

4

Poder Judicial de la Nación

SALA "B"
REGISTRADO
Nº 98 FEB 13/2013
BOLETA DE DESPACHO Y MESA DE ENLACE
SECRETARÍA DE JUSTICIA
Nº 7010

INCIDENTE DE RECUSACIÓN EN AUTOS PRINCIPALES: CABLEVISIÓN S.A. E IMAGEN SATELITAL S.A. SOBRE INFRACCIÓN LEY 25.156 (EXPEDIENTE Nº S01:0260703/2012 DE LA COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA). CAUSA Nº 63.825. ORDEN Nº 25.069. SALA "B".

///nós Aires, 12 de marzo de 2013..

VISTO:

El recurso de apelación interpuesto por los representantes de CABLEVISIÓN S.A. a fs. 127/132 de este incidente contra la resolución dictada por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia a fs. 116/125 del mismo legajo, por la cual se resolvió rechazar el planteo de recusación deducido mediante el escrito que luce en copia a fs. 3/22 vta. de este incidente.

Y CONSIDERANDO:

Los señores jueces de cámara Dres. Roberto Enrique HORNOS y Marcos Arnoldo GRABIVKER expresaron:

1º) Que, por la presentación que obra en copia a fs. 3/22 vta. de este incidente, CABLEVISIÓN S.A., en cuanto interesa a la presente, recusó "...con causa a los funcionarios que integran la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia Sres. Ricardo Napolitani, Fabián M. Pettigrew y Humberto Carlos Guardia Mendonca, por tener pleito pendiente con Cablevisión S.A...", planteo que la persona de existencia ideal mencionada dedujo "...[c]on fundamento en la aplicación supletoria dispuesta por el art. 56 de la ley 25.156 y, en consecuencia, en lo dispuesto por los incisos 6 y 8 del art. 55 del Código Procesal Penal de la Nación y el art. 17 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación..." (el resaltado es del original)."

2º) Que, mediante la resolución dictada a fs. 116/125 de este legajo, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, por el voto conjunto de los señores vocales Ricardo NAPOLITANI, Santiago FERNÁNDEZ, Fabián Marceló PETTIGREW y Diego Pablo POVOLO, dispuso rechazar el planteo de

USO OFICIAL

M. I. SANDOVAL
ROGADO
Tº 11B Pº 356 C.P.A.C.F.

recusación aludido por el considerando que antecede.

3º) Que, por el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Fallos 334:1609, el más Alto Tribunal argentino, en un caso en el cual la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia había dispuesto el archivo de actuaciones instruidas como consecuencia de la denuncia de hechos prohibidos por la ley 25.156, expresó: "...a los efectos de dilucidar cuál es la autoridad que, de acuerdo con lo dispuesto en las leyes 22.262 y 25.156 es la competente para dictar actos como el que en el sub examine se cuestiona, resulta indispensable recordar que esta Corte ha señalado que '...la autoridad a la que alude el art. 58 de la ley 25.156 comprende a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia -con facultades de instrucción y de asesoramiento- y al órgano ejecutivo de la cartera económica al que, según la estructura organizativa, le corresponda la facultad resolutoria a través del dictado de los actos administrativos pertinentes. Ello es así, (...) hasta tanto el Tribunal creado por la ley 25.156 se constituya -en cuyo caso corresponderá, según dispone dicha ley, tanto la tarea instructoria como la de decisión- y mientras rija el sistema de transitoriedad previsto en su artículo 58...' (Fallos: 330:2527 y 331:781).

En razón de ello se destacó que 'la instrucción e investigación de las infracciones a la ley son facultades de la Comisión Nacional, como también la de emitir los dictámenes pertinentes que indiquen y aconsejen a la autoridad administrativa competente, cuando la ley así lo prevé, el tratamiento a seguir en las actuaciones'. La facultad resolutoria de estos procedimientos, por medio del dictado de actos administrativos, corresponde al Secretario ministerial (confr. fallos cit.)...".

