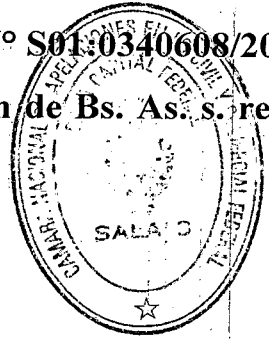


Causas 6083/12, 7608/12 y 1002/13 (Expte. CNDC N° S01:0340608/2011).
“Asociación de Anestesia, Analgesia y Reanimación de Bs. As. s. recurso de queja por rec. directo denegado”.



Buenos Aires, 26 de agosto de 2013.

AUTOS Y VISTOS; CONSIDERANDO:

1. Causa 6083/12.

La Asociación de Anestesia, Analgesia y Reanimación de Buenos Aires (en adelante la Asociación o la denunciada) dedujo recurso de queja contra la providencia dictada el 15 de octubre de 2012 por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (la CNDC o la Comisión), mediante la cual se denegó la apelación contra el traslado de la denuncia deducida por la Obra Social del Personal de Edificios de Renta y Horizontal –OSPERYH–, conferido el 10 de septiembre, en los términos del art. 29 de la ley 25.156 (LDC) (ver fs. 1, 138/52vta., 153/56 y 184/94 de este incidente).

La denegatoria se fundó en la inapelabilidad del acto cuestionado según lo previsto en el art. 52 de la LDC y en la ausencia de un gravamen irreparable. Asimismo, en el referido proveído del 15 de octubre se desestimaron los planteos deducidos conjuntamente con la apelación, en punto a la inconstitucionalidad del art. 58 de la ley 25.156 –por la demora en conformar el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia (TNDC)- y en la nulidad del traslado del art. 29 de esa ley –por carecer la CNDC de facultades para dictar dicho acto-, con remisión a los fallos dictados por la Corte Suprema en las causas “Credit Suisse” y “Compañía Industrial Cervecera”, entre otras- (ver fs. 153/56).

La recurrente sustenta su queja con los siguientes argumentos: a) la denegatoria es nula de nulidad absoluta porque se trata de una resolución “de mérito, de substancia puramente jurídica”, emanada de un Contador Público que integra la CNDC, órgano que carece de capacidad de derecho para dictar ese acto, b) la Comisión no es el tribunal administrativo creado por la ley 25.156 sino un organismo asesor e investigador que carece de facultades resolutorias, c) la providencia apelada le genera un gravamen irreparable pues impone, con carácter definitivo, la actuación de una autoridad

USO OFICIAL

administrativa incompetente durante todo el procedimiento, *d*) el art. 52 de la LDC es inconstitucional desde que la limitación recursiva a los supuestos que taxativamente enumera la norma viola el derecho de defensa que consagra la Constitución Nacional y las garantías del Pacto de San José de Costa Rica de acuerdo con los arts. 8, inc. 1º, 24 y 25 (ver apart. V, fs. 192vta./93vta.), *e*) el art. 58 de la LDC, en cuanto prevé la actuación transitoria de la CNDC, es inconstitucional en virtud de la excesiva demora del Poder Ejecutivo en constituir el TNDC.

2. Causa 7608/12.

La Asociación también dedujo recurso de queja contra la providencia de la CNDC del 17 de diciembre de 2012, que denegó la apelación contra el proveído del 15 de octubre –mencionado en el considerando anterior–, con fundamento en la inapelabilidad de acuerdo con el art. 52 de la ley 25.156 y en la extemporaneidad del recurso si se considerase deducido en los términos del Código Procesal Penal (ver fs. 3/10, 11/14, 15 y 16 de este incidente).

Solicitó la acumulación de la queja a la causa 6083/12 y la fundó con los mismos argumentos que los sostenidos en aquellas actuaciones: la nulidad del acto que denegó el recurso, con motivo de la incapacidad de derecho de la CNDC para resolver acerca de la admisibilidad de la apelación deducida, y la inconstitucionalidad del art. 52 de la ley 25.156, en cuanto limita el recurso de apelación a los actos indicados por la norma.

