judicial de la Nación -en el marco de la ley 23.984 (Código Procesal Penal)- y en razón de la comisión de conductas ilícitas que constituyan delitos, mas no de sanciones impuestas por la autoridad administrativa con motivo de infracciones a la ley de defensa de la competencia (**Sala IV**, causas n° 11.782 “Juan Minetti SA s. rec. de casación”, Reg. N° 1011/12.4, y 11.783 “Cem. S.Martín y L. Negra s. rec. de casación”, Reg. N° 1012/12.4, ambas del 21 de junio de 2012).

Es por ello que no corresponde trasladar sin cortapisas la totalidad de los principios del derecho penal a los procedimientos en los que se decide sobre infracciones administrativas, habida cuenta de las particularidades del bien jurídico protegido por la ley específica, lo cual se ve reafirmado por la naturaleza preventiva del derecho administrativo sancionador, por contraposición con la eminentemente represiva del derecho penal (*Fallos 330:1855; en ese sentido, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V, causa 19.858/08 “León Alfredo” del 3-9-2009*).

Admitir una interpretación como la que postula la recurrente en esta instancia tendría un efecto devastador para la Administración Pública y para el manejo de los asuntos de interés público, habida cuenta de que son numerosas las leyes que han asignado -por razones de experiencia técnica o para uniformar regulaciones económicas u otros motivos considerados convenientes por el legislador- facultades jurisdiccionales a organismos administrativos con un marco de revisión recursiva ante una segunda instancia judicial, como por ejemplo, a los entes reguladores cuya actuación ha sido revisada por la Corte Suprema,



precisamente, en los fallos “Litoral Gas” y “Angel Estrada” (cfr. *esta Sala*, *causa 5566/14/RH1 del 1-9-2015, citada*).

24.3. El planteo de inconstitucionalidad del art. 52 de la ley 25.156 en cuanto prevé el efecto devolutivo para la concesión del recurso contra la orden de cese o abstención de la conducta por la cual fue sancionada la Asociación, ya fue desestimado mediante la resolución dictada el 15 de julio de 2014 (ver fs. 2941/55). Asimismo, se denegaron los recursos de inaplicabilidad de la ley y los extraordinarios deducidos por la Asociación contra dicha decisión (ver resoluciones del 15/4/14 y 24/11/16, incidente N° 383/2014/1/CA2).

24.4. También debe desestimarse el planteo de inconstitucionalidad del art. 47 de la ley 25.156.

Establece la disposición impugnada que “las personas de existencia ideal son imputables por las conductas realizadas por las personas físicas que hubiesen actuado en nombre, con la ayuda o en beneficio de la persona de existencia ideal, y aun cuando el acto que hubiese servido de fundamento a la representación sea ineficaz”.

No es suficiente para fundar la inconstitucionalidad de la norma el argumento de que la disposición resulta contraria a los arts. 39 y 43 del Código Civil y consagra en el ámbito represivo una cláusula general que puede ser utilizada con menoscabo del derecho de defensa y el derecho de asociación. El argumento remite a un conflicto con normas de derecho privado sin explicar cómo el art. 47 de la LDC afecta los mencionados derechos constitucionales, los cuales no son absolutos sino limitados por las leyes que reglamentan su ejercicio, en la forma y extensión que el Congreso -en uso de sus facultades propias- lo estime conveniente, a fin de garantizar otros derechos constitucionales u otros bienes constitucionalmente protegidos, o de asegurar el bienestar general, con la única condición de no alterarlos en su substancia (*Fallos 311:1132 y 1565, 315:380, 319:1165, 322:2817 y 330:885, entre otros*).





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA III

Tampoco explica el recurrente cómo la norma impugnada afecta el art. 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, según el cual el ejercicio del derecho a la libertad de asociación puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de orden público o para proteger los derechos de los demás.

En efecto, el art. 42 de la Constitución Nacional dispone que las autoridades proveerán a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, en tanto que el art. 47 de la ley 25.156 establece pautas para sancionar a las personas jurídicas o ideales cuya razonabilidad no puede cuestionarse con el mero argumento de que exista la posibilidad de ser destinatarias de una sanción represiva penal sin dominio del hecho imputado, cuando la norma legal prevé que las conductas prohibidas deben ser realizadas por personas físicas que “hubiesen actuado en nombre, con la ayuda o en beneficio de la persona de existencia ideal”.