"...la decisión que dispone el archivo de las actuaciones, cualquiera sea la razón que la justifique, constituye una determinación de mérito respecto de la denuncia formulada, temperamento que, atento a su trascendencia y consecuencias, se identifica claramente con la actividad resolutoria y excede las facultades de investigación e instrucción del procedimiento que el ordenamiento le asigna a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia..." (el resaltado corresponde a la presente).

4º) Que, la Corte Suprema de Justicia de la Nación también ha



Poder Judicial de la Nación

establecido, en numerosas oportunidades, que las instancias ordinarias tienen el deber de conformar sus decisiones a las sentencias dictadas por aquél en casos similares (Fallos 307:1094; 312:2007; 316:221; 318:2060; 321:2294), el cual se sustenta en el carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia, y en razones de celeridad y economía procesal que hacen conveniente evitar todo dispendio de actividad jurisdiccional (Fallos 25:364; 212:51; 212:160; 256:208; 303:1769; 311:1644; 311:2004; 318:2103; 320:1660 y 321:3201, entre otros).

5º) Que, el dictado de una resolución como la recurrida, por la cual se rechazó un planteo promovido con el propósito de lograr el apartamiento de algunos de los integrantes de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia para intervenir en un procedimiento sustanciado respecto de una infracción presunta a las disposiciones de la ley 25.156, excede el ejercicio de las facultades de investigación y de instrucción del procedimiento que por el ordenamiento se asignan a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (confr. Regs. Nos. 149/12 y 696/12, de esta Sala "B").

6º) Que, por otra parte, por el art. 56 de la ley 25.156 se establece que son de aplicación supletoria, a las disposiciones de aquella ley, el Código Penal y el Código Procesal Penal de la Nación (confr. la disposición legal citada y el decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 1019/99, mediante el cual se vetó parcialmente la ley mencionada).

7º) Que, ya sea que se considere que con respecto a los integrantes de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia resultan aplicables analógicamente las previsiones relativas a los jueces del art. 58 del C.P.P.N., o que se estime que la situación de aquéllos debe ser examinada con la visión del art. 63 del mismo cuerpo legal, para la resolución de ninguno de aquellos supuestos de recusación se contempla que el planteo respectivo pueda ser rechazado directamente, como se aprecia en el "sub examine", a partir de una decisión en cuyo dictado tomen parte los mismos destinatarios del pedido de apartamiento (confr. los considerandos 1º y 2º de la presente).

USO OFICIAL

8º) Que, en consecuencia, sin emitir opinión sobre el contenido de lo resuelto, corresponde declarar de oficio la nulidad de la decisión dictada a fs. 116/125 de este incidente, por verificarse en este caso una nulidad de orden general, de carácter absoluto y, por lo tanto, susceptible de ser declarada en cualquier grado y estado del proceso (arts. 167, incs. 1 y 2, 168 y 172 del C.P.P.N.).

9º) Que, en atención a la resolución a la cual corresponde arribar por la presente, por los motivos expresados precedentemente, deviene innecesario ingresar en el análisis de los agravios desarrollados por el recurso de apelación interpuesto.

El señor juez de cámara Dr. Roberto Enrique HORNOS agregó:

10º) Que, la falta de constitución y de puesta en funcionamiento del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia, **habiendo transcurrido más de trece años desde el dictado de la ley 25.156 (B.O. 20/9/1999)**, por la cual aquel tribunal fue creado, constituye una situación que no puede ser obviada. Frente a la anomalía que implica la omisión de dar cumplimiento a lo previsto por aquella ley por parte de las autoridades competentes en los últimos trece años, es deber de este Tribunal poner de manifiesto la demora verificada y requerir a aquellas autoridades, por intermedio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (art. 40 del R.J.N.), se proceda a integrar el organismo que debe aplicar y controlar el cumplimiento de la Ley de Defensa de la Competencia, como está previsto por el artículo 19 de la ley 25.156.