3. Causa 1002/13.

El 11 de enero de 2013 la CNDC dictó la Resolución 10/13 mediante la que denegó una medida cautelar solicitada por la OSPERYH en los términos del art. 35 de la LDC y ordenó la apertura del sumario en el expediente administrativo N° S01:0340608/2011, conforme al art. 30 de la LDC, a fin de dar trámite a las diligencias necesarias para determinar la existencia de la conducta denunciada y la violación de dicho régimen legal. Para ello consideró que las explicaciones de la Asociación no fueron convincentes para desvirtuar *prima facie* la eventual comisión de conductas relevantes desde el punto de vista del Derecho de Defensa de la Competencia, con el grado de certeza necesario en esa etapa del procedimiento (ver fs. 1/11).

Poder Judicial de la Nación



Contra esa resolución la denunciada interpuso recurso de apelación y pidió la acumulación a la causa 6083/12. Planteó la nulidad de la Resol. CNDC 10/13 por considerar que dicho órgano sólo tiene funciones de instrucción y asesoramiento y, por lo tanto, carece de capacidad para ordenar la apertura del sumario en los términos del art. 30 de la ley 25.156, de acuerdo con el criterio fijado por la Corte Suprema en la causa "Credit Suisse" (fs. 13/19vta.).

Ante la denegatoria de la apelación –fundada en que la resolución recurrida no está incluida en el art. 52 de la LDC y en que se interpuso fuera del plazo previsto en el Código Procesal Penal-, la Asociación dedujo recurso de queja. Sostiene idénticos fundamentos que los invocados en las causas 6083/12 y 7608/12, es decir: la incapacidad de derecho de la Comisión para expedirse sobre la admisibilidad del recurso y la existencia de un perjuicio irreparable por cuanto la decisión recurrida le impone la actuación durante todo el procedimiento de una autoridad administrativa que carece de competencia. Y reitera el planteo de inconstitucionalidad de los arts. 52 y 58 de la ley 25.156 deducido en oportunidad de interponer cada recurso de apelación.

4. Así planteadas las quejas por la Asociación, se procederá a su examen en forma conjunta toda vez que los fundamentos que sostiene en cada una de ellas son idénticos.

La primera de las cuestiones que corresponde tratar es la referida a las facultades de la CNDC para denegar los recursos de apelación interpuestos por la denunciada.

No se advierte, en esta oportunidad, la necesidad de pronunciarse sobre las atribuciones de la Comisión o del Secretario para conceder o denegar la apelación interpuesta –práctica inveterada desde la sanción de la norma y cuyo fundamento normativo puede encontrarse en la parte final del art. 52 de la LDC–, habida cuenta de que el recurso de queja permite la revisión judicial de ese acto mediante la intervención de este Tribunal que se ha motivado. Es decir, el pronunciamiento acerca de la procedencia formal del recurso que se cuestiona, no es definitivo ni susceptible de generarle un gravamen irreparable en ese aspecto, máxime cuando en cualquier caso es la Cámara el juez del

USO OFICIAL

recurso con facultades para disponer sobre su admisibilidad, sin perjuicio de los actos cumplidos en la anterior instancia (*esta Sala, causas 3570/11 y 2875/11, ambas del 13-10-2011, y 7324/11 del 11-9-2012*).

En tal inteligencia, es aplicable la doctrina de la Corte Suprema en el sentido de que no corresponde a los tribunales resolver cuestiones abstractas (*Fallos 266:313, 273:63, 289:238, 316:479*), naturaleza que se le puede asignar al planteo deducido en la medida de que no subsiste un gravamen actual ya que se examinará, por esta vía, la procedencia del recurso de apelación que fue denegado en la instancia administrativa (*esta Sala, causa 7545/03 del 28-6-2005; Considerando noveno*).

