C. 1400

1437

Poder Judicial de la Nación

CARLOS A. PETRE
SECRETARIO

C. 1277/2013 "Farmacity SA s. Apel. Resol. Comisión Nac. Defensa de la Compet."

Buenos Aires, 14 de mayo de 2013.

AUTOS Y VISTOS

El recurso de apelación y el planteo de inconstitucionalidad de los artículos 35 y 52 de la ley 25.156 interpuestos por Farmacity SA (en adelante Farmacity) a fs. 17/37 contra la Resolución N° 1/13 dictada el 10 de enero de 2013 por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC o la Comisión), obrante a fs. 3/15, concedido a fs. 1393/98, cuyo traslado fue contestado por la Confederación Argentina Farmacéutica (COFA o la denunciante) a fs. 45/65vta. y por el Estado Nacional –Ministerio de Economía- a fs. 1425/32vta. y a fs. 1453/69, y

CONSIDERANDO:

1. La CNDC, ante la denuncia formulada por COFA y el pedido para que decretara una medida preventiva, dictó la Resolución CNDC N° 1/13, mediante la cual ordenó a Farmacity, en los términos del art. 35 de la ley 25.156 (LDC), que cesara inmediatamente la dispensa de medicamentos de venta libre en cualquier lugar que no fuese un mostrador y a través de farmacéuticos o personas autorizadas, conforme con la ley 26.567, modificatoria de la ley 17.565 de Farmacias. También dispuso que se acreditara en cinco días su cumplimiento y adoptó medidas de vigilancia con la eventual colaboración del Ministerio de Salud de la Nación.

Para fundar esa decisión sostuvo que la autoridad en materia de competencia tiene la facultad de emitir, en cualquier estado del procedimiento, medidas aptas para prevenir una grave lesión al régimen de competencia ante fuertes indicios de que pueda verse vulnerado por una conducta.

Después de efectuar una reseña de las actuaciones administrativas –en el ámbito del Ministerio de Salud de la Nación- y judiciales –en el fuero en lo Contencioso Administrativo Federal- suscitadas con motivo del incumplimiento de Farmacity a la ley 26.567, precisó que si bien el organismo encargado de fiscalizar el cumplimiento de ese régimen legal es el referido ministerio, la CNDC debe asegurar que los farmacéuticos compitan en condiciones de igualdad, ya que el art. 59 de la LDC derogó toda atribución de

USO OFICIAL

competencia relacionada con el objeto y finalidad de la ley a otros organismos o entes estatales.

Sobre esa base, consideró acreditados los requisitos del art. 35 de la LDC. En orden a la verosimilitud del derecho, destacó que el incumplimiento de Farmacity a la ley 26.567 "podría implicar la obtención de ventajas competitivas significativas, conforme lo dispuesto por el Art. 1° *in fine* de la Ley de Defensa de la Competencia". Y precisó que "el riesgo inminente a que la prolongación en el tiempo de tal conducta, devenga en la posible eliminación de competidores que sí cumplen con lo normado" por dicha ley, demostraba el peligro en la demora. A partir de ello concluyó que la medida del art. 35 era el único remedio legal "para resolver la emergencia planteada en autos", desde que la continuidad de la situación podía afectar tanto a la denunciante como a todos los agentes del sector de la salud.

La Comisión añadió que "de sostenerse en el tiempo la conducta mencionada *ut supra*, algunas de las implicancias que podrían darse, en primer lugar, la obtención por parte de la DENUNCIADA de una rentabilidad extraordinaria para la industria farmacéutica y, en segundo lugar, la eventual exclusión de competidores que se ajustan a la normativa relativa a la forma de dispendio de medicamentos de venta libre". Esas consecuencias, destacó, "afectarían de manera inequívoca al interés económico general, bien jurídico tutelado por la Ley de Defensa de la Competencia", dado que "el dispendio de medicamentos de venta libre constituye un elemento de relevancia para la salud pública y que, por lo tanto, un potencial daño a la misma repercutiría de manera negativa en el bienestar de la ciudadanía".

