

SUNESYS S.R.L. S/INCIDENTE DE APELACIÓN EN AUTOS PRINCIPALES TELEFONICA DE ARGENTINA S.A. Y TELFONICA MOVILES DE ARGENTINA S.A. SOBRE INFRACCIÓN LEY 25.156 (EXPEDIENTE N° S01:0069364/2013 DE LA COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA). CAUSA N° 64.209. ORDEN N° 25.258. SALA "B".

///nos Aires, 23 de mayo de 2013.

VISTO:

El recurso de apelación interpuesto por el representante de SUNESYS S.R.L. a fs. 3/12 vta. de este expediente contra la resolución dictada por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia a fs. 14/31 del mismo legajo, por la cual se resolvió (en lo que interesa): "No hacer lugar a la medida cautelar solicitada por la firma SUNESYS S.R.L...".

Y CONSIDERANDO:

1º) Que, mediante la resolución dictada a fs. 14/31 de este legajo, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, por el voto conjunto de los señores vocales Santiago FERNÁNDEZ, Fabián Marcelo PETTIGREW y Diego Pablo POVOLO, dispuso no hacer lugar a la medida cautelar solicitada por la firma SUNESYS S.R.L.

2º) 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

USO OFICIAL

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).

3º) Que, la Corte Suprema de Justicia de la Nación también ha 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).

4º) Que, el dictado de una resolución como la recurrida, por la cual no se hizo lugar a la medida cautelar solicitada por la firma SUNESYS S.R.L., 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

Poder Judicial de la Nación

Sala "B").

5º) Que, en consecuencia, sin emitir opinión sobre el contenido de lo resuelto, corresponde declarar de oficio la nulidad de la decisión dictada a fs. 14/31 de este expediente, 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. 1º y 2º, 168 y 172 del C.P.P.N.).

6º) 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.

Los señores jueces de cámara Dres. Nicanor Miguel Pedro REPETTO y Roberto Enrique HORNOS agregaron:

7º) 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. 20/09/1999), 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:

7º) 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

USO OFICIAL

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 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 3° del voto concurrente de este pronunciamiento, sin perjuicio de lo cual se deja a salvo la opinión personal de quien suscribe sobre la cuestión.

Por ello, **SE RESUELVE:**

Por unanimidad:

I. DECLARAR LA NULIDAD de la resolución dictada por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia que obra en copia a fs. 14/31 de este expediente.

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

Por mayoría:

III. LIBRAR OFICIO a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de conformidad con lo previsto por el art. 40 del Reglamento para la Justicia Nacional, para que por intermedio de ese Tribunal, se requiera al Poder Ejecutivo Nacional la integración del organismo que debe aplicar y controlar el cumplimiento de la Ley de Defensa de la Competencia (art. 19 de la ley 25.156).

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

ROBERTO ENRIQUE HORNOS
JUEZ DE CÁMARA

MARCOS ARNOLDO GRABIKER
JUEZ DE CÁMARA

NICANOR M. P. REPETTO
JUEZ DE CÁMARA