From the SelectedWorks of Gabriel Martinez Medrano

April, 2004

ACTUALIDAD EN DERECHO DE LA COMPETENCIA 2003

Gabriel Martinez Medrano

Available at: https://works.bepress.com/martinezmedrano/6/

ACTUALIDAD EN DERECHO DE LA COMPETENCIA 2003.

Por Gabriel Martinez Medrano.[1]

Publicado en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Nro 206, abril – mayo de 2004. Pg. 541.

1) INTRODUCCIÓN.

2) Casos planteados ante la COMISION NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (CNDC)
a) Fusiones y concentraciones.
b) Opiniones consultivas.
c) Conductas anticompetitivas.
d) Medidas cautelares.

3) APELACIÓN DE RESOLUCIONES DE LA CNDC

a) Cámara Nacional en lo Penal Económico.
b) Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal. Apelación de Multas. Apelación de medidas cautelares.

4) ACTUACIÓN JUDICIAL DIRECTA. CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL.

a) Verificación del competidor en el concurso.

1) INTRODUCCIÓN.

La presente es una reseña de los principales casos vinculados con el derecho de la competencia ocurridos en el período comprendido entre Octubre de 2002 a Diciembre de 2003. Debido a que se trata de una reseña nos limitamos a enunciar los casos y describir las circunstancias fácticas y las reglas de derecho emergentes de los mismos, sin entrar a criticar cada resolución en concreto.

La Reseña se divide en tres capitulos, el primero trata la actuación de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, organismo administrativo especializado en la órbita del Ministerio de Economía. El segundo trata de las apelaciones a resoluciones administrativas resueltas en sede judicial, tanto en la Cámara Penal Económica como en la Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal.[2] Por último citamos un caso

[1] El autor es Abogado de la Universidad Nacional de Mar del Plata, tiene una Maestría en Derecho y Economía de las Nuevas Tecnologías de la Univ Nacional de Mar del Plata y una Maestría en Derecho Industrial de la Universidad de Alicante, Magíster Lvcentinvs (España). Criticas y sugerencias son bienvenidas a gsgm@arnet.com.ar

[2] La CNPE era alzada de la CNDC en el régimen de la ley 22.262 y en las causas iniciadas bajo su vigencia. La CNCCF es la alzada en el régimen de la vigente ley 25.156. El tema de las apelaciones se

planteado en sede comercial, que tienen directa vinculación con la defensa de la competencia.

2) Casos planteados ante la COMISION NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (CNDC)[3]

a) Fusiones y concentraciones.

Durante el año 2003 la CNDC estudió y dictaminó en 32 operaciones de fusión y/o concentración llevadas a cabo en el país. Desde la operación más importante desde el punto de vista de la repercusión pública (la compra de Perez Companc S.A. por parte de Petrobras S.A.) hasta compras de estaciones de servicio por parte de la petrolera EG3.

De las 32 operaciones, 28 fueron autorizadas sin condicionamientos. Tres fueron autorizadas con condicionamientos y solo una fue denegada.

La operación de compra de Perez Companc fue autorizada, luego que la firma Petrobras firmara un compromiso de desinversión sobre la empresa Transener, integrante del grupo PC. Esta solución es calificada por la doctrina como política ya que Transener se consideró un activo estratégico del país y el cumplimiento de la desinversión quedó a cargo del ENRE y no de la CNDC.[4] (Operación Nro 388).

Otra operación en que intervino la firma PECOM ARGENTINA y ALTO PARANA fue condicionada aceptando un compromiso voluntario de las firmas de abastecer a los aserraderos con determinadas cantidades durante 5 años, de poner a disposición del público determinadas bases genéticas y presercar la reserva forestal natural. (operación 400).

La tercera operación condicionada fue la Nro 421 por la cual Kimberly Clark adquirió el control de la empresa KCK Tisuee. Esta operación no afectaba la competencia, pero el contrato que instrumentó la operación contenía clausulas con restricciones auxiliares las que fueron modificadas como parte de un compromiso ofrecido por las empresas.