5. Decidido ese punto, se deben precisar dos cuestiones.

5.1. La primera de ellas se relaciona con el plazo para interponer la apelación, desde que tal circunstancia fue considerada por la CNDC para desestimar algunos de los recursos deducidos.

Esta Sala se ha pronunciado en anteriores oportunidades en el sentido de que no es razonable la denegatoria de la apelación fundada en la extemporaneidad con remisión al plazo de tres días previsto en el art. 450 del Código Procesal Penal (*cfr. causas 336/09 del 20-5-2009 y 2294/10 del 29-6-2010*).

Es que la ley 25.156 establece en quince días el plazo para interponer el recurso de apelación (art. 53), por lo que no hay falta de previsión en este aspecto ni, en consecuencia, motivos para aplicar supletoriamente otra norma, de acuerdo con los términos del art. 56 de la LDC, contrariamente a lo que sucede con las decisiones susceptibles de apelación, cuya enumeración no puede considerarse taxativa a fin de garantizar el control judicial en los supuestos de que concurra un gravamen irreparable.

A ello cabe agregar que la inteligencia propiciada por la CNDC tampoco es razonable desde que importa la coexistencia de dos plazos distintos para interponer un mismo recurso de apelación; y asimismo resulta contraria a la seguridad jurídica y al acceso a la instancia judicial que garantice la revisión suficiente y oportuna de las resoluciones que dicta como

organismo administrativo en ejercicio de facultades jurisdiccionales dentro del marco normativo vigente.

5.2. La segunda de las cuestiones que se debe precisar es que los actos impugnados por la recurrente —el traslado de la denuncia previsto en el art. 29 y la apertura del sumario de acuerdo con el art. 30 de la ley 25.156—, no son susceptibles de generar un gravamen irreparable en los términos del art. 449 del Código Procesal Penal (aplicable en virtud del art. 56 de la LDC), que justifique ampliar los supuestos previstos en el art. 52 de dicha ley —entre los que no están incluidos—, y habilitar de ese modo la revisión judicial de acuerdo con el criterio adoptado por esta Sala a partir de la causa 2929/02 del 15 de agosto de 2002 (*ver, asimismo, causas 9628/02 del 29-10-2002, 1029/03 del 24-5-2004, 2875/11 del 13-10-2011 y 7324/11 citada, entre otras*). Ello es así, toda vez que no se trata de actos definitivos susceptibles de provocar un perjuicio suficiente para proceder al referido control por la vía del recurso directo.

Con tal interpretación del art. 52 de la ley 25.156 queda garantizado el derecho de defensa y del debido proceso y, por lo tanto, no se advierte agravio para declarar la inconstitucionalidad de la norma en cuanto no prevé la apelación de los actos impugnados (*Corte Suprema, doctrina de Fallos 312:2315, 316:2624, 324:4404, 327:1899, 330:855 y 333:447*).

Sin perjuicio de ello, como la denunciada ha fundado sus recursos en la nulidad absoluta de los actos dictados por la CNDC durante el procedimiento administrativo, por considerar que no tiene capacidad de derecho para actuar, ya sea por la inconstitucionalidad de la cláusula transitoria del art. 58 de la LDC que plantea o, en subsidio, porque carece de facultades decisorias de acuerdo con el criterio fijado por la Corte Suprema a partir del fallo “Credit Suisse”, corresponde examinar si dichas cuestiones generan el gravamen irreparable que invoca con sustento en la incompetencia del órgano administrativo.

6. De acuerdo con los fundamentos expuestos por el señor Fiscal General a fs. 206/207 de la causa 6083/12, el planteo de inconstitucionalidad del art. 58 deducido por la denunciada no es atendible, desde que importaría directamente privar al órgano que se encuentra interviniendo, 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*).

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.

Es decir, 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 “Crédite Suisse”, del 5-6-2007, Fallos 330:2527, y “Belmonte”, del 16-4-2008, Fallos 331:781*).

