

Loma Negra Compañía Industrial S.A. y otros

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, sala B

19/08/2005

SUMARIO.

1. A los efectos de la aplicación del art. 67 inc. c) del Cód. Penal, debe considerarse que el traslado conferido por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia en la oportunidad prevista por el art. 23 de la ley 22.262 reúne las características de un requerimiento acusatorio de apertura o elevación a juicio puesto que, presupone una resolución de mérito sobre el sumario y posibilita conocer la imputación efectuada.

TEXTO.

2ª Instancia. - Buenos Aires, agosto 19 de 2005.

Vistos: El recurso de apelación interpuesto a fs. 3008/3009 vta. del expediente principal por la defensa de Cementos Avellaneda S.A. contra la resolución de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia del 12.11.04 (fs. 2975/2984 del expediente principal), por la cual se rechazaron las excepciones de prescripción y la nulidad, interpuestas contra la resolución del 23.8.04 (confr. fs. 2509/2558 del mismo legajo), por la cual se formularon cargos a la sociedad nombrada.

El memorial de fs. 38/41 y 42 de este expediente.

Considerando: 1º) Que, la defensa de Cementos Avellaneda S.A. se agravió por considerar que la resolución de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia del 23.8.04 era nula, pues por aquélla se extendía retroactivamente, desde 1993 a 1981 el período infraccional sin haberse requerido las explicaciones preliminares sobre aquellos hechos y porque la acción penal referente a los hechos imputados se encontraría extinguida por prescripción.

2º) Que, por la ley N° 22.262 se establece un procedimiento administrativo a cargo de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (en adelante C.N.D.C.), en el cual se diferencian dos etapas: I) aquélla en la cual, como consecuencia de una investigación de oficio o a resultas de una denuncia presentada ante la C.N.D.C. se inicia el trámite administrativo y se confiere traslado al "presunto responsable para que en el término de quince (15) días dé las explicaciones que estime pertinentes" -artículos 18 y 20 de la ley N° 22.262-; y II) aquélla que se inicia una vez que se clausura la instrucción del sumario, confiriéndose un nuevo traslado de las actuaciones "al presunto responsable por el término de treinta (30) días para que efectúe su descargo y ofrezca prueba" -artículo 23 de la mencionada ley-. (confr. Reg. N° 566/03 de esta Sala "B").

3. Que, se encuentra acreditado que el 31 de agosto de 1999 (confr. fs. 66/67 del expediente principal, según fotocopias certificadas), a partir de la publicación de una nota periodística aparecida en la revista Veintidós, el 26 de agosto de 1999, la C.N.D.C. promovió, de oficio, la investigación en el mercado del producto cemento con el fin de conocer si Cementos Avellaneda S.A., entre otras sociedades, había infringido el art. 1° de la ley N° 22.262 mediante un posible acuerdo conjunto de fijación de precios y reparto del mercado, con potencial afectación al interés económico general, en el período comprendido entre el 1° de septiembre de 1993 y el 30 de agosto de 1999 y, como consecuencia, solicitó a las sociedades involucradas las explicaciones pertinentes, en los términos del art. 20 de la ley N° 22.262.

Asimismo, por la resolución del 23.8.04 (confr. fs. 2509/2558) la C.N.D.C. imputó a Cementos Avellaneda S.A. (en calidad propia y como sucesora de El Gigante S.A.), entre otras sociedades, en los términos del art. 23 de la ley N° 22.262 por haber participado "prima facie" "...durante el período comprendido entre julio de 1981 y el 31 de agosto de 1999 en: a) un acuerdo global a nivel país de asignación de cuotas y participaciones en el mercado de cemento portland, monitoreado a través de la AFCP, y en función del cual se realizaban concertadamente ajustes de los despachos y las participaciones de cada empresa por provincias o zonas, y se realizaban acuerdos de precios y demás condiciones comerciales en diferentes localidades o zonas del país, todo lo cual resultaría 'prima facie' violatorio de los arts. 1° y 41 incs. a), b), c), e), f) y k) de la Ley 22.262; y b) un acuerdo para intercambiar información competitivamente sensible referida al mercado del cemento portland, instrumentado a través de la AFCP, que resultaría 'prima facie' violatorio de los artículos 1° y 41 incs. a), b), c), e), f) y k) de la Ley 22.262 ...".

4. Que, sin embargo, también se advierte que Cementos Avellaneda S.A. brindó las explicaciones del caso con expresa referencia a la nota periodística mencionada, por la cual se establecía que estos hechos habían comenzado en julio de 1981 y continuaban hasta el momento de aquella publicación (confr. fs. 3/13 y 353/394 del expediente principal).