La primera operación denegada por la CNDC fue la compra por parte de la empresa INTERACTIVA de dos empresas de TV por Cable de la ciudad de Venado Tuerto (Santa Fe). Siendo que esta operación fue la única rechazada del año nos detendremos en su estudio.

---

puede ampliar en Martinez Medrano, G. "Control de los Monopolios y Defensa de la Competencia", Lexis Nexis – Depalma, 2002, p. 222 y ss.

[3] La información estadística y resúmenes de los casos resueltos por la CNDC son extraídos de la Memoria 2003 del Organismo.

[4] Véase Coloma, German. Defensa de la Competencia, Ed Ciudad Argentina, 2003, p. 354. La resolución Nº 62 de 2003 del Secretario de Defensa de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor, en su art. 3º tiene presente el compromiso irrevocable de desinversión presentado por PECOM y ratificado por PETROBRAS y deja el control del mismo al ENRE con la sujeción de aprobación de la Secretaría de Energía.

En la ciudad de Venado Tuerto existen tres empresas de TV CABLE, la adquirente TV INTERACTIVA S.A. y las adquiridas ESMERALDA TELEVISIÓN SA y VENADO TUERTO TV S.A.

La primera es controlada por el Sr Thomas Hicks titular de un fondo de inversión que posee derechos sobre varias empresas de cable del país, entre ellas Cablevisión.
Las adquiridas pertenecían al grupo económico del Banco Integrado Departamental, cuya quiebra tramita en el Juzgado Civil y Comercial nº 2 de Venado Tuerto. La quiebra del BID se había extendido a las empresas controladas por este, de allí que forman parte del proceso falencial.

La oferta de compra de las empresas fallidas por parte de Interactiva se hizo en el marco del proceso de quiebra antes mencionado.

La CNDC analizó el mercado de la TV CABLE en Venado Tuerto determinando que existían solo tres empresas y que de la operación de concentración resultaría un monopolio de la empresa Interactiva que adquiría a sus dos únicos competidores elevando el HHI a 10.000 puntos, máximo grado de concentración en una industria.

Se analizó asimismo la dificultad de entrada de nuevos competidores al mercado (barreras a la entrada) así como las ganancias de eficiencia que podría generar la operación. La Comisión determinó que la operación, que generaba un monopolio, era restrictiva de la competencia y tenía entidad suficiente para provocar un perjuicio al interés económico general.

Es interesante destacar que la operación denegada se dio en el marco de un proceso de quiebra, con lo cual la CNDC analizó la posible defensa de "failing firm" o empresa en decadencia.[5]

La CNDC determinó que no es suficiente para aprobar la fusión el hecho que las empresas adquiridas estén en quiebra. Diferencia la CNDC el objetivo de la ley concursal – rápida venta de los activos de la fallida y protección de la masa de acreedores – de los intereses que tutela la ley de defensa de la competencia.

La CNDC manifiesta que desde el punto de vista de la competnecia es más conveniente la compra por un tercero que la compra por su directo y único competidor. De esta forma, no habiéndose explorado otra alternativa a la venta realizada, por ejemplo a través de un concurso público o licitación, la CNDC entendió que la operación no podia ser autorizada. Con cita de las Guías para aprobación de fusiones de Canada la CNDC dijo que existían los siguientes requisitos para la excepción de failing firm: a) que no exista la alternativa de un comprador preferible desde el punto de vista competitivo, b) que la empresa en cuestión no pueda permanecer en el mercado, aun bajo la reconversión y c) que la liquidación de la empresa no resulte en unnivel mas alto de competencia que la operación de concentración.

Ergo, no cumpliéndose el punto a) por lo visto anteriormente, se rechazó la operación de concentración.

---

[5] Véase el análisis en general de la defensa de empresa en decadencia en Coloma, G. Op cit, p305 y 321 y en Martinez Medrano, G. "op cit" p 180.

Una duda que nos queda – sin haber estudiado todo el expediente – es si dicha operación de venta de empresas en quiebra debía ser notificada a la Comisión. Según surge de la resolución la quiebra de las sociedades es de 2001 y dicha quiebra conlleva la perdida de la licencia de radiodifusión.