2. Esa decisión motiva los agravios de Farmacity. En primer término, plantea la nulidad absoluta e insanable de la Resol. 1/13 por haber sido dictada por la CNDC, órgano incompetente que carece de facultades legales para dictar la medida prevista en el art. 35 de la LDC, afectando la garantía del debido proceso y los derechos de defensa en juicio, de propiedad y de ejercer industria lícita. Destaca las diferencias entre la CNDC y el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia (TNDC) –al que la ley le confiere la facultad de decretar medidas preventivas-, en especial aquéllas relacionadas con su independencia respecto del Poder Ejecutivo Nacional. En ese sentido, cita precedentes de distintos fueros.

1472

CARLOS A. PETRE
SECRETARIO

Por otro lado, señala que existen procesos judiciales pendientes en los cuales cuestionó tanto la competencia territorial del Ministerio de Salud de la Nación en la aplicación de la ley 26.567, como la interpretación que ese órgano hace de la referida ley.

En otro orden de ideas, sostiene que los hechos descriptos en la Resol. 1/13 no se subsumen en ninguna infracción de la ley 25.156, y que la Comisión en lugar de identificar una conducta anticompetitiva o de abuso de posición dominante, se limita a discurrir en generalidades respecto de cuestiones ajenas a la defensa de la competencia ventiladas en distintos procesos judiciales. Alega, en consecuencia, que el acto viola el principio de legalidad y que no es aplicable el art. 1 de la LDC invocado por la denunciante, en cuanto considera lesiva la obtención de ventajas competitivas significativas mediante la infracción declaradas por acto administrativo o sentencia firme, porque no se da el último requisito que prevé la norma.

También se agravia la recurrente por entender que no se demostró *prima facie* una posición dominante de Farmacity en el mercado involucrado, no se analizó su estructura ni la existencia de barreras a la entrada.

En síntesis, aduce que no concurren los requisitos para dictar la medida cautelar, cuya procedencia se debe examinar con criterio restrictivo por su naturaleza innovativa y por haber sido dictada por un órgano que integra la Administración Pública. Añade que tampoco se demostraron los presupuestos de hecho en los que se fundó la medida ni que concurra un perjuicio irreparable que justifique su dictado.

Asimismo, solicita que el recurso se conceda con efecto suspensivo, desde que se trata de una medida innovativa dictada por un órgano administrativo incompetente que carece de la independencia e imparcialidad del TNDC, la cual le ocasiona un gravamen al modificar la modalidad de comercialización de medicamentos y privarla de la revisión judicial oportuna.

Finalmente, plantea la inconstitucionalidad de los arts. 35 y 52, *in fine*, de la ley 25.156 en cuanto facultan a dictar en sede administrativa una medida cautelar innovativa y a conceder la apelación con efecto devolutivo, sin que se cumplan las garantías de independencia e imparcialidad necesarias.

3. La cuestión así planteada se integra con los argumentos que sostienen la denunciante y el Estado Nacional al contestar el memorial.

USO OFICIAL

En particular, se debe destacar que COFA, en tal oportunidad, planteó la incompetencia de este Tribunal y solicitó al Ministerio de Economía que elevara las actuaciones a la Cámara Penal Económico con fundamento en la naturaleza penal de la ley 25.156, en su anterior intervención durante la vigencia de la ley 22.262, en fallos de la Corte Suprema y en la inconstitucionalidad del decreto 89/01 por exceder "el espacio de reglamentación válido con que contaba el Poder Ejecutivo" (fs. 63vta., pto. 7).

Radicado el expediente en esta Sala, denunció que el 16 de abril pasado presentó un pedido de inhibitoria, en los términos del art. 45 del Código Procesal Penal, ante la Sala B de la Cámara Penal Económico –causa "Confederación Farmacéutica Argentina s/ Ley 25.156", n° 64.214- (fs. 1443, apart. A).

4. Cuestión de competencia y planteo de inconstitucionalidad del decreto 89/01.

La ley 25.156 fue sancionada por el Congreso de la Nación previendo la aplicación supletoria de los Códigos Penal, Procesal Penal y Civil y Comercial de la Nación, y la competencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial o de la Cámara Federal que correspondiese en el interior del país (arts. 53 y 56).

Al promulgar la ley mediante el decreto 1019/99, el Poder Ejecutivo observó la aplicación supletoria del Código Procesal Civil y Comercial y la competencia de la Cámara Comercial. Por lo tanto, en lo que aquí interesa, la competencia para conocer en los recursos de apelación interpuestos contra decisiones de la autoridad de aplicación de la ley 25.156 quedó asignada "a la Cámara Federal que corresponda" (art. 53).