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 el 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 el Secretario de Comercio Interior (SCI) y 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

Poder Judicial de la Nación

CARLOS A. PETRE
SECRETARIO

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 al control de los monopolios naturales y legales.



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 la CNDC o la SCI carezcan de todas las atribuciones que la ley 25.156 prevé para que se cumpla con el mandato constitucional. Tal interpretación dejaría sin sentido la norma transitoria prevista por el legislador en el art. 58 de la LDC para posibilitar la aplicación del régimen de Defensa de la Competencia.

Adviértase que el planteo de la recurrente no persigue suplir la conducta que considera omisiva respecto del Poder Ejecutivo, sino directamente 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*).

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

USO OFICIAL

facultades ejecutorias de la administración pública en materia de defensa de la competencia; dichos extremos no concurren en este supuesto.

A la luz de las pautas precisadas, no se han dado argumentos suficientes para declarar en este marco la inconstitucionalidad del art. 58 de la ley 25.156 y enervar directamente, sin otra 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.

7. Tampoco existe fundamento para que el acto previsto en los artículos 29 y 30 de la ley 25.156 deban ser dictados por el SCI –y no por la CNDC–, según la doctrina de la Corte Suprema que surge de Fallos 330:2527 (“Credit Suisse”) y de Fallos 331:781 (“Belmonte”), citada por el recurrente.

En dichos precedentes, la Procuradora Fiscal, a cuyo dictamen se remitió el Alto Tribunal, precisó que la autoridad a la que alude el art. 58 de la ley 25.156 comprende a la CNDC –con facultades de instrucción y asesoramiento– y al órgano ejecutivo (SCI) que tiene la facultad resolutoria (“Belmonte”, Ap. V), según la distinción efectuada en “Credit Suisse”. En este último caso, se vincularon las facultades de la Comisión con el procedimiento para investigar las conductas tipificadas en la LDC, y se las distinguió de aquellas que le asisten al Secretario “de aplicación de multas, de desestimación de denuncias, de aceptación de compromisos, de cese o abstención de la conducta imputada” (Ap. III, último párrafo).

Es decir, la Corte Suprema no consideró entre los actos de carácter decisorio que corresponden al Secretario los previstos en los arts. 20 y 21 de la ley 22.262 (que actualmente tienen su correlato en los arts. 29 y 30 de la ley 25.156). Por lo demás, las normas que regulaban el procedimiento de control de conductas de esa ley establecían expresamente los actos que correspondían a la competencia de dicho funcionario. Como se precisó en el dictamen de la Procuración General en el caso “Credit Suisse”, tal es lo que ocurría en los arts. 19, 24, 26, 28, 29 y 30. En cambio, el art. 17 preveía que la instrucción del procedimiento se iniciaba por la CNDC de oficio o por

Poder Judicial de la Nación



denuncia, en tanto que el art. 20 disponía que la relación de los hechos o la denuncia “serán notificadas al presunto responsable para que en el término de quince (15) días dé las explicaciones que estime pertinentes”. A su vez, el art. 21 establecía que “la instrucción del sumario proseguirá salvo que el presunto responsable dé explicaciones satisfactorias”.

Consecuente con esa técnica legislativa, no puede entenderse que el legislador hubiera reservado al órgano ejecutivo la facultad para dictar los actos de los arts. 20 y 21 de la ley 22.262 (análogos a los de los arts. 29 y 30 de la ley 25.156), puesto que de ser así lo hubiese dispuesto expresamente, tal como lo hizo en las otras normas citadas. No se puede soslayar que tales actos carecen del carácter definitivo que, dentro del procedimiento regulado, tienen los indicados en los arts. 19, 24, 26, 28, 29 y 30; de ahí que sea razonable distinguir entre unos y otros (*cfr. en tal sentido, esta Sala, causa 7324/11 citada*).