En consecuencia, entendemos que había cesado su actividad en 2001. Si la operación se realizó en 2003 hacía más de un año que las firmas habían cesado su actividad a la fecha de la operación y en su caso se habrían encontrado exceptuadas de la notificación de la operación y por ende de la intervención de la CNDC (conf. Art. 10 inciso d) ley 25.159).

b) Opiniones consultivas.

Las opiniones consultivas son un mecanismo para que las empresas que emprenden una fusión consulten a la CNDC si la misma es o no susceptible de ser notificada a dicho organismo.[6]

Durante el año 2003 recibió y respondió 12 consultas, cuatro de las cuales son confidenciales y las ocho restantes están listadas en la memoria del organismo. De las ocho, solo en dos de ellas se ordenó notificar la operación y las otras seis se eximió de hacerlo.

En la OC nº 179 se determinó que una cartera de préstamos era un activo y por lo tanto la cesión de dichos créditos era unaoperación de concentración que debía notificarse.

c) Conductas anticompetitivas.

En noviembre de 2002 se impuso una multa y se ordenó el cese de conducta anticompetitiva a la Asociación de Clínicas y Sanatorios de la Provincia de Entre Ríos (ACLER) por abuso de posición dominante (art. 1º Ley 22.262).

La conducta denunciada fue la negativa de ACLER de incorporar un Sanatorio como integrante de su red de prestadores para los convenios con las Obras Sociales de la Provincia. ACLER posee una posición dominante en el mercado de la salud de Entre Ríos y la negativa a asociar al sanatorio implicaba la eliminación del mercado de este último quien se hallaba en convocatoria de acreedores.

La Comisión recordó que: *es criterio de esta Comision Nacional que cuando una asociación nuclee a mas del 50% de los prestadores de algún mercado y, por circunstancias propias de su funcionamiento y de la estructura del mismo, la no pertenencia a la asociación represente una barrera importante para el ejercicio de la actividad de prestación para la salud, la Asociación no puede establecer cláusulas que impidan la afiliación de los prestadores que cumplan con los requisitos de idoneidad que resulten relevantes para las actividades de que se trate*.

[6] Art 8º Decreto Reglamentario de la ley de defensa de la competencia. Véase el tratamiento que hacemos en Martinez Medrano, op cit, p. 175.

La Conducta de ACLER tenía como finalidad acotar la oferta de prestadores, con lo cual se entendió que pretendía restringir la competencia en el mercado de la salud de Entre Ríos. Se ordenó a ACLER que incorporara al denunciante así como a todo otro instituto que solicitará su afiliación, se le impuso una multa de 300mil pesos y se le ordenó dar a conocer los establecimientos a los que se les había denegado el ingreso a la Asociación.

En 2003 la CNDC resolvió 39 expedientes relativos a infracciones al art. 1º de las Ley 25.156 (régimen vigente) y art. 1º ley 22.262 (régimen derogado).

En 35 expedientes la CNDC decidió desestimar la denuncia o bien aceptar las explicaciones de las empresas denunciadas.

En cuatro expedientes se impusieron multas a entidades denunciadas.

En el caso Nº 461 la Comisión aplicó una serie de multas a varias empresas de Gas envasado por abuso de posición dominante en la ciudad de Bariloche. Fueron multadas Repsol YPF Gas con 120 mil pesos, La Coop de Obras y Scios Públicos de El Bolson con 120 mil, Totalgaz Argentina con 100 mil y Shell Gas con 100 mil.

En el caso Nº 505 se ordenó la cesación de la conducta anticompetitiva y se impuso una multa a la Cooperativa Entrerriana de Productores Mineros Ltda..

La conducta denunciada era la creación, por parte de las empresas areneras de la Ciudad de Victoria (E.R.), de una Cooperativa que nucleara la oferta de venta de arena para la construcción. De esta forma, centralizando las ventas se fijaron precios únicos y demás condiciones de compra. De esta forma se incrementó injustificadamente el precio a través de la "cartelización" de la oferta[7].

La CNDC consideró que la Cooperativa operaba como el instrumento de un cártel de precios formado por las empresas proveedoras, en consecuencia se impuso severas multas y la orden de cese de la comercialización de arena a través de la Cooperativa.