Con posterioridad reglamentó el art. 53 de la LDC (decreto 89/01) precisando que serán competentes para conocer en los mencionados recursos, la Cámara Federal en lo Civil y Comercial y la Cámara Federal que corresponda en el interior del país.

De acuerdo con ese marco normativo, no es atendible el pedido de declinatoria que formula COFA.

En efecto, si bien la denunciante plantea la inconstitucionalidad del decreto 89/01, la mera invocación de que el Poder Ejecutivo excedió "el espacio de reglamentación válido" no es fundamento suficiente para admitir la

1473

CARLOS A. PETRE
SECRETARIO

impugnación de la norma, tal como dictaminó el Fiscal General a fs. 1451 con remisión a la doctrina de la Corte Suprema que califica ese acto como de suma gravedad y la última *ratio* del orden jurídico *(Fallos 301:904 y 302:355)*.

El Alto Tribunal ha precisado que no cabe la declaración de inconstitucionalidad sino cuando un acabado examen del precepto lleva a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho o la garantía constitucional invocados *(Fallos 315:923, 326:3024, entre otros)* y que el control que compete a los jueces no incluye el examen de la conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador *(Fallos 308:1631 y 323:2409)*. Es decir, la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional debe ser manifiesta, clara e indudable, de donde sólo los casos que trascienden ese ámbito de apreciación, para internarse en el campo de lo irrazonable, inicuo o arbitrario, habilitan la declaración de inconstitucionalidad *(doctrina de Fallos 308:1361, 313:410, 324:2248, 325:2600 y 327:4495)*.

Asimismo, la Corte Suprema tiene decidido que la impugnación de inconstitucionalidad no es pertinente cuando el fin con que se la persigue no es la inaplicabilidad del texto objetado, sino el restablecimiento de un régimen normativo derogado, lo cual es de incumbencia del legislador *(Fallos 295:694, 318:1237 y 324:2248)*.

Eso es lo que, precisamente, pretende COFA: que se aplique la ley 22.262 que ha sido derogada (art. 58 de la ley 25.156).

Por lo tanto, corresponde a este tribunal entender en las actuaciones que han sido elevadas por el Ministerio de Economía para conocer en el recurso de apelación interpuesto por Farmacity contra la resolución dictada por la CNDC, máxime cuando las tres Salas de esta Cámara, en su actual integración, han aceptado la competencia asignada por la ley 25.156 de acuerdo con los decretos 1019/99 de promulgación y 89/01 de reglamentación *(cfr. esta Sala, causa 10.507/09 del 25-3-2010 y Sala 2, causa 1561/09 del 23-6-2009 y sus citas)*.

En efecto, COFA no acredita cómo el decreto 89/01, en cuanto precisa cuál es la Cámara Federal que en esta jurisdicción ejerce la revisión judicial por vía recursiva de los actos dictados por la autoridad de aplicación de la ley 25.156, afecta o restringe sus garantías constitucionales, requisito de observancia inexcusable *(doctrina de Fallos 325:2600 y 330:855)*. Por lo

USO OFICIAL

demás, tampoco explica de qué modo la norma reglamentaria implica una alteración manifiestamente irrazonable de la voluntad legislativa plasmada en el texto originario de dicha ley, cuando el decreto respeta su verdadero espíritu al mantener la competencia de un fuero –federal por la naturaleza de la legislación- especializado en cuestiones no penales, aspecto que fue valorado en forma expresa en los debates de la ley para no mantener la competencia que la ley 22.262 atribuía a la Cámara en lo Penal Económico, con fundamento en la "despenalización" del régimen de defensa de la competencia *(**esta Cámara, Sala 2**, causas 7558/09 del 31-8-2009 y 135/12 del 10-5-2012)*.

