

“Jumbo Retail Argentina S.A. c/ DNCI s/ lealtad comercial – ley 22802 – art 22”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, sala V, 13/09/2019

Fallo:

Buenos Aires, 12 de septiembre de 2019.

Y VISTOS; CONSIDERANDO: El Sr. Juez de Cámara, Dr. Guillermo F. Trecay, dijo:

I.- Que a través de la Disposición DI-2017-894APN-DNCI#MP, la Directora Nacional de Comercio Interior impuso a la firma JUMBO RETAIL ARGENTINA S.A una multa de \$ 140.000 (pesos ciento cuarenta mil) por infracción a lo dispuesto en el artículo 9º de la Ley Nº 22.802 y a lo establecido en la Resolución Conjunta Nº 320/00 de la ex Secretaría de Industria, Comercio y Minería y Nº 95/00 de la ex Secretaría de la Competencia y el Consumidor (fs. 36/38). Para así decidir, sostuvo que en el local de la firma sumariada se había verificado que los productos consignados en los anexos I y IV del acta de inspección de fojas 1/2 inducían a error o engaño en cuanto a su contenido neto real y a su precio. En efecto, consideró que “.las previsiones del artículo 9º de la Ley Nº 22.802 y la Resolución Conjunta Nº 320/00 de la ex Secretaría de Industria, Comercio y Minería y Nº 95/00 de la ex Secretaría de la Competencia y el Consumidor no han sido respetadas, dado que en el rótulo de los productos intervenidos se consignó un pesaje superior al contenido real de los mismos, encontrándose la totalidad de las muestras pesadas excediendo con creces la tolerancia individual fijada normativamente” (fs. 37). Por lo tanto, concluyó que la materialidad de la infracción se encontraba acreditada. Por último, graduó la sanción de multa de acuerdo a las circunstancias del caso. Específicamente, tuvo en cuenta la posición de la sumariada en el mercado, la cantidad de productos en infracción y el informe de antecedentes obrante en las actuaciones.

II.- Que a fojas 1/9 del expediente Nº S01:0309701/2014, la empresa sancionada apeló la disposición señalada. El traslado del recurso directo fue contestado por la parte demandada mediante la presentación de fojas 135/147. En su escrito recursivo, planteó la inconstitucionalidad del artículo 63 de la Ley Nº 26.993. Al respecto, alegó que esa disposición “.atenta contra el derecho de defensa y debido proceso que consagra nuestra Carta Magna en su art. 18, al hacer exigible el pago previo a la interposición del recurso pertinente, se viola el debido proceso y el derecho de igualdad ante la ley por instar a mi mandante a incurrir en un perjuicio patrimonial, quebrantando el derecho de propiedad prescripto en el art. 17 de la Constitución Nacional.”. Citó jurisprudencia que -a su entender- respaldaba su postura. En cuanto al fondo del asunto, se agravó de la insuficiente identificación del instrumento de medición. Al respecto, sostuvo que la normativa aplicable exigía consignar las especificaciones técnicas, la marca completa, el número de serie y la tolerancia mínima, información que no había sido indicada en el caso de autos. Además, alegó que las diferencias de peso detectadas por la autoridad administrativa eran ínfimas y variaban en unos pocos gramos respecto de las tolerancias admitidas. También afirmó que dichas discordancias obedecían exclusivamente a propiedades organolépticas de los alimentos objetados. Por otro lado, sostuvo que la Administración había incurrido en un excesivo rigorismo formal atento a que no se habían causado perjuicios a los consumidores. Por último, afirmó que el

monto de la multa impuesta era excesivo, desproporcionado e irrazonable y que los argumentos dados por la autoridad administrativa no eran suficientes para fundar de manera adecuada tal aspecto de la decisión.

III.- Que en este estado de la causa, siendo formalmente admisible el recurso incoado (v. dictamen del Sr. Fiscal General de fs.151), corresponde examinar los agravios vertidos por la actora.

III.1- En cuanto al planteo de inconstitucionalidad del artículo 63 de la Ley Nº 26.993, que exige el pago previo de la multa como requisito de procedencia formal del recurso de apelación, toda vez que la apelante depositó el monto de la multa impuesta, la cuestión constitucional formulada ha devenido inoficiosa. Cabe agregar que en el caso de autos el derecho a la tutela judicial efectiva se encontró suficientemente garantizado por cuanto la exigencia no impidió a la recurrente acudir a la instancia jurisdiccional a fin de obtener la revisión de la Disposición DI-2017-894-APN-DNCI#MP.