Un aspecto interesante consiste en que, la CNDC rechazó un compromiso ofrecido por los denunciados de cesar las prácticas.[8]

La Comisión determino que *"el criterio para aceptar un compromiso debe ser restrictivo y que en principio, no debería utilizarse este medio de terminación del procedimiento sino en los casos en los que la conducta no ha producido aún un perjuicio sustancial al interés económico general."*

[7] En nuestra obra "Control de los Monopolios y defensa de la competencia", enunciábamos como un tipo de monopolio de duración intermedia a la CENTRAL DE VENTAS indicando que se trata de "una agencia común que ofrece la producción homogénea de varias empresas, evitando la competencia entre ellas. Para el consumidor el producto es originario de la agencia y no de las empresas que estan detrás. Se usa en productos homogéneos, sindiferenciación, como cemento, ladrillos, agrícolas etc y el mecanismo legal es la marca colectiva." Martinez Medrano, Op cit, p 20.

[8] El mecanismo del compromiso está previsto en el art. 36 de la ley 25.156. Véase en general nuestra obra, Martinez Medrano, op cit, p 207/208.

Esta regla aparece en esta Resolución como un principio de aplicación general que utilizará la Comisión. Entendemos que la resolución que rechaza el compromiso es apelable ante la Justicia.

Las otras tres multas aplicadas lo fueron por cuestiones de procedimiento.

En el caso Nº 618 se impuso una multa a la Federación Médica de entre Rios por incumplir requerimientos de la Comisión en el curso de una investigación .

En un incidente, fue sancionada OSECAC por obstruir o dificultar una investigación y no responder a los requerimientos de la comisión con una multa de $ 3529.

Por último, en el marco de un proceso de concentración, las empresas Aeroandina S.A. y Fexis SA fueron multadas por la presentación tardía de los formularios de comunicación de una operación de concentración. Volveremos sobre este caso al estudiar la sentencia que confirmó, en sede judicial, las multas impuestas.

d) Medidas cautelares.

Este es un mecanismo dispuesto por el art. 35 de la ley 25156 que se presenta en términos similares al de las medidas cautelares judiciales. Son impuestas por la autoridad de aplicación. No queda claro si quien impone la medida es la CNDC o el Secretario de Defensa de la Competencia ya que vimos resoluciones cautelares en uno y otro sentido. Se apelan con efecto devolutivo por ante la Cámara Federal en lo Civil y Comercial o la Cámara Federal del interior que corresponda al domicilio del denunciado.

Durante 2003 la CNDC dictó medidas cautelares en 12 expedientes administrativos.

Se destacan tres medidas decretadas contra Telefónica de argentina S.A. y tres dictadas contra Telecom. S.A. Tres dictadas en mercados de la salud, una en transporte aéreo y dos en el sector entretenimiento (TV CABLE y enseñanza de sky).

Un caso interesante que fue apelado y confirmado es la medida cautelar dictada contra Telefónica de Argentina consistente en restituir el acceso al número de cobro revertido automático 0800 sin necesidad de poseer crédito con esa empresa. De esta forma se favoreció la utilización de tarjetas de llamadas prepagas de otras empresas.

En otros expedientes se ordenó a las empresas de telefonía básica proveer acceso a sus redes a través de interconexión con proveedores de servicios de telefonía. [9]

Salvo un caso[10], las medidas cautelares del período estudiado fueron dictadas para suspender conductas unilaterales abusivas por empresas que poseen posición dominante. Nos detendremos a estudiar las medidas que fueron objeto de apelación ante la justicia federal en el punto correspondiente.

---

[9] Expte Telecom. C. Cooperativa de Obras Publicas de Cruz alta Nro 907. En sentido similar se resolvió en expediente 546 denunciadas Telefónica de Argentina y Telecom.. Se ordenó la provisión de lineas a una empresa usuaria llamada Telefonia Pública y Privada S.A.

[10] Expediente 911 en el cual se ordenó el cese de una concertación horizontal de precios entre ocho establecimientos panaderos de Coronda (E.R.).