La cláusula del art. 47 de la ley 25.156 exorbita el derecho privado desde que se ubica en el ámbito del derecho administrativo sancionatorio, y ha sido prevista por el legislador como un medio que posibilite el cumplimiento de la finalidad que persigue el régimen jurídico de defensa de la competencia: la protección del interés económico general a través del control de las conductas reprochables en las cuales pudieran incurrir las personas ideales que intervienen en los mercados.

El control de razonabilidad de una disposición legal debe efectuarse sobre la base de que la declaración de inconstitucionalidad configura un acto de suma gravedad que es la última ratio del orden jurídico, por lo que requiere inexcusablemente la demostración del agravio en el caso concreto y sólo cabe acudir a ella cuando no exista otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la Constitución Nacional (*Fallos* 256:602, 258:255, 316:2624, 330:855, 333:447 y *causa “Rizzo”, R.369.XLIX, del 18-6-2013, entre otros*). El memorial de agravios no cumple con el referido requisito desde que no se demuestra cómo en el caso la norma cuestionada impide o afecta en su substancia el derecho de asociación.



Las leyes son susceptibles de reproche si introducen una limitación a los derechos sin justificación en los fines cuya realización procuran (*Fallos: 330:5032 y sus citas*) y su control de constitucionalidad debe quedar ceñido, en lo sustancial, a que el ejercicio de las potestades de los restantes poderes del Estado se mantenga dentro de los límites de la garantía de la razonabilidad; y no corresponde a los tribunales juzgar el acierto o conveniencia del medio arbitrado por el legislador en el ámbito propio de sus atribuciones para alcanzar el fin propuesto (*Fallos 324:3345, 325:645 y 333:447*).

Sólo cabe añadir que la cuestión acerca de si los actos de ciertos asociados, miembros o autoridades de la AAARBA justifican su sanción en los términos de la LDC, remite a la valoración de circunstancias fácticas y probatorias ajenas al control de constitucionalidad de la norma impugnada, aspecto que será examinado en el marco de los agravios deducidos contra la resolución administrativa.

25. Antes de examinar los agravios deducidos contra la resolución sancionatoria corresponde pronunciarse sobre los planteos de nulidad que han sido reseñados en el Considerando quince de esta decisión.

25.1. No es atendible la nulidad de la sanción fundada en la circunstancia de que se encontraban pendiente de decisión por la Corte Suprema planteos vinculados con resoluciones de la Comisión de cuya firmeza dependía la validez de la Resolución N° 143 (invoca los exptes. 127/12, 155/12, 157/12 y 463/12 y los pronunciamientos de esta Sala del 13 de octubre de 2011 en las causas 6302/11, 2875/11 y 3570/11).

En efecto, el Alto Tribunal ha resuelto, en algunos casos, rechazar los recursos extraordinarios o de queja motivados por las resoluciones de esta Sala que desestimaron recursos de la AAARBA (expedientes CCF 4282/2013/CS1 del 15-3-2016, CCF 351/2014 del 25-8-2015, A.463.XLVIII, A.157.XLVIII, A.155.XLVIII, A.127.XLVIII, A.110.L, A.480.L, A.481.L, todos del 2-9-2014) y, en otros, ha confirmado las sentencias dictadas en ese mismo sentido (CSJ 676/2013, 49-A y 661/2013, 49-A, ambos del 24-11-2015, A.1058.XLVII del 2-9-2014).





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA III

En consecuencia, ninguno de los planteos previos a la Resolución N°143 deducidos por la Asociación han prosperado en la instancia judicial, por lo que la sanción impuesta no es susceptible del reproche formulado.

