

## **Fusión Disco-Jumbo: un fallo esclarecedor acerca del órgano de aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia y una visión distorsionada de la Administración pública colegiada\*.**

*Francisco Muruzeta y Lucas A. Piaggio*

SUMARIO: I. El órgano transitorio de aplicación de la LDC. II. La actuación de la CNDC como órgano administrativo colegiado.

La Ley N° 25.156 de Defensa de la Competencia (LDC) fue sancionada en el año 1999, reemplazando la hasta entonces vigente Ley N° 22.262. Por el Artículo 17 de la LDC fue creado el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia (TNDC) como organismo autárquico en el ámbito del ex Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos de la Nación (actualmente, Ministerio de Economía y Producción de la Nación), con la función de aplicar y controlar el cumplimiento de la ley y, en particular, tramitar y resolver los procedimientos regulados en aquella normativa.

### **I. El órgano transitorio de aplicación de la LDC.**

Si bien por el Artículo 58 de la LDC quedó derogada la Ley N° 22.262, en dicho artículo se estableció lo siguiente: (i) los procedimientos en trámite a la fecha de entrada en vigencia de la nueva ley continuarían tramitando de acuerdo a las disposiciones de la Ley N° 22.262, por ante “el órgano de aplicación de dicha norma”; y (ii) tal

\* Comentario al fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Belmonte, Manuel y Asociación Ruralista General Alvear c/ Estado Nacional”, del 16 de abril de 2008, publicado en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap*: 355:203.

órgano también entenderá en las nuevas causas que se iniciaran con posterioridad a la entrada en vigencia del nuevo régimen, y hasta tanto se produzca la constitución y puesta en funcionamiento del TNDC.

A casi nueve años de la sanción de la LDC, el TNDC todavía no fue conformado. A partir de ello, la dicotomía funcional y temporal plasmada en el Artículo 58 de la LDC originó una situación de inusitada incertidumbre y gravedad institucional, que debió ser dirimida a través de diferentes pronunciamientos judiciales que fueron abordando la cuestión atinente a cuál es, en concreto, el órgano o los órganos de aplicación de la LDC con competencia para instruir y resolver los procedimientos sumariales por violación del régimen de defensa de la competencia, hasta que se constituya el TNDC.

El dilema se ha planteado, por un lado, a raíz del desdoblamiento establecido en la Ley N° 22.262 entre las facultades instructorias de los procedimientos sumariales por violación de aquella ley, a cargo de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC), y la atribución decisoria de esos trámites, previo dictamen de la CNDC, y mediante el acto administrativo correspondiente, en cabeza del entonces Secretario de Comercio y Negociaciones Internacionales del Ministerio de Economía, o del funcionario que lo reemplace<sup>1</sup>. Por otra parte, ha coadyuvado al debate la inexistencia de una norma en la Ley N° 22.262 que designe a uno u otro órgano como “autoridad de aplicación” de dicha ley, en los términos del Artículo 58 de la LDC.

Durante los últimos años se fueron conociendo distintos pronunciamientos judiciales de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, en los que se afirmaba que era la CNDC, y no la Secretaría de Coordinación Técnica del Ministerio de Economía de la Nación, la autoridad referida en el Artículo 58 de la LDC que debía cumplir transitoriamente el rol que esa normativa le atribuye al TNDC, dictando las sanciones previstas en tal régimen<sup>2</sup>. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó tales fallos por considerar que si bien compete a la CNDC la instrucción e investigación de las infracciones al régimen de defensa de la competencia y la emisión del dictamen correspondiente, aconsejando el curso de acción a seguir en los casos concretos que se presenten, la facultad resolutoria de los procedimientos asiste al Secretario ministerial con competencia en la materia<sup>3</sup>. En consecuencia, consideró que el órgano de aplicación de la LDC, hasta tanto se constituya el TNDC, es dual, aunque con competencias diferenciales, según la distinción antes expuesta.

En el fallo que aquí comentamos, el Tribunal Cintero, siguiendo los lineamientos que utilizó para resolver los casos anteriormente referidos, resolvió que el único órgano competente para autorizar, denegar o condicionar una operación de concentración en los términos de la LDC, dictando los actos administrativos correspondientes, es la

<sup>1</sup> Artículos 17, 19, 24, 26 y 30 de la Ley N° 22.262.

<sup>2</sup> CNCivComFed., Sala I, “Credit Suisse First Boston Private Bank Equity Argentina II y otros s/ apel. Resol. Comisión Nac. Defensa de la Competencia”, del 23-11-2004, y “Recreativos Franco s/ apel. Resol. Comisión Nac. Defensa de la Competencia”, 11-5-2006, *LL*, 2006-F, 811.

<sup>3</sup> Ver las sentencias dictadas por el Alto Tribunal el día 5 de junio de 2007 (*Fallos*: 330:2527 y sigs.).

Secretaría de Coordinación Técnica del Ministerio de Economía de la Nación. Revocando así la sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, el Superior Tribunal Federal ratificó lo que viene siendo la práctica habitual e indiscutida –salvo en los precedentes aquí mencionados– desde la misma sanción de la LDC.

## II. La actuación de la CNDC como órgano administrativo colegiado.

Como elemento innovador respecto a los anteriores precedentes de la Corte Suprema en relación al tema, en el pronunciamiento *sub examine* se analiza el argumento del fallo de la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza referido al supuesto quórum con que debe funcionar la CNDC para que sus dictámenes sean válidos<sup>4</sup>. Se afirma en tal sentido que no existe norma legal que establezca quórum mínimo (por lo que no corresponde al Poder Judicial fijarlo), destacándose asimismo que tal órgano carece de facultad decisoria alguna en materia de concentraciones económicas; sólo instruye el procedimiento y asesora a la autoridad administrativa que resuelve la cuestión. Por lo demás, recordó el Alto Tribunal que diversos regímenes regulan la actuación de órganos colegiados de la Administración pública nacional, estableciendo la validez de su funcionamiento con un número menor a la totalidad de sus integrantes<sup>5</sup>.

Discrepamos con la argumentación ofrecida por la Corte Suprema en torno a este tema, que importa soslayar la importancia de la Administración pública consultiva plasmada, en este caso, en el asesoramiento brindado por la CNDC a la autoridad administrativa con competencia para resolver los procedimientos regulados en la LDC, y que fundamentalmente brinda una óptica distorsionada acerca de la constitución y el funcionamiento de los órganos administrativos colegiados.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que para constituir un órgano colegiado o “*collegium*”, se requieren, como mínimo, tres personas; y por otra parte, es necesaria la concurrencia de un determinado quórum o “número legal”, tanto para su constitución como para su funcionamiento<sup>6</sup>.

En consecuencia, en primer lugar creemos que era correcta la objeción planteada por el tribunal mendocino en lo que respecta a la constitución y al funcionamiento de la CNDC. Si tal órgano contaba sólo con dos vocales en funciones (de un total de cinco

<sup>4</sup> En su pronunciamiento de fecha 23-12-2004, la Sala A de la Cámara Federal de Mendoza argumentó que el directorio de la CNDC se encuentra “desintegrado”, al tener sólo dos directores –de un total de cinco– en funciones, por lo que carece de quórum para sesionar y tomar decisiones. Ante el silencio de la Ley N° 22.262 al respecto, entendió que la CNDC puede desarrollar válidamente sus funciones siempre y cuando cuente con la participación del número total de miembros que deben integrarla.

<sup>5</sup> Cfr. Artículo 58 de la Ley N° 24.076 –Enargas–; Artículo 62 de la Ley N° 24.065 –ENRE–; Artículo 10 del Anexo I del Decreto N° 1.388/1996 –CNRT–; Artículo 22 del Decreto N° 375/1997 y sus modificatorios –ORSNA–; Artículo 13 del Decreto N° 1.185/1990 –CNT–; y Artículo 3° de la Ley N° 17.811 –CNV–.

<sup>6</sup> Cfr. Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, Tomo I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1970, pp. 110 y 111.

miembros), no podía funcionar verdaderamente como “colegio”. Sucede que en este tipo de órganos plurales, las decisiones son tomadas por mayoría<sup>7</sup>, como excepción al procedimiento jerárquico que más caracteriza al funcionamiento y la toma de decisiones de los órganos administrativos<sup>8</sup>.

En segundo término, si bien es cierto que no existe una norma legal que establezca específicamente el quórum mínimo exigido para el funcionamiento de la CNDC, y que tal laguna normativa no autoriza al Poder Judicial a fijar discrecionalmente un “número legal” (por cuanto, de hacerlo, estaría efectivamente legislando, en violación al principio de división de Poderes), nada de ello es óbice a que se recurra en forma analógica a soluciones previstas en alguna norma (en principio, del derecho público) que permita llenar el vacío legal (“caso administrativo no previsto”). Tal principio de interpretación integrativa de la ley y del derecho, expresamente indicado en el Código Civil<sup>9</sup>, y que resulta válido para el derecho administrativo<sup>10</sup>, ha sido reconocido por la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación en anteriores precedentes<sup>11</sup>.

En este sentido, el Tribunal Cimero no debía más que acudir a las mismas normas que citó a fin de fundar que el quórum de un órgano colegiado puede ser menor que la totalidad de sus integrantes<sup>12</sup>, y trasladar analógicamente al caso *sub examine* la siguiente regla general que se extrae de aquéllas<sup>13</sup>: cuando se trata de un órgano colegiado conformado por cinco miembros, para su constitución y funcionamiento se requeri-

<sup>7</sup> Cfr. Marienhoff, Miguel S., *op. cit.*, Tomo I, p. 113. Agrega el tratadista que el número impar (tres, como mínimo) tiende a que, en caso de discordancia, se establezca una mayoría y una minoría, y a facilitar su computación, evitando el empate (p. 110). Corresponde aclarar que si bien coincidimos con la Cámara Federal de Mendoza en cuanto a que la CNDC no podía funcionar con sólo dos de los cinco miembros previstos normativamente, por las razones que expondremos más adelante, no consideramos acertada la solución de exigir participación de la totalidad de los integrantes para funcionar o, lo que es igual, un quórum pétreo de los cinco miembros que debían integrarla.

<sup>8</sup> Rodolfo C. Barra enseña que el órgano ejecutivo expresa su voluntad conforme a un procedimiento preponderantemente jerárquico, mientras que el legislativo lo hace previa deliberación y decisión mayoritaria, como expresión de vigencia de los principios de la democracia liberal (*Principios de derecho administrativo*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 1980, p. 144). Pues bien, la Administración pública colegiada constituye una excepción a ese principio general, pues los órganos que la componen expresan su voluntad no de acuerdo a un procedimiento jerárquico, sino adoptando el criterio deliberativo y mayoritario propio de los órganos legislativos.

<sup>9</sup> Artículo 16: “Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso”.

<sup>10</sup> Cfr. Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Tomo I, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2003, p. 207.

<sup>11</sup> *Fallos*: 81:211; 307:412; entre muchos otros.

<sup>12</sup> Ver nota N° 5.

<sup>13</sup> El fundamento de la aplicación analógica del derecho a los casos no previstos reside precisamente en la presunción de que la voluntad legislativa hubiera sido idéntica en la definición de la solución jurídica para los supuestos que guardan una razonable semejanza. De allí que corresponda aplicar la solución prevista para un determinada hipótesis que se justifique por la similitud de sus elementos esenciales con el caso no previsto (cfr. Campolieti, Federico, “La aplicación del Código Civil al caso administrativo no previsto”, *JA*, 2008-II, Suplemento de Derecho Administrativo del Fascículo N° 9, del 28-5-2008, p. 34).

rá la presencia de al menos tres integrantes. Así lo sostuvo la jurisprudencia del Fuero Contencioso Administrativo Federal, que al interpretar una de las normas antes referidas (Artículo 58 de la Ley N° 24.076, referido al quórum estructural y funcional del ENARGAS) concluyó: “[...] a los fines deliberativos del Ente se requiere la presencia de un número que supere la mitad de sus integrantes y para la toma de decisiones deben aunar sus voluntades coincidentes la mayoría de los presentes [...]”<sup>14</sup>.

Por lo demás, no consideramos que la circunstancia de que la CNDC sólo tenga facultades instructorias y de asesoramiento autorice cierto relajamiento en cuanto al cumplimiento de recaudos formales para la toma de sus decisiones, particularmente en lo que respecta a la exigencia de una regla de funcionamiento –un quórum determinado– de aquel órgano colegiado.

En primer lugar, cabe apuntar que la instrucción de todo sumario administrativo involucra el dictado de actos interlocutorios o de mero trámite, que si bien no son definitivos (en el sentido de que no resuelven el fondo de la cuestión), no dejan de ser actos administrativos<sup>15</sup>. Como tales, deben cumplir los requisitos esenciales de ese tipo de actos jurídicos, en particular el procedimiento y las formalidades reguladas para su dictado<sup>16</sup>.

Por otra parte, yendo a la naturaleza de los actos que pueden emanar de la Administración pública colegiada, la doctrina más autorizada apunta que si bien como regla constituyen actos administrativos, por excepción también pueden ser “simples actos de Administración”, sin efectos para el mundo exterior<sup>17</sup>. Esto significa que un dictamen de la CNDC, por más que sea no vinculante y tenga naturaleza consultiva o preparatoria de la voluntad administrativa (que será expresada por el órgano ministerial competente), debe ser emitido siguiendo los recaudos formales y procedimentales propios del carácter colegiado del órgano, entre los que se encuentra la observancia de un quórum determinado para su constitución y funcionamiento. Es que, en definitiva, el dictamen, como todo acto jurídico, debe cumplir los recaudos formales correspondientes<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> CNACAF, Sala V, “Transportadora de Gas del Norte S.A. c/ Ente Nacional Regulador del Gas - Resolución Enargas N° 19/1993”, 20-11-1995, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública - Rap*: 216:144.

<sup>15</sup> Cfr. Gordillo, Agustín (director), *Procedimiento Administrativo*, 2003, Lexis N° 8001/001545.

<sup>16</sup> Artículos 7°, inciso d), y 8° de la Ley N° 19.549 de Procedimientos Administrativos. Si bien se excluye la aplicación de esta ley a los regímenes de defensa de la competencia (Artículo 43 de la Ley N° 22.262 y Artículo 57 de la LDC), tal exclusión debe tenerse referida a los aspectos procedimentales y no a los sustanciales, como los elementos esenciales del acto administrativo. Además, la necesidad del cumplimiento de los requisitos esenciales del acto administrativo constituye una exigencia que dimana de la teoría misma del acto administrativo, y no de un ordenamiento jurídico determinado.

<sup>17</sup> Cfr. Marienhoff, Miguel S., *op. cit.*, Tomo I, p. 116.

<sup>18</sup> Cfr. Dromi, José R., *Derecho Administrativo*, T. I, Buenos Aires, 1992, p. 279.