

Judicial de la Nación

DIEGO CARRIO
SECRETARIO

CAUSA 817/2015/CA1 -I- "IBERIA LINEAS AÉREAS DE ESPAÑA SA Y OTRO s/ medidas cautelares"

Buenos Aires, 24 de marzo de 2015.-

AUTOS Y VISTOS, CONSIDERANDO:

1.- La Secretaría de Comercio, SC dictó la resolución n° 9/15 el 2.2.2015, en el marco del expediente administrativo n° S01:0252139/2010 (cfr. fs. 14/18), remitiéndose a los términos del dictamen de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia CNDC n° 1094 del 12.12.2014 (cfr. fs. 19/46).

En dicha resolución, la SC decidió subordinar la operación de concentración económica consistente en la fusión de las firmas IBERIA LÍNEAS AÉREAS DE ESPAÑA SA y BRITISH AIRWAYS PLC, en una compañía española denominada INTERNATIONAL CONSOLIDATED AIRLINES GROUP SA, llevada a cabo a través de varias operaciones, de acuerdo a lo previsto en el Artículo 13, inciso b) de la ley 25.156, al cumplimiento de las siguientes condiciones: disponer la obligación de mantener la capacidad de prestación del servicio de transporte de pasajeros en la ruta Buenos Aires – Londres de la firma British Airways PLC y de la firma IBERIA, LÍNEAS AÉREAS DE ESPAÑA SA. Es decir, mantener como mínimo las siete (7) frecuencias semanales de vuelos, tanto de la firma BRITISH AIRWAYS PLC como de la firma IBERIA LÍNEAS AÉREAS DE ESPAÑA SA. Estas frecuencias semanales eran ofrecidas por las firmas notificantes al momento de llevarse a cabo la presente operación de concentración económica en la ruta Buenos Aires – Londres. A su vez, las firmas deberán mantener la cantidad de asientos promedio comercializados semanalmente durante el último año previo a la fecha 16 de julio de 2010, que es la fecha de notificación de la presente operación. Dicha obligación deberá extenderse hasta los cinco (5) años posteriores al dictado de la presente medida, poniendo en práctica un esquema de monitoreo de precios promedio mensual (con presentaciones trimestrales) para el mercado de transporte aéreo de pasajeros en las ruta Buenos Aires – Bruselas y Buenos Aires – Viena. Dicho monitoreo de precios debería extenderse desde el día 1 de enero de

USO OFICIAL



2014 y por un período de tres (3) años posteriores a la firma de la presente medida; y facultar a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, organismo desconcentrado en la órbita de la Subsecretaría de Comercio Interior de la Secretaría de Comercio del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, a efectuar el seguimiento del condicionamiento dispuesto y a dictar las resoluciones necesarias a fin de determinar el contenido de la información objeto del monitoreo.

2.- IBERIA LÍNEAS AÉREAS DE ESPAÑA SA y BRITISH AIRWAYS PLC interpusieron recurso directo de apelación –en los términos de los arts. 52 y 53 de la ley 25.156– contra la resolución SC n° 9/2015 del 2.2.2015 (cfr. fs. 50/77, con sello de recepción del 3.3.2015).

No surge en estas actuaciones ni en las constancias del Tribunal que, a la fecha del dictado de la presente, dicho recurso directo haya sido –o no– concedido y elevado a este Tribunal.

3.- En ese contexto, IBERIA y BRITISH AIRWAYS solicitan el dictado de una medida cautelar mediante la cual se ordene la suspensión del art. 1 de la Resolución SC N° 9/15, dictada el 2.2.2015, hasta tanto se resuelva el recurso directo de apelación interpuesto en los términos del art. 52 de la ley 25.156.

Para fundar dicha petición, IBERIA y BRITISH AIRWAYS afirmaron que la transacción ya había sido aprobada tácitamente en los términos del art. 14 de la LDC 25.156, de manera tal que la resolución SC 9/2015 es contraria a derecho y viola sus garantías y derechos constitucionales. Destacaron que el condicionamiento de mantenimiento de frecuencias y capacidad de asientos impuesto a las aerolíneas implica un desconocimiento del derecho a la libertad de ejercer el comercio y al derecho de propiedad. Explicaron que BRITISH AIRWAYS redujo las frecuencias en la ruta Buenos Aires – Londres de siete a cinco vuelos semanales y que dicha decisión se tomó en consideración de la drástica reducción en la demanda y en la necesidad de disminuir las pérdidas proyectadas.

Puso de relieve que la verosimilitud en el derecho invocado se acredita porque, a la fecha de autorización tácita de la operación, su parte no recibió “notificación” alguna de parte de la autoridad de aplicación, de manera tal que legítimamente las partes tuvieron por autorizada



Judicial de la Nación

DIEGO GARRIDO
SECRETARIO

definitivamente la transacción. Enfatizó, en ese sentido, que el acto que eventualmente deniegue la transacción, o la condicione, debe ser no sólo emitido sino también notificado a las partes de la transacción (dentro del plazo de 45 días hábiles fijado por el art. 14 de la ley 25.156) y que ello no ocurrió en el presente caso, dado que la resolución administrativa fue notificada una vez transcurrido el plazo de la ley 25.156.