La invocada aplicación supletoria de los códigos penales y de institutos propios del derecho criminal, que remite indefectiblemente a la motivación del veto parcial del Poder Ejecutivo al promulgar la ley 25.156 (decreto 1019/99), no puede ser ponderada para declarar la inconstitucionalidad del decreto 89/01 y atribuir la competencia a la Cámara Penal Económico. Ello es así, pues la prerrogativa del art. 80 de la Constitución Nacional confiere una facultad excepcional –de carácter negativa- que sólo habilita al Presidente a observar aspectos de una ley, pero no a suplantar la voluntad legislativa estableciendo regulaciones positivas que no guardan relación con el texto y el espíritu del proyecto sancionado *(cfr. dictamen de la Procuradora Fiscal ante la **Corte Suprema** en Fallos 323:2256; **Sala 2**, causa 135/12 del 10-5-2012; **Gelli, María Angélica**, en "La promulgación parcial de leyes: complejidades jurídicas de un instrumento político", La Ley, 2000-E, 628 y en "Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada", Ed. La Ley, 2005, págs. 767/68)*.

Por último, no puede considerarse que la Corte Suprema hubiera convalidado –como sostiene COFA- la competencia del fuero Penal Económico para conocer en la vía recursiva prevista en la ley 25.156.

En Fallos 323:2577 ("Imagen Satelital S.A." del 14-9-2000), con remisión al Procurador Fiscal, atribuyó la competencia a la Cámara Penal Económico en un conflicto negativo suscitado con la Cámara Contencioso Administrativo Federal. En dicho dictamen se invocó el veto parcial de la ley 25.156 destacando que, si bien el texto final del art. 53 no precisaba cuál era el tribunal de apelación, una interpretación acorde con los fundamentos del

1474

CARLOS A. PETRE
SECRETARIA

decreto 1019/99 indicaba que se persiguió "mantener" la competencia asignada en la derogada ley 22.262 a la Cámara Penal Económico.

La invocación de ese precedente merece dos observaciones. La primera, es que se dictó antes de la reglamentación de la ley a través del decreto 89/01 que determinó la competencia de esta Cámara Civil y Comercial Federal; la segunda, es en el sentido de la improcedencia de complementar el veto parcial del decreto 1019/99 con sus fundamentos para oponerlos al decreto reglamentario, tal como se precisó anteriormente.

Con posterioridad la Corte Suprema resolvió otros dos conflictos de competencia con relación a la ley 25.156, pero en ninguno de ellos fijó un criterio acerca de la constitucionalidad del decreto 89/01. En Fallos 329:860 ("Repsol YPF" del 21-3-2006), el dictamen del Ministerio Público atribuyó la causa al fuero Penal Económico remitiéndose a la motivación del decreto 1019/99 y al fallo "Imagen Satelital" no obstante que ya se había dictado el decreto reglamentario, por lo que soslayó su aplicación al caso sin declaración de inconstitucionalidad. Tal circunstancia fue destacada por el juez Petracchi al votar en disidencia en Fallos 333:385 ("Telecom Italia" del 16-4-2010), donde la mayoría decidió la contienda de competencia con fundamento en el principio de la *perpetuatio iurisdictionis*, sin seguir el dictamen del Procurador General que propiciaba la inconstitucionalidad del decreto 89/01.

En lo que respecta a la inhibitoria denunciada, se debe precisar que el art. 45 del Código Procesal Penal –invocado por COFA- prevé que el ministerio fiscal y las partes podrán promover la cuestión de competencia por inhibitoria ante el tribunal que consideren competente o por declinatoria ante el tribunal que estimen incompetente. Y precisa que quien optare por uno de estos medios no podrá abandonarlo y recurrir al otro, ni emplearlo simultánea o sucesivamente, en tanto que si se hubieren empleado los dos medios y llegado a decisiones contradictorias, prevalecerá la que se hubiere dictado primero. (El art. 7 del Código Procesal Civil y Comercial establece, en el mismo sentido, que elegida una vía no podrá en lo sucesivo usarse la otra.)

Por tales motivos, corresponde desestimar el pedido de declinatoria formulado con anterioridad al de la inhibitoria (ver escritos del 4 de marzo y del 18 de abril, respectivamente, a fs. 45/65vta. y 1443/49vta.) y

USO OFICIAL

comunicar esta decisión a la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico a sus efectos (art. 45 del Código Procesal Penal).

