

## Defensa De La Competencia Comision Nacional De Defensa De La Competencia Facultades Incompetencia

### JURISPRUDENCIA

### Defensa de la competencia. Comisión Nacional de Defensa de la

Competencia. Facultades. Incompetencia Se admite el recurso extraordinario y se declara nula la resolución 131/2009 dictada por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia que ordenó a ciertas firmas de indumentaria, a los centros comerciales donde estas operan y a las entidades bancarias adheridas que se abstengan de eliminar los descuentos ofrecidos a los consumidores y usuarios en compras mediante tarjetas de crédito y de débito, al resolverse la incompetencia del órgano emisor para el dictado de tal clase de medidas resolutivas.

Buenos Aires, catorce de abril de 2015. Vistos los autos: "Cencosud S.A. s/ apela resolución Comisión Nacional Defensa de la Competencia". Considerando: 1°) Que la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal hizo lugar al recurso directo (arts. 52 y 53 de la ley 25.156, Ley de Defensa de la Competencia) interpuesto por Cencosud S.A. y revocó la resolución 131/2009, dictada por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia en el marco de un procedimiento iniciado para investigar la posible realización de conductas anticompetitivas. El acto dejado sin efecto, entre otras medidas, había ordenado a varias empresas de indumentaria que se abstuvieran de anular los descuentos que sobre sus productos ofrecían los bancos comerciales; había decidido notificar a distintas sociedades propietarias de centros comerciales -entre ellas Cencosud S.A.- que también se abstuvieran de anular los descuentos que se promocionaban en los locales radicados en sus establecimientos; y había ordenado notificar a varios bancos para que continuaran efectuando los descuentos en los mismos términos y condiciones vigentes al momento en que se realizó la práctica distorsiva de mercado investigada por la Comisión, que invocó, para adoptar dichas medidas, la competencia otorgada por el art. 35 de la ley citada. 2°) Que para así resolver el tribunal a quo sostuvo que el acto revocado, una medida cautelar prevista en el art. 35 de la ley 25.156 a la que atribuyó naturaleza típicamente jurisdiccional, no correspondía a las competencias que el art. 58 de la ley citada confirió transitoriamente a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia y a la Secretaría de Comercio Interior, hasta tanto se constituyese el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia. Añadió que uno de los requisitos para juzgar la constitucionalidad de la atribución de funciones jurisdiccionales a órganos no judiciales es que éstas hayan sido expresamente otorgadas por la ley y concluyó que "la diferente conformación de la autoridad de aplicación de las leyes 22.262 y 25.156, y el extenso tiempo transcurrido desde la sanción de esta última, es la ausencia de una norma expresa que faculte a la CNDC o al secretario de estado a dictar las medidas cautelares del art. 35, la que define el asunto" (fs. 135 vta.). Apuntó que la conclusión a la que se había llegado no paralizaba ni obstruía la función que la ley 25.156 ha conferido transitoriamente a la autoridad de aplicación de la ley 22.262, dado que -según lo previsto por el art. 24, inc. m, de la ley 25.156- pueden solicitarse medidas cautelares al juez competente, que debe resolver en el plazo de 24 horas, lo que constituye un razonable procedimiento de urgencia que "permite conjugar las facultades ejecutorias de la administración pública en materia de defensa de la competencia, con las debidas garantías constitucionales de los particulares (arts. 18 y 109 de la C.N.)" (fs. 135). A mayor abundamiento, sostuvo también que la medida adoptada mediante el dictado de la resolución impugnada era infundada (fs. 136 vta. y 137). 3°) Que contra esa resolución el Estado Nacional -Ministerio de Economía y Producción- interpuso el recurso extraordinario obrante a fs. 142/158, que, previo traslado a la actora, contestado a fs. 161/179, fue concedido únicamente en lo concerniente a la interpretación de normas federales (fs. 181), en tanto que lo denegó con referencia a la tacha de arbitrariedad atribuida a la sentencia y a la invocación de la gravedad institucional del caso. Frente a la denegación parcial, la recurrente dedujo la queja CSJ 1411/2011 (47-C)/CS1 "Cencosud S.A. s/ apela resolución Comisión Nacional Defensa de la Competencia", que corre agregada por cuerda. En su impugnación el Estado Nacional sostuvo que la cámara había efectuado una errónea interpretación de normas federales relativas a las atribuciones de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia en materias como la debatida en autos, como es el caso del art. 58 de la ley 25.156 y la ultra actividad que, con carácter transitorio hasta que se constituyera el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia, estableció respecto de disposiciones de la ley 22.262, que dicha norma derogó. Afirmó que esa norma era la que atribuyó la competencia que ejerció la comisión, como autoridad nacional encargada de defender la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados (art. 42 C.N.), y que la errónea interpretación de la cámara aparejaba, como consecuencia directa, la privación de la facultad de ordenar el cese o a abstención de realizar conductas distorsivas en el curso de una investigación a cargo la comisión y, con ello, despojarla de potestades legales destinadas a cumplir con el mandato constitucional contenido en la norma citada, lo que pone de manifiesto, también, la trascendencia institucional del caso. Con relación a la anulación de la resolución 131/09 de la CNDC, también tachó de arbitraria a la decisión judicial impugnada porque prescindió de las constancias de la causa, al concluir infundadamente que la