III.2.- Despejada dicha cuestión, cabe recordar que la Ley Nº 22.802, “.regula materias cuya protección interesa al Estado Nacional en beneficio de todos los habitantes, esto es, la defensa de la buena fe en el ejercicio del comercio y la protección de los consumidores para que puedan acceder a una información fidedigna sobre los elementos que han de adquirir. Esta garantía está prevista expresamente en el art. 42 de la Constitución Nacional y la ley -que regula la referida garantía constituye uno de los métodos idóneos para el cumplimiento de los deberes constitucionales impuestos al Estado para una mejor protección de sus ciudadanos” (conf. Fallos 324:1276 , dictamen del Sr. Procurador Fiscal al que se remitió la Corte Suprema). En sentido concordante, esta Sala ha expresado que dicha ley y su reglamentación tienen como objetivo evitar que los consumidores, mediante indicaciones poco claras y engañosas, sean inducidos a error o falsedad en la adquisición de productos, mercaderías, o en la contratación de servicios protegiéndose, de este modo, el derecho de aquéllos a una información adecuada, completa y veraz, con relación al consumo (in rebus “Chacras Urbanas La Magdalena SA c/ DNCI- Disp. 441/10- Expte 379702/08-”, sentencia del 22/12/2010 y “Ferrero Argentina SA c/DNCI- Disp.206/09- Expte S01:300874/07-”, sentencia del 25/11/2010). Específicamente, el artículo 9º de la Ley Nº 22.802 prescribe: “Queda prohibida la realización de cualquier clase de presentación, de publicidad o propaganda que mediante inexactitudes u ocultamientos pueda inducir a error, engaño o confusión respecto de las características o propiedades, naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla, cantidad, uso, precio, condiciones de comercialización o técnicas de producción de bienes muebles, inmuebles o servicios”. Por su parte, la Resolución Conjunta Nº 320/00 de la ex Secretaría de Industria, Comercio y Minería y Nº 95/00 de la ex Secretaría de la Competencia y el Consumidor aprobó el Reglamento Técnico del Mercosur sobre Muestreo y Tolerancias de Producto Premedidos Comercializados en Unidades de Masa con Contenido Nominal Desigual (art. 1º). El artículo 2º estableció que las infracciones a lo allí dispuesto serían sancionadas conforme con lo previsto en la Ley Nº 22.802.

En lo que aquí interesa, el objetivo del citado reglamento era establecer los criterios para la verificación del contenido neto de productos premedidos comercializados en unidades de masa

con contenido nominal desigual (anexo I). La Tabla I fijó los márgenes de tolerancia entre el contenido efectivo y el contenido nominal: hasta 500 gramos un error de hasta 5 gramos, entre 500 a 5000 gramos un error de hasta 10 gramos y más de 5000 gramos un error de hasta 20 gramos. La Tabla II reguló la toma de muestras y prescribió -en lo que aquí interesa- que en un lote de hasta 13 productos se debían medir todas las muestras, ascendiendo el criterio de aceptación individual a 0 (cero) unidades.

III.3.- En el caso de autos, del acta N° 001140 del 16 de marzo de 2014 (fs. 1/2) y de los anexos I (fs. 3) y IV (fs.6), se desprende que la autoridad administrativa procedió a evaluar 5 (cinco) unidades de “carne vacuna nalga” y 13 (trece) unidades del producto “jamón cocido marca Campo Austral”. De dicha medición, surgió que dichos productos poseían un contenido neto real inferior al indicado en sus envases, superior a las tolerancias autorizadas por las normas señaladas. Además, se consignó que “el ensayo fue realizado utilizando una balanza marca Metter Toledo, modelo PB 3001, número de serie SNR 1116482233, perteneciente a la dirección actuante, debidamente verificada por el departamento de Metrología Legal de la Dirección Nacional de Lealtad Comercial”. En tales condiciones, se advierte que la materialidad de la infracción se encuentra debidamente acreditada, atento a que los productos indicados no respetaban la tolerancia exigida por la Resolución Conjunta N° 320/00 de la ex Secretaría de Industria, Comercio y Minería y N° 95/00 de la ex Secretaría de la Competencia y el Consumidor, en contradicción con el artículo 9° de la Ley N° 22.802. Sentado ello, cabe advertir que, a diferencia de lo sostenido por la recurrente en su escrito recursivo, el instrumento de medición se encontraba debidamente identificado en el acta de fojas 1/2, tal como se desprende de lo reseñado anteriormente. Por otra parte, las afirmaciones en torno a que las diferencias eran ínfimas y que obedecían a características organolépticas de los productos constituyen simples manifestaciones de disconformidad con la disposición apelada, más aun considerando que la recurrente no ofreció ningún elemento probatorio a fin de acreditar el último extremo señalado (art. 377 del CPCCN).

Por consiguiente, los agravios analizados no son atendibles.

III.4.- En lo referido a la circunstancia de que la infracción reprochada no generaba perjuicios a los consumidores, cabe señalar que en esta materia -Derecho Administrativo Sancionador- predominan las infracciones formales, “constituidas por la simple omisión o comisión antijurídica que no precisa ir acompañada de un resultado lesivo” (Nieto Alejandro, Derecho Administrativo Sancionador, Madrid, Tecnos, 2000, pág.349). Ello es así, en tanto esta rama del Derecho “es un Derecho preventivo en cuanto persigue las infracciones, dado que de éstas es de donde se deducen (o pueden deducirse) ordinariamente los resultados lesivos” (ibid., pág. 350). A partir de lo expuesto, y teniendo en cuenta que -tal como se advirtió precedentemente- la infracción como la analizada en autos, reviste carácter formal, su sola verificación hace nacer la responsabilidad del infractor (esta Sala in rebus: “ASATEJ SRL c/ DNCIDisp. 799/10, sentencia del 31/10/11 y “Banco Macro S.A c/ DNCI- Disp. 125/13, sentencia del 03/04/2013). En consecuencia, cabe concluir sobre

este punto que los argumentos expuestos por la recurrente en su recurso no poseen entidad suficiente para dejar sin efecto la sanción aplicada.