Agregó que no se otorgó a IBERIA y a BRITISH AIRWAYS una exclusividad sobre la ruta Buenos Aires - Londres, y que no existen problemas de competencia en la citada ruta, dado que existen otras aerolíneas disponibles, con alguna escala en ciertos casos. También sostuvo que en la resolución administrativa no se hizo consideración alguna sobre la decisión del 14.7.2010 de la Comisión Europea, que en la ruta Buenos Aires - Londres no encontró obstáculo alguno para aprobar la transacción.

Asimismo, señaló que la resolución administrativa viola los términos de los Convenios Bilaterales Aéreos que la República Argentina suscribió con el Reino Unido y España, en virtud de los cuales se consagra el derecho —y no la obligación— de operar rutas que unen ambos países.

Ya en lo concerniente al requisito del peligro en la demora, destacó que las aerolíneas IBERIA y BRITISH AIRWAYS decidieron reducir de siete a cinco vuelos semanales a partir del próximo 29 de marzo de 2015. La proximidad de dicha fecha, la disminución en la demanda de pasajes y la necesidad de no incurrir en pérdidas muy significativas justifica el peligro en la demora como presupuesto para el dictado de una medida cautelar. Enfatizó que esa decisión empresaria se adoptó en Julio de 2014 y fue informada a la autoridad administrativa. Inclusive agregaron que la planificación de vuelos, tripulaciones y logística —con poco tiempo de anticipación— sería de cumplimiento imposible. Lo mismo ocurre con la venta de esos pasajes, que se produce inclusive seis meses antes del vuelo, de manera tal que poner dos vuelos semanales disponibles, a pocas semanas del inicio de la frecuencia, conduciría a las aerolíneas a despachar aviones vacíos o casi vacíos.

4.- Así planteada la cuestión, cabe precisar que, en principio, la vía legal prevista para que este Tribunal ejerza el control judicial de los actos dictados por la autoridad de aplicación de la ley 25.156, es el

USO OFICIAL



COPIA

recurso directo de apelación que prevé en su art. 52 (cfr. esta Cámara, Sala III, causa 1476/12 del 3.4.2012 y sus citas).

Para que el control judicial se pueda considerar verdaderamente suficiente, deberá ser más o menos extenso y profundo según las modalidades de cada situación jurídica, de acuerdo con el conjunto de factores y circunstancias variables o contingentes como, por ejemplo, la naturaleza del derecho individual invocado, la magnitud de los intereses públicos comprometidos, la complejidad de la organización administrativa creada para garantizarlos y la mayor o menor descentralización del tribunal administrativo (Fallos 244:548), lo cual obliga a examinar en cada caso los aspectos específicos que singularizan la controversia (Fallos 247:646).

Por lo tanto, si la vía que la ley prevé para ejercer el control judicial de los actos dictados por la autoridad de aplicación de la LDC, es suficiente y oportuna, no corresponde acudir a otros remedios procesales que no están expresamente previstos en ese régimen legal.

5.- En ese sentido, IBERIA y BRITISH AIRWAYS afirman que apelaron la resolución SC 9/2015 en los términos del art. 52 de la ley 25.156.

En esas condiciones, a partir de que se provea la apelación y que —en tal caso— se eleven las actuaciones a este Tribunal de conformidad con lo dispuesto en el art. 53 de la LDC, la empresa tendrá acceso a la revisión judicial de la medida cautelar dictada por el Secretario de Comercio SC, la cual alcanzará, según los términos en que fue deducido el recurso, a los efectos de dicho acto hasta que sea resuelto el recurso.

Es a partir de ese momento que este Tribunal tiene la jurisdicción que le atribuye la ley 25.156. Y no obsta a este razonamiento que exista la posibilidad de que la apelación fuese denegada, puesto que la mencionada intervención judicial es susceptible de obtenerse a través de la queja prevista en el ordenamiento jurídico vigente (art. 56 de la LDC).

6.- Ahora bien, la observancia del debido proceso no puede quedar sustraída en modo alguno al control judicial suficiente, que es exigencia constitucional en supuestos como el que se examina (arts. 18, 109 y 116 de la Constitución Nacional; Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* “Fernández Arias c. Poggio”, Fallos 247:646; doctrina de esta Sala en la causa

Poder Judicial de la Nación

2319/03 del 5-10-2004). Y ello importa, necesariamente, que dicho control por la vía recursiva pueda ser ejercido en forma oportuna.

