



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA III

**Causa Nro. 244/2016/CA1 “Fresenius Kabi S.A y otros c/ Estado Nacional – Ministerio de Economía s/ apel. res. Comisión Nacional de Defensa de la Competencia”.**

Buenos Aires, 16 de abril de 2019.

**Y VISTOS:**

Los recursos directos interpuestos a fs. 6286/6332 por Fresenius Kabi S.A, a fs. 6333/6360 por CSL Behring S.A, a fs. 6361/6397 por Gobbi Novag S.A y Carlos Alberto De Ángelis, a fs. 6398/6467 por Braun Medical S.A y a fs. 6468/6540 por Jorge Raúl Miniño contra la Resolución N° 705/2015 de la Secretaría de Comercio Interior, cuyos traslados fueron contestados respectivamente a fs. 6602/6634, 6639/6668, 6672/6691, 6695/6725 y 6729/6762 por el Estado Nacional y;

**CONSIDERANDO:**

**I. Antecedentes. La Resolución de la Secretaría de Comercio**

El 4 de diciembre de 2015 el Secretario de Comercio Interior, con basamento en el Dictamen N° 986/2015 de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, dictó la Resolución N° 705 mediante la cual declaró responsables a los laboratorios B. Braun Medical S.A, Gobbi Novag S.A, Fresenius Kabi S.A y CSL Behring S.A y a los señores Carlos Alberto de Ángelis, Daniel Alberto Asencio y Jorge Raúl Miniño de haber realizado prácticas concertadas en licitaciones convocadas por diversos hospitales públicos en el mercado de gelatinas (indistintamente, “expansor plasmático”, “gelatina”, “poligelina” o “expansor plasmático en base a gelatina”) desde el año 2005 hasta el año 2007 inclusive, para repartirse clientes y fijar precios con el objeto de restringir la competencia con perjuicio al interés económico general, conforme a lo dispuesto en el artículo 1 y los incisos a), c), d) y g) del artículo 2 de la ley 25.156, en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el Gran Buenos Aires y en la ciudad de La Plata.

En consecuencia, impuso una multa de pesos diez millones (\$10.000.000) a cada uno de los laboratorios y de pesos doscientos mil



(\$200.000) a las personas físicas involucradas. A su vez, ordenó que se arbitren los medios necesarios a fin de evitar este tipo de conductas y ratificó las Resoluciones número 75/2008, 107/2008, 93/2009, 27/2011 y 55/2012 de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (en adelante, CNDC o “la Comisión”) (v. fs. 6014/6029).

## **II. Los recursos de apelación**

Contra la referida decisión de la Secretaría de Comercio Interior, se alzaron por recurso directo Fresenius Kabi S.A, CSL Behring S.A, Gobbi Novag S.A y Carlos Alberto De Ángelis, Braun Medical S.A y Jorge Raúl Miniño, cuyas quejas obran a fs. 6286/6332, 6333/6360, 6361/6397, 6398/6467 y 6468/6540, respectivamente contestadas a fs. 6602/6634, 6639/6668, 6672/6691, 6695/6725 y 6729/6762.

Los apelantes solicitan que se declare la prescripción de la acción por haber transcurrido en exceso el plazo de cinco años establecido en el artículo 54 de la ley 25.156. Arguyen que las actuaciones administrativas fueron iniciadas en el año 2006 y que la resolución de la Secretaría de Comercio data del año 2015. Indican que las únicas causales de interrupción de la prescripción a tener en cuenta surgen del artículo 55 de la misma ley (que son la denuncia y la comisión de un nuevo hecho) y que ninguna de ellas modifica en el caso de autos la consumación del plazo legal. En este sentido, señalan –contrariamente a la postura del Estado Nacional- que queda excluida la integración con el artículo 67 del Código Penal, cuyo cuerpo normativo es de aplicación supletoria para los casos no previstos en la ley especial.