5. Efecto del recurso y planteo de inconstitucionalidad de los arts. 35 y 52 de la ley 25.156.

Sostiene el señor Fiscal General en su dictamen de fs. 1434/35 que el efecto de un recurso de apelación constituye una cuestión de clara incumbencia del legislador y no de los jueces, y que puede ser establecido prudencialmente de diversa manera, dentro del límite de lo razonable.

Dos son las normas de la ley 25.156 que permitirían fundar el efecto devolutivo del recurso interpuesto por Farmacity: el art. 35 –por la naturaleza precautoria de la decisión apelada–, y el art. 52 en cuanto prevé la apelación de una orden de cese o abstención de una conducta (inc. b).

La línea argumental que sostiene el Ministerio Público Fiscal conduciría a la admisión –en principio y en abstracto- de la razonabilidad del efecto que el legislador le otorgó al recurso de apelación en el contexto de ese régimen normativo: es decir, en el supuesto de que se apelara una medida cautelar dictada por el TNDC, tal como está previsto en las disposiciones legales antes indicadas.

Empero, no se puede soslayar que la medida precautoria recurrida no fue dictada por el TNDC que la ley 25.156 creó como un organismo autárquico, con garantías de estabilidad e independencia en cuanto a su conformación y funcionamiento (arts. 17 y siguientes), sino por la CNDC en virtud de que no se ha constituido el Tribunal después de transcurridos casi catorce años desde la promulgación de la LDC. Este órgano creado por la anterior ley 22.262, que continúa su intervención en forma transitoria (art. 58), no tiene ni las facultades decisorias de acuerdo con aquél régimen legal –como se explicará en el siguiente considerando-, ni es asimilable al TNDC en el aspecto antes mencionado.

No se dan en el caso, por lo tanto, los presupuestos que el legislador previó para que el recurso interpuesto contra una medida cautelar tenga efecto devolutivo *(**esta Sala**, causas 1951/12, 1952/12 y 1789/12, todas del 11-5-2012)*.

Asimismo, se debe ponderar a los fines que se examinan el alcance que tiene la Resolución CNDC N° 1/13. Mediante ese acto, dictado en

CARLOS A. PETER
SECRETARIO

un procedimiento de investigación de conductas prohibidas por la ley –que, como tal, es de naturaleza sancionatoria y prevé la aplicación supletoria del código penal adjetivo y sustantivo-, se dispuso una medida cautelar que tiene carácter innovativo, pues ordena la modificación del modo de comercialización de ciertos medicamentos, y que además anticiparía una eventual decisión final de la causa (art. 46, inc. a, de la ley 25.156).

Esta medida importa el ejercicio de una típica función jurisdiccional que por haber sido dictada por un órgano administrativo incompetente y por el efecto devolutivo con que se concedió el recurso, afecta la garantía del debido proceso y defensa en juicio, pues priva a la destinataria de la revisión judicial oportuna.

Es en tales condiciones que se debe dictar una decisión sobre la cuestión planteada que armonice el interés económico general que protege la ley 25.156 (art. 42 de la C.N.) con los mencionados derechos individuales (arts. 14, 17 y 18 C.N.), a través de una interpretación integral de las disposiciones de ese régimen legal, de acuerdo con su letra y sin desnaturalizar el espíritu que las inspiró.

Consecuente con ello, no se puede concluir en el caso concreto que el efecto devolutivo previsto para el recurso de apelación en los arts. 35 y 52 de la ley 25.156, sea compatible con las garantías de defensa en juicio y debido proceso que asegura la Constitución Nacional, en la medida en que no asegura en forma suficiente el control judicial del acto dictado por un órgano que integra la Administración Pública.

La observancia del debido proceso no puede quedar sustraída en modo alguno al control judicial suficiente y amplio que es exigencia constitucional en supuestos como el que se examina *(arts. 18, 109 y 116 de la C.N.; **Corte Suprema** in re "Fernández Arias c. Poggio", Fallos 247:646; doctrina de **esta Sala** en la causa 2319/03 del 5-10-2004 y de la **Sala 2** en la causa 3826/09 del 12-8-2009)*.

Para que ese control judicial se pueda considerar suficiente, deberá ser más o menos extenso y profundo según las modalidades de cada situación jurídica, de acuerdo con 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

USO OFICIAL

complejidad de la organización administrativa creada para garantizarlos y la mayor o menor descentralización del tribunal administrativo *(Fallos 244:548)*, lo cual obliga a examinar en cada caso los aspectos específicos que singularizan la concreta materia litigiosa *(Fallos 247:646)*, como se hizo en los considerandos anteriores.

