



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA III

C. 2548/13 "Shell Cía. Argentina de Petróleo SA s. Apel. Resol. Comisión Nac. Defensa de la Compet."

Buenos Aires, 20 de febrero de 2014.

AUTOS Y VISTOS:

El recurso de apelación interpuesto por Shell Compañía Argentina de Petróleo S.A. (en adelante Shell) a fs. 98/105 contra la Resolución N° 2/13 dictada el 10 de enero de 2013 por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC o la Comisión), obrante a fs. 81/93, concedido a fs. 106 y su traslado contestado por las denunciadas Aerolíneas Argentinas SA y Austral Líneas Aéreas-Cielos del Sur SA a fs. 111/12 y por el Estado Nacional -Ministerio de Economía- a fs. 141/48vta., y

CONSIDERANDO:

1. En oportunidad de brindar las explicaciones previstas en el art. 29 de la ley 25.156 (LDC) con motivo de la denuncia formulada por Aerolíneas Argentinas y Austral, la empresa Shell opuso las excepciones previas de incompetencia del órgano y de defecto legal, y la defensa de prescripción (ver fs. 3/34vta.).

Con relación a la primera de las excepciones, Shell afirmó que la Comisión carece de competencia para resolver sobre la denuncia sustentada en un supuesto abuso de posición dominante, habida cuenta de que involucra cuestiones ajenas a las disposiciones de la LDC. Invocó que el objetivo perseguido es utilizar la ley 25.156 para afectar la libertad de precios del combustible JP1 y establecer precios de referencia vinculados con una actividad distinta a la aerocomercial en un mercado de hidrocarburos desregulado, y forzarla a vender a un precio inferior para mejorar la situación financiera de las denunciadas. Y añadió que en materia de combustibles la

autoridad de aplicación es siempre la Secretaría de Energía de la Nación (ley 17.319), tal como lo ha reconocido la CNDC (Dictamen 554, expediente "Surgas", C.1090) para recomendar la desestimación de la denuncia y la remisión a dicho organismo.

Asimismo, alegó que la Comisión dejó de ser competente por haber vencido el plazo de ciento veinte días que fija el art. 60 de la LDC para su reglamentación, y de los sesenta días previstos en el decreto 89/01 para la designación de los miembros del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia (TNDC), sin que se pueda considerar que ha quedado reemplazado por la Comisión y la Secretaría de Comercio Interior (SCI), desde que se trata de órganos que carecen de la independencia e imparcialidad del Tribunal.

Por otro lado, dejó opuesta la prescripción de toda investigación de supuestas conductas realizadas más allá del límite de cinco años que prevé el art. 54 de la ley 25.156. Para ello sostuvo que no surgía en forma clara de la denuncia el periodo durante el cual se habría llevado a cabo las pretendidas conductas anticompetitivas.

Finalmente, opuso la defensa de defecto legal con fundamento en que la denuncia es oscura y defectuosa, lo cual le impide ejercer su derecho de defensa en forma plena. Precisó que la relación de los hechos es ambigua y carece de claridad, en particular respecto de las circunstancias de tiempo (periodo investigado), modo y lugar en los que se habrían producido.

Sobre esa base, Shell solicitó que se hiciera lugar a las excepciones y que se ordenase el archivo del expediente sin más trámite (ver fs. 34vta., apartado 13.1).

2. La Comisión rechazó las excepciones previas de incompetencia y de defecto legal y declaró inadmisibile el planteo de prescripción (Resolución CNDC N° 2/13, arts. 1° y 2°; fs. 93).

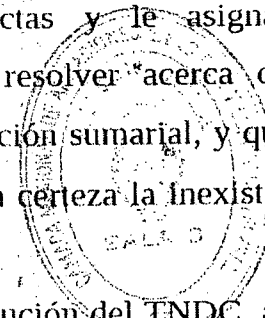
Para decidir de ese modo, consideró que resulta competente para entender en las actuaciones conforme con las



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA III

facultades que le reconoce la ley 25.156, en cuanto prevé un procedimiento de investigación de conductas y le asigna su instrucción. Agregó que la CNDC puede resolver acerca de la procedencia o improcedencia de dicha instrucción sumarial, y que en el caso no hay elementos para determinar con certeza la inexistencia de actos o conductas que infrinjan la LDC.