25.2. Prescripción.

En los primeros considerandos se señalaron las siguientes circunstancias que es oportuno recordar para decidir este punto:

1) El 10 de abril de 2003 distintas clínicas y sanatorios privados denunciaron a la AAARBA por su actuación en forma concertada para fijar los precios de los servicios de anestesiología e influir en la conducta de sus miembros con el objeto de obstaculizar la libre contratación (ver fs. 2/16) y pidieron el dictado de una medida cautelar;

2) El 25 de abril de 2003 el órgano administrativo ordenó a la Asociación que se abstuviera de orquestar, alentar o facilitar la negativa concertada de sus miembros a prestar servicios de anestesiología con el objeto de evitar o dificultar la contratación directa de anestesiólogos por parte de los demandantes de tales servicios y que comunicara la decisión a sus miembros (fs. 188/94 del expediente principal);

3) El 16 de agosto de 2006 Rogelio E. Lubel se presentó en las mismas actuaciones administrativas denunciando conductas concertadas de la Asociación para impedir la competencia y el incumplimiento de la medida cautelar (fs. 1122/27). Esa presentación se agregó al expediente con motivo de su conexidad (fs. 1170) y el 29 de marzo de 2007 se confirió el traslado del art. 29 de la ley 25.156 para que la AAARBA brindara las explicaciones del caso (fs. 1260);

4) El 3 de agosto de 2009 la Asociación planteó la prescripción de la acción con sustento en los arts. 54 y 55 de la LDC, invocando que desde la denuncia o su ratificación habían transcurrido los cinco años previstos en la norma (cfr. fs. 1813/16vta. del expediente principal, y fs. 3/6vta. del incidente de prescripción N° S01:0378918/2009, el cual tuvo radicación en esta Sala con el número de causa 4798/10 y se tiene a la vista; a su foliatura se hará referencia en este Considerando, salvo aclaración en contrario).



Es cierto, como sostiene la AAARBA para fundar la nulidad de la Resolución N° 143, que el SCI impuso la sanción sin haber decidido con anterioridad -como órgano competente de acuerdo con la ley 25.156 y con reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema y de este Tribunal- el planteo de prescripción formulado en las circunstancias precisadas.

En efecto, el 8 de febrero de 2010 la CNDC dictó la Resolución N°17/10, mediante la cual rechazó la prescripción de la acción opuesta por la Asociación y dispuso que se continuara con el curso de la investigación (fs. 42/46). Con motivo de la apelación admitida por este Tribunal (ver resolución dictada fs. 453/55 que hizo lugar al recurso de queja deducida por la investigada), el 14 de septiembre de 2010 se declaró, de oficio, la nulidad de la mencionada Resolución N° 17/10 por incompetencia del órgano, en los términos del art. 168 del Código Procesal vigente. Por esa razón, se ordenó remitir las actuaciones al SCI para que se pronunciara -como órgano competente en el marco de las normas transitorias de la ley 25.156- acerca del planteo de prescripción, de acuerdo con la inveterada doctrina fijada por la Corte Suprema desde 2007, en las causas “*Credit Suisse*” (Fallos 330:2527) y “*Belmonte*” (Fallos 331:781) (ver fs. 469/70vta.). Contra esa decisión el Estado Nacional interpuso recurso extraordinario que fue concedido el 14 de junio de 2011 (fs. 512), en tanto que el 2 de septiembre de 2014 el Alto Tribunal confirmó la resolución de esta Sala (ver fs. 853); y con posterioridad desestimó un planteo de la AAARBA para que se pronunciara sobre la prescripción o dispusiera la suspensión del curso del proceso, en el entendimiento de que lo requerido excedía la instancia abierta con el remedio federal (*expediente CSJ 1058/11, 47-A, del 30-12-2014*).

Ahora bien, para ese momento ya hacía casi un año que el entonces Secretario de Comercio Interior, Licenciado Mario Guillermo Moreno, había dictado la Resolución N° 143 (28 de noviembre de 2013) sancionando a la AAARBA (fs. 2631/39 del expediente principal), para lo cual siguió -salvo en lo atinente al monto de la multa- el Dictamen N° 812 de la CNDC del 24 de julio de 2013.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA III

En el referido Dictamen, la Comisión mencionó las actuaciones vinculadas con el planteo de prescripción, limitándose a destacar que el servicio jurídico del Ministerio de Economía había deducido recurso extraordinario contra la resolución de este Tribunal en la cual se declaró la nulidad de la Resolución N° 17/10 (ver apartados 78 al 81, fs. 2655/56); y en esas condiciones procedió a emitir opinión acerca de las conductas imputadas (ver apartado 137 y siguientes, fs. 2673), aconsejando al SCI que declarase responsable a la AAARBA de las prácticas abusivas que consideró probadas, y que le impusiera las sanciones de multa y abstención que motivaron el recurso *sub examine* (apartado 350 y siguientes).