El señor juez de cámara Dr. Marcos Arnoldo GRABIVKER agregó:

10º) Que, si bien por los pronunciamientos de los Regs. Nos. 862/08, 115/09, 326/10 y 546/10 quien suscribe este voto había establecido un criterio distinto del sustentado por la parte común del presente, a partir del pronunciamiento del Reg. N° 149/12 se modificó aquel criterio como consecuencia de lo establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación por



Poder Judicial de la Nación

el pronunciamiento de Fallos 334:1609, dictado el día 29 de noviembre de 2011, por aplicación de la doctrina del acatamiento moral de las decisiones dictadas por el más Alto Tribunal argentino recordada por el considerando 4º del voto concurrente de este pronunciamiento, sin perjuicio de lo cual se deja a salvo la opinión personal de quien suscribe sobre la cuestión.

El señor juez de cámara Dr. Nicanor Miguel Pedro REPETTO
expresó:

Que la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia es un organismo dependiente de una secretaría de estado que forma parte de uno de los ministerios del Poder Ejecutivo Nacional. Fue creado por disposición del gobierno de facto del año 1980, posteriormente ratificada por ley del Congreso (Nº 22.262) la que fue derogada por otra ley del Congreso dictada en 1999 (Nº 25.156): En esta última se dispuso que el organismo debía subsistir transitoriamente aunque sin atribuirle ninguna facultad específica fuera de la de continuar la tramitación de las causas anteriores o las nuevas que se suscitaban.

Que esa comisión carece de atribuciones jurisdiccionales que tampoco tenía en tiempos de vigencia de la ley derogada, según se ha señalado en un fallo anterior de la Sala "A" de esta Cámara de Apelaciones (Reg. Nº 478/09). Las opiniones que hubiera anticipado en sus dictámenes no tienen, por ende, fuerza vinculante.

Que la ley procesal aplicable, el Código Procesal Penal de la Nación, contempla los casos en que los jueces deben inhibirse o pueden ser recusados por razones vinculadas con la necesidad de preservar su imparcialidad (Libro I, título II, capítulo IV, artículos 55 a 64). De surgir discrepancia sobre la concurrencia de esos motivos de apartamiento está previsto que la cuestión sea dirimida por un tribunal superior (artículos 57 y 61).

Que esas previsiones no resultan aplicables a la recusación de los integrantes de un organismo de las características mencionadas, el que de ninguna manera puede entenderse equiparado a un juez. A lo sumo podría entenderse que su apartamiento debiera regirse de manera semejante al que se contempla en la ley procesal para los secretarios y auxiliares (artículo 63) lo que tendría que ser resuelto por la autoridad jurisdiccional ante la cual actúen (confr. Reg. Nº 166/10,

USO OFICIAL

de la Sala "A").

Que por consiguiente, la recusación de los integrantes de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia no es una cuestión con respecto a la cual corresponda que este tribunal resuelva de manera originaria. Tampoco le correspondería conocer a partir de un recurso de apelación, habida cuenta que incluso en el trámite previsto por el art. 63 del Código Procesal de la Nación, la autoridad que debe pronunciarse "*resolverá lo que corresponda, sin recurso alguno*".

Que, en tales condiciones, el recurso de apelación debe considerarse erróneamente concedido.

Por ello, por mayoría, **SE RESUELVE:**

I. DECLARAR LA NULIDAD de la resolución dictada por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia a fs. 116/125 de este incidente.

II. SIN COSTAS (arts. 530, 531 y ccs. del C.P.P.N.).

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

MARCOS ARNOLDO CHADYKER
JUEZ DE CAMARA

NICANOR M. P. REPETTO
JUEZ DE CAMARA

ROBERTO ENRIQUE HORMÓS
JUEZ DE CAMARA