3)APELACIÓN DE RESOLUCIONES DE LA CNDC

Atento la dispersión de tribunales de apelación de las resoluciones de la CNDC, nos hemos concentrado en estudiar las apelaciones resueltas en el ámbito de la Capital Federal.

Debido al cambio de tribunal de alzada dispuesto por la ley 25.156 estudiaremos las resoluciones del fuero penal económico (alzada en la ley 22262) y el fuero federal civil y comercial (alzada en la ley 25.156).

a) Cámara Nacional en lo Penal Económico.

El caso mas controvertido dictado por el fuero penal económico en el período considerado es la revocatoria de la sanción aplicada a varias empresas de TV CABLE. La sentencia de la Sala B de la CNPE de fecha 29 de agosto de 2003 dispuso revocar sanciones de multa a las empresas Tele Red Imagen y Televisión Satelital Codificada (ambas del Grupo Torneos y Competencias) y a los operadores de cable Cablevisión y Multicanal.

Esta sentencia es objeto de un certero comentario de Germán Coloma en la sección doctrina de esta Revista, con lo cual nos limitaremos a enunciar que la CNPE determinó que el futbol codificado en directo del campeonato argentino estaba en un mismo mercado que los restantes partidos del mismo deporte llevados a cabo en otros países (futbol italiano, español,etc).

Esta resolución es contradictoria con la adoptada meses antes por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en el caso M.S.O. Supercanal y otro v. Telered Imagen S.A. y otro s. medida cautelar, sentencia de la Sala D de fecha 10 de octubre de 2002.[11]

La resolución de la CNPE entendemos es un retroceso en la protección del derecho de la competencia y sobre todo del consumidor.

b) Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal. Apelación de Multas. Apelación de medidas cautelares.

La Cámara Federal Civil y Comercial es la alzada de todos los expedientes iniciados en vigencia de la Ley 25.156. La competencia de la CNPE es residual de casos antiguos

[11] La sentencia de la Cámara Comercial se encuentra publicada en J.A. 2003 III fascículo 6, pg. 38 con nota nuestra titulada “Licencias atadas sobre derechos intelectuales y defensa de la competencia”.

iniciados antes de la vigencia de la ley vigente, con lo cual es importante establecer los parámetros utilizados por el primer tribunal citado ya que crecerá la importancia de sus decisiones en vistas a una despenalización del derecho de la competencia.[12]

Una decisión interesante de la CFCC es la que resolvió confirmar dos multas impuestas a las empresas Aeroandina y Fexis. Estas empresas habían llegado a un compromiso de fusión y lo habían puesto en conocimiento de la CNDC en dos notas informales. Sin embargo, pese a dos notificaciones realizadas, ninguna de las empresas dio curso a la presentación del formulario F1 dispuesto en el régimen de notifiación de operaciones de concentración.

Las presentaciones fueron hechas tardíamente. Por ello, al momento de aprobar la operación, la CNDC impuso una multa a cada una de las empresas tomando en consideración la demora en notificar la operación. La multa fue recurrida por ambas empresas.

La Sala I de la CFCC confirmó las multas y manifestó que el control jurisdiccional de las sanciones disciplinarias está sujeto a que el interesado acredite la arbitrariedad o ilegitimidad de la sancion (conf CSJN Fallos 315:503). La Cámara determinó que no se había acreditado ninguno de los requisitos ya que se había demorado presentar los formularios F1 sin causal de justificación suficiente. Se dijo textualmente: *"se trata de una infracción que se comete por omisión, de carácter instantáneo y que queda consumada, en su fax material u objetiva, en el momento preciso en que el acto omitido debió realizarse, esto es, al no presentar en tiempo y forma el referido formulario F1 con su respectiva información."*

Otro aspecto en el que ha intervenido la CFCC es la resolución de recursos contra las medidas cautelares dictadas por la CNDC.

En la Causa 9601/02 Cooperativa Villa Urquiza y otros s. apelación CNDC, sentencia del 20.3.03 se dispuso revocar una medida cautelar por falta de pruebas.

El Tribunal resaltó que las "medidas preventivas" legisladas en el art. 35 de la ley 25.156 son medidas cautelares y por ello deben cumplir con el triple requisito: fumus boni juris, periculum in mora y contracautela.

Señaló la Cámara que la verosimilitud en el derecho debe aparecer manifiesta de los elementos obrantes en la causa[13] El Tribunal puso de resalto que no se había acreditado la verosimilitud y por ello dejó sin efecto la medida cautelar dictada. También reprochó que la CNDC no había evaluado cuales son los actos o conductas desplegadas por la apelante que, de manera concreta, distorsionan la competencia o el acceso al mercado.

---

[12] En la Resolución de 7 de noviembre de 2003 la Sala III de la CFCC al rechazar un agravio acerca del supuesto "tipo abierto" de la Ley de Defensa de la Competencia manifestó que la medida cautelar dictada en el procedimiento de defensa de la competencia no tenía el carácter de una sanción penal y, con apoyo en el dictamen del Fiscal de Cámaras, señaló que aún una sanción disciplinaria no participa de la naturaleza de una medida penal o represiva. Se observa entonces que la CFCC no aplica conceptos penales para resolver casos de derecho de la competencia. En lamisma resolución se hace aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas, instituto que no tiene cabida en el derecho penal.

[13] Con cita de Peyrano J.W. La verosimilitud en el derecho invocado como presupuesto del despacho favorable de una medida cautelar innovativa LL 1985 D 112. Como vemos se sigue doctrina procesal privatista y no procesal penal.

En la Causa 13.083/02 YPF s. apel resoluc CNDC también se dispuso dejar sin efecto una medida cautelar por falta de probanzas.

Señaló el Tribunal, en orden a las medidas cautelares, que si bien no se exige certeza se requier la demostración convincente respecto de su admisibilidad. En el caso concreto se dijo que la CNDC había dictado la medida sin justificar en la causa, el requisito de verosimilitud. Existían probanzas en la causa que no habían sido evaluadas. La Cámara dijo que la imputación realizaa en la resolución carecía de sustento probatorio revistiendo un procedimiento meramente conjetural e hipotético.

En la causa 2731/03, Sentencia del 25 de septiembre de 2003, se confirmó una medida cautelar consistente en ordenar a Telefónica de Argentina que mantenga activas las líneas de usuarios que hubieran agotado el saldo de la tarjeta prepaga de Telefónica, de modo que pudieran hacer uso de dicha línea para llamar con tarjetas de otras empresas a números 0800 de cobro revertido.

La Cámara recordó que la medida preventiva (art. 35 ley 25156) es una medida cautelar y debe cumplir los tres requisitos de estas. La Cámara, al examinar la verosimilitud, entendio que se estaba cometiendo una conducta contraria al art. 2 inc. i) de la ley 25.156 (cláusulas o ventas atadas) al obligar al cliente a comprar la tarjeta de Telefónica, para poder usar la tarjeta de otra empresa. Respecto del peligro en la demora la Cámara entendió que la conducta de Telefónica implicaba cercenar alternativas de consumo y la medida cautelar "importa ampliar las alternativas de consumo disponibles para los clientes telefónicos, que es específicamente la finalidad perseguida por la ley 25156".

Respecto de la contracautela, la Cámara determinó que la debía fijar la CNDC y la tenía que afrontar el denunciante, la empresa Telephone2. Se le impusieron las costas judiciales al apelante vencido.

Observamos otra nota jus privatista al aplicar la contracautela por la medida a la denunciante, como si se tratara de la parte actora en un procedimiento civil. Si el procedimiento fuera represivo la medida cautelar sería dictada sin contracautela del denunciante.

Por último, en cuanto a las medidas cautelares, el día 7 de noviembre de 2003 se confirmó una orden de abstenerse de realizar un boicot dictada contra la Asociación de Anestesia de Buenos Aires.

La Sala III rechazó los agravios presentados por la Asociación que había promovido, o por lo menos consentido, una conducta anticompetitiva horizontal consistente en la amenaza de interrumpir los servicios de anestesiología a determinados hospitales como represalia a un concurso llamado para contratar anestesistas sin la intervención de la Asociación que los nuclea.

Otro aspecto que se toco en la vía recursiva judicial, es el de la apelabilidad de las resoluciones de la CNDC que no se encuentran enumeradas en el art. 52 de la Ley 25.156.

En la causa 12.808/02, la Sala I acogió favorablemente una queja presentada por YPF contra una denegatoria de un recurso de nulidad contra una resolución de la CNDC.

Con cita de la causa 2929/02 "Indura c. CNDC" , fallada por la Sala III el 15-8-2002 se dijo que si bien la enumeración del art. 52 de la ley era taxativa, por aplicación del art. 449 del Cod de Proc Penal, toda resolución dictada por la CNDC que causara gravamen irreparable era susceptible de recurso.

Esta solución es la misma que la adoptada al abrir el recurso en el caso ISENBEK mediante el cual se aceptó el recurso de apelación contra una resolución que denegaba la intervención de un tercero en el procedimiento de fusión de Quilmes con Brama.[14]

En consecuencia, pueden extraerse varias reglas:

Las medidas precautorias deben cumplir con la verosimilitud en el derecho, peligro en la demora y puede ser impuesta la contracautela al denunciante.

Toda resolución administrativa – esté o no enumerada en el art. 52 de la ley – es susceptible de recurso, ya sea de apelación o de nulidad según corresponda.

Para recurrir la resolución administrativa ha de acreditarse arbitrariedad o ilegitimidad en la misma.

4) ACTUACIÓN JUDICIAL DIRECTA. CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL.Verificación del competidor en el concurso

Por último vamos a reseñar una sentencia de la Cámara Nacional en lo Comercial recaída en el concurso preventivo de la empresa Equipos y Controles S.A., Sala C, sentencia del 27/12/2002.

En la misma se planteó si un competidor directo del concursado estaba habilitado para votar y conformar la mayoría en su concurso.

La votación negativa del acuerdo por parte del competidor puede determinar la quiebra del concursado y con ello su expulsión del mercado.

Por ello, la cuestión puede ser analizada estrictamente desde el punto de vista del derecho concursal, como lo hace el voto de la mayoría o mediante la incorporación de elementos del derecho de la competencia como hace la minoría.

La mayoría resolvió que la enumeración de los acreedores excluidos de votar, mencionados en el Art. 45 de la ley de concursos, era taxativa y por ello debía buscarse el remedio para mantener la competencia fuera del ordenamiento concursal.

El voto de la minoría, por el contrario, efectuando una interpretación sistémica del ordenamiento jurídico, determinó que : *"mas allá de la eventual aplicabilidad de*

[14] Véase nuestro comentario en LL ejemplar del 11 de agosto de 2003, p.5..

sanciones que se enuncian en los arts. 46 a 50 de la ley 25.156, dentro del marco del procedimiento administrativo y por el órgano que ella misma prevé, las prohibiciones de ciertos actos, procedimientos u omisiones, contenidas en su articulado, proyectan sus efectos en todo el orden jurídico. Así lo pone de manifiesto el art. 51 de la propia ley respecto de las acciones resarcitorias qe puedan ejercer los damnificados conforme las normas del derecho común. Del mismo modo, cuando esas acciones o conductas prohibidas se plasman en actos o negocios jurídicos estos se encuentran alcanzados por la invalidez que estatuyen los arts 18, 953 y 1044 del Código Civil. Y es precisamente dentro de este contexto que cabe entender la decisión del título de excluir del computo de las mayorías previstas en el art. 45 de la ley de concursos ciertas manifestaciones de voluntad que, a su juicio, aparecen comprendidas en las normas prohibitivas a que se ha hecho referencia."

En consecuencia según el criterio minoritario, se puede excluir un acreedor competidor del cómputo de mayorías al momento de votar la propuesta del concursad, puesto que posee un interés manifiestamente encontrado con aquel. El razonamiento aquí es: eliminar al competidor vía la declaración en quiebra implica la posibilidad de adquirir su empresa o lisa y llanamente la desaparición de dicha unidad económica, limitando las ofertas del mercado en cuestión.

Atento los criterios encontrados entendemos que el debate continúa abierto en la materia.

© 2004. Gabriel Martinez Medrano