Como se dijo, a fs. 469/70vta. de la causa 4798/10 esta Sala declaró de oficio la nulidad de la Resolución N° 17/10, con fundamento en que no se habían observado las disposiciones concernientes a las funciones asignadas por el legislador al órgano competente (capacidad), afectándose de ese modo garantías constitucionales del investigado (arts. 167 y 168 del Código Procesal Penal, aplicable supletoriamente según el art. 56 de la ley 25.156). Es oportuno recordar, en este punto de la reseña, que el art. 171 del Código Procesal Penal dispone que toda nulidad podrá ser subsanada del modo establecido en dicho ordenamiento legal, salvo las que deban ser declaradas de oficio, como la que dispuso este Tribunal en los términos del art. 168; es decir, la nulidad de la Resolución CNDC N° 17/10 que decretó este Tribunal es absoluta (*cfr. Francisco J. D'Albora, Código Procesal Penal Anotado, LexisNexis, Sexta Edición, T. I, págs.. 306/309*).

La nulidad absoluta de la resolución de la CNDC se deriva, asimismo, de las disposiciones de la ley 19.549 (art. 14, inc. b), cuya aplicación se justifica -más allá de lo dispuesto en el art. 57 de la ley 25.156 (texto vigente al momento de los hechos y de la resolución apelada)- en aquellos supuestos en los cuales se debe decidir sobre los requisitos esenciales del acto administrativo, carácter que tienen las resoluciones dictadas por la autoridad de aplicación del régimen de defensa de la competencia, de acuerdo con lo dispuesto por la Corte Suprema en la



mencionada causa “*Credit Suisse*” (*esta Cámara, Sala 2, causas 1473/10 del 4-10-2011 y 2054/10 del 17-9-2015*).

Ni la Comisión ni el Secretario de Comercio Interior, ni el Estado Nacional en esta instancia judicial, han invocado que la primera tenga competencia delegada para resolver cuestiones como la prescripción de la acción. (La facultad de la CNDC para resolver sobre aspectos como el mencionado se ha fundado en facultades propias derivadas de la cláusula transitoria de la ley 25.156 durante el periodo en el cual no se constituyó el Tribunal de Defensa de la Competencia.) Por lo tanto, no puede entenderse que concurre en el caso la excepción prevista en el art. 14 inc. b, de la ley 19.549. Una interpretación contraria a la que se propicia dejaría sin sustento los numerosos precedentes dictados por el Alto Tribunal en punto a la nulidad absoluta de las resoluciones dictadas por la CNDC sobre cuestiones que son competencia específica del SCI de acuerdo con las mencionadas disposiciones transitorias de la ley 25.156 (*ver Fallos 330:2527, 331:781, 334:1609, 335:1645 y 338:234; en el mismo sentido, causa “AMX Argentina” CSJ 779/2011 (47-A) del 30-10-2012*).

Sobre esa base fáctica y normativa, la decisión del Secretario de Comercio Interior (Resolución N° 143/13) -mediante la cual sancionó a la AAARBA con remisión al dictamen de la Comisión, cuando se había dictado la nulidad de la Resolución CNDC N° 17/10 y se encontraba pendiente ante la Corte Suprema el recurso extraordinario deducido por el Estado Nacional contra la resolución que así lo dispuso- no puede considerarse, más allá de los efectos de dicho recurso, el pronunciamiento expreso que esta Sala había ordenado para que el órgano administrativo competente decidiera acerca de la prescripción de la acción. Tampoco puede interpretarse, a partir de dicha remisión, que el SCI hubiese ratificado de modo implícito la Resolución N° 17/10 -cuya nulidad había declarado esta Sala y quedó firme con el pronunciamiento del Alto Tribunal-, máxime cuando dicho funcionario, antes de aplicar las sanciones a la AAARBA, no hizo mención ni mérito alguno de la resolución de la CNDC que rechazó la





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA III

prescripción ni de los fundamentos oportunamente expuestos por aquel órgano administrativo.