En síntesis, tanto el traslado de la denuncia (art. 29 LDC) como la orden de apertura del sumario (art. 30 LDC) se encuentran entre las facultades instructorias de la CNDC y, por lo tanto, no son actos decisorios y definitivos que deban ser dictados por el SCI, de acuerdo con las normas aplicables (arts. 20 y 21 de la ley 22.262 y arts. 32 y 58 de la ley 25.156) y con los fallos de la Corte Suprema en los casos “Credit Suisse” y “Belmonte” (*ver, asimismo, causas “Moda”, Fallos 334:1609; “Compañía Industrial Cervecera”, C.516.XLVI, del 4-9-2012; “Fresenius Kabi”, F.347.XLVII, del 11-9-2012; “AMX”, A.779.XLVII, del 30-10-2012*).

En tales condiciones, no se advierte que los actos recurridos sean susceptibles de generar un gravamen irreparable a la Asociación por la incompetencia del órgano administrativo que instruye la investigación de la conducta denunciada.

8. A los fundamentos precedentes sólo resta añadir que la queja deducida en la causa 7608/12 es –asimismo–, improcedente toda vez que el recurso de apelación se interpuso contra la denegatoria de la apelación articulada contra la providencia del 15 de octubre de 2012. Es que es un principio general que la vía para impugnar dicho acto es el recurso de queja y

USO OFICIAL

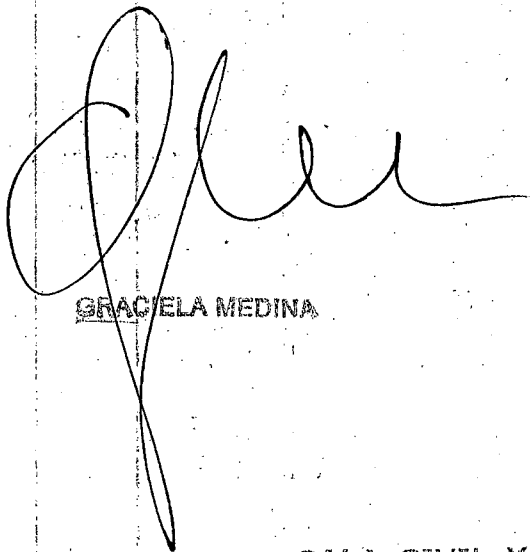
no una nueva apelación, tal como la que la denunciada dedujo contra dicha providencia en la causa 6083/12.

Y, asimismo, cabe aclarar que la competencia del órgano para dictar la Resol. CNDC N° 10/13 sólo ha sido revisada en punto a la apertura del sumario, y no respecto del rechazo de la medida cautelar requerida por la denunciante, habida cuenta de que tal aspecto no es susceptible de generar un gravamen a la recurrente (ver Considerando 3 de la presente decisión).

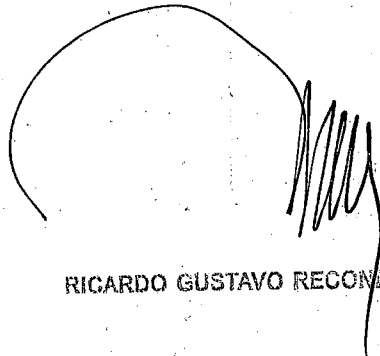
Por lo expuesto, y de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal General, **SE RESUELVE:** desestimar los recursos de queja deducidos por la Asociación.

El doctor Guillermo Antelo no interviene por encontrarse en uso de licencia (art. 109 del R.J.N.).

Regístrese, notifíquese, remítase copia de esta resolución a la CNDC mediante oficio y archívese la queja.

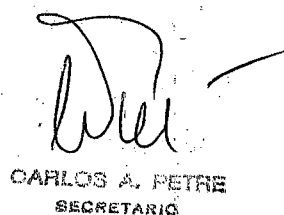


GRACIELA MEDINA



RICARDO GUSTAVO RECONDO

SALA CIVIL Y COMERCIAL N° 3
Registrado al N° 273 T° 3
DEL LIBRO DE SENTENCIAS



CARLOS A. PETRE
SECRETARIO