Desde esa perspectiva, no se puede soslayar que se encuentra vencido el plazo legal de diez días que tiene la autoridad de aplicación de la ley 25.156 (art. 53) para elevar las actuaciones una vez interpuesto un recurso de apelación. (Adviértase que no surge de los registros de este Tribunal que se hubiesen recibido las actuaciones).

En tal situación, corresponde disponer –de acuerdo con los términos de la petición formulada y con los fundamentos antes expuestos– la suspensión de los efectos de la Resolución N° 9/2015 de la Secretaría de Comercio SC, hasta tanto se resuelva por este Tribunal la admisibilidad de la apelación deducida o, eventualmente, hasta que la CNDC informe que ese recurso fue denegado.

De ese modo se garantiza en forma suficiente el debido proceso y el derecho de defensa de las peticionarias, sin adelantar –de modo innecesario– la jurisdicción que la ley 25.156 le otorga a este Tribunal.

La demora del organismo administrativo en elevar la apelación interpuesta es incompatible con el mantenimiento de los efectos del acto recurrido mientras aquélla perdure. Ello es así, pues la resolución apelada fue dictada por una secretaria de Estado en cuyo ámbito fue creada la CNDC (ver art. 6 de la ley 22.262), la cual debe sujetarse a lo dispuesto en el art. 53 de la ley 25.156.

Este criterio ha sido anteriormente aplicado con la finalidad de asegurar un pronunciamiento rápido que asegure el derecho de defensa del recurrente y evite, en consecuencia, un perjuicio grave e irreparable, en el entendimiento de que el retardo de justicia debe encontrar su remedio en la vía recursiva, aunque se trate de la demora incurrida por organismos administrativos cuyas decisiones son revisables, en forma directa, por un tribunal judicial (cfr. esta Cámara, Sala III, causa 1476/12 del 3.4.2012 y sus citas).

- En función de las particularidades que presenta esta controversia, la naturaleza de las empresas aéreas involucradas y la presumible solvencia que tendrían las peticionantes, el Tribunal considera suficiente la caución juratoria como contracautela de la medida interina que aquí se adopta,

USO OFICIAL



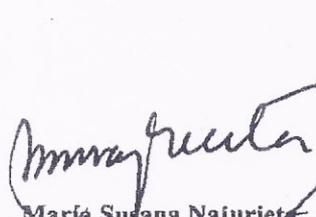
por lo menos, hasta tanto se eleven las actuaciones administrativas con el recurso directo interpuesto por las partes. Dicha caución juratoria se entiende cumplimentada con la petición de medida cautelar suscripta por los apoderados de las peticionarias.

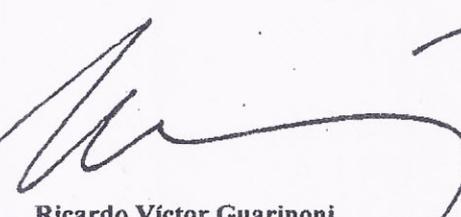
8.- Se difiere el tratamiento de los planteos de inconstitucionalidad para el momento en que se sustancie la controversia y las actuaciones queden en condiciones procesales de resolver.

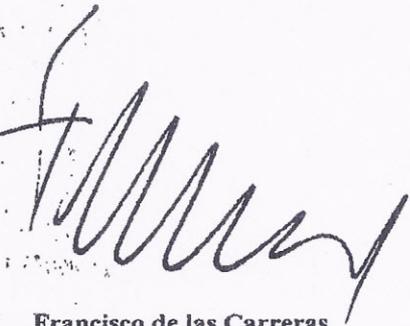
Respecto del informe previo a favor de la demandada Estado Nacional previsto por el art. 4 de la ley 26.854, también corresponde diferir su cumplimiento, dado que la presente resolución se dicta en función de lo dispuesto en ese mismo artículo, punto 1, tercer párrafo, que habilita al Tribunal a decidir la procedencia de una medida precauteladora o interina cuando existan —como en el caso—, suficientes razones y circunstancias que no permitan postergar la decisión que aquí se adopta. Ello, en virtud de las dificultades y eventuales costos que conllevaría la inmediata puesta en marcha de dos vuelos semanales adicionales a partir del próximo 29 de marzo de 2015.

Por los fundamentos expuestos, **SE RESUELVE:** suspender los efectos de la resolución N° 9/2015 de la SC, hasta tanto se resuelva por este Tribunal la admisibilidad de la apelación deducida o, eventualmente, hasta que la CNDC informe que ese recurso fue denegado.

Regístrese, notifíquese con habilitación de día y librese oficio al Secretario de Comercio y a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, con copia de la presente resolución.

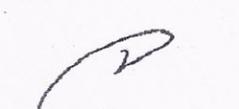

María Susana Najurieta


Ricardo Víctor Guarinoni


Francisco de las Carreras



SALA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL N° 1
REGISTRADO EN EL SISTEMA INFORMÁTICO
(ACORDADA C.S.M. N° 6/14)


DIEGO CARRIO
SECRETARIO