Ello es así, pues -como se adelantó- el art. 14 de la ley 19.549 dispone que el acto administrativo es nulo, de nulidad absoluta e insanable, cuando es emitido mediando incompetencia en razón del grado; en ese fundamento se sustentó, precisamente, la declaración de nulidad de la Resolución CNDC N° 17/10. Y si bien la norma prevé como excepción a la nulidad aquellos casos en los cuales la delegación o la sustitución estuviesen permitidas -y el art. 19 establece que la ratificación por el órgano superior es procedente cuando el acto hubiere sido emitido con incompetencia del órgano en razón de grado, siempre que la avocación, delegación o sustitución fueren procedentes-, no surge de la Resolución N° 143 que el Secretario de Comercio Interior hubiese considerado dichos extremos para tener por rechazada la prescripción de la acción y, en consecuencia de ello, disponer la sanción recurrida.

Es decir, ni del dictamen -al cual remite el acto administrativo- ni de su motivación ni de su parte dispositiva, es posible inferir que dicho funcionario estatal -en su condición de órgano competente para emitir dicho acto según lo resuelto en la causa con carácter firme- hubiera tenido la voluntad de ratificar el rechazo de la prescripción por parte de la Comisión, decidida en un acto administrativo anterior y diferente que fue declarado nulo en la instancia judicial por esta Sala, decisión confirmada por la Corte Suprema. Las razones hasta aquí expuestas impiden considerar que el elemento de la motivación surja del acto precedente por la mera circunstancia de que ambos integran el mismo procedimiento administrativo.

Es que de acuerdo con el principio de legalidad, las decisiones administrativas que afectan derechos de los particulares deben responder a una motivación suficiente y oportuna, y resultar la derivación razonada de sus antecedentes, de modo tal que queden a resguardo las garantías constitucionales en juego; en particular, las del debido proceso y de la defensa en juicio a fin de que el administrado pueda obtener una decisión cierta, expresa y debidamente fundada que posibilite su impugnación y el



control judicial suficiente (cfr. **Carlos F. Balbín**, *Tratado de Derecho Administrativo*, La Ley, 2010, T. III, págs. 65/69, y sus citas de jurisprudencia).

Esta Sala se ha pronunciado en el sentido de que las garantías constitucionales del debido proceso y de la defensa en juicio son de inexcusable observancia en los procedimientos administrativos (**Fallos** 318:564, 319:1160 y 324:3593), por lo que la necesidad de una resolución válida -en cuanto a sus formas esenciales- es un requisito del cual no se puede prescindir en el control judicial de las decisiones dictadas por la autoridad de aplicación de la ley 25.156 (causas 2319/03 del 5-10-2004, 5620/10 del 28-12-2010 y 2829/13 del 3-12-2013, entre otros).

La misma conclusión le cabe a las argumentaciones que el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas sostuvo en oportunidad de contestar el traslado del recurso y de la nulidad que planteó la investigada por haberse omitido una decisión acerca de la prescripción de la acción. En el mencionado escrito, el Estado Nacional afirmó: “*esta parte considera que la conducta sancionada no se encuentra prescripta, dando por reproducidos en la presente los argumentos oportunamente esgrimidos en la Resolución que denegó la prescripción opuesta*” (ver fs. 2921vta. a fs. 2923). Se trata, por lo tanto, de una mera remisión -posterior al acto impugnado- a los fundamentos de una decisión cuya nulidad absoluta ha sido decidida con carácter firme en la instancia judicial, la cual no puede ser considerada como la motivación exigida por el art. 7 de la ley 19.549, “*dado que la ley persigue que las potencialidades intelectuales de la Administración se apliquen a la decisión de los problemas, y no a la justificación de las decisiones ya tomadas*” (**Héctor A. Mairal**, “*Control Judicial de la Administración Pública*”, Depalma, 1984, Vol. II, págs. 656/57); en otras palabras: la motivación del acto debe concurrir al momento de ser emitido (**Corte Suprema**, Fallos 314:1091, voto del doctor Belluscio; **esta Cámara, Sala 2**, causa 2054/10 del 17-9-2015).