III.5.- Por último, en cuanto al monto de la sanción impuesta, es menester destacar que la determinación y graduación de las multas es resorte primario de la autoridad administrativa, principio que solo cede ante una manifiesta arbitrariedad (conf. esta Sala in re: “Musso, Walter c/ Prefectura Naval Argentina”, sentencia del 27/05/1997). Al respecto, no resulta exigible una exacta correlación numérica entre la multa y la infracción cometida, sino que es suficiente que la autoridad de aplicación realice una apreciación razonable de las diferentes circunstancias tenidas en cuenta para justificar la sanción. En el presente caso, se debe considerar que la administración ha graduado el monto de la sanción según la posición de la sumariada en el mercado, la cantidad de productos en infracción y el informe de antecedentes obrante en las actuaciones. Por lo tanto, toda vez que la falta se encuentra claramente configurada y en mérito de las pautas utilizadas por la autoridad administrativa para la determinación de la sanción, el monto fijado no se presenta en el caso como excesiva o irrazonable.

IV.- Que por los fundamentos vertidos, corresponde rechazar el recurso de apelación interpuesto por la recurrente JUMBO RETAIL ARGENTINA S.A y confirmar la Disposición DI-2017-894APN-DNCI#MP, con costas a la vencida (art. 68 del CPCCN). Por último, resta efectuar la regulación de los honorarios profesionales de la representación letrada del Estado Nacional. Estos emolumentos serán fijados de acuerdo a las disposiciones de la Ley Nº 27.423, atento a la fecha en que se realizaron dichos trabajos profesionales. En atención a la naturaleza y monto del proceso, el resultado obtenido y la extensión, calidad y eficacia del trabajo profesional cumplido por la Dra. Mariela S. Biga, corresponde fijar sus honorarios profesionales en 10 (diez) UMA (Unidad de Medida Arancelaria), correspondiendo a la suma de \$ 23.980 (pesos veintitrés mil novecientos ochenta), de acuerdo con las disposiciones de la Ley Nº 27.423 (arts. 16, 19, 20, 21, 29 y 44). Se aclara que dicho importe no incluye suma alguna en concepto de impuesto al valor agregado, el cual deberá adicionarse en caso de que la profesional acredite su condición de responsable inscripta. ASI VOTO.

El Sr. Juez de Cámara, Dr. Jorge F. Alemany, dijo:

I.- Que, adhiero en lo sustancial al voto que antecede, excepto en la forma en la cual fueron regulados los honorarios de la representación letrada interviniente ante esta alzada. En consecuencia, en atención al monto del pleito (\$140.000 – fs. 38 -), y en función de lo que fue materia de recurso en la única etapa judicial cumplida en esta instancia, corresponde, REGULAR los honorarios de la doctora Mariela S. Biga en 5,75 UMA (Unidad de Medida Arancelaria),

equivalentes a \$13.789, en su doble carácter de letrada patrocinante y apoderada de la parte demandada (cfr.artículos 16, 19, 20, 21, 29 y 44, ley 27.423, Ac. CSJN 8/19). ASI VOTO.

El Sr. Juez de Cámara, Dr. Pablo Gallegos Fedriani, dijo:

I.-Que adhiero en un todo al voto del Dr. Treacy. Sin perjuicio de lo cual entiendo necesario aclarar mi posición respecto de lo señalado en el punto III.1., por cuanto si bien conforme lo allí expuesto la cuestión constitucional planteada ha devenido inoficiosa, no puedo dejar de explicar mi posición respecto de la normativa cuestionada.

II.-Que el art. 22 de la Ley 22.802 expresa: “Toda resolución condenatoria podrá ser impugnada solamente por vía de recurso directo ante la Cámara Nacional de Apelaciones en las Relaciones de Consumo o ante las Cámaras de Apelaciones competentes, según el asiento de la autoridad que dictó la resolución impugnada. El recurso deberá interponerse y fundarse ante la misma autoridad que impuso la sanción, dentro de los diez (10) días hábiles de notificada la resolución; la autoridad de aplicación deberá elevar el recurso con su contestación a la Cámara en un plazo de diez (10) días, acompañado del expediente en el que se hubiera dictado el acto administrativo recurrido. En todos los casos, para interponer el recurso directo contra una resolución administrativa que imponga sanción de multa, deberá depositarse el monto de la multa impuesta a la orden de la autoridad que la dispuso, y presentar el comprobante del depósito con el escrito del recurso, sin cuyo requisito será desestimado, salvo que el cumplimiento del