Asimismo, los demandados manifiestan que la denuncia anónima que dio origen a la investigación (presentada ante la Oficina Anticorrupción, organismo que luego la remitiera a la CNDC) no cumple con las previsiones de los artículos 26 y 28 de la ley 25.156, afecta su derecho de defensa y debido proceso –destacando su clandestinidad injustificada-, vulnera los principios de inocencia y legalidad y se funda en una prueba ilegal. Explican que el denunciante anónimo admitió que los correos electrónicos adjuntados





Poder Judicial de la Nación

## CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA III

no le pertenecían por lo que, o bien son falsos, o implican una intromisión ilegítima de la privacidad y la apropiación de correspondencia ajena. Aclaran que no hubo un cauce de investigación paralelo ni una vía autónoma e independiente que avalara el inicio de las actuaciones y las órdenes de allanamiento dictadas en consecuencia, por lo que la información colectada carece de valor y debe descartarse. En definitiva, dada la invalidez de la denuncia y que el procedimiento sancionatorio se basó en una prueba obtenida ilegalmente, requieren la nulidad de la Resolución N° 705/2015.

Por otro lado, los recurrentes cuestionan la ratificación por parte del Secretario de Comercio Interior de todas las resoluciones anteriores dictadas por la CNDC (en particular de aquellas, como las que desestimaron los planteos de prescripción o nulidad, que posteriormente fueron declaradas nulas por los órganos jurisdiccionales intervinientes) y el rechazo de producción de prueba conducente que oportunamente fuera ofrecida.

En cuanto al fondo del asunto, más allá del extenso análisis y los aspectos particulares de cada uno de los memoriales -en los que se examinan con detalle las participaciones de mercado, la facturación, el margen de utilidad, el nivel de concentración, el grado de rivalidad, las barreras de entrada, la intervención en cada licitación, la actuación de las droguerías como actores independientes y no como distribuidores, los posibles sustitutos, etcétera; y a los que cabe remitirse en honor a la brevedad-, en resumidas cuentas los accionados consideran que no hay elementos de juicio para colegir que existió un acuerdo colusorio, que se calificaron incorrectamente las conductas (siendo falso y carente de fundamento que hubo una concertación con el objeto de repartir el mercado y elevar el precio del expansor plasmático), que se definió inadecuadamente el mercado relevante, que la muestra de licitaciones analizada no fue representativa (apenas 14 casos de los 190 a 220 vinculados al producto), que no se acreditó la vulneración o afectación del interés económico general (resaltando que el precio de las gelatinas disminuyó en términos reales y nominales en el período investigado y que el Ministerio de Salud concluyó en un informe que



no se había generado un menoscabo al erario público), y que la cuantía de las multas es arbitraria, excesiva y no guarda proporcionalidad con los supuestos beneficios provenientes del cartel denunciado.

### **III. La prescripción**

Para comenzar, cabe destacar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido reiteradamente que la prescripción en materia punitiva es de orden público, que opera de pleno derecho por haber transcurrido el plazo pertinente y que debe ser declarada de oficio en cualquier estado de la causa. Esto significa, que debe ser resuelta en forma previa a cualquier decisión sobre la cuestión de fondo (Fallos 186:289, 275:241, 305:652, 311:2205, 313:1224, 322:300 y 327:4633, entre otros).

Por lo tanto, sin perjuicio de los planteos oportunamente introducidos por los demandados al oponer excepciones o al expresar agravios, dada la sustancia penal de las sanciones administrativas de carácter represivo -como las de autos, doctrina de Fallos 184:162, 200:495, 247:245, 270:381, 295:307, 302:1501, entre otros-, corresponde expedirse previamente sobre el instituto de la prescripción. De otra manera, se prolongaría el juicio innecesaria e injustamente en contra de los fundamentos de orden público que autorizan a declararla de oficio (esto es, cuando la persecución traspasó los límites temporales aptos para su ejercicio), pues basta para ello con la simple comprobación de su existencia (votos los jueces Augusto C. Belluscio y Carlos S. Fayt en Fallos 327:3312; Vera Barros, Oscar N. “La prescripción penal en el Código Penal”, Lerner Editora, 2007, págs. 216 y 294).

En este sentido, no puede soslayarse que la prescripción cumple un papel relevante en la preservación de la defensa en juicio al impedir que las personas tengan que defenderse de acusaciones en las cuales los hechos básicos han quedado oscurecidos por el transcurso del tiempo y al minimizar el peligro del castigo estatal por situaciones ocurridas en un pasado lejano (Fallos 327:4815). Este Tribunal se ha pronunciado en múltiples oportunidades en cuanto a que las garantías constitucionales del debido





Poder Judicial de la Nación

## CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA III

proceso y de la defensa en juicio son de inexcusable observancia en los procedimientos administrativos (en causas 2319/03 del 5-10-2004, 5620/10 del 28-12-2010 y 2829/13 del 3-12-2013, entre otras, con citas de “Fallos” 318:564, 319:1160 y 324:3593).

En la inteligencia apuntada, a fin de determinar la procedencia de la prescripción en la causa, se examinará el plazo legal aplicable, el inicio y la finalización de su cómputo, y las potenciales causales de interrupción.

### **III.1. El plazo de prescripción y su marco de referencia**

El plazo de prescripción aplicable al *sub judice* no ha sido objeto de controversia por las partes. El artículo 54 de la ley 25.156, invocado por todas ellas, es claro cuando dispone que “las acciones que nacen de las infracciones previstas en esta ley prescriben a los cinco (5) años”.

El primer interrogante que se plantea es si el mencionado plazo se refiere únicamente al procedimiento administrativo o si, además, incluye la instancia judicial. Si bien la jurisprudencia no es uniforme al respecto, esta Sala ha tenido la oportunidad de expedirse a favor de la primera postura en su resolución del 6 de agosto de 2013 en la causa nro. 7748/05 “Air Liquide” (criterio que fue confirmado por la Corte Suprema el 23 de junio de 2015, remitiéndose a su precedente “Bonder”, Fallos: 336:2184).

En esa ocasión, se puntualizó que el instituto de la prescripción de la ley 25.156 está destinado a regir la situación de los investigados con relación al ejercicio de “las acciones que nacen de las infracciones” previstas en ese régimen legal, *strictu sensu* –que es durante el procedimiento administrativo-, y no con posterioridad a la impugnación del acto dictado por el órgano administrativo competente a través del recurso directo para que se revise judicialmente la sanción impuesta.

En la interpretación de la ley no debe prescindirse de las consecuencias que se derivan de cada criterio, pues ellas constituyen uno de los índices más seguros para verificar su razonabilidad y su coherencia con el sistema en que está engarzada la norma (Fallos 307:1018, 319:1765 y



324:2107). En este orden de ideas, no puede colegirse que el término de cinco años fijado en el artículo 54 rige después de concluido el procedimiento administrativo con alguna de las sanciones previstas en el artículo 46. Esto es, que el plazo iniciado a partir de la denuncia continúe durante la instancia judicial promovida con el recurso directo, el cual tiene por objeto la revisión –con el alcance fijado por la Corte Suprema a partir de Fallos 244:548 y 247:646- de la decisión sancionatoria dictada por un órgano administrativo con facultades jurisdiccionales (ver causa citada “Air Liquide”).

De lo contrario, en el plazo de cinco años debería sustanciarse íntegramente no sólo el procedimiento administrativo, iniciado de oficio o por denuncia (art. 26), sino también el judicial cuando los sancionados promoviesen, por la vía del recurso directo (arts. 52 y 53), la revisión de la resolución dictada. En tal entendimiento podría darse el supuesto de que, aun cuando el pronunciamiento condenatorio se dictase antes del plazo de prescripción, la acción igualmente se extinguiría como consecuencia de su impugnación. La amplitud propia de la vía judicial establecida en resguardo de los derechos de los sujetos investigados, para examinar cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas, no puede tener por consecuencia directa su absolución. Es que cuanto mayor sea la complejidad y gravedad de las conductas prohibidas que se investigan, mayor será también la probabilidad de que se produzca la prescripción por la revisión judicial.

El sentido que esta Sala le atribuyó al régimen especial de la ley 25.156 regulatorio de la prescripción (arts. 54 y 55) es el que mejor armoniza todos los derechos constitucionales en juego: por un lado, el derecho de defensa y de debido proceso legal (art. 18 de la C.N.) de los sancionados, y por el otro, el de la sociedad para que las autoridades protejan la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados (art. 42 de la C.N.), tutelando el interés económico general a través de la sanción de las conductas que prohíben las disposiciones de la LDC.