Constituye, asimismo, un fundamento corroborante de la solución propuesta, la propia conducta observada por el órgano





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA III

administrativo en casos análogos al que se plantea en estas actuaciones. En el expediente N° S01:0000803/2008 (C. 1234), la Comisión emitió el **Dictamen N° 865** del 4 de diciembre de 2014, previo a la **Resolución N° 271 de la Secretaría de Comercio** del 12 de diciembre de 2014, en el cual recomendó a dicho funcionario ratificar las resoluciones dictadas durante el procedimiento mediante las cuales dicho órgano consultivo había desestimado diversos planteos, entre ellos, el de la prescripción de la acción (ver Apartados III y XII del Dictamen 865); en tanto que el Secretario, previo a disponer las órdenes de cese y abstención de conductas y las sanciones de multa a las firmas investigadas en aquel caso (arts. 2, 3 y 4), rechazó dichos planteos (ver art. 1°). Recurrida esa resolución ante el tribunal judicial competente para revisar el acto, la **Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia** consideró que -después de haberse dictado en la instancia judicial la nulidad de las mencionadas resoluciones de la CNDC-, el Secretario de Comercio había emitido “un nuevo acto administrativo, ajustando la actuación decisoria (calificada como jurisdiccional) al ordenamiento jurídico y habilitando a partir de su dictado las vías recursivas pertinentes” (*Considerando 12.A de la sentencia dictada el 13 de agosto de 2015 en la causa n° 81000803 “HONDA MOTORS ARGENTINA S.A. Y OTROS c/ ESTADO NACIONAL- SECRETARÍA DE COMERCIO s/RECURSO DIRECTO LEY 25156”*). Consecuente con ello, la Cámara procedió a examinar lo decidido por el funcionario competente respecto de la prescripción de la acción, de acuerdo con los agravios formulados por las partes, los cuales desestimó (ver Considerando 13).

La misma conducta observó el Secretario de Comercio en el expediente N° S01:0320435/2006 (C.1142) “Oficina Anticorrupción s/ solicitud intervención CNDC”, en oportunidad de dictar la **Resolución N° 705** del 4 de diciembre de 2015, de acuerdo con el **Dictamen 986/2015**, mediante la cual ratificó expresamente la Resolución N° 55/12 de la Comisión rechazando la prescripción deducida (art. 6°) ; en consecuencia, sancionó con multa a los denunciados y ordenó la abstención de las conductas prohibidas por la ley (arts. 2°, 3° y 5°). La Resolución CNDC N° 55/12 había



sido impugnada -con fundamento en la incompetencia del órgano- ante este Tribunal y ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico (mientras que la Sala A de este último Fuero declaró la nulidad de esa resolución administrativa en el expediente n° 64.052, el planteo ante este Tribunal se encuentra pendiente de acuerdo con lo decidido en la resolución dictada el 20 de febrero de 2014 en la causa 1608/13 y por la Corte Suprema en el expediente n° 279/2014, 50-C/CS1 “B Braun Medical SA y otros s/ apel. resol. Comisión Nac. Defensa de la Competencia, sentencia del 7 de junio de 2016).

Es sobre esa base que en estas actuaciones se debe decidir si corresponde declarar la nulidad absoluta de la Resolución N° 143/13 -como lo ha planteado el recurrente en el memorial de agravios (fs. 2741/42)- y disponer la remisión al órgano administrativo como oportunamente lo había ordenado este Tribunal. Adviértase que después de que la Corte Suprema confirmara la nulidad de la Resolución N° 17/10, el Estado Nacional, que se ha presentado en esta instancia a los fines de defender la legalidad y razonabilidad del acto impugnado, no informó que se hubiese dispuesto alguna actuación administrativa o emitido algún pronunciamiento acerca de la cuestión bajo examen, ni tampoco formuló en esta instancia planteo alguno ante la providencia de fs. 918, notificada a fs. 919 y comunicada por oficio al SCI el 24 de febrero de 2016 a fs. 930, mediante la cual se dispuso que la cuestión relativa a la prescripción sería examinada en el marco del recurso deducido por la AAARBA contra la Resolución 143/13.