Esto surge claro de la presentación de Cementos Avellaneda S.A. a tenor del art. 20 de la ley 22.262 cuando, por ejemplo, se expresa: "El presente escrito de explicaciones se centra en los actos insinuados en la Resolución que fuera notificada el 31 de agosto pasado y los afirmados en el artículo 'Cara de cemento' publicado en el número 59 de la revista Veintidós del día 26 de agosto, y cuya copia fuera acompañada a la notificación mencionada...", o "...mi mandante -CASA- ha mantenido una política de constante crecimiento en su participación en el mercado del cemento, y ello en forma muy marcada a partir de 1980, año en que se incorporaron los actuales accionistas...", o también, "Respecto del reproche formulado en la nota periodística sobre la adquisición por parte de CASA de la CUCP, si bien el negocio de compra se realizó a fines de 1991, es decir fuera de la etapa de investigación cuyas explicaciones brindo en este escrito, adelanto el rechazo por parte de mi

mandante de cualquier imputación sobre dicha adquisición ...".

De este modo, se advierte que Cementos Avellaneda S.A. pudo brindar las explicaciones preliminares del caso con relación a todos los períodos involucrados en la denuncia y posteriormente en la resolución de fs. 2509/2558, razón por la cual no ha visto perjudicado el derecho de defensa en juicio que le asiste.

5. Que, además, la supuesta violación de lo prescripto por los arts. 18 y 20 de la ley N° 22.262 no se encuentra sancionada con nulidad.

De este modo y toda vez que por el principio general en materia de nulidades acuerda carácter restrictivo y excepcional a aquéllas (confr. Regs. Nos. 367/00, 671/00, 682/00, 152/02 de esta Sala "B", entre muchos otros), el planteo efectuado debe ser rechazado.

6. Que, con relación a la posible prescripción de la acción penal de Cementos Avellaneda S.A., debe recordarse que, como fue expresado por este Tribunal con anterioridad (confr. Regs. Nos. 1055/00 y 566/03), por el art. 43 de la ley N° 22.262 se prevé: "Serán de aplicación las disposiciones del Libro I del Código Penal y las del Código de Procedimientos en Materia Penal, en cuanto sean compatibles con las disposiciones de la presente ley".

Por el art. 62 inc. 5° del C.P. se prescribe: "La acción penal se prescribirá ... a los dos años, cuando se tratare de hechos reprimidos con multa". No obstante, esta última norma no resulta de aplicación al caso sub examine, en atención a que el o los hechos imputados a Cementos Avellaneda S.A., entre otras sociedades, fueron tipificados en los términos de los arts. 1° y 41° de la ley 22.262 y a la existencia de una disposición específica prevista por la ley N° 22.262 (confr. art. 35), por la cual se prevé un plazo de prescripción para los delitos de seis años.

7. Que, aun en el caso en el cual se considerase que la Ley de Defensa de la Competencia N° 25.156 fuese más benigna que la ley N° 22.262 (porque según el art. 54 de aquella normativa "Las acciones que nacen de las infracciones previstas en esta ley prescriben a los cinco (5) años", y por el art. 58 se prevé que la ley N° 22.262 resulta de aplicación para los casos como el de estos autos, cuyos hechos fueron supuestamente cometidos durante la vigencia de la ley 22.262), el término extintivo tampoco habría transcurrido si se tienen en consideración los actos del expediente con entidad interruptora (art. 67, cuarto párrafo, inc. c, del C.P. -texto según ley 25.990-); esta disposición resulta de aplicación al caso de autos de conformidad con lo previsto por el art. 43 de la ley 22.262.

En efecto, el traslado conferido por la C.N.D.C. en la oportunidad prevista por el art. 23 de la ley 22.262 (confr. fs. 2509/2558) reúne las características de un requerimiento acusatorio de apertura o elevación a juicio, pues presupone una resolución de mérito sobre el sumario, concreta objetiva y subjetivamente la pretensión y posibilita conocer la imputación efectuada, y como consecuencia, efectuar los descargos y ofrecer las pruebas que se estimen conducentes a efectos de una posible decisión sobre la cuestión de fondo con respecto al hecho imputado (confr. en lo pertinente, Jorge A. Clariá Olmedo, "Derecho

Procesal Penal", T. III -actualizado por Jorge Raúl Montero- Bs. As, Rubinzal-Culzoni, 2001, pág. 30/31).

8. Que, además, tanto si la conducta investigada constituyera un hecho único abarcativo de todos los períodos anteriormente señalados (confr. art. 63 del C.P.) como si se considerase que las conductas investigadas habrían estado constituidas por hechos aislados (uno por cada año investigado, desde 1981 a 1999) se llegaría a similar conclusión, dado que en este último caso el plazo de prescripción de la acción por el hecho ocurrido cada año se habría interrumpido por el cometido el año siguiente (confr. Reg. N° 387/01, de esta Sala "B").

Por ello, se resuelve: I) Confirmar la resolución recurrida por los fundamentos de la presente. II) Con costas (arts. 143 y 144 del C.P.M.P.). –

Carlos A. Pizzatelli. - Marcos A. Grabivker. - Roberto E. Hornos.