

Causa N° 1957/13

**“Fresenius Kabi SA s. recurso de queja por recurso directo denegado”**

Buenos Aires, 10 de septiembre de 2013.

**AUTOS Y VISTOS:**

El recurso de queja deducido a fs. 71/76 por Fresenius Kabi SA (en adelante Fresenius o la recurrente) contra la providencia denegatoria dictada por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (la Comisión o CNDC) el 24 de abril de 2013, cuya copia obra a fs. 5351vta. del expediente administrativo S01:0320435/2006 (c. 1142) que se tiene a la vista, y

**CONSIDERANDO:**

1. Fresenius solicitó, en los términos del art. 33 de la ley 25.156 y del art. 7 del decreto 396/01, reconsideración de la denegatoria de la prueba pericial en economía (con excepción de dos de los puntos ofrecidos) decidida en la Resolución CNDC N° 88/2012 –art. 4°- (ver copias de fs. 5244/61 y 5279/81 de las referidas actuaciones administrativas). La Comisión consideró inconducentes los puntos desestimados por no guardar relación directa con las cuestiones planteadas en la investigación.

Ese pedido fue rechazado por la CNDC el 22 de marzo de 2013 con sustento en que los argumentos esgrimidos por la empresa no eran suficientes para desvirtuar los fundamentos de la decisión atacada (cfr. copia de fs. 5289).

Ello motivó el recurso de apelación interpuesto, según los arts. 52 y 53 de la ley 25.156, contra “la resolución del 22/3/2013 (...) que rechazó la producción de la totalidad de los puntos periciales en economía (salvo dos) propuestos” (copia de fs. 5347/50vta.), el cual fue desestimado el 24 de abril con fundamento en el art. 33 de la ley 25.156.

2. Se agravia la recurrente en los términos del art. 282 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación por cuanto considera que la decisión es apelable porque la coloca en un estado de indefensión.

Alega que la nómina de resoluciones apelables que prevé el art. 52 de la ley 25.156 es enunciativa y que no excluye aquéllas que causan un gravamen irreparable. Y considera que corresponde una instancia revisora de la

decisión acerca de la prueba, no obstante lo dispuesto en el art. 379 del Código Procesal Civil y Comercial, a fin de preservar los principios de la defensa en juicio y del debido proceso, garantizados por la Constitución Nacional (art. 18), la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 8) y el Pacto Internacional de Derechos Políticos y Sociales (art. 14).

Añade, en ese sentido, que la única forma de probar los hechos alegados en el escrito de descargo es mediante la totalidad de los puntos ofrecidos como prueba pericial.

Por último, invoca el carácter penal administrativo del procedimiento y las garantías que por ello le asisten como imputada, como así también la arbitrariedad de la denegatoria de la prueba pericial ofrecida ya que no se expresaron los motivos en que se fundó esa decisión.

3. En primer término, se debe destacar que la apelación cuya denegatoria motiva esta queja no ha sido deducida contra la Resol. N° 88/12 que desestimó puntos de la prueba pericial ofrecidos por Fresenius, sino contra el rechazo de la reconsideración que articuló en los términos del art. 33 de la ley 25.156 y del art. 7 del decreto 396/01.

La primera de las normas invocadas dispone que las decisiones en materia de prueba son irrecurribles, en tanto que el art. 7 del decreto 396/01 prevé la posibilidad de plantear la reconsideración de las medidas de prueba dispuestas con relación a su pertinencia, admisibilidad, idoneidad y conducencia. (No se hará mérito de la disposición del art. 379 del Código Procesal Civil y Comercial que cita la recurrente, desde que la aplicación de dicho ordenamiento fue observada en el decreto 1019/99, art. 9.)

4. Así planteada la cuestión, cabe destacar que la recurrente no hace valoración alguna de las normas que invocó para impugnar la Resol. 88/12 por la vía de la reconsideración y que prevén la improcedencia de otros recursos. Sólo una vez desestimada esa vía planteó el carácter enunciativo del art. 52 de la ley 25.156, en cuanto limita los supuestos de procedencia de la apelación, sin hacer mérito alguno del art. 33 en el que la Comisión fundó la denegatoria de la apelación.

Es decir, el rechazo de la apelación con sustento en el régimen legal aplicable —que la propia recurrente invocó— no ha sido motivo de una crítica concreta y razonada, ni de un fundado planteo de inconstitucionalidad,

alegándose sólo en forma genérica la violación de las garantías constitucionales de la defensa en juicio y del debido proceso.

En tales condiciones, no es suficiente la mera invocación de la procedencia de la apelación alegando un gravamen irreparable en los términos del art. 449 del Código Procesal Penal, habida cuenta de que el art. 56 de la ley 25.156 establece que el referido código será de aplicación en los **casos no previstos** por esa ley y en cuanto sean compatibles con sus disposiciones (*cfr. esta Sala, causa 9676/04 del 15-3-2005*).

5. Es cierto que este Tribunal ha considerado aplicable el art. 449 del Código Procesal Penal para admitir la procedencia de un recurso de apelación ante la concurrencia de un gravamen irreparable. Empero ello fue en supuestos en los que se apelaban resoluciones que no estaban entre las enumeradas en el art. 52 de la ley 25.156 (*causas 2929/02 del 15-8-2002, 9628/02 del 29-10-2002 y 1029/03 del 24-5-2004*), y no ante un caso para el que expresamente se previó la irrecurribilidad (*cfr. causa 9676/04 citada*).

Una inteligencia contraria importaría tanto como habilitar la jurisdicción recursiva prevista por ley en un supuesto en el cual la intención del legislador ha sido clara en excluirla. En síntesis, se prescindiría así del texto legal, lo cual no es admisible aún con el fin de adecuarlo a los principios y garantías constitucionales que se invocan (*Fallos 315:3016, 318:950 y 320:2647*), puesto que en la interpretación de la ley se debe dar pleno efecto a las normas vigentes, sin sustituir al legislador ni juzgar sobre el mero acierto o conveniencia de disposiciones adoptadas en el ejercicio de sus propias facultades (*Fallos 299:167, 314:458, 318:1012 y 324: 2153*), aplicándolas tal como éste las concibió (*Fallos 300:700, 316:2695, 321:1614 y 324:1740*). No cabe, pues, apartarse de letra de la norma, pues constituye la primera fuente de exégesis de la ley, en tanto que si ésta no exige esfuerzo debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que exceden las circunstancias del caso, expresamente contempladas por la norma, ya que de otro modo podría arribarse a una interpretación que equivaliese -sin declaración de inconstitucionalidad- a prescindir de su texto, resultado que no es admisible (*Fallos 311:1042, 316:1247, 319:2617, 323:620 y 324:1740*).

En consecuencia, no habiendo la recurrente planteado y fundado de modo suficiente la inconstitucionalidad del art. 33 de la ley 25.156, norma en la

que se sustentó la denegatoria de la apelación, la queja no puede ser admitida, máxime cuando no se ha demostrado en forma concluyente de qué modo la decisión acerca de la prueba le provoca un gravamen que no sea susceptible de reparación ulterior, cuando todavía no ha recaído resolución que ponga fin a la vía administrativa y habilite –eventualmente– la revisión judicial amplia que este tribunal ha reconocido con sustento en la doctrina sentada por la Corte Suprema a partir del fallo “Fernández Arias c. Poggio”.

Sólo resta precisar que, en las referidas condiciones, no es atendible el agravio relacionado con la violación de las garantías de la defensa en juicio reconocidas en la Constitución Nacional y en los Pactos Internacionales (arts. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Dichas cláusulas no pueden ser interpretadas con una amplitud tal que implique que cualquier acto dictado durante el procedimiento previsto por la ley 25.156, para la investigación y sanción de conductas, sea recurrible por vía de apelación, con prescindencia de que tenga carácter definitivo o final (como es el caso de los enumerados en el art. 52 de la LDC) o de que ocasione un gravamen irreparable en los términos del art. 449 del Código Procesal Penal. En línea con lo expuesto, es oportuno destacar que el art. 14.5 del Pacto Internacional citado por la recurrente dispone que “Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescripto por la ley”.

De ese modo se compatibilizan los derechos constitucionales de los particulares sujetos al procedimiento previsto en la ley 25.156, con la finalidad que ha tenido el legislador al establecer la revisión judicial acotada a los actos definitivos o susceptibles de generar un gravamen irreparable (*esta Sala, causa 7324/11 del 11-9-2012*).

Por ello, **SE RESUELVE:** desestimar la queja deducida por Fresenius a fs. 71/76.

El Dr. Guillermo Alberto Antelo no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia (art. 109 del RPJN).

Regístrese, notifíquese, comuníquese mediante oficio a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia y, oportunamente, archívese.