actora no tenía relación con los descuentos que efectuaban los locales asentados en sus centros comerciales. Ello, según apuntó, fue el resultado de un análisis parcial de la prueba producida, que llevó a conclusiones des-acertadas y erróneas. 4°) Que el recurso extraordinario concedido resulta formalmente admisible, porque se ha puesto en cuestión la interpretación de las leyes 22.222 y 25.166 y sus decretos reglamentarios, y la decisión del tribunal superior de la causa es contraria al derecho que la recurrente sostuvo en ellos (arts. 14, inc. 3, de la ley 48; y 6° de la ley 4055). 5°) Que, dada la naturaleza de la cuestión debatida, es oportuno recordar que la Corte no se encuentra limitada en su decisión por los argumentos expuestos por las partes o el tribunal a quo, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado, según la interpretación que rectamente les otorgue (Fallos: 307:1557; 310:2682; 311:2553; 319:2931; 327:5416, entre muchos otros). 6°) Que se han puesto en discusión los alcances del artículo 58 de la ley 25.156, en cuanto a si de su contenido puede derivarse la atribución invocada por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia para dictar la resolución anulada, que fue encuadrada en lo dispuesto por el art. 35 de la misma ley. La primera de las normas citadas dispone: "Derógase la ley 22.262. No obstante ello, las causas en trámite a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley, continuarán tramitando de acuerdo con sus disposiciones ante el órgano de aplicación de dicha norma, el que subsistirá hasta la constitución y puesta en funcionamiento del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia. Asimismo, entenderá en todas las causas promovidas a partir de la entrada en vigencia de esta ley. Constituido el Tribunal las causas serán giradas a éste a efectos de continuar con la substanciación de las mismas" (ley 25.156, art. 58). Por su parte, el art. 35 de la misma ley establece: "El Tribunal en cualquier estado del procedimiento podrá imponer 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 podrá ordenar las medidas que según las circunstancias fueren más aptas para prevenir dicha lesión. Contra esta resolución podrá interponerse recurso de apelación con efecto devolutivo, en la forma y términos previstos en los artículos 52 y 53. En igual sentido podrá disponer de oficio o a pedido de parte la suspensión, modificación o revocación de las medidas dispuestas en virtud de circunstancias sobrevinientes o que no pudieron ser conocidas al momento de su adopción". 7°) Que en varios precedentes el Tribunal ha precisado los alcances de la primera norma citada en el considerando anterior, en orden a las atribuciones que, con carácter transitorio, corresponden a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia y a la Secretaría de Comercio, respectivamente. Esos antecedentes -que no han sido objeto de un estudio detallado en la resolución impugnada- revelan una clara y consistente posición de esta Corte que distingue las tareas de investigación, instrucción y asesoramiento, transitoriamente a cargo de la Comisión, y la actividad resolutoria que, en tanto no se constituya el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia, corresponde a la Secretaría de Comercio (Fallos: 330:2527; 331:781; 334:1609; 335:1645 Y CSJ 779/2011 (47-A) "AMX Argentina", resuelta el 30 de octubre de 2012). Entre esas potestades, se ha hecho una referencia explícita a la atribución del Secretario de Comercio de disponer "el cese o abstención de la conducta imputada", (Fallos: 330:2527 y 334:1609, considerando 7°, último párrafo), mención que no fue tenida en cuenta por el tribunal a quo cuando interpretó que el ejercicio de las potestades del art. 35 de la ley 25.156, tampoco correspondía a dicha autoridad. 8°) Que además, esa exégesis es insuficiente porque no ha tenido presente que, de acuerdo con el régimen de la ley 22.262, entre las atribuciones de la autoridad ejecutiva se incluyeron las de "...disponer: a) que no se innove respecto de la situación existente; b) ordenar el cese o la abstención de la conducta imputada;", (art. 26, incs. a y b, de la ley 22.262); que el art. 3° del decreto 2284/1991, ratificado por la ley 24.307 (art. 29), autorizó el ejercicio de la competencia de los incisos a y b del art. 26 de la ley 22.262 "en cualquier estado de la causa" y que al referirse dicha norma ampliatoria de competencias a "la autoridad de aplicación de la misma" sin hacer distinciones, podía inferirse razonablemente que ella aludía al Secretario de Comercio, extendiéndose potestades cuyo ejercicio la ley ya le había otorgado (art. 26, incs. a y b de la ley 22.262) y no a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia a la que la ley referida no le confería ninguna de esas atribuciones. En conclusión y por los fundamentos expresados, corresponde confirmar la sentencia recurrida en lo concerniente a la revocación, por incompetencia del órgano emisor, de la resolución 131/09 de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia. 9°) Que en las condiciones expresadas, es inadmisibles la queja deducida por la demandada con sustento en la pretendida arbitrariedad de la sentencia y la invocada gravedad institucional del caso (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Por ello, y habiendo dictaminado la señora Procuradora General de la Nación, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario con el alcance indicado, y se confirma -con los fundamentos expresados en los considerandos 7° y 8° la sentencia de fs. 131/137 en lo concerniente a la revocación de la resolución 131/09 de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Se desestima la queja CSJ 1411/2011 (47-C)/CS1. Intímese al Estado Nacional - Ministerio de Economía y Producción, para que, en el ejercicio financiero correspondiente, haga efectivo el depósito previsto en el art. 286 de conformidad con lo previsto en la acordada 47/91. Agréguese copia de la presente a la queja CSJ 1411/2011 (47-C)/CS1. Notifíquese, tómesese nota por Mesa de Entradas, archívese la queja y, oportunamente, remítase el expediente principal al tribunal de origen. RICARDO LUIS LORENZETTI CARLOS S. FAYT

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO (en disidencia) JUAN CARLOS MAQUEDA DISIDENCIA DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON de NOLASCO Considerando: Que este Tribunal comparte el dictamen de la señora Procuradora General de la Nación, a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir por razones de brevedad. Que cabe aclarar que la reciente ley 26.993 -en cuanto introdujo modificaciones a la ley 25.156- no resulta aplicable, en atención a que su entrada en vigencia se produjo con posterioridad al dictado de la resolución aquí impugnada. Por ello, se hace lugar a la queja, se declara admisible el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo con arreglo al presente. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y devuélvase.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO Suprema Corte: -I- La Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal revocó la resolución 131/09 dictada por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) en cuanto había sido apelada por Cencosud S.A. (fs. 131-7). Por un lado, el tribunal consideró que la CNDC carece de competencia para dictar la resolución apelada. Expuso que durante el régimen transitorio previsto en el artículo 58 de la ley 25.156 la autoridad de aplicación de la ley comprende a la CNDC, que tiene facultades de instrucción y asesoramiento, y al órgano ejecutivo de la cartera económica, que concentra las facultades resolutorias. En particular, entendió que los artículos 35 y 58 de la ley 25.156 no le otorgan competencia a la CNDC para dictar medidas preventivas. Adujo que la falta de constitución y puesta en funcionamiento del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia (TNDC) no tiene como consecuencia que la CNDC se encuentre investida de las mismas facultades acordadas por la ley 25.156 a ese tribunal. En ese sentido, señaló que el artículo 58 no le otorga en forma directa y explícita a la CNDC las facultades previstas para el TNDC. Por otro lado, el tribunal entendió que la medida adoptada a través de la resolución 131/09 es infundada.

-II- El Estado Nacional ?Ministerio de Economía y Producción? interpuso recurso extraordinario, que fue concedido únicamente en cuanto se refiere a la interpretación de normas federales. La denegación parcial ameritó la presentación del correspondiente recurso de queja (C.1411, XLVII). El recurrente aduce que la sentencia apelada tiene una trascendencia que excede las circunstancias de la causa porque compromete el ejercicio del poder de policía en materia de defensa de la competencia por parte de la CNDC. Alega que ello produce una desprotección del interés económico general, así como perjudica a los usuarios y consumidores, lo que, en definitiva, vulnera el artículo 42 de la Constitución Nacional. Se agravia de la interpretación realizada en la sentencia apelada con relación a las normas federales que otorgan facultades a la CNDC. Señala que el artículo 58 de la ley 25.156 dispuso, por un lado, la derogación de la ley 22.262 y, por otro, la subsistencia de la CNDC, quien está a cargo de la tramitación de los expedientes hasta tanto se constituya el TNDC. Afirma que no puede concebirse la posibilidad de que una ley entre en vigencia pero no pueda ser efectivamente aplicada. Agrega que la interpretación de la ley 25.156 realizada por el tribunal a quo implica frustrar gran parte de las investigaciones. Por otro lado, se agravia de la decisión en cuanto consideró que la medida dispuesta por la resolución 131/09 es improcedente. Al respecto, alega que el tribunal prescindió de las constancias de la causa al concluir que los centros comerciales -entre ellos, Cencosud S.A.- no tienen ninguna relación con los descuentos efectuados por los locales comerciales radicados en sus establecimientos. Señala que el tribunal no analizó la totalidad de la prueba producida, como la carta oferta emitida por el BBVA Banco Francés S.A. a favor de Cencosud S.A., lo que ?en su opinión? revela el carácter erróneo y contradictorio de la sentencia apelada.

?III? En mi opinión, el recurso es formalmente admisible toda vez que se ha puesto en tela de juicio la interpretación de las leyes 22.262 y 25.156 y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa ha sido contraria al derecho que el apelante fundó en ellas. A su vez, el recurso es también admisible en cuanto atribuyó arbitrariedad al pronunciamiento de la cámara. Pues, en efecto, el recurrente objeta el juicio del tribunal a quo sobre el mérito de la medida adoptada por la CNDC, aduciendo que prescindió para ello de evidencia decisiva oportunamente agregada al proceso. Tal como desarrollo en las secciones siguientes, la queja interpuesta en virtud de este agravio debe ser acogida.

-IV- En el año 2009, diversas empresas masivas de indumentaria ofrecían a los consumidores importantes descuentos si abonaban sus compras con tarjetas de crédito o débito de distintos bancos. Esas firmas eran Airborn, Caro Cuore, Cheeky, Chocolate, Etiqueta Negra, Jazmín Chebar, Kevingston, Kosiuko, Lacoste, Legacy, Levi's, Mimo, Prüne, Rapsodia, Ricky Sarkany, Wanama, Wrangler y 47 St. La gran mayoría de esas firmas tienen locales comerciales, entre otros, en los centros comerciales pertenecientes a Cencosud S.A., a saber, Factory Parque Brown, Factory San Martín, Las Palmas del Pilar, Plaza Oeste Shopping, Quilmes Factory y Unicenter. Los descuentos, que llegaban hasta el 30% del total de la compra, eran realizados a los consumidores que abonaban con tarjetas de débito o crédito emitidas por distintos bancos, entre ellos, Citibank NA, Banco Ciudad de Buenos Aires, Banco COMAFI, Banco Credicoop Cooperativo Limitado, Banco de Galicia y Buenos Aires S.A., Banco de La Nación Argentina, Banco de la Provincia de Buenos Aires, Banco Macro S.A., Banco Santander Río S.A., Banco Supervielle S.A., BBVA Banco Francés, Banco Itaú Argentina S.A., HSBC Bank Argentina S.A. y Standard Bank Argentina S.A. A comienzos de noviembre de 2009, la CNDC tomó conocimiento de que, como resultado de la realización de conductas posiblemente anticompetitivas, se dejarían de ofrecer esos descuentos a los consumidores justo antes de las festividades navideñas, cuando

tradicionalmente el nivel de compras aumenta considerablemente. De acuerdo con distintas notas periodísticas, a partir del 1 de diciembre de ese año se terminarían esas facilidades al consumo y ello no sería el resultado de la libre interacción de la oferta y la demanda, sino de una práctica coordinada para concertar precios ante un aumento sensible del consumo. Ante ello, la CNDC inició un procedimiento para investigar la posible violación a la Ley de Defensa de la Competencia (ley 25.156). En el marco de esa investigación, dictó la resolución aquí cuestionada invocando las facultades previstas en el artículo 35 de esa ley. Esa norma faculta a la autoridad de aplicación administrativa a adoptar medidas asegurativas en cualquier etapa del procedimiento. En el caso, en virtud de la prueba producida con relación a la concertación anticompetitiva de precios y ante la inminencia de la llegada de las festividades navideñas, la CNDC dispuso (i) ordenar a las firmas comerciales citadas anteriormente abstenerse de anular los descuentos; (ii) notificar la decisión a los centros comerciales ?entre otros, a los pertenecientes a Cencosud S.A.? para que se abstengan de anular los descuentos en los locales radicados en sus establecimientos; y (iii) notificar la decisión a los bancos nombrados para que continúen realizando los descuentos en las mismas condiciones ofrecidas hasta entonces (resolución 131/09).

-V- Una de las principales finalidades del régimen de defensa de la competencia es proteger los derechos constitucionales de los usuarios y consumidores, que pueden verse afectados por la realización de prácticas anticompetitivas u oligopólicas. Esto ha sido recogido por los artículos 42 y 43 de nuestra Constitución Nacional y por los artículos 24, incisos (a) y (p), 26 y 42 de la Ley de Defensa de la Competencia (ley 25.156). De hecho, los antecedentes parlamentarios de la ley 25.156 dan cuenta de que los legisladores consideraron que la protección de los derechos de los consumidores era uno de los fines principales de la ley que sancionaban (Cámara de Diputados, 13º reunión, orden del día 1840/99, 19 de mayo de 1999; Diario de Sesiones, Cámara de Senadores de la Nación, 29º reunión, 23 de junio de 1999, págs. 3303, 3308 y 3319). En sentido concordante, los artículos 3 y 37 de la Ley de Defensa del Consumidor (ley 24.240) reflejan esa vinculación entre la defensa de la competencia y la protección del consumidor. En síntesis, nuestro régimen normativo constitucional (artículos 42 y 43 de la Constitución Nacional) e infraconstitucional (leyes 25.156 y 24.240) reconoce que la libre concurrencia es un instrumento subordinado a la protección de los derechos de los usuarios y consumidores. La actuación del Estado es esencial para controlar la existencia de prácticas anticompetitivas. Si bien los usuarios y consumidores tienen herramientas para proteger sus intereses cuando éstos se ven afectados por la realización de prácticas distorsivas (artículos 26 y 51, ley 25.156), la actuación del organismo estatal tiene diversas características que la tornan indispensable para la protección de los derechos de los usuarios y consumidores. En primer lugar, el control estatal puede ser realizado con anterioridad a la consumación de una concentración o práctica anticompetitiva y sobre la base de la evaluación de su impacto general, esto es, considerando el conjunto de los intereses económicos que confluyen en el mercado. De este modo, la actuación del Estado es esencialmente preventiva y ello es particularmente relevante dado que las prácticas anticompetitivas causan daños que, por su naturaleza, son de imposible o difícil reparación ulterior. En segundo lugar, y más importante aún, los perjuicios producidos por una conducta anticompetitiva suelen diseminarse en millones de sujetos, que en general carecen de los medios, la información e incluso los incentivos para promover una acción judicial o un reclamo formal de otra naturaleza. A los efectos de que la actuación estatal cumpla sus fines protectorios, la ley de defensa de la competencia dota a la autoridad de aplicación administrativa de herramientas adecuadas y eficaces. Así, el artículo 35 de la ley 25.156 faculta a la autoridad de aplicación a dictar medidas asegurativas en cualquier etapa del procedimiento de investigación de conductas. A través de ellas, la autoridad de aplicación puede ordenar el cese o la abstención de una conducta lesiva, imponer el cumplimiento de ciertas condiciones y ordenar otras medidas que estime aptas para prevenir una lesión. Se trata de medidas que no ponen fin al procedimiento sino que procuran preservar los derechos de los usuarios y consumidores durante su tramitación, así como evitar que la consumación de una conducta ilegítima le quite eficacia a la actuación estatal, sobretodo en su faz preventiva. Cabe recordar que el régimen anterior de defensa de la competencia ?ley 22.262 y decreto 2284/91, ratificado por la ley 24.307? atribuía a la autoridad de aplicación una facultad similar. De este modo, la atribución del artículo 35 de la ley 25.156 asegura que el organismo, que realiza una investigación y que cuenta con la información, la especialidad, la experiencia y la agilidad para prevenir una lesión a los derechos constitucionales, tenga herramientas adecuadas para tornar útil su actuación (cf. doctrina de Fallos: 307:198, "Asorte S.A."). Por lo demás, los derechos de los destinatarios de las medidas están resguardados por el control judicial de la actuación del organismo administrativo en los términos del artículo 35 (cf. doctrina del fallo citado).

-VI- En este marco, la decisión apelada, en cuanto entendió que la CNDC carece de facultades para dictar las medidas asegurativas previstas en el artículo 35 de la Ley de Defensa de la Competencia (ley 25.156), implica desconocer una atribución legal que fue instituida para proteger los derechos constitucionales de los usuarios y consumidores (artículos 42 y 43, Constitución Nacional). En otras palabras, ello contribuye a consolidar la situación de asimetría en la que se encuentran los usuarios y consumidores, que la ley 25.156 procura remediar. En este caso, la CNDC respondió con la urgencia que demanda la dinámica del mercado frente a la existencia de una práctica que podía afectar irremediablemente a los consumidores, procurando, a su vez, preservar la eficacia y la utilidad de la

investigación en curso. En efecto, en el escenario fáctico descripto ¿la eliminación de los descuentos al consumo ante la inminente llegada de las festividades navideñas como resultado de una posible concertación de precios? era altamente improbable que algún consumidor contara con los medios, la información y los incentivos ¿en atención a la gravedad relativa del daño? para promover una acción judicial a los efectos de impedir la eliminación de los descuentos. Menos aún podría haber actuado con la premura necesaria para impedir en pocos días la consumación del daño. A su vez, no es difícil vislumbrar que, si como resultado de la práctica coordinada, los descuentos hubieran sido eliminados, ello habría producido daños diseminados en miles de consumidores, que difícilmente podrían haber sido reparados con posterioridad. Se daba, en fin, una situación típica de asimetría que demandaba la intervención estatal. Estimo que, en el caso, la CNDC actuó en virtud de las atribuciones que le confiere el artículo 58 de la ley 25.156 para entender, junto con el Secretario de Comercio Interior, en las causas relacionadas con la aplicación del régimen de defensa de la competencia hasta la puesta en funcionamiento del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia ¿hecho que, como es público y notorio, aún no ha acontecido?. El propósito de esa norma fue que hasta la puesta en funcionamiento del tribunal, los derechos de los usuarios y consumidores no quedaran desprotegidos. En ese contexto, advierto que la CNDC recurrió a la facultad prevista en el artículo 35 de ese ordenamiento legal para dictar medidas asegurativas en el ámbito de su actuación específica, esto es, la instrucción de un procedimiento para determinar la existencia de una lesión a los derechos de los usuarios y consumidores. Tanto en el marco de la ley anterior de defensa de la competencia ¿ley 22.262? como en el de la actual ¿artículo 58, ley 25.156?, la CNDC es el órgano que inicia, insta y conduce la instrucción del procedimiento (artículos 12, 13, 14 y 17, ley 22.262). Así, resulta atendible que, en el sub lite, la CNDC, que estaba investigando la conducta de los comercios, de los centros comerciales y los bancos, y que contaba con la información sobre una posible concertación de precios ilegítima, haya dictado una medida asegurativa a fin de tornar útil su actuación y de prevenir lesiones irreparables a los derechos de los consumidores (cf. doctrina de Fallos: 307:198, "Asorte S.A."). De este modo, no puede obviarse que la CNDC preserva los derechos de los consumidores mientras dure la instrucción a su cargo a través de una medida que no pone fin al procedimiento, sino que, por el contrario, tiende a asegurar su eficacia. Este caso es distinto a los resueltos por la Corte Suprema en los que se controvertía la facultad de la CNDC para autorizar operaciones de concentración económica y para desestimar denuncias por cuestiones de mérito (Fallos: 330:2527; 331:781; 334:1609; R. 1170, XLII, "Recreativos Franco s/ apel. resolución Comisión Nacional Defensa de la Competencia", del 26 de diciembre de 2006; A. 779, XLVII, "AMX Argentina SA c/ Telefónica Móviles SA s/apel. resolución Comisión Nacional Defensa de la Competencia", del 30 de octubre de 2012). En efecto, allí no estaba discutida la facultad de la CNDC para dictar una medida asegurativa de los derechos de los usuarios y consumidores y de la eficacia de la instrucción a su cargo. Se trataba de medidas de otra índole, que el régimen de la ley 22.262 atribuía en forma expresa al Secretario de Comercio Interior. Por el contrario, el decreto 2284/91, ratificado por la ley 24.307, atribuía facultades para dictar medidas asegurativas a la autoridad de aplicación de la ley 22.262 sin contener una distribución expresa entre el Secretario y la Comisión. En suma, en el sub lite, la CNDC hizo uso de la facultad prevista en el artículo 35 de la ley 25.156 en el ámbito de su actuación específica ¿la instrucción de un procedimiento? y a los efectos de tornar útil su actuación, al dictar una medida que no pone fin al procedimiento y que preserva los derechos de los usuarios y consumidores, tal como lo demandan los artículos 42 y 43 de la Constitución Nacional.

-VII- Finalmente, la sentencia del a quo revocó lo dispuesto por la CNDC en virtud de que consideró que no se encontraban reunidos los presupuestos para el dictado de una medida asegurativa en los términos del artículo 35 de la ley 25.156. El recurrente objetó, con razón, que el tribunal llegó a esa decisión omitiendo valorar pruebas que fueron oportunamente incorporadas al proceso y que son conducentes para la decisión apelada. La decisión es, así, arbitraria por aplicación de la doctrina de la Corte (cf. Fallos: 311:1656, 2547; 317:768, entre otros). En efecto, la sentencia recurrida concluyó que los centros comerciales no tenían vinculación con los descuentos efectuados por los locales comerciales radicados en sus establecimientos. Sin embargo, omitió considerar las constancias de la causa ¿como la carta oferta del BBVA Banco Francés y las referencias de las notas periodísticas a los centros comerciales? que fueron invocadas por el Estado Nacional a los efectos de demostrar que los centros comerciales actuaban como intermediarios entre los locales radicados en sus establecimientos y las entidades financieras. Tampoco atendió los planteos del Estado Nacional con relación a la existencia de una situación que podía lesionar en forma irreparable los derechos de los usuarios y consumidores. En consecuencia, la sentencia apelada omitió valorar constancias relevantes para la correcta solución del litigio, lo que impide considerar al pronunciamiento como una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias de la causa, de acuerdo con la doctrina en materia de arbitrariedad de sentencias (cf. Fallos: 301:108, 865; 307:933, 1735, entre muchos otros). -VIII- Por las razones expuestas, entiendo que corresponde hacer lugar a la queja interpuesta, declarar procedente el recurso extraordinario y dejar sin efecto el pronunciamiento apelado devolviendo las actuaciones para que, por quien corresponda, se dicte nuevo pronunciamiento con arreglo a derecho. Buenos Aires, 26 de agosto de 2013.

ALEJANDRA MAGDALENA GILS GARBO    ADRIANA N. MARCHISIO    Prosecretaria Administrativa    Procuración

General de la Nación    Suprema Corte:    Las cuestiones que se debaten en la presente queja han sido tratadas en mi dictamen del día de la fecha, in re C. 73, L. XLVIII, "Cencosud SA s/ apelación resolución Comisión Nacional de Defensa de la Competencia", a cuyos términos y conclusiones cabe remitirse por razones de brevedad.    Buenos Aires, 26 de agosto de 2013.    ALEJANDRA MAGDALENA GILS CARBÓ    ADRIANA N. MARCHISIO    Prosecretaria Administrativa    Procuración General de la Nación

Correlaciones:    Cablevisión SA s/apelación resolución de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia - Corte Sup. Just. Nac. - 14/4/2015Ley 25156 - BO: 20/9/1999

000551E