

Buenos Aires, de marzo de 2021.

VISTOS:

Los recursos de apelación interpuestos por los representantes de JOHNSON & JOHNSON CORPORATION y de PFIZER INC. a fs. 1970/2018 y 2021/2056 vta. de este legajo, respectivamente, contra la resolución de fs. 1913/1918 del mismo expediente, en cuanto por aquella la Secretaría de Comercio dispuso multar a aquellas personas jurídicas con sustento en lo establecido por los arts. 8, 9 y 46 inc. "d" de la ley 25.156 (confr. los artículos 1° y 2° del pronunciamiento aludido).

El escrito de fs. 2137/2171 de este legajo, por el cual el representante del Estado Nacional elevó las actuaciones a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal y contestó los recursos de apelación aludidos por el párrafo anterior.

La resolución de fs. 2203/2203 vta. de este expediente, por la cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación dirimió la cuestión negativa de competencia suscitada entre la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en Civil y Comercial Federal y esta Sala "B" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, disponiendo que sea este Tribunal el que continúe conociendo en las presentes actuaciones (confr., asimismo, fs. 2181/2183 vta., 2185/2186, 2188/2190, 2197 y 2199/2200 vta. de este legajo).

Los memoriales que lucen impresos a fs. 2212/2247 vta. y 2248/2297 de este expediente, por las cuales los representantes de PFIZER INC. y de JOHNSON & JOHNSON CORPORATION, respectivamente, informaron en la oportunidad prevista por el art. 454 del C.P.P.N.

Y CONSIDERANDO:



El señor juez de cámara Dr. Roberto Enrique HORNOS expresó:

1º) Que, por la resolución de fs. 1913/1918 de estas actuaciones, la Secretaría de Comercio impuso a PFIZER INC. una “...multa de PESOS VEINTE MIL (\$ 20.000) diarios a contar desde el 8 de mayo de 2008 hasta el día 26 de abril de 2013, totalizando la suma de PESOS VEINTITRÉS MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA MIL (\$ 23.980.000)...” y a JOHNSON & JOHNSON CORPORATION una “...multa de PESOS VEINTICINCO MIL (\$ 25.000) diarios a contar desde el día 8 de mayo de 2008 hasta el día 7 de abril de 2017, totalizando la suma de PESOS CINCUENTA Y CUATRO MILLONES SETENTA Y CINCO MIL (\$ 54.075.000)...”, por considerar que las personas jurídicas aludidas habían omitido cumplir en tiempo oportuno con la notificación prevista por el art. 8 de la ley 25.156 respecto de una operación de concentración económica concertada entre ambas y que habían incurrido, por lo tanto, en el comportamiento sancionado por los arts. 9 y 46, inc. “d”, del mismo cuerpo legal.

2º) Que, sobre los sucesos que motivaron la decisión recordada por el considerando anterior, mediante el dictamen de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia que luce a fs. 1837/1856 de este legajo, cuyo contenido la Secretaría de Comercio declaró parte integrante de la resolución recurrida (confr. el artículo 5º de aquella decisión), se manifestó: “...La operación objeto del presente expediente consiste en la suscripción de un Acuerdo Global en Estados Unidos entre PFIZER INC. (en adelante ‘PFIZER’) y JOHNSON & JOHNSON (en adelante ‘JOHNSON’) el 25 de junio de 2006, el cual dispuso la transferencia efectiva de productos de PFIZER a JOHNSON en distintos países, debiendo ser instrumentada la misma mediante acuerdos separados en cada jurisdicción, a ser suscriptos entre las filiales locales de cada sociedad [...] En virtud de dicho contrato, el 20 de diciembre de 2006 se celebró un Contrato de Transferencia de Negocio entre PFIZER S.R.L. (en adelante ‘PFIZER ARGENTINA’) y JOHNSON & JOHNSON DE ARGENTINA S.A. (en adelante ‘JOHNSON ARGENTINA’), mediante el cual se dispuso la transferencia de la línea de negocios ‘Healthcare Consumer’ integrada por productos OTC (productos de venta libre): Dramamine, Nicorette



y Visine y 10 productos OTC licenciados: Agarol, Anusol, Benadryl, Caladryl, Duranil, Glyceryn supositorios, Listerine, Mylanta, Sacarina y Sinutab, conforme surge del apéndice C4 del contrato, titulado: ‘Otros productos que forman parte del Negocio Global’ [...] Estos productos [tiempo antes, habían sido] licenciados en virtud de un Acuerdo de Licencia celebrado entre WARNER LAMBERT COMPANY, PARKE DAVIS & COMPANY como licenciante y sociedades controladas por PFIZER y G&M S.A. como licenciataria [...] Por medio de dicho Acuerdo, el licenciante otorgó una licencia exclusiva a la licenciataria a fin de que produzca y comercialice de manera exclusiva en Argentina, ciertos productos del licenciante [...] Asimismo con fecha 1° de mayo de 2008 se celebró una Carta Complementaria que modificó el Acuerdo de Compraventa de Acciones y Activos del año 2006, en la cual en su cláusula 3. titulada ‘Pago de regalías en Argentina’, PFIZER acordó pagar a JOHNSON todos los pagos realizados por G&M S.A., ELEA e INTERBELLE COSMETICS S.A. a WARNER LAMBERT COMPANY de conformidad con el Acuerdo de licencia [...] con respecto a las ventas en Argentina de 10 productos licenciados [...] a saber: Agarol, Anusol, Benadryl, Caladryl, Duranil, Glyceryn supositorios, Listerine, Mylanta de venta con receta, Sacarina y Sinutab, todo ello en virtud de lo dispuesto en el Contrato Global de fecha 25 de junio de 2006 y en el Acuerdo de Transferencia del 20 de diciembre de 2006...” (confr., asimismo, la Resolución N° 164/2015 de la Secretaría de Comercio, dictada el día 29 de junio de 2015 y que en copia luce a fs. 1428/1433 de este expediente, a la cual se hizo remisión por la nota al pie N° 4 del dictamen de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia aludido al comienzo de este considerando, y por la que se dispuso en su momento intimar a PFIZER INC. y a JOHNSON & JOHNSON CORPORATION para que dieran cumplimiento con lo dispuesto por el art. 8 de la ley 25.156. Finalmente, en razón de lo que se expresará más adelante, corresponde recordar que por la Resolución N° 164/2015 se declaró como parte integrante de aquella decisión al Dictamen N° 1131 de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, que en copia obra a fs. 1409/1422 de este expediente).

Por otro lado, mediante la resolución recurrida se expresó que, respecto de la operatoria de concentración económica detallada por el párrafo que antecede, el vencimiento del plazo para cumplir con la notificación establecida por el art. 8 de la ley 25.156 había operado el día 8 de mayo de



2008 y que, “...sin embargo, las partes han notificado la operación en las siguientes fechas: la firma PFIZER INC. [e]l día 26 de abril de 2013 y la firma JOHNSON & JOHNSON CORPORATION el día 7 de abril de 2017 [...] fechas [que] evidencian que la notificación de la [...] operación fue efectuada de forma tardía...” (confr. fs. 1913/1918 de las presentes actuaciones).

3º) Que, por los recursos de apelación en examen, los representantes de JOHNSON & JOHNSON CORPORATION y de PFIZER INC. se agraviaron, según el caso, por considerar que aquellas sociedades habían sido multadas por la Secretaría de Comercio a pesar de encontrarse prescripta la acción para sancionarlas, que la concentración económica que se concretó entre ambas personas jurídicas se encontraba exenta de la notificación establecida por el art. 8 de la ley 25.156 por no superar los montos aludidos por el art. 10, inc. “e”, del mismo cuerpo legal, que durante el procedimiento en la sede administrativa, por decisiones o actos de distinto tipo, se afectaron las garantías constitucionales del debido proceso y de la defensa en juicio lo que impondría declarar la nulidad de lo actuado en consecuencia, y que las multas resultan excesivas por haber sido graduadas a partir de una evaluación sesgada de los antecedentes del caso.

4º) Que, con respecto al monto de la operación involucrada, por el dictamen de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia que luce a fs. 1837/1856 de estas actuaciones, el cual, como se expresó con anterioridad, la Secretaría de Comercio hizo propio por la resolución recurrida, se manifestó: “...Tal como surge del Dictamen CNDC N° 1131 y Resolución SC 164/2015, por los productos Visine, Dramamine, y Nicorette [el monto de la transferencia] fue de US\$ 6.000.000, el monto equivalente fue de AR\$ 18.312.000 de 2006 (equivalente a AR\$ 152.634.884 del año 2017); y que asimismo, JOHNSON ARGENTINA acordó pagar a PFIZER la suma de US\$ 4.626.855 como monto correspondiente a la compensación [por el producto] Listerine, siendo el equivalente en pesos AR\$ 14.260.059 de 2007 (a su vez, AR\$ 110.875.356 del año 2017); y finalmente, conforme lo informado por JOHNSON ARGENTINA, el monto en 2006 por la transferencia de Agarol y Caladryl fue de AR\$ 10.400.400 para el primero y de AR\$ 20.201.000 para el segundo (AR\$ 86.689.812 y AR\$ 168.380.149 del año 2017,



respectivamente). Por consiguiente, el monto total por la transferencia de los productos mencionados ascendió a la suma de AR\$ 63.173.459, lo cual, considerando valores actualizados a 2017 equivale a AR\$ 518.580.201...” (confr. el párrafo 68 del dictamen aludido).

En forma similar, por el Dictamen N° 1131 de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, citado en forma expresa al comienzo del párrafo que se transcribió precedentemente, se había manifestado: “...En primer lugar debe decirse que para el cálculo del monto de la operación debemos tener en cuenta el monto de los productos transferidos en su conjunto, ya que forman parte de una línea de negocio transferida y no por separado, como fue planteado por las partes [...] Por lo expuesto, si tenemos en cuenta que el monto por la transferencia de los productos Visine, Dramamine y Nicorette fue de US\$ 6.000.000, teniendo en cuenta que la cotización del dólar al 20 de diciembre de 2006 fue de \$ 3,052, el precio equivalente en pesos es de \$ 18.312.000; y que asimismo, J&J ARGENTINA acordó pagar a PFIZER S.R.L. US\$ 4.626.885 como monto correspondiente a la compensación Listerine, siendo el equivalente en pesos \$14.260.059 (conforme cotización del dólar al 22 de junio de 2007, \$ 3,0820); y finalmente, conforme lo informado por J&J ARGENTINA, el monto por la transferencia de Caladryl y Agarol es de \$ 10.400.400. para el primero y \$ 20.201.000, para el segundo, el monto total por la transferencia de los productos mencionados asciende a la suma de \$ 63.173.459. **No encontrándose, por ende, alcanzada por la exención del Artículo 10, inciso e) de la Ley de Defensa de la Competencia.** Dicho lo anterior, se colige que la operación objeto de estudio debió ser notificada...” (confr. los párrafos 47 y 48 del dictamen mencionado; el resaltado es del presente voto).

5°) Que, mediante el art. 3 del decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 396/01, para cuyo dictado se invocó la delegación de facultades legislativas efectuada por la ley 25.414, se introdujo un inciso nuevo al art. 10 de la ley 25.156, el cual quedó redactado de la forma siguiente: “...Se encuentran exentas de la notificación obligatoria prevista en el artículo anterior las siguientes operaciones: [...] e) Las operaciones de concentración económica previstas en el artículo 6° que requieren notificación de acuerdo a lo previsto en el artículo 8°, cuando el monto de la operación y el valor de los



activos situados en la República Argentina que se absorban, adquieran, transfieran o se controlen no superen, cada uno de ellos, respectivamente, los VEINTE MILLONES DE PESOS (\$ 20.000.000), salvo que en el plazo de doce meses anteriores se hubieran efectuado operaciones que en conjunto superen dicho importe, o el de SESENTA MILLONES DE PESOS (\$ 60.000.000) en los últimos treinta y seis meses, siempre que en ambos casos se trate del mismo mercado...”.

Más allá de lo que pudiera opinarse en torno a si lo dispuesto por el art. 3 del decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 396/2001 se ajustó o excedió las bases de la delegación legislativa dispuesta por la ley 25.414 (confr. C.S.J.N., Fallos 331:2406), de todas formas correspondería tener presente que, aunque más no fuera con efectos hacia adelante, con la sanción de la ley 26.993 (B.O. 19/09/14), que introdujo modificaciones de distinto tipo a la ley 25.156, podría estimarse que la disposición aludida al comienzo de este párrafo fue ratificada tácitamente por el Congreso Nacional.

6°) Que, mediante la ley 27.442, publicada en el Boletín Oficial el día 15 de mayo de 2018, se derogó la ley 25.156 y se aprobó un régimen nuevo de Defensa de la Competencia.

En lo que interesa al caso en examen, por aquel cuerpo normativo se mantuvo el procedimiento de control previo instaurado en su momento por la ley 25.156 respecto de las operaciones de concentración económica de cierta transcendencia en el mercado, dejándose en pie a aquellos fines, también bajo sanción de multa para el caso de incumplimiento, el deber de notificar la situación a la autoridad correspondiente antes del perfeccionamiento del acto o de la materialización de la toma de control (confr. los arts. 9, 55 inc. “d” y 84 de la ley 27.442).

Asimismo, por el art. 11 de la ley 27.442 se estableció que “...[s]e encuentran exentas de la notificación obligatoria [aludida por el párrafo anterior] las siguientes operaciones: [...] e) Las operaciones de concentración económica [...] que requieran notificación [...] cuando el monto de la operación y el valor de los activos situados en la República Argentina que se absorban, adquieran, transfieran o se controlen no superen, cada uno de ellos, respectivamente, la suma equivalente a veinte millones (20.000.000) de unidades móviles, salvo que en el plazo de doce (12) meses anteriores se



hubieran efectuado operaciones que en conjunto superen dicho importe, o el de la suma equivalente a sesenta millones (60.000.000) de unidades móviles en los últimos treinta y seis (36) meses, siempre que en ambos casos se trate del mismo mercado...”, mientras que por el art. 85 del mismo cuerpo legal se dispuso: “...A los efectos de la presente ley defínase a la unidad móvil como unidad de cuenta. El valor inicial de la unidad móvil se establece en veinte (20) pesos, y será actualizado automáticamente cada un (1) año...”.

Finalmente, con relación al régimen nuevo de Defensa de la Competencia, con un criterio que implicó revisar lo dispuesto sobre la cuestión al tiempo de modificarse la ley 25.156 mediante la ley 26.993, por el art. 79 de la ley 27.442 se dispuso: “...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...”.

7º) Que, en función de lo reseñado precedentemente, y en lo que concierne a la exención del deber de notificar a la cual viene haciéndose alusión, se advierte que, a partir de la entrada en vigencia de la ley 27.442 la notificación previa a la autoridad respectiva, en principio, pasó a estar dispensada cuando el monto de la operación de concentración económica y el valor de cada uno de los activos en el país alcanzados o afectados por aquélla no superasen la suma de \$ 400.000.000 (cifra que surge de multiplicar por \$ 20 -valor inicial de la unidad móvil- los 20.000.000 a los que se alude por el art. 11, inc. “e” de aquella ley), “...salvo que en el plazo de doce (12) meses anteriores se hubieran efectuado operaciones que en conjunto superen dicho importe, o el de la suma de [\$ 1.200.000.000] en los últimos treinta y seis (36) meses, siempre que en ambos casos se trate del mismo mercado...” (confr. los arts. 11 inc. “e” y 85 de la ley citada).

8º) Que, en la operación entre JOHNSON & JOHNSON CORPORATION y de PFIZER INC., de acuerdo con los montos establecidos por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia y la Secretaría de Comercio para las fechas de las transferencias aludidas por las transcripciones efectuadas por el considerando 4º de este voto, las sumas en juego habrían



ascendido a un equivalente de “\$ 63.173.459”, es decir, un monto ante el cual, desde la perspectiva de las previsiones de la ley 27.442 y del valor inicial de la “unidad móvil” establecido al sancionarse aquella ley (\$ 20), no resultaba exigible la comunicación a la que viene haciéndose referencia.

No se pasa por alto que, a diferencia de lo que ocurrió con el Dictamen N° 1131 de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia y la Resolución N° 164/2015 de la Secretaría de Comercio (confr. fs. 1410/1422 y 1428/1433 de este legajo), por la resolución en examen, mediante la remisión a un dictamen posterior de aquella comisión, se estableció que “...*la suma de AR\$ 63.173.459 [...] considerando valores actualizados a 2017 equivale a AR\$ 518.580.201...*”. Sin embargo, admitir una actualización como la empleada en la sede administrativa, sin que medie una ley que en el caso habilite a proceder de aquel modo, implicaría por lo pronto desconocer que “...*‘la Ley N° 25.561 si bien derog[ó] el régimen de convertibilidad impuesto por la Ley N° 23.928, no modific[ó] en lo sustancial los artículos 7 y 10 (v. art. 4°, Ley N° 25.561), por lo que se mantiene la prohibición de actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuera su causa’ (Fallos: 333:31 y 447) [...] normativa que se encuentra vigente...*” (confr. el considerando 2° del voto concurrente de los señores jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dres. Juan Carlos MAQUEDA y Carlos Fernando ROSENKRANTZ, en el pronunciamiento dictado el día 2 de julio de 2020 en la causa N° CSJ 105/2012 (48-S)/CS1 “*San Arawa S.A. c/ Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad*”. Asimismo, confr. en lo pertinente y aplicable, los pronunciamientos CPE 1366/2012/2/CA2, rta. el 17/07/15, Reg. Interno N° 320/15; y CPE 1181/2014/3/CA1, rta. el 06/06/17, Reg. Interno N° 375/17, ambos de esta Sala “B”, y el pronunciamiento CPE 521/2017/4/CA1, res. del 27/06/17, Reg. Interno N° 344/17, de la Sala “A” de esta Cámara de Apelaciones).

9°) Que, como se ha establecido por pronunciamientos anteriores de este Tribunal, “...*la sucesión de leyes en el derecho positivo argentino se encuentra regulada por el principio general de la irretroactividad de aquéllas para regir relaciones jurídicas nacidas con anterioridad a su vigencia. Esta regla general -que se prescribe por el art. 3 del C.C. [y actualmente por el art. 7*



del Código Civil y Comercial de la Nación]-, *en el caso del Derecho Penal en particular, constituye un efecto obligado del principio de legalidad (art. 18 de la C.N.)...*’ (confr. Regs. Nos. 539/97, 543/08 y CPE 1634/2014/CA1, res. del 12/04/16, Reg. Interno N° 129/16, entre muchos otros, de esta Sala “B”).

10°) Que, lo expresado por el considerando anterior reconoce una excepción en el principio de la retroactividad de la ley penal más benigna, el cual, a nivel legal, se encuentra previsto por el art. 2 del Código Penal, que dispone: “...*Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al momento de pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna [...] En todos los casos del presente artículo, los efectos de la nueva ley se operarán de pleno derecho...*”.

Asimismo, con redacciones distintas (y sin ingresar al examen del alcance específico y particular que se podría haber dado, como consecuencia de aquellas redacciones diferentes, a cada una de las normas que se citan seguidamente), aquella excepción al principio de legalidad en materia penal fue incorporada al art. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica); al art. 11 punto 2, de la Declaración Universal de Derechos Humanos; al art. 15 apartado 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y al art. 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, todos con jerarquía constitucional como consecuencia de lo dispuesto por el art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional.

11°) Que, con independencia de que por el art. 79 de la ley 27.442 se estableció nuevamente, para esta materia, la aplicación supletoria del Código Penal y del Código Procesal Penal de la Nación, cabe recordar que por pronunciamientos anteriores de este Tribunal se expresó, en vigencia de la ley 26.993 que había dispuesto recurrir a las previsiones de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (19.549) en las situaciones no contempladas por la ley 25.156, que de todas formas correspondía la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna en razón de la jerarquía constitucional de los tratados internacionales aludidos por el considerando anterior y porque no podría desconocerse la naturaleza penal de las sanciones establecidas por la última de las leyes mencionadas (confr. CPE 595/2015/CA1, res. del 18/03/16, Reg.



Interno N° 100/16; y CPE 1634/2014/CA1, res. del 12/04/16, Reg. Interno N° 129/16, de esta Sala “B”).

12°) Que, en función de lo establecido por el considerando 7° de este voto y de lo expresado precedentemente en torno al principio de la retroactividad de la ley penal más benigna, corresponde aplicar en el caso las previsiones de la ley 27.442, pues de examinar los comportamientos atribuidos en autos a JOHNSON & JOHNSON CORPORATION y a PFIZER INC., no desde la perspectiva de las previsiones de las leyes 25.256 y/o 26.993, sino desde las de la ley 27.442, debería concluirse que esta última resulta más beneficiosa para las personas jurídicas imputadas, puesto que, en razón de los montos históricos asociados a la operación en trato, con las normas de la ley 27.442, no podría estimarse exigible la notificación por cuya omisión oportuna la Secretaria de Comercio sancionó a ambas personas jurídicas.

En el sentido indicado por el párrafo anterior, cabe recordar que, al momento de examinar la procedencia en un caso del principio de la retroactividad de la ley penal más benigna, la comparación de los textos legales en juego debe “...ser hecha con referencia a todo el contenido de la ley, partiendo de la pena, de los elementos constitutivos de la figura delictiva, de las circunstancias agravantes o atenuantes de la infracción, y tomando en cuenta también las demás situaciones que influyen en la ejecución de la pena, en su suspensión, prescripción, perdón, gracia, liberación, etcétera...” (confr. Sebastián SOLER, “Derecho Penal Argentino”, T. I, pág. 193, Ed. TEA, 1973).

13°) Que, no obsta a lo establecido por el considerando anterior el hecho de que por el art. 81 de la ley 27.442 se haya dispuesto que “...[l]a reglamentación establecerá las condiciones con arreglo a las cuales continuará la tramitación de los expedientes iniciados en los términos de lo establecido en el capítulo III [titulado “DE LAS CONCENTRACIONES Y FUSIONES”] de la ley 25.156...” y que por el art. 81 del decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 480/2018, reglamentario de aquella ley, se haya establecido: “...Los Expedientes iniciados en los términos del Capítulo III de la Ley N° 25.156 y sus modificaciones continuarán su tramitación hasta su finalización conforme lo establecido en dicha norma...”.



En efecto, lo estipulado por el art. 81 de la ley 27.442 y del decreto 480/2018 parece destinado a regir exclusivamente el trámite de los procedimientos iniciados durante la vigencia de la ley 25.156 como consecuencia o respecto de las concentraciones económicas sometidas al control previo al cual se aludió por el considerando 6°, párrafo segundo, de este voto. Sin embargo, sea cual fuera el alcance que correspondiese atribuir a los artículos citados, resulta evidente que estipulaciones de aquella jerarquía normativa no podrían impedir la aplicación del derecho constitucional que en la materia en examen corresponde reconocer a las personas jurídicas sancionados de que se les aplique el principio de la retroactividad de la ley penal más benigna (confr. el considerando 17° del voto en disidencia de los señores jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dres. Carlos S. FAYT, Antonio BOGGIANO y Gustavo A. BOSSERT, por el pronunciamiento de Fallos 321:824, como también lo que surge de los considerandos 2° y 14° del voto en disidencia del Dr. Enrique Santiago PETRACCI en la misma sentencia, al cual posteriormente se remitió el Máximo Tribunal por el pronunciamiento de Fallos 329:1053).

14°) Que, finalmente, corresponde expresar que la situación que se verifica en el caso en examen, en lo que concierne a la aplicación del principio de la retroactividad de la ley penal más benigna ante modificaciones legislativas que aumentan los montos a los que aluden las leyes para delimitar los comportamientos pasibles de pena o condicionar la punibilidad de los comportamientos típicos, resulta similar a la que se ha dado en materia penal tributaria y penal aduanera como consecuencia de la entrada en vigencia de las leyes 25.986, 26.063, 26.735 y 27.430, respecto de las cuales resultó ampliamente mayoritario el criterio jurisprudencial que entendió procedente la aplicación retroactiva de aquellas leyes a hechos cometidos con anterioridad a su sanción.

En efecto, ante las modificaciones legislativas producidas respecto del Régimen Penal Tributario, esta Sala “B”, por numerosos pronunciamientos anteriores, ha recordado: “...lo establecido precedentemente [sobre la procedencia de aplicar retroactivamente el Régimen Penal Tributario aprobado por el Título IX de la ley 27.430, a hechos cometidos con anterior a la entrada en vigencia de aquella ley] es coincidente con el criterio que este Tribunal adoptó



con relación a las modificaciones que, algunos años atrás, se introdujeron mediante la ley 26.735 al Régimen Penal Tributario instaurado por la ley 24.769 (confr. Regs. Nos. 26/12, 101/12, 254/12, 137/13, 50/13, 393/13, 406/13 y S.I.G.J. 18/14, entre muchos otros, de esta Sala 'B'), en función de una postura interpretativa que también ha sido receptada por pronunciamientos de la Cámara Federal de Casación Penal (confr. C.F.C.P., Sala I, causa N° 16.739, 'MARCHESE, HUGO y OTRO S/ RECURSO DE QUEJA', Reg. N° 20.526, rta. el 11/12/12; Sala II, causa N° 15.659, 'MOSCHIONI, MARIO y OTROS S/ RECURSO DE CASACIÓN', Reg. N° 30/13, rta. el 15/02/13; Sala III, causa N° 15.971, 'ZINI, VICENTE ANTONIO Y OTROS S/ RECURSO DE CASACIÓN', Reg. N° 1376/12, rta. el 28/09/12, y Sala IV, causa N° 315/13, 'COTO GUTIERREZ, ANTONIO y OTROS S/ RECURSO DE CASACIÓN', Reg. N° 1622/13, rta. el 30/08/13), y que resulta acorde con lo establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, mediante la sentencia publicada en Fallos 330:4544, en una situación similar con motivo de las modificaciones introducidas por la ley 26.063 al art. 9 de la Ley Penal Tributaria [...] En ese sentido, por el pronunciamiento mencionado en último término, el más Alto Tribunal expresó, por remisión a los fundamentos y conclusiones del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte Suprema de Justicia de la Nación compartió e hizo suyos por razones de brevedad: '...la ley 26.063 [...] ha introducido una importante modificación en la descripción típica del artículo 9 de la ley 24.769, al aumentar [...] el límite a partir del cual es punible la apropiación indebida de recursos de la seguridad social [...] En tales condiciones, [...] resulta aplicable al caso en forma retroactiva esta ley que ha resultado más benigna para el recurrente de acuerdo a lo normado por el artículo 2 del Código Penal, en tanto que la modificación introducida importó la desincriminación de aquellas retenciones mensuales menores a dicha cifra, entre las que se incluyen las que conformaron el marco fáctico original de la pena impuesta al apelante que, de ser mantenida, importaría vulnerar aquel principio receptado en los tratados internacionales con jerarquía constitucional...' (confr. CPE 940/2019/1/CA1, res. del 15/11/19, Reg. Interno N° 932/19; CPE 1200/2019/1/CA1, res. del 28/11/19, Reg. Interno N° 952/19; CPE 1480/2017/CA1, res. del 29/11/19, Reg. Interno N° 967/19; CPE 966/2019/CA1, res. del 26/12/19, Reg. Interno N° 1025/19; CPE 901/2019/CA1, res. del 20/02/20, Reg. Interno N° 81/20; CPE 1437/2019/CA1, res. del 19/02/20, Reg.



Interno N° 72/20; CPE 1891/2017/CA1, res. del 04/09/20, Reg. Interno N° 370/20; y CPE 1382/2019/CA1, res. del 18/09/20, Reg. Interno N° 406/20, entre muchos otros, de esta Sala “B”. Asimismo, confr. CPE 828/2015/5/CA2, res. del 21/08/18, Reg. Interno N° 49/18; CPE 753/2015/10/CA2, res. del 05/04/18, Reg. Interno N° 156/18; CPE 995/2014/CA1, res. del 20/04/18, Reg. Interno N° 204/18; y CPE 1892/2012/CA4, res. del 18/05/18, Reg. Interno N° 311/18, de la Sala “A” de esta Cámara de Apelaciones. Finalmente, confr., por citar pronunciamientos recientes de la Cámara Federal de Casación Penal: Sala I, causa N° FTU 1907/2019/CFC1, “*BUSNELLI, JOSÉ NARCISO S/ RECURSO DE CASACIÓN*”, Reg. N° 1853/20, rta. el 21/12/20; Sala II, causa N° FBB 17790/2017/1/CFC1, “*CIARLANTINI, OSCAR ANGEL S/ RECURSO DE CASACIÓN*”, Reg. N° 311/21, rta. el 17/03/21; Sala III, causa N° CPE 79/2019/1/RH1, “*GB SECURITY S.R.L. S/ RECURSO DE CASACIÓN*”, Reg. N° 315/21, rta. el 17/03/21; y Sala IV, causa N° FLP 64970/2019/CFC1, “*AUTO-SERVICIO EL TRIANGULO S.A. S/ INF. LEY 24.769*”, Reg. N° 224/21, rta. el 15/03/21).

Asimismo, como ya se indicó, con relación a las modificaciones que se introdujeron sucesivamente por las leyes 25.986 y 27.430 al art. 947 del Código Aduanero respecto del monto en función del cual, de no ser superado, y bajo ciertas circunstancias, los hechos de contrabando podrían recibir el tratamiento de la infracción aduanera de contrabando menor, por pronunciamientos anteriores este Tribunal expresó: “...*en sentido análogo al establecido precedentemente se pronunció esta Sala ‘B’, con una conformación parcialmente distinta de la actual, en situaciones similares a la presente con motivo de las modificaciones efectuadas al art. 947 del Código Aduanero por la ley 25.986, publicada en el Boletín Oficial el día 5 de enero de 2005 (confr. Regs. Nos. 208/05, 234/05 y 868/05, entre otros, de esta Sala ‘B’)* [y también] *respecto de las modificaciones efectuadas por la ley 27.430 al art. 947 del Código Aduanero (confr. CPE 826/2016/6/CA1, res. del 23/02/18, Reg. Interno N° 50/18; CPE 826/2016/7/CA2, res. del 06/09/18, Reg. Interno N° 741/18; CPE 727/2016/CA2, res. del 04/06/19, Reg. Interno N° 381/19; y CPE 1350/2016/CA1, res. del 11/03/19, Reg. Interno N° 116/19, entre otros, de esta Sala ‘B’), en función de una postura interpretativa que también ha sido receptada por pronunciamientos de la Cámara Federal de Casación Penal (confr. C.F.C.P., Sala I, causa N° CPE 370/2017/CFC1, ‘CANIZARES*



GONZALES, MARIO ALEXANDER Y MENDOZA LOPEZ, ROYNOVER S/INFRACCIÓN LEY 22.415', Reg. N° 1562/18, rta. el 22/11/18 y causa N° FPO1148/2016/CFC1, 'TROCHE CUBILLA, EUGENIO RICARDO S/RECURSO DE CASACIÓN', Reg. N° 1595/18, rta. el 26/11/18; Sala III, causa N° CPE 1350/2016/CFC1, 'SELEM, DAVID S/ RECURSO DE CASACIÓN', Reg. N° 1155/19, rta. el 15/07/19; y Sala IV, causa N° FPO 10361/2017/CA1/CFC1, 'TALAVERA, DELIA ROSANA S/ RECURSO DE CASACIÓN', Reg. N° 2192/18, rta. el 27/12/18 y causa N° FPA 15542/2017/1/CA1-CFC1, 'PICOLINI, SOLEDAD Y OTROS S/ RECURSO DE CASACIÓN', Reg. N° 108/19, rta. el 19/02/19)...” (confr. CPE 727/2016/CA2, res. del 04/06/19, Reg. Interno N° 381/19; CPE 2002/2017/CA1, res. del 26/12/19, Reg. Interno N° 1019/19; y CPE 2464/2016/CA1, res. del 19/02/20, Reg. Interno N° 70/20, entre otros, de esta Sala “B”. Asimismo, confr. Reg. N° 471/06; CPE 234/2017/1/CA1, res. del 04/04/18, Reg. Interno N° 146/18; y CPE 450/2017/CA1, res. del 25/06/20, Reg. Interno N° 169/20, de la Sala “A” de esta Cámara de Apelaciones).

15°) Que, por lo tanto, en razón de todo lo expresado por los considerandos que anteceden y en aplicación de las normas constitucionales, convencionales y legales que fueron citadas por el presente, corresponde revocar las multas impuestas por la Secretaría de Comercio a las que se aludió por el considerando 1° de este voto.

Por lo demás, por la circunstancia aludida se torna insustancial ingresar en el análisis de los agravios invocados por los recursos de apelación interpuestos por los representantes de JOHNSON & JOHNSON CORPORATION y de PFIZER INC.

El señor juez de cámara Dr. Juan Carlos BONZÓN expresó:

Como queda en evidencia a partir de lo que se expresó por el voto que antecede, la solución que correspondería dar al caso en examen se encuentra condicionada por la postura que se siga en torno a la posibilidad de aplicar retroactivamente al hecho imputado el régimen de la ley 27.442, específicamente, las previsiones que vinieron a aumentar los montos a

partir de los cuales deja de encontrarse dispensada la notificación a la autoridad correspondiente de las concentraciones económicas de ciertas características.

Se trata de una cuestión análoga a la que he tenido oportunidad de examinar por numerosos precedentes relacionados con los regímenes penales tributario y aduanero, en los que establecí que el principio de la retroactividad de la ley penal más benigna no resultaba aplicable en esos casos, en tanto cabía entender que las elevaciones de los montos “mínimos” no habían respondido a cambios en la valoración de la acción punible por parte del legislador, sino a una actualización de la significación objetiva de lesividad a los bienes jurídicos involucrados en cada caso.

A modo de ejemplo, cito mis votos en los siguientes pronunciamientos: “CRIVELLI, JOSÉ MARÍA S/ INFR. LEY 22.415” (causa N° 55.479, Orden N° 24.353, Reg. N° 471/06, resuelta el 7 de agosto de 2006); INCIDENTE DE APELACIÓN CONTRA EL AUTO DE SOBRESEIMIENTO DE FABIÁN A. ROMERO EN AUTOS “GLENCORE CEREALES S.A. SOBRE INFRACCIÓN LEY 24.769” (causa N° 62.799, Orden N° 27.771, Reg. N° 218/12, resuelta el 11 de mayo de 2012); LEGAJO DE APELACION DE BIDONCENTER S.A.; BREUNIG EGEWARTH ELIS REGINA EN AUTOS: “BIDONCENTER S.A. S/INF. LEY 24.769” (CPE 131/2017/3/CAI, Orden N° 31.271, Reg. Int. N° 133/18, resuelta el 26 de marzo de 2018), y “DELGADO, CRISTIAN EDUARDO SOBRE INFRACCIÓN LEY 22.415” (CPE 1220/2017/CA1, Orden N° 31.502, Reg. Int. N° 466/18), todos de la Sala “A” de esta Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, en los cuales se expresó el criterio que reiteraré en muchas otras apelaciones referidas a la misma cuestión, y a cuyas consideraciones me remito en honor a la brevedad.

Una nueva reflexión sobre el tema, fruto de la orfandad de un criterio rector que ponga fin a la polémica, sumado a la gran cantidad de legajos de apelación que merecen pronta resolución, me persuadieron sobre la necesidad de adaptar mi posición.

En este reexamen me permito advertir que el más Alto Tribunal aún no se ha pronunciado sobre la aplicación retroactiva del nuevo Régimen Penal Tributario aprobado por la ley 27.430. La ausencia de una interpretación con aptitud vinculante e innegable gravitación, sigue propiciando la expansión de opiniones jurisdiccionales con sentidos contrapuestos.



Si a esta indefinición se añade que mi voto resulta singular entre los magistrados que integran la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, resulta inexorable la persistencia de este debate que, lejos de esclarecer cuál es la norma aplicable, atrasa la solución de los casos que pretenden los apelantes.

Toda persona tiene derecho a que su proceso sea resuelto dentro de un plazo razonable. Este derecho se refiere a la obtención práctica de una respuesta jurídica a las pretensiones formuladas y a una razonable duración temporal del procedimiento necesario para resolver, todo lo cual se corresponde con un adecuado servicio de justicia.

Quien atraviesa un proceso judicial necesita pronta solución del conflicto que le aqueja, por lo que la respuesta de la justicia no puede quedar a expensas de la inmutabilidad de opiniones de quienes ostentan una función de máxima responsabilidad social.

De mantener mi voto disidente, las consecuencias procesales que podrían suscitarse no condecirían con el adecuado servicio de justicia por cuanto el dispendio jurisdiccional y la demora en la solución de los casos resultarían en desmedro de los derechos de las partes.

Mantengo mi convicción, pero entiendo también que la opinión minoritaria no tiene mayor alcance para esclarecer la aplicación retroactiva de los cambios legislativos como el aquí en trato, so riesgo de prolongar los procesos judiciales más allá del tiempo razonable en el que deben tramitar.

El ejercicio de la magistratura impacta en la vida de las personas, razón suficiente para que esa función sea ejercida en cumplimiento de los requisitos constitucionales. En efecto, el interés y el derecho a un pronunciamiento que ponga fin al litigio en un tiempo razonable está por encima del interés del juez de mantener su opinión sobre cierto tema jurídico.

Si bien los criterios disidentes dan cuenta de la deliberación que rodea el tema y, por ende, contribuyen a legitimar la opinión de la mayoría, lo cierto es que, para el caso de la aplicación retroactiva del nuevo régimen de Defensa de la Competencia, que incluso ha dejado de integrar la competencia material del fuero en lo Penal Económico (confr. el art. 67 de la ley 27.442), mantener mi opinión en estas condiciones, no tiene mayor conveniencia.



En conclusión, teniendo en cuenta que mi voto es minoritario en esta Cámara de Apelaciones y que el Máximo Tribunal Nacional aún no se ha pronunciado respecto de la aplicación retroactiva de la ley 27.430 a hechos (reprimidos por la leyes 24.769 y 22.415) cometidos con anterioridad a su sanción (cuyo criterio podría hacerse extensible a la materia involucrada en este caso), corresponde adoptar una opinión plural que propicie, como lo vengo haciendo desde un tiempo a esta parte, resoluciones en tiempo razonable hasta tanto la cuestión sea finalmente dirimida. En estas condiciones, por razones de celeridad y economía procesal, voto también en forma concurrente con mi colega preopinante, por lo que adhiero a sus conclusiones.

Por ello, **SE RESUELVE:**

I. REVOCAR los artículos 1° y 2° de la resolución dictada a fs. 1913/1918 de este expediente, por los cuales la Secretaría de Comercio dispuso multar a JOHNSON & JOHNSON CORPORATION y a PFIZER INC. con sustento en lo establecido por los arts. 8, 9 y 46 inc. “d” de la ley 25.156.

II. SIN COSTAS (arts. 530, 531 y ccs. del C.P.P.N.).

Regístrese, notifíquese, oportunamente comuníquese de conformidad con lo dispuesto por la resolución N° 96/2013 de superintendencia de esta Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico y devuélvase.

La Dra. Carolina ROBIGLIO no firma por haberse aceptado la inhibición formulada por la señora juez de cámara mencionada para intervenir en este legajo (confr. fs. 1738 de este expediente y el art. 109 del Reglamento para la Justicia Nacional).