Dicha relación entre el efecto del recurso y el control judicial suficiente de las medidas dictadas por un órgano administrativo con facultades jurisdiccionales fue ponderada por la Corte Suprema en Fallos 284:150 y 321:1043.

En tal inteligencia y en las concretas circunstancias del caso, no es razonable que el recurso interpuesto contra la Resolución CNDC N° 1/13 tenga el efecto devolutivo previsto por la ley 25.156, por lo que se lo tiene por concedido con efecto suspensivo.

6. Nulidad de la Resolución CNDC N° 1/13: incompetencia del órgano.

6.1. Esta Sala se ha pronunciado sobre la cuestión planteada en las causas 2898/10, 3839/10 y 5620/10 (resoluciones del 7, 21 y 28 de diciembre de 2010, respectivamente).

Como se aclaró en los referidos precedentes, no se juzga la facultad otorgada en el art. 35 de la LDC al TNDC, sino la invocación de esa disposición por la CNDC como órgano que integra la autoridad de aplicación del derogado régimen de la ley 22.262. Adviértase que se impugna la decisión de naturaleza jurisdiccional de un órgano administrativo, cuya intervención fue dispuesta en el art. 58 de la ley 25.156 con claro carácter transitorio hasta la creación del TNDC.

Las garantías constitucionales como las del debido proceso y de la defensa en juicio, son de inexcusable observancia en todo tipo de actuaciones, inclusive 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 este Tribunal no puede prescindir en el control judicial que le ha sido asignado en la LDC ***(esta Sala,** causas 2319/03 del 5-10-2004 y 5620/10 del 28-12-2010)*.

A las consideraciones anteriores, hay que añadir que el art. 56 de la LDC prevé la aplicación supletoria del Código Procesal Penal, cuyo artículo

1476

CARLOS A. PETRE
SECRETARIO

168 dispone que se deberán declarar de oficio, en cualquier estado y grado del proceso, las nulidades previstas en el art. 167 que impliquen la violación de las normas constitucionales: el inc. 1 establece prescripta bajo pena de nulidad la observancia de las disposiciones concernientes a la constitución del tribunal *(**esta Sala**, causas 8131/09 del 27-10-2009, 10.507/09 del 13-5-2010 y 4798/10 del 14-9-2010; en ese sentido, **CNApel. en lo Penal Económico, Sala A**, doctrina de las causas 59.562 "Telefónica" del 21-10-2009; 60.456 y 60.471 caratuladas "Telecom" y 60.454 "Sintonía", todas del 17-6-2010).*

A ello corresponde agregar que, en el orden jurídico administrativo –del cual no puede prescindirse en el aspecto examinado, dada la naturaleza de la CNDC, como organismo inserto en la Administración Pública Nacional-, la competencia constituye un elemento esencial que confiere validez a la actuación del órgano estatal y, por ende, un presupuesto de ella, en virtud de la vinculación positiva de la administración al ordenamiento jurídico, que debe autorizar a sus organismos para actuar en forma expresa o razonablemente implícita *(Fallos 254:56, 307:198 y 328:651, voto del juez Belluscio).*

Desde esa perspectiva, este Tribunal ha decidido, con arreglo a los precedentes dictados por la Corte Suprema en esta materia, que mientras rija el sistema de transitoriedad previsto en el art. 58 de la LDC, dicha autoridad comprende 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 corresponda la facultad resolutoria a través del dictado de los actos pertinentes *(ver arts. 12, 17, 19, 23, 24, 26, 28 y 30 de la ley 22.262; **CSJN,** dictámenes de la Procuradora Fiscal en las causas "Credit Suisse" y "Belmonte", Fallos 330:2527 y 331:781, respectivamente; **esta Sala**, causas 8131/09 del 27-10-2009, 10.507/09 del 13-5-2010, 4798/10 del 14-9-2010 y 5620/10 del 28-12-2010; **Sala 2**, doctrina de la causa 3826/09 del 1-8-2009).*

Y no es admisible, en tal sentido, el argumento de que, según la doctrina sentada por la Corte Suprema en las causas "Belmonte" y "Credit Suisse", la CNDC se encuentra habilitada –en virtud de las facultades instructorias conferidas por la LDC- a disponer las medidas necesarias para su tramitación, como ser la del art. 35. Ello es así, pues tratándose de una medida

USO OFICIAL

cautelar con el alcance precisado en esa norma ("imponer el cumplimiento de condiciones que establezca u ordenar el cese o la abstención de la conducta lesiva", alcance similar al previsto en el art. 46 de la ley 25.156), no es razonable sostener, con el único fundamento de no ser la decisión de fondo, que su dictado importa el ejercicio de una mera facultad instructoria *(cfr.* ***Corte Suprema****, doctrina de Fallos 334:1609 y de las causas "Compañía Industrial Cervecera S.A.", C.516. XLVI, del 4-9-2012, y "AMX Argentina SA c/ Telefónica Móviles SA", A.779.XLVII, del 30-10-2012).*

6.2. Sin perjuicio de que lo expuesto es suficiente para declarar la nulidad de la resolución apelada, no se puede concluir, a partir de la mera remisión a los artículos 35 y 58 de la ley 25.156- que la autoridad de aplicación de la ley 22.262 que se encuentra "transitoriamente" interviniendo en las causas promovidas hasta que se integre el TNDC –el Secretario de Comercio Interior (SCI) con facultades decisorias, o la CNDC con facultades de investigación, instrucción y asesoramiento-, tenga facultades para dictar las medidas cautelares previstas en la primera de las normas citadas.

El art. 35 faculta al TNDC a imponer, en cualquier estado del procedimiento, el cumplimiento de condiciones que establezca, u ordenar el cese o la abstención de la conducta lesiva, cuando se pudiere causar una grave lesión al régimen de competencia, en tanto que el art. 58 deroga, por un lado, la anterior ley 22.262, y por el otro dispone que, no obstante ello, el órgano de aplicación de dicha norma subsistirá hasta la constitución y puesta en marcha del TNDC, el cual entenderá en todas las causas promovidas a partir de la entrada en vigencia de la nueva ley.

No es posible inferir automáticamente de la citadas normas que la prolongada omisión del Poder Ejecutivo en crear el TNDC tenga el efecto de transferir al organismo administrativo subsistente –que en este caso tiene carácter consultivo- las facultades jurisdiccionales acordadas por la ley 25.156 a dicho tribunal *(cfr.* ***esta Sala****, causas 2898/10 del 7-12-2010 y 3839/10 del 21-12-2010, 5620/10 del 28-12-2010 y 1789/12 del 21-8-2012;* ***Sala 2****, causas 3826/09 del 12-8-2009, 252/10 del 19-2-2010, 341/10 del 25-2-2010 y 1473/10 del 4-10-2011;* ***CNApel. en lo Penal Económico, Sala A****, doctrina de las causas 59.562 del 21-10-2009 y 60.471 del 17-6-2010;* ***CNApel. en lo***

1477

CARLOS A. PETRA
SECRETARIO

Contencioso Administrativo Federal, Sala III, *causa "Multicanal" nº 34.963/05, del 16-4-2007).*

Es regla de interpretación de la ley la de dar pleno efecto a la intención del legislador y, para ello, la primera fuente es la letra de la ley *(Fallos 312:1098, 321:1614, 325:3229 y 326:4530).*

De acuerdo con esas pautas, se debe reparar en que el texto del art. 58 de la LDC no dice expresamente que el órgano de la ley 22.262 que interviene con carácter transitorio a partir de la vigencia de la ley 25.156, tenga todas las facultades que esa ley le otorga al TNDC como nueva autoridad de aplicación. Es decir, no se está ante una norma que en forma directa y explicita le confiera a aquél dichas facultades, entre las que se encuentra la del art. 35, como sostiene el Estado Nacional.

La cláusula del art. 58 es transitoria. De ello se sigue que cuando el legislador dictó la norma no tuvo en miras que la autoridad de aplicación de la ley 22.262 –régimen expresamente derogado- reemplazara de hecho al TNDC como consecuencia de una irrazonable demora del Poder Ejecutivo en su constitución. Esa circunstancia no pudo ser prevista por la ley.

Para decidir si esta autoridad transitoria tiene la facultad legal para dictar un acto como el recurrido se deben ponderar, según la inteligencia propuesta en los párrafos anteriores, dos extremos esenciales y estrechamente vinculados entre sí: la naturaleza jurisdiccional de ese acto y las diferencias que hay entre aquel órgano y el tribunal previsto por el art. 35 de la LDC.

Como se dijo, la facultad de dictar medidas cautelares en el marco de un proceso es inherente al ejercicio de la función jurisdiccional que compete a los jueces *(**Corte Suprema**, doctrina de la causa "AFIP c. Intercorp SRL", Fallos 333:935, citada por la **Sala 2** en la causa 1473/10 del 4-10-2011)*. Dicha facultad precautoria es sumamente amplia, desde que permite dictar una medida que importa un anticipo de tutela, es decir que adelanta el objeto de la decisión definitiva sin que el investigado pueda ejercer en forma previa y amplia su derecho de defensa *(**Sala 2**, causa 1473/10 cit.)*.

En cuanto al otro de los extremos mencionados, hay que precisar que el Congreso de la Nación atribuyó la potestad de dictar medidas cautelares al TNDC, previsto en esa misma ley como un tribunal administrativo autárquico, con garantías de independencia en cuanto a su conformación y

USO OFICIAL

La LDC establece en su art. 24, inc. m), un procedimiento de urgencia que permite, ante el extenso lapso transcurrido sin que se hubiese constituido el TNDC, conjugar las facultades ejecutorias de la administración pública con las garantías constitucionales de los sujetos sometidos a una investigación por presuntas conductas prohibidas *(arts. 14, 17, 18 y 109 de la C.N.; **esta Sala**, causa 5620/10 y 1789/12, **Sala 2**, causa 1473/10, citadas)*. De ese modo, no se paraliza ni se obstruye la función que se le ha conferido transitoriamente a la autoridad de aplicación de la ley 22.262.

No obsta a la inteligencia propuesta la circunstancia de que la ley 22.262 no contemplara una norma similar a la del art. 24, inc. m), de la ley 25.156, pues la posibilidad de peticionar una medida cautelar a un juez –aun cuando se trate de la administración pública-, es un principio general que tiene sustento en la Constitución Nacional (art. 14).

Finalmente, en el procedimiento para la investigación de conductas de la ley 25.156, la actuación del secretario ministerial tiene un rol de parte interesada en defensa del interés público (art. 26 del decreto 89/01). Por ello, en la inteligencia que el Estado Nacional asigna al fallo "Credite Suisse", el hecho de que no se hubiera constituido el TNDC implicaría que, como funcionario que integra la administración, actué como juez con potestades de dictar medidas cautelares, afectando la defensa en juicio de los sujetos investigados, pues tanto la apreciación de los requisitos específicos para la procedencia de las medidas cautelares (verosimilitud del derecho y peligro en la demora), como la evaluación de su proporcionalidad de acuerdo a las circunstancias fácticas de cada caso, ya no recaerían en un tribunal independiente, como fue intención del legislador al crear el TNDC, sino en el propio órgano al que le corresponde una participación acotada en el procedimiento *(**Sala 2**, causa 1473/10 citada)*.

En consecuencia, **SE RESUELVE: 1.** desestimar el planteo de incompetencia deducido por la Confederación Argentina Farmacéutica por la vía de declinatoria y comunicar esta decisión a la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, en virtud de la inhibitoria denunciada, a sus efectos, **2.** tener por concedido con efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por Farmacity contra la Resolución CNDC Nº 1/13; **3.** declarar la nulidad de la Resolución CNDC Nº 1/13 (arts. 167, inc.

1°, y 168 del Código Procesal Penal, y 56 de la ley 25.156), con costas a las vencidas.

Regístrese, notifíquese a las partes por cédula y al Fiscal General en su despacho, líbrese el oficio a la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico a los fines indicados, y devuélvase a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia.

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES DE LA CAPITAL

RICARDO GUSTAVO RECONDO

GRACIELA MEDINA

GUILLERMO ALBERTO ANTELO

SALA CIVIL Y COMERCIAL N° 3
Registrado al N° 140 T°3
DEL LIBRO DE SENTENCIAS

CARLOS A. PETRE
SECRETARIO

USO OFICIAL