En tales condiciones, cabe precisar que según el sistema de la ley 25.156, el legislador le ha conferido a este Tribunal una jurisdicción revisora de las decisiones dictadas por la autoridad de aplicación del régimen de defensa de la competencia. La asignación de facultades jurisdiccionales a un órgano administrativo encuentra su fundamento en la conveniencia de su intervención primaria por razones de experiencia técnica (***Corte Suprema de Justicia de la Nación*** in re “Angel Estrada”, Fallos 328:651 y sus citas de la doctrina de la ***Suprema Corte de los Estados Unidos*** en los casos *Texas & Pacific Railway v. Abilene Cotton Oil.*, 204 U.S.426; *Far East Conference v.*





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA III

United States, 342 U.S. 570; Weinberger v. Bentex Pharmaceuticals, Inc., 412 U.S. 645). Es decir, el control judicial no supone la sustitución de las facultades que la ley le ha otorgado al órgano administrativo competente por las referidas razones (**esta Sala, doctrina de la causa 7748/05 del 10 de agosto de 2012, Considerando cuarenta**).

De acuerdo con esas ideas y con las concretas circunstancias del caso, no corresponde a este Tribunal pronunciarse directamente acerca de la prescripción de la acción impetrada por la AAARBA en la instancia administrativa, sin que lo hubiera hecho antes el órgano competente que según la ley y la doctrina fijada por la Corte Suprema en los citados casos “*Credit Suisse*” y “*Belmonte*” debió decidir los planteos que le fueron oportunamente opuestos, tal como se dispuso en la mencionada resolución del 14 de septiembre de 2010 dictada a fs. 469/70 en la causa 4798/10, confirmada por el Alto Tribunal (ver fs. 853).

La cuestión que debió haber resuelto el Secretario, además de sus connotaciones e interpretaciones estrictamente jurídicas en materia de derecho penal -aplicable supletoriamente al caso-, es propia de la incumbencia de la autoridad del régimen de la defensa de la competencia, desde que para determinar si operó la prescripción de la acción resulta necesario calificar las circunstancias fácticas que involucra el planteo y valorar las conductas anticompetitivas denunciadas, tal como lo hizo la CNDC en la Resolución N° 17/10, cuya nulidad fue declarada por los motivos ya expuestos.

De otro modo, si este Tribunal, en el entendimiento de que la prescripción se produce de pleno derecho y debe ser declarada en cualquier instancia del juicio por ser de orden público, decidiera directamente la cuestión -lo cual no fue solicitado en el recurso-, estaría prescindiendo del especial régimen de la ley 25.156 que prevé una instancia primaria administrativa y una revisión judicial de las decisiones adoptadas por el órgano competente.

En suma, la Resolución SCI N° 143/13 es nula por cuanto, como acto administrativo, se encuentra viciada en elementos esenciales como



su motivación y objeto, desde que el órgano competente no decidió -de acuerdo con las resoluciones dictadas durante el procedimiento tanto en la instancia administrativa como judicial- la totalidad de las peticiones formuladas, habida cuenta de que estaba pendiente un pronunciamiento acerca de la prescripción de la acción, el cual resultaba imprescindible para imponer las sanciones cuestionadas y que el Secretario soslayó por completo (*arts. 7, incisos c y e; cfr. Carlos Balbín, ob. cit., T. III, pág. 175*).

Por ello, oído el Señor Fiscal General ante esta Cámara, **SE RESUELVE:** 1. desestimar los planteos de inconstitucionalidad examinados en Punto IV, Considerando veinticuatro; 2. declarar la nulidad de la Resolución N° 143/13 de acuerdo con el planteo deducido por la recurrente, con costas al Estado Nacional en virtud del principio objetivo de la derrota.

Una vez firme la presente se procederá a la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes.

Regístrese, notifíquese -al señor Fiscal General en su despacho-, publíquese y, firme o consentida, devuélvase.

Ricardo Gustavo Recondo

Guillermo Alberto Antelo

Graciela Medina





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA III

Fecha de firma: 29/11/2016

Firmado por: GUILLERMO ALBERTO ANTELO, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: RICARDO GUSTAVO RECONDO, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: GRACIELA MEDINA, JUEZ DE CAMARA



#16592310#163813298#20161130095826147