En suma, el plazo de prescripción aplicable al caso bajo estudio es de cinco años y está circunscripto a la instancia administrativa. Por ende, el





Poder Judicial de la Nación

## CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA III

punto final de su cómputo está dado por la Resolución de la Secretaría de Comercio Interior del 4 de diciembre de 2015. Distinta es la situación del inicio del plazo, que podrá verse afectado por diversas causales de interrupción, a las que se hará referencia en los siguientes acápite.

### **III.2. Inicio del cómputo de la prescripción. Las causales de interrupción previstas por la ley 25.156**

El comienzo del cómputo del plazo de la prescripción depende de la fecha en que se habrían cometido los hechos investigados. Ahora bien, el artículo 55 de la ley 25.156 dispone que “los plazos de prescripción se interrumpen con la denuncia o por la comisión de otro hecho sancionado por la presente ley”. Por lo tanto, a menos que los cinco años previstos en el artículo 54 hubieren transcurrido entre las conductas materia de reproche y la denuncia (lo cual no ha sucedido en el *sub lite*), el plazo comenzará desde que esta última hubiese sido promovida.

Sobre el particular, vale la pena resaltar que la denuncia anónima fue presentada por correo electrónico ante la Oficina Anticorrupción el 2 de enero de 2006. El denunciante, quien se identificó como Matt Gregor, sostuvo que “esta denuncia se refiere al producto “Gelatinas”... utilizados en la mayoría de los hospitales públicos y privados y tienen consumos regulares por licitaciones. Las cuatro empresas denunciadas acaban de formar un club para levantar los precios de estos productos...se planifican elevar hasta un 40% de acuerdo a los últimos precios de \$20 por frasco de 500 ml. El mail me fue reenviado anónimamente y no es factible revelar la fuente, pero el mail salió de los equipos de las mismas empresas que son fácilmente rastreables con una orden de allanamiento” (v. fs. 2/18).

La Oficina Anticorrupción, que integró la carpeta N° 7087, consideró que el objeto de la denuncia estaba fuera del margen de competencia material del organismo, por no configurarse ninguno de los ilícitos comprendidos en la Convención Interamericana contra la Corrupción ni constituirse irregularidades administrativas en el ámbito de la



Administración Pública Nacional. A su vez, indicó que de la documentación acompañada surgía la existencia de posibles maniobras contrarias a la ley 25.156 y, en consecuencia, a través de la Resolución 513/06 remitió copias certificadas de todo lo actuado a la CNDC.

Al recibir el expediente, estimando consistentes los antecedentes de la Oficina Anticorrupción, la Comisión instruyó una investigación para deslindar eventuales responsabilidades. Toda vez que apreció que se trataba de una actuación de oficio, en virtud del artículo 26 de la ley 25.156, tuvo como fecha de inicio de la causa su radicación del 28 de agosto de 2006. Por ende, siendo la primera intervención de la autoridad de aplicación, esa es la fecha que corresponde adoptar como “denuncia” en los términos del artículo 55 de la LDC (y desde allí comenzar el cómputo del plazo de prescripción).

No obstante, tal como se anticipó, la normativa también prevé como causal de interrupción “la comisión de otro hecho sancionado por la presente ley”. En este sentido, no puede ignorarse que en la Resolución 75/2015 de la Secretaría de Comercio Interior se declara la responsabilidad por “haber realizado prácticas concertadas en las licitaciones convocadas por hospitales públicos en el mercado de gelatinas...*desde el año 2005 hasta el año 2007 inclusive*, para repartirse clientes y fijar precios”. Es decir, que el órgano administrativo competente delimitó el marco temporal de la investigación y de las conductas imputadas y sancionadas (prácticas concertadas en licitaciones *hasta el año 2007 inclusive*). Por lo tanto, en los términos del artículo 55 de la ley 25.156, habrían mediado diversas interrupciones de la prescripción derivadas de hechos nuevos comprobados, posponiendo de este modo el inicio de su cómputo al 1 de enero de 2008.

En lo que respecta a la postura del Estado Nacional de que se trata de un delito continuado (pluralidad de hechos, unidad de culpabilidad e identidad de lesión jurídica) cabe destacar que, a los efectos prácticos, es lo mismo suponer que hubo una práctica concertada permanente de 2005 a 2007 inclusive, o bien que se trató de una sucesión de infracciones independientes





Poder Judicial de la Nación

## CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA III

que fueron interrumpiendo el curso de la prescripción según el artículo 55 de la ley 25.156. En ambos supuestos la conclusión es *idéntica*.

El argumento que no resulta plausible es extender el comienzo del cómputo del plazo más allá de la última conducta (o licitación) investigada, imputada y sancionada. Menos razonable aún es considerar que ni siquiera haya comenzado el plazo, en una suerte de imprescriptibilidad y presunción en contra de los demandados de que continuaron con el cartel denunciado -en una patente afectación de sus garantías constitucionales-; máxime cuando la CNDC cursó el pedido de explicaciones previsto en el artículo 29 de la ley 25.156 el 5 de agosto de 2008.

En función de todo lo precisado, estimando el inicio del cómputo del plazo el 1 de enero de 2008 (contemplando las causales de interrupción) y su finalización el 4 de diciembre de 2015, la acción se encuentra extinguida por prescripción. Es que en ese período transcurrieron *casi 8 años*, en un *exceso* palmario de los cinco previstos por el artículo 54 de la LDC.

### III.3. Las causales de interrupción del Código Penal

El artículo 56 de la ley 25.156 establecía (hasta el año 2014) que “será de aplicación en los casos no previstos por esta ley y su reglamentación el Código Penal de la Nación, el Código Procesal Penal y el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en cuanto sean compatibles con las disposiciones de esta ley”.

El argumento *central* del Estado Nacional para sostener que la acción no se encuentra prescripta es que, en virtud de lo dispuesto por el referido artículo 56 (vigente al momento en que se habrían cometido las prácticas concertadas investigadas), deben *integrarse* las causales de interrupción del artículo 55 con las previstas por el artículo 67 del Código Penal. En concreto, se refiere al inciso b): “el primer llamado efectuado a una persona, en el marco de un proceso judicial, con el objeto de recibirle declaración indagatoria por el delito investigado”, que asimila con el pedido de explicaciones del artículo 29 de la ley 25.156, y el inciso c): “el



requerimiento acusatorio de apertura o elevación a juicio, efectuado en la forma que lo establezca la legislación procesal correspondiente”, que equipara con el traslado para el descargo del artículo 32 de la ley 25.156.

Si bien el primero de los supuestos invocados no lograría modificar el cumplimiento del plazo de cinco años (en tanto aconteció el 5 de agosto del 2008; v. fs. 1131/1133 conf. art. 29 LDC), el segundo de ellos obstaría a la declaración de prescripción (por haber sucedido el 18 de abril de 2011; v. fs. 4675/4690 conf. art. 32 LDC). Sin embargo, existen diversos obstáculos que impiden adoptar la postura del Estado Nacional.

### ***III.3.1. El principio de especialidad***

El escollo primordial a la posición de la Secretaría de Comercio y la CNDC reside en el principio de especialidad de la ley. De acuerdo con este, solo procede la aplicación *supletoria* de los principios y reglas generales del derecho penal cuando el criterio que se debe observar no resulta de la letra y del espíritu de la ley especial (que rige las infracciones administrativas sancionadas por un ordenamiento jurídico que les es propio), y en la medida en que resulten compatibles con sus disposiciones (CSJN, doctrina de Fallos: 274:425, 295:869, 296:531; 323:1620 y 335:1089; dictamen de la Procuración General de la Nación al que se remite la Corte en “Romfioc”, R. 142. XLIX. REX, del 28/10/2014).

En esta línea de razonamiento, si existe un régimen específico para la interrupción de la prescripción de la acción respecto de una infracción (como es el artículo 55 de la ley 25.156), *no* son aplicables las disposiciones generales existentes en el Código Penal sobre la materia (como el artículo 67, ni es necesaria remisión alguna conforme al artículo 4) (CSJN, Fallos citados y Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I, causa 738/90 “A. Mellino SACIFI c. E.N. (A.N.A.) s. aduana”, del 21-6-1996; *íd.*, Sala IV, causas “Instrumentos Musicales (Promúsica) –T.F.– A.N.A, del 22-6-1993; 29.155/06 “Ascona S.A. (en autos Inca CM de Seguros TF 10425-A)” del 23-10-2007”).





Poder Judicial de la Nación

## CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA III

Diferentes son los casos en que, ante un vacío legal (esto es, un sistema especial que no prevea causales de interrupción), correspondiese realizar la integración con el Código Penal. Tal es el sentido del propio artículo 56 de la LDC que disponía la aplicación del cuerpo normativo general para los supuestos “no previstos”. Por lo demás, la ampliación de las causales de interrupción establecidas por el legislador en la ley especial de Defensa de la Competencia, en una analogía *in mala partem*, podría vulnerar el principio de legalidad. El derecho punitivo -en cualquiera de sus ramas- es un sistema riguroso y cerrado, formado por ilicitudes discontinuas, que no tolera, por la naturaleza de los objetos jurídicos de que trata, ningún tipo de integración, extensión o analogía tendientes a completar los elementos esenciales de las figuras creadas por una norma (Fallos: 301:395; concepto recibido por el artículo 18 de la Constitución).

En este orden de ideas, la Corte Suprema ha sostenido puntualmente –en un caso no referido a Defensa de la Competencia- que si la ley especial establece que sea la denuncia la que interrumpa la prescripción, no puede asignarse el mismo efecto a los trámites administrativos posteriores cuando la normativa no lo hace (CSJN, Fallos: 274:425).

En la inteligencia apuntada, cabe colegir que no corresponde la aplicación supletoria del artículo 67 del Código Penal -pretendida por el Estado Nacional- ya que la Ley de Defensa de la Competencia 25.156 establece en forma *expresa* en su artículo 55 las únicas causales interruptivas de la prescripción a tener en cuenta (ver Cámara en lo Penal Económico, Sala A, causa CPE 680/2014, “Telecom Argentina S.A s/ apel. res. defensa de la competencia”, del 17/07/14).

### **III.3.2. La inaplicabilidad del precedente “Loma Negra”**

El Estado Nacional, tanto en los fundamentos de la Resolución de la CNDC N° 55/2012 que rechazó las excepciones de prescripción como en la contestación de los memoriales, invoca el precedente “Loma Negra” de la Sala B de la Cámara en lo Penal Económico del 26 de agosto de 2008, que



fuera confirmado por la Corte Suprema el 14 de agosto de 2013 (Fallos 336:1199). Es que en esa oportunidad se recurrió por analogía a las causales de interrupción de la prescripción del artículo 67 del Código Penal.

Empero, tal pronunciamiento es *inaplicable* al caso de autos por distintos motivos. En primer lugar, en ese fallo se aplicó la ley 22.262 (anterior a la ley 25.156) que *no* establecía supuestos de interrupción de la prescripción para el procedimiento administrativo. Por ende, en línea con la doctrina de la Corte mencionada en el acápite precedente, dada la ausencia de previsión legal sobre ese asunto (sin riesgo de afectar el principio de especialidad de la ley), correspondía la integración con las reglas del ordenamiento general que resultasen compatibles.

Vale la pena aclarar que en el único pasaje que se regulaba la interrupción de la prescripción en la ley 22.262 era en su artículo 35, pero refiriéndose a la acción penal entonces prevista: “el procedimiento administrativo previo interrumpe el plazo de prescripción de la acción penal, el que será de seis (6) años. El término comenzará a correr nuevamente a partir de los dieciocho (18) meses de iniciada la actuación”. Ese sistema regía exclusivamente para los delitos previstos en el artículo 41. En efecto, del texto legal se desprendían dos géneros de ilicitudes: por un lado, infracciones cuyo conocimiento correspondía a la administración (arts. 17 a 31, con las medidas de los arts. 26 y 27) y, por el otro, delitos (art. 41) cuyo juicio, previa sustanciación del sumario administrativo, correspondía al órgano jurisdiccional (arts. 32 a 42), los que eran reprimidos con penas (art. 42). En consecuencia, el artículo 35 aludía a la prescripción de la acción respecto de los delitos y no de las infracciones administrativas (y por tal motivo era posible, en casos como “Loma Negra”, la integración con el artículo 67 del Código Penal), no sólo por la ubicación sistemática de la norma y por su literalidad -referida únicamente a la acción penal-, sino también por la lógica del mecanismo incluido en ella por el legislador (ver Dictamen de la Procuración General de la Nación en “YPF s/ Ley 22.262”, causa Y.1.XXXVII R.H.E, del 19/04/2002, fallo de CSJN del 02/07/2002).





Poder Judicial de la Nación

## CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA III

En segundo lugar, cabe destacar que la redacción de las leyes 22.262 y 25.156 en cuanto a la remisión a las normas generales era *disímil*. El artículo 43 de la ley 22.262 disponía que “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”. Es decir, que de su letra surge la supletoriedad con *una* condición: que sean compatibles. Ello presenta una diferencia *sustancial* con la ley 25.156 que preveía la remisión para los “casos no previstos”. En efecto, el artículo 56 establecía que “será de aplicación en los casos no previstos por esta ley y su reglamentación el Código Penal de la Nación, el Código Procesal Penal y el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en cuanto sean compatibles con las disposiciones de esta ley”. Tal cual puede percibirse, conforme a esta normativa, debían darse *dos* condiciones: 1) tratarse de casos no previstos; y 2) que sean compatibles; las cuales no se encuentran presentes de modo *acumulativo* en el *sub judice*.

### **III.3.3. Las modificaciones legislativas hasta la actualidad**

En el año 2014 se modificó el artículo 56 de la 25.156, estableciendo que “será de aplicación en los casos no previstos por esta ley, la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19.549” (aunque tal reforma mantuvo el artículo 57, que disponía de modo discordante que “no serán aplicables a las cuestiones regidas por esta ley las disposiciones de la ley 19.549”). Esto implica que, a partir de esa fecha (cuando todavía no se había dictado la Resolución de la Secretaría de Comercio bajo examen), se descartó de plano cualquier integración con el artículo 67 del Código Penal.

Más allá de las contradicciones normativas, es interesante resaltar que la reforma llevó a la Sala B de la Cámara en lo Penal Económico que había dictado “Loma Negra” a sostener en distintos fallos que, atenta la falta de supletoriedad con el Código Penal, las únicas causales de interrupción de la prescripción en materia de Defensa de la Competencia eran las del art. 55 de la ley 25.156. Además, ese Tribunal recurrió al concepto de ley penal



más benigna (conf. art. 2 del Código Penal) para aplicar la ley reformada a hechos cometidos con anterioridad (lo cual, según criterio de la CSJN en Fallos 324:1878, es posible en materia de sanciones administrativas, incluso habiendo personas jurídicas mediante) (ver Cámara en lo Penal Económico, Sala B, “Ford”, causa CPE 1634/2014, del 12/04/2016, “Clorox”, causa CPE 595/2015, del 18/03/2016, entre otras). No resulta pertinente adentrarse en un análisis profundo ni en la razonabilidad de la aplicación de la ley penal más benigna en este caso ya que se interpreta que la acción se encuentra prescripta conforme las previsiones de la ley 25.156 anteriores a la reforma.

Por último, la ley 27.442, sancionada en el año 2018, establece en su artículo 73 que los plazos de prescripción de la acción se interrumpen: a) con la denuncia; b) por la comisión de otro hecho sancionado por la presente ley; c) con la presentación de la solicitud al beneficio de exención o reducción de la multa prevista en el artículo 60; d) con el traslado del artículo 38; y e) con la imputación dispuesta en el artículo 41. Es decir, que actualmente se contemplan en la ley especial *expresamente* -como causales de interrupción- los supuestos que el Estado Nacional pretende integrar supletoriamente con situaciones análogas del artículo 67 del Código Penal (esto es, los anteriores pedidos de explicaciones y traslado de los artículos 29 y 32 de la ley 25.156; hoy artículos 38 y 41 de la nueva ley).

Asimismo, la ley 27.442 –volviendo al sistema de la ley 25.156 anterior a la reforma del 2014- dispone en el artículo 79 que “serán de aplicación supletoria para los casos no previstos en esta ley, el Código Penal de la Nación y el Código Procesal Penal de la Nación, en cuanto sean compatibles con las disposiciones de la presente. No serán aplicables a las cuestiones regidas por esta ley las disposiciones de la ley 19.549”.

En suma, el legislador ha ampliado las causales de interrupción de la prescripción que preveían las anteriores leyes especiales (a las que no puede recurrirse encubierta o elípticamente en desmedro de quienes fueron parte de la investigación). Esto significa que, si hubiese sido aplicable este nuevo contexto normativo, la acción no podría declararse prescripta.





Poder Judicial de la Nación

## CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA III

### **III.4. Colofón**

La acción que nace de las infracciones a la ley 25.156 importa el ejercicio de la potestad punitiva estatal, destinada a hacer efectiva la tutela del interés público a través del procedimiento regulado en el capítulo VI para la investigación y sanción de conductas prohibidas. La limitación temporal prevista en los artículos 54 y 55, mediante la prescripción de dicha acción, garantiza ante el órgano administrativo competente el debido proceso legal en punto al derecho del sujeto investigado por una infracción a obtener un pronunciamiento dentro del plazo establecido por la ley.

En el *sub judice*, desde 1 de enero de 2008, habiéndose identificado al año 2007 –inclusive- como el último período investigado y sancionado y, por ende, como última causal de interrupción de la prescripción conforme al artículo 55 de la ley especial 25.156 (ver punto III.2), hasta el 4 de diciembre de 2015, que fue dictada la resolución del órgano administrativo competente (ver punto III.1), ha transcurrido *holgadamente* el plazo legal de cinco años previsto por el artículo 54 de la LDC.

Por lo tanto, toda vez que no es posible en un régimen especial que prevé causales de interrupción de la prescripción efectuar una integración por analogía con las establecidas en el Código Penal (cuya aplicación, conforme al artículo 56 de la LDC, es supletoria para los casos no contemplados en la norma, ver punto III.3), cabe declarar extinguida por prescripción la acción de autos. En consecuencia, ha devenido abstracto el análisis del resto de los agravios incoados por los apelantes.

### **IV. Las costas**

En lo que respecta a las erogaciones causídicas, cabe destacar que el artículo 68, segunda parte, del Código Procesal, prescribe que "el juez podrá eximir total o parcialmente de esta responsabilidad (de las costas) al litigante vencido, siempre que encontrare mérito para ello, expresándolo en su pronunciamiento, bajo pena de nulidad". Tal disposición importa una sensible atenuación al principio del hecho objetivo de la derrota (mismo artículo,



primera parte) y concede a los magistrados un margen de arbitrio que debe ejercerse restrictivamente y sobre la base de circunstancias cuya existencia, en cada caso, torne manifiestamente injusta la aplicación del mencionado principio (ver Palacio, Lino, Derecho Procesal Civil, T. III, pág. 373).

La contienda que nos exhibe la presente causa encuadra en la norma excepcional transcrita. Ello, dada la gravedad de los hechos denunciados, siendo la carterización en materia de salud una problemática *alarmante* que corresponde ser debidamente abordada, y la prueba colectada por la autoridad de aplicación, pasible de avalar una potencial responsabilidad de los demandados. En tal virtud, teniendo en cuenta la naturaleza de los planteos y la novedad de la solución en materia de prescripción, ya que ni esta Cámara Civil y Comercial Federal ni la Corte Suprema de Justicia de la Nación se han expedido previamente sobre la procedencia de la integración de las causales de interrupción del artículo 67 del Código Penal con las del artículo 55 de la ley 25.156, cabe distribuir las costas en el orden causado (art. 68, 2da. parte, del Código Procesal).

Por ello, **SE RESUELVE:** revocar la Resolución N° 705 del 2015 de la Secretaría de Comercio Interior y declarar extinguida por prescripción la acción. Las costas se imponen en el orden causado.

El doctor Guillermo Alberto Antelo no suscribe por hallarse en uso de licencia (art. 109 del RJN).

Regístrese, notifíquese, publíquese y, oportunamente, devuélvase.

**Ricardo Gustavo Recondo**

**Graciela Medina**