En lo atinente a la falta de constitución del TNDC, adujo que la Comisión y la SCI han sido instituidos como autoridad de aplicación para la instrucción y sanción de conductas prohibidas, durante el periodo transitorio hasta tanto se disponga la creación del referido tribunal (art. 58 de la ley 25.156), actuación que fue validada por la Corte Suprema en la causa "Credite Suisse" (Fallos 330:2527).

A su vez, la Comisión decidió que la reserva de desarrollar la defensa de prescripción resulta inadmisibles pues no cumple con los requisitos del art. 340 del Código Procesal Penal, en cuanto establece que la excepción debe ser concreta y tiene que estar motivada, debiendo ofrecerse las pruebas que justifiquen los hechos en que se basa.

También desestimó la excepción de defecto legal por no estar prevista en la LDC ni en las disposiciones reglamentarias o complementarias. A lo cual añadió que la denuncia cumple con los requisitos establecidos en el art. 28 de la LDC, lo cual permitió el adecuado ejercicio del derecho de defensa con las explicaciones del art. 29. Y concluyó, en esos términos, que Shell no había demostrado la existencia de un perjuicio.

3. Contra la referida resolución administrativa se agravia Shell en cuanto rechazó la excepción de incompetencia y declaró inadmisibles la prescripción.

Sostiene la recurrente que la decisión no hizo mérito de la incompetencia fundada en que el objeto de la denuncia es ajeno a las disposiciones de la ley 25.156 y en que la autoridad de aplicación en

relación al precio de los combustibles es siempre la Secretaría de Energía de la Nación.

Asimismo, cuestiona lo resuelto en punto a la intervención de la CNDC y del SCI con sustento en el carácter transitorio de las normas que así lo disponen y el tiempo transcurrido desde la sanción de la LDC.

Por otro lado, y con relación a los precedentes invocados por la Comisión para sostener su competencia, señala que existen pronunciamientos de los tribunales que han desconocido facultades resolutorias a dicho organismo, con sustento en el reciente fallo de la Corte Suprema en la causa "Moda SRL s. solicitud de intervención".

En cuanto a la prescripción, se agravia pues sin fundamento se declaró inadmisibile la reserva de desarrollar dicha defensa en el momento en que se hiciera saber a la empresa el periodo investigado. Y ratifica su posición en el sentido de que en ningún caso la investigación podrá incluir un periodo mayor a los cinco años desde que se presentó la denuncia ante la CNDC.

4. Así planteada la cuestión, se advierte que los agravios de la recurrente por el rechazo de la excepción de incompetencia involucran dos cuestiones diferentes: una es que ni la CNDC ni el SCI tienen facultades para intervenir en la investigación por no haberse constituido el TNDC; la otra consiste en que los hechos denunciados son ajenos a la ley 25.156.

La primera de dichas cuestiones debe necesariamente ser revisada por este Tribunal desde que se ha puesto en tela de juicio la intervención del órgano de aplicación de la ley 22.262, de acuerdo con la cláusula transitoria del art. 58 de la ley 25.156, inclusive para decidir el restante planteo que formula.

Los argumentos que la apelante sostiene para fundar su agravio no son atendibles. Seguir su razonamiento importaría directamente privar al órgano que se encuentra interviniendo, en



Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA III

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. Dicha función —conjuntamente con el control de estructuras— es esencial para garantizar un bien jurídico reconocido no sólo en la ley 25.156 sino también en el art. 42 de la Constitución Nacional (cfr. *esta Sala*, causas 7748/05 del 10-8-2012, 7324/11 del 11-9-2012 y 6083/12 del 26-8-2013).

Dicha norma prevé que el órgano de aplicación de la anterior ley 22.362 subsistirá hasta la constitución y puesta en funcionamiento del TNDC (prevista en el art. 17 de la ley), estableciendo expresamente que la CNDC entenderá en todas las causas promovidas a partir de la vigencia de la nueva ley, y que una vez constituido el TNDC le serán giradas a efectos de continuar con su substanciación.

En síntesis, se mantiene hasta la constitución del TNDC la autoridad de aplicación tal como se encontraba prevista en el anterior régimen legal. De conformidad con ello, la Corte Suprema se ha pronunciado en el sentido de que, mientras rija el sistema de transitoriedad previsto por la mencionada norma, 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 corresponde 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, criterio que ha mantenido en las causas “Moda”, del 29-11-2011, Fallos 334:1609, y “Fresenius Kabi SA y otro s. apel. Resol. Comisión Nac. Defensa de la Competencia”, F.347.XLVII, del 11-9-2012).

Es cierto que existe una injustificada demora del P.E.N. en constituir el TNDC creado por la ley 25.156 como autoridad de aplicación, circunstancia invocada por la recurrente y destacada tanto por esta Cámara (*ver Acordada N° 16/09 del 2-12-2009*) como por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico (*Sala A, causas 59.563 del 21-10-2009 y 59.871 del 1-2-2010*), pero de ello no puede seguirse que ni el SCI ni la CNDC carezcan de toda facultad para aplicar ese régimen legal (*esta Sala, doctrina de la causa 2929/02 "Indura", del 15-8-2002 y causas 4417/10 del 7-12-2010*). Tal consecuencia no ha sido prevista en la norma e importaría tanto como dejar sin efecto el régimen legal previsto por el Poder Legislativo para que se cumpla 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.

Y si bien en casos anteriores se ha decidido que no cabe inferir automáticamente del art. 58 de la LDC, que la prolongada omisión en crear el TNDC tenga por consecuencia que el organismo administrativo subsistente se encuentre investido de las mismas facultades acordadas por la ley 25.156 a dicho tribunal (*cfr. 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*), no sería razonable sostener en este marco que no subsiste un órgano con atribuciones para aplicar la ley 25.156. Tal interpretación dejaría sin sentido la norma transitoria prevista por el legislador en el art. 58 de la LDC precisamente para posibilitar la aplicación del régimen de Defensa de la Competencia.

Adviértase que el planteo de la recurrente no persigue suplir la conducta omisiva del Poder Ejecutivo, sino directamente



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA III

impedir la actuación de la autoridad de aplicación que interviene en virtud de la cláusula transitoria del art. 58 de la ley 25.156, desconociendo facultades que le fueron expresamente atribuidas en la ley 22.262 hasta la constitución y funcionamiento del TNDC, lo cual es inadmisibles, 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*).

Las circunstancias indicadas diferencian este caso de aquéllos otros en los que se decidió que el organismo administrativo que interviene transitoriamente con arreglo al art. 58 de la ley 25.156, carece de la facultad para dictar las medidas cautelares del art. 35 (*esta Sala, causas 2898/10 del 7-12-2010, 3839/10 del 21-12-2010 y 5620/10 del 28-12-2010*). Es que para ello se hizo mérito, por un lado, de la implicancia y naturaleza típicamente jurisdiccional de esa potestad, prevista a partir de la nueva ley para el TNDC, y por el otro, que la disposición del art. 24, inc. m), de la LDC, deja a salvo las facultades ejecutorias del órgano en materia de defensa de la competencia.

A la luz de las pautas precisadas, no se han dado argumentos suficientes para admitir la interpretación propuesta del art. 58 de la ley 25.156; según la cual dicha cláusula transitoria tiene como límite temporal el plazo de 60 días fijado en el art. 19 del decreto reglamentario 89/01 para la primera designación de los miembros del TNDC (*cfr. esta Sala, causa 7748/05 del 10-8-2012*), y de ese modo enervar, sin una alternativa razonable, la intervención del órgano administrativo en el procedimiento regulado en el Capítulo VI (con la salvedad que se hizo respecto del art. 35), imprescindible para la investigación y la eventual sanción de las conductas prohibidas, de acuerdo con las facultades que le asisten a la CNDC y al SCI, cuestión esta última que será examinada a continuación.

5. En lo que se refiere a la restante cuestión que la recurrente vincula con la incompetencia del órgano -ésta es que la denuncia es ajena al ámbito de aplicación de la ley 25.156-, se invocan en el memorial precedentes en los cuales se han desconocido facultades decisorias a la Comisión.

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).

En tal sentido corresponde destacar que el art. 56 de la LDC prevé la aplicación supletoria del Código Procesal Penal, cuyo artículo 168 dispone que se deberán declarar, aun de oficio y 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).

Por lo demás, en el orden jurídico administrativo -del cual no se puede prescindir 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



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA III

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, mientras rija el sistema de transitoriedad previsto en el art. 58 de la LDC, la autoridad de aplicación de la ley 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 (*arts. 12, 17, 19, 23, 24, 26, 28 y 30 de la ley 22.262; CSJN, Fallos 330:2527, 331:781, 334:1609 y 335:1645 y causa "AMX Argentina SA c/ Telefónica Móviles SA", A.779.XLVII, del 30-10-2012; esta Sala, causas 8131/09 del 27-10-2009, 10.507/09 del 13-5-2010, 4798/10 del 14-9-2010, 5620/10 del 28-12-2010 y 2829/13 del 3-12-2013; Sala 2, doctrina de la causa 3826/09 del 1-8-2009*).

En el caso *sub examine* la Comisión decidió declarar inadmisibles las excepciones de incompetencia planteada por Shell para que se ordenase el archivo de la denuncia con fundamento en que su objeto es ajeno a las disposiciones de la LDC y en que la autoridad de aplicación en relación al precio de los combustibles es siempre la Secretaría de Energía. Es decir, el planteo involucraba una decisión acerca del archivo o de la continuación del procedimiento iniciado con motivo de dicha denuncia. Según la ley 25.156, dicha facultad correspondería al TNDC (arg. arts. 29 y 31), y en virtud del criterio expuesto en el párrafo anterior, a la SCI como órgano de la ley 22.262 con competencia decisoria. Adviértase que el art. 19 de la mencionada ley preveía que el Secretario de Estado podía, previo dictamen de la CNDC, desestimar por resolución fundada la denuncia cuando de su sola exposición resultara que los hechos no encuadraban en el artículo 1º (*ver, en ese sentido, esta Sala, doctrina de la causa 10.507/09 del*

13-5-2010, confirmada por la Corte Suprema in re "Fresenius Kabi SA y otro s. apel. Resol. Comisión Nac. Defensa de la Competencia", F.347.XLVII, del 11-9-2012, en el que remitió a Fallos 334:1609).

La Corte Suprema se ha pronunciado en el sentido de que es atribución del órgano ejecutivo, y no de la CNDC, decidir tanto acerca del archivo de una denuncia (Fallos 334:1609 y causa "AMX" citada), como también rechazar un planteo de prescripción (Fallos 335:1645).

Con tal inteligencia, el dictado de la Resolución 2/13, en cuanto rechazó las excepciones de incompetencia –con el alcance precisado- y de prescripción, importó el ejercicio de una atribución que excede la competencia instructoria y consultiva propia de la CNDC.

Por ello, **SE RESUELVE:** 1. desestimar el recurso de apelación en cuanto a la incompetencia de la CNDC y de la SCI para intervenir en las actuaciones administrativas; 2. declarar la nulidad de la Resolución CNDC N° 2/13 con el alcance indicado en el considerando quinto.

Las costas se distribuyen por su orden en virtud de la forma en que se decide.

La doctora Graciela Mediana no suscribe por haberse admitido su excusación a fs. 125/vta.

Hágase saber a los letrados la vigencia de las Acordadas CSJN N° 31/11 y 38/13 (B.O. del 17-10-2013).

Regístrese, notifíquese, oportunamente publíquese y devuélvase a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia.