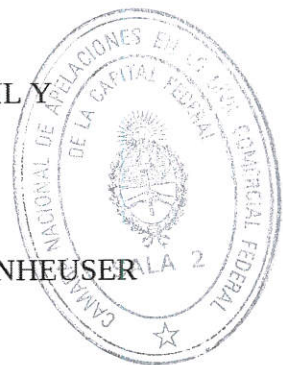




Poder Judicial de la Nación
CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y
COMERCIAL FEDERAL – SALA II



Causa n° 3123/2019
COMPAÑIA INDUSTRIAL CERVECERA SA Y OTRO c/ ANHEUSER
BUSCH INBEV NVSA Y OTRO s/RECURSO QUEJA CNDC

Buenos Aires, de agosto de 2019. SB

Y VISTO: El recurso de queja deducido por Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. a fs. 83/90, contra la providencia denegatoria dictada por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia el 22 de marzo de 2019 (fs.80/81), en el marco del expediente administrativo n° S01:0409434/2016; y

CONSIDERANDO:

I.- Que mediante resolución n° 20/2019, del 22 de marzo del corriente, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia -en adelante C.N.D.C. o la Comisión- rechazó el recurso de apelación interpuesto por el letrado apoderado de Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G. (C.M.Q.)-cuya copia luce a fs. 74/77-, contra la resolución n°13/2019, mediante la cual el mismo organismo desestimó su solicitud de tener acceso a los incidentes confidenciales de la causa (conf. fs. 3519/3522, del referido expediente, acompañado en copia certificada, que se tiene a la vista).

Para así decidir, recordó, en principio, lo dispuesto por el artículo 66 de la Ley N°27.442 en cuanto allí se encuentran estipuladas las decisiones que son materia de recurso de apelación. En ese sentido, señaló que la disposición atacada no encuadra dentro de ninguno de los supuestos previstos en la referida norma, motivo por el cual, *prima facie*, no resulta susceptible de apelación.

Sin perjuicio de ello, y atendiendo a la aplicación supletoria del artículo 449 del Código Procesal Penal de la Nación, analizó si en el caso concurría un gravamen irreparable, en los términos que dispone la citada norma para la admisibilidad del recurso de apelación. Advirtió, primeramente, que por gravamen irreparable debe entenderse la vulneración o menoscabo de garantías o derechos de rango constitucional, que meriten revisión judicial en cualquier instancia, a fin de evitar un perjuicio a las partes de difícil o imposible reparación ulterior. OJ-2019-75903754-APN-DGD#MHA



En concreto, entendió que la resolución n°13/2019 al denegar el acceso a los incidentes de confidencialidad, no causa gravamen irreparable para la recurrente. Fundó aquella conclusión, en primer lugar, en la circunstancia de no haber sido utilizada la información confidencial para el análisis de las conductas imputadas, como así tampoco en la imputación. Por lo demás, resaltó que justamente éste es el momento procesal oportuno para que las partes denunciadas en un expediente ofrezcan su propia prueba y ejerzan su derecho de defensa, en tanto se les ha conferido el traslado previsto en el artículo 41 de la ya citada ley.

Finalmente, argumentó que el origen de los incidentes de confidencialidad ha sido a petición de terceros requeridos que no son parte en el expediente como así también, de las partes denunciadas. Agregó que estos sujetos solicitaron, en diversas oportunidades, el tratamiento confidencial de determinada información en virtud de revestir carácter sensible o secreto comercial.

II.- Que, contra esa decisión, Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G interpuso recurso de queja con arreglo a lo dispuesto en el artículo 282 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y en el artículo 476 y concordantes del Código Procesal Penal de la Nación.

En prieta síntesis, sostiene que se le ha imputado la comisión de supuestos actos ilícitos sobre la base de una documentación a la cual no ha tenido acceso. En razón de ello, alega que el hecho de que se haya mantenido prueba oculta para imputarle una supuesta conducta anticompetitiva constituye una evidente violación de la defensa en juicio y el debido proceso legal. En otros términos, refiere a la existencia de un gravamen irreparable derivado de la prohibición de compulsar una documentación que constituye prueba de cargo para fundar la imputación de la conducta ilícita. Asimismo, refiere a que, tanto la enunciación del artículo 52 de la derogada Ley N°25.156, como aquella que se encuentra comprendida en el artículo 66 de la Ley N°27.442, no resultan en modo alguno taxativa, puesto que la existencia de un gravamen irreparable torna





Poder Judicial de la Nación
CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y
COMERCIAL FEDERAL – SALA II



Causa n° 3123/2019
procedente el recurso interpuesto. Por último, cita jurisprudencia para avalar su postura en cuanto a la apertura de la instancia recursiva.

III.- Que, al punto 3 de fs. 92vta., el señor Fiscal General dictaminó respecto a la competencia de este Tribunal para conocer en la impugnación planteada, a cuyos términos corresponde adherir, a fin de evitar reiteraciones innecesarias.

En su ponencia, propició la admisión del recurso de queja y postuló, para ello, que la disposición que rechazó el pedido de levantamiento de la confidencialidad de los incidentes debe considerarse susceptible de ser impugnada judicialmente, conclusión ésta que, como a continuación se verá, la Sala también comparte.

IV.- Que, como aclaración preliminar, y dado lo acontecido en otras causas con ese mismo organismo, corresponde señalar que la C.N.D.C. no se encuentra facultada para pronunciarse en torno a la admisibilidad formal de una impugnación judicial. El artículo 67 de la Ley N°27.442, en su párrafo primero, dispone que **“El recurso de apelación deberá interponerse y fundarse ante el Tribunal de Defensa de la Competencia dentro de los quince (15) días hábiles de notificada la resolución. El Tribunal de Defensa de la Competencia deberá elevar el recurso con su contestación ante el juez competente, en un plazo de diez (10) días de interpuesto, acompañado del expediente en el que se hubiera dictado el acto administrativo recurrido.”** (el subrayado no corresponde al texto original).

Más allá de que la experiencia demuestra que ese plazo no es observado por la C.N.D.C. –y este expediente no es la excepción- de la lectura de la referida norma no se infiere que el legislador le haya atribuido competencia alguna para el dictado de una resolución denegatoria, como la que aquí se cuestiona, en la medida que únicamente previó que es en el referido organismo donde se debe presentar el recurso, siendo éste el encargado de elevarlo junto con su contestación ante el juez competente. La ausencia de todo tipo de referencia normativa con relación a la potestad de examinar la procedencia formal de la impugnación judicial intentada contra

OJ-2019-75903754-APN-DGD#MHA

Fecha de firma: 09/08/2019

Alta en sistema: 14/08/2019

Firmado por: ALFREDO SILVERIO GUSMAN - EDUARDO DANIEL GOTTARDI - RICARDO VÍCTOR GUARINONI



el acto administrativo –ya sea, para concederlo o denegarlo-, nos lleva a concluir que somos los jueces los encargados de tal revisión.

La conclusión arribada es la que concilia con el principio de celeridad judicial y además es la más imparcial y prolija, pues ni la actual C.N.D.C. ni el futuro Tribunal de Defensa de la Competencia pueden hacer las veces de una suerte de primera instancia judicial para llevar a cabo un test de admisibilidad formal de los “recursos judiciales” que se le presenten (conf. en general respecto a los llamados recursos judiciales directos, MURATORIO, Jorge “Algunas consideraciones acerca del recurso judicial directo”, en A.A.V.N. (Juan Carlos CASSAGNE director) “Tratado de Derecho Procesal Administrativo” T. II, p. 639, Ed. L.L. 2007).

Sin perjuicio de lo expuesto, no escapa a este Tribunal que en la resolución n°20/19, la propia C.N.D.C. alude a que se encuentra facultada para el dictado de aquella disposición en virtud “... *de las facultades emergentes de la Resolución N°359/2018, art. y del arts. 42, 66 y 80 de la Ley N°27.442 y arts. 5, 6 y 7 de su Decreto reglamentario N°480/2018, como asimismo los cc. del Código Procesal Penal de la Nación*”. Sin embargo, en cuanto a las previsiones legales citadas, se advierte que de ninguna de ellas se desprende, de manera clara, la existencia de tal potestad. Es cierto que existe una norma de rango bastante inferior, como la Resolución n°359/2018, en la que el Secretario de Comercio de la Nación dispuso que la “... *ex Comisión de Defensa de la Competencia resolverá en relación a los planteos y/o recursos que interpongan las partes o terceros contra actos dictados por ella misma*” (art. 2°). Empero, no se infiere, ni siquiera de sus Considerandos cuál sería el fundamento jurídico por el cuál la Secretaría de Comercio se encuentra autorizada para atribuir tal prerrogativa a la Comisión, cuando aquello no surge del texto de la ley, como así tampoco del Decreto Reglamentario N°480/2018. A lo dicho se agrega que, la referencia genérica que formula a “*recursos que interpongan las partes*”, tampoco permite determinar si se alude al recurso de reconsideración (art. 42 de la Ley de Defensa de la Competencia) o aquel





Poder Judicial de la Nación
CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y
COMERCIAL FEDERAL – SALA II



Causa n° 3123/2019
denominado “recurso de apelación” contemplado en el artículo 66 de la
misma norma.

Lo hasta aquí expuesto, reviste trascendental importancia, si se repara, en particular, que la facultad apuntada en la mencionada resolución secretarial podría redundar, incluso, en un cercenamiento de la revisión judicial de la decisión administrativa, a la que, por imperativo constitucional, los distintos jugadores del mercado deben tener acceso (arg. arts. 18, 109 y 116 de la Constitución Nacional, complementados con los compromisos internacionales asumidos por la República que garantizan el llamado derecho a la tutela judicial efectiva, que porta alcurnia constitucional conforme el art. 75 inc. 22).

V.- Que, aclarado lo expuesto, llega el momento de abordar los motivos por los cuales la Comisión ha denegado el recurso de apelación interpuesto por C.M.Q., entre los que expresamente se menciona que la resolución impugnada no se encuentra prevista entre los supuestos que contempla el artículo 66 de la L.D.C. y la ausencia de gravamen irreparable en los términos del artículo 449 del C.P.P.N. Y, en lo que aquí interesa, ambos argumentos merecieron la crítica de la quejosa en la presentación que se trata.

En lo relativo a la primera de las cuestiones apuntadas, es conveniente recordar que el artículo 66 de la Ley N°27.442, aunque incorporó algunos supuestos (vgr. inc. e) y f), mantuvo, en esencia, la misma metodología que el derogado artículo 52 de la Ley N°25.156, en cuanto éste también enumeraba las resoluciones susceptibles de ser revisadas por el “recurso de apelación”.

Sobre este punto, la jurisprudencia de esta Cámara ha decidido, en reiteradas ocasiones, que no puede atribuirse, por principio, carácter taxativo a la enumeración de las resoluciones apelables indicadas en el art. 52 de la Ley N° 25.156 (ver esta Sala, causa n°1561/09 del 23.06.09, Sala I, causa n° 12.808/02, del 10.6.03; Sala III, causa n° 2.929/02 del 15.8.02, entre muchos otros). Ese criterio ha sido reiterado en forma más reciente por

OJ-2019-75903754-APN-DGD#MHA



la Sala I de este fuero en los casos “CILFA” (del 22.06.2017) y C.A.M.E. (del 16.08.2018).

Tal interpretación se sustenta en la exigencia constitucional y supranacional ya indicada que garantiza la tutela judicial efectiva que impone revisar lo que han resuelto los órganos administrativos. Los afectados por la decisión administrativa tienen derecho a ocurrir ante un tribunal perteneciente al Poder Judicial de la Nación, en un proceso en el que puedan controvertir todos los aspectos fácticos y jurídicos vinculados con la controversia. Y esa circunstancia ha llevado a parte de la doctrina a considerar que cuando determinadas leyes especiales –vgr. la ley de entidades financieras- prevén un procedimiento especial de contralor judicial a través de recursos “directos” o de “apelación”, en rigor, se tratan de acciones judiciales en instancia única (conf. Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, FDA, 1998, T. 1, pág. IX-29 o bien “acciones especiales” (confr. Marcer, Ernesto, *Demandas contra el Estado*, Ed. Ad Hoc, pág 103), en las que no cabe hablar de “acto apelado” sino de “decisión impugnada” (conf. Hutchinson, Tomás, *Régimen de Procedimientos Administrativos*, Astrea, 2000, pág. 163), siendo por ende incorrecta su asimilación con el recurso de apelación previsto en las normas rituales (conf. Grau, Armando E., *Habilitación de la instancia contencioso administrativa*; Editora Platense, 1971, págs. 64 y siguientes).

Dicho esto, no existe motivo para no hacer extensiva la interpretación que esta Cámara ha postulado en los citados precedentes con relación al artículo 52 de la ley derogada a la regulación actual que contempla el artículo 66 de la L.D.C. Ello así, pues los argumentos que llevaron a este Tribunal a desechar el carácter taxativo a la enumeración contenida en la antigua norma, resultan en todo aplicables al artículo en análisis.

VI.- Que el fundamento dirimente de la Comisión para rechazar la apelación deducida por C.M.Q. fue la ausencia de gravamen en cabeza del impugnante (ver fs. 81 y 81vta.), extremo éste expresamente controvertido





Poder Judicial de la Nación
CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y
COMERCIAL FEDERAL – SALA II



Causa n° 3123/2019

en la pieza obrante a fs. 83/90, en la cual sostiene que la decisión adoptada por la Comisión le impide ejercer debidamente su derecho de defensa.

Como punto de partida, corresponde señalar que el artículo 449 del C.P.P.N., de aplicación supletoria en la materia en virtud de lo dispuesto por el artículo 79 de la L.D.C., regula la procedencia del recurso de apelación contra “... **los autos de sobreseimiento dictados por los jueces de instrucción y en lo correccional, los interlocutorios y las resoluciones expresamente declaradas apelables o que causen gravamen irreparable**” (el énfasis ha sido colocado por el Tribunal).

En lo relativo a esta cuestión, y por tratarse de un acto procesal de parte, constituye requisito subjetivo de admisibilidad del recurso previsto en la normativa antes mencionada, la circunstancia de que quien lo interpone haya sufrido un perjuicio o gravamen a raíz de la resolución que impugna. No basta, por lo tanto, el derecho de impugnación abstractamente reconocido por la ley a un determinado sujeto, sino que es necesario que éste tenga, en concreto, interés en impugnar la resolución que se trate, y ese interés debe tenerse por configurado cuando el recurso se presenta como el remedio capaz de excluir el perjuicio invocado (conf. Palacio, Lino E. “Los recursos en el proceso penal”, Cuarta Edición, Actualizada y ampliada por Del Sel, Juan María, Ed. Abeledo-Perrot, 2012, p. 7).

De este modo, el derecho de recurrir corresponderá a quien tenga un interés directo y a quien la resolución apelada cause un gravamen irreparable. Esto último es lo que se denomina técnicamente “agravio”, es decir, cuando la resolución cuestionada desmejora o contradice la expectativa de la parte y afecta al interés que se pretende hacer prevalecer (conf. C.N. Apel. Penal Económico, Sala A, causa n° 1044/2009/10/1/RH3, del 15.06.18).

Ahora bien, aunque el concepto de “gravamen irreparable” no se presta a una definición genérica y debe, por lo tanto, verificarse su concurrencia en cada caso concreto, puede decirse que, aquel se presenta, cuando no existe otra oportunidad procesal útil para reparar el perjuicio que irroga la resolución cuestionada (conf. Palacio, Lino E. op. cit. p. 62).

OP 2019/5903/54-APN-DGD#MHA



VII.- Que, sentadas así las pautas, veamos entonces si, a tenor de los términos expuestos por la quejosa a fs. 83/90, concurre en autos la causal mencionada que habilite la apertura de la vía de impugnación judicial intentada por C.M.Q. a fs. 74/77.

En la pieza referida, la presentante afirma que la Comisión al momento de denegar la impugnación judicial por ella interpuesta, sostuvo que el organismo no utilizó la información confidencial para acusarla e imputarle la realización de conductas anticompetitivas con potencial perjuicio a los consumidores y al interés económico en general. Sobre este aspecto, apunta que hasta tanto no se tome conocimiento de la referida información, no es posible determinar que es en lo que en verdad sucedió, justificando en aquella circunstancia la impugnación cuyo rechazo motivó la queja. La consecuencia que imputa a dicha denegatoria, es el gravamen irreparable que le genera al no poder ejercer debidamente su defensa.

De este modo, la alegada violación al derecho de defensa cuya causa se atribuye a la ponderación de documentos confidenciales que habría efectuado la C.N.D.C. en oportunidad de imputarle las conductas anticompetitivas, resulta suficiente para tener por configurado el supuesto previsto en el artículo 449 –última parte- del C.P.P.N. y admitir así, la vía de revisión judicial. Dicho en otros términos, la quejosa fundamenta su postura en la vulneración de la garantía constitucional de defensa en juicio y debido proceso que la decisión de la C.N.D.C. le genera, extremos que deben ser analizados en esta instancia judicial dado que podrían provocar a la parte un agravio de imposible reparación ulterior (conf. Sala I, causa n°2257/17/RH1, del 11.07.17).

VIII.- Por cierto, ante supuestos de razonables dudas acerca de si se encuentran presentes los recaudos de admisibilidad de la impugnación judicial contra lo resuelto por el órgano administrativo, este Tribunal debe inclinarse por la admisión del acceso al proceso judicial, teniendo presente el principio *in dubio pro actione*, que guarda vinculación estrecha con el marco constitucional y supranacional descripto en los considerandos anteriores (ver, en este sentido, C.S.J.N., Fallos: 316:2477). Lo hasta aquí expuesto, no





Poder Judicial de la Nación
CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y
COMERCIAL FEDERAL – SALA II



Causa n° 3123/2019

implica, claro está, formular un juicio valorativo respecto al examen de fondo en cuanto a la certeza de la transgresión a la garantía constitucional antes referida, puesto que aquello deberá ser materia de decisión a la hora de dar tratamiento al “recurso de apelación” interpuesto a fs. 74/77 y meritar, en su caso, el acierto o desacierto en el que incurrió la Comisión al desestimar el pedido del levantamiento de confidencialidad.

Por todo lo expuesto, corresponde hacer lugar al recurso de queja deducido por la sociedad impugnante, por no habersele concedido la apelación contra la disposición por la cual la C.N.D.C. desestimó su solicitud de levantar la confidencialidad de los documentos presentados en el expediente administrativo. Ello pues, ante la duda razonable de que pudiera existir un menoscabo en el derecho de defensa de la parte de imposible o dificultosa reparación posterior, este Tribunal se inclina por la apertura de la revisión judicial.

En virtud de lo expuesto, y lo concordemente dictaminado por el señor Fiscal General –cuyos fundamentos se dan por reproducidos por razones de economía procesal-, esta Sala **RESUELVE: I)** hacer saber a la C.N.D.C. que deberá abstenerse en lo sucesivo de examinar y/o expedirse sobre la procedencia o no de la impugnación judicial planteada contra un acto administrativo, conforme lo tratado en los considerandos precedentes causas **II)** declarar la competencia de este Tribunal para conocer en la cuestión planteada; **III)** hacer lugar al recurso de queja y conceder, la apelación deducida contra la Resolución n° 20/19 C.N.D.C. (conf. art. 449 y 478 del C.P.P.N.); **IV)** teniendo en cuenta el alcance de la pretensión deducida, correr traslado al Estado Nacional –Ministerio de Economía- por el plazo de 15 días, término éste que se fija con fundamento en el principio de igualdad procesal, el que justifica que, ante la ausencia de previsión legal expresa al respecto, se le conceda a la emplazada idéntico tiempo para contestar, que aquel que prevé el artículo 67 de la Ley N°27.442 para interponer y fundar la impugnación; **V)** hacer saber al servicio jurídico que queda a su cargo la pertinente la comunicación prevista en el artículo 8 de la Ley N°25.344 (conf. art. 3° del Anexo III del Decreto N°1116/99).



Regístrese y notifíquese, al señor Fiscal de Cámara en su despacho. Hágase saber a la impugnante que la notificación prevista en el punto III se encuentra a su cargo, y deberá ser practicada mediante oficio de estilo. Hecho, pasen los autos a Oficina de Asignación de Causas a fin de que se clasifique el expediente en función de lo resuelto precedentemente.

ALFREDO SILVERIO GUSMAN

EDUARDO DANIEL GOTTARDI

RICARDO VÍCTOR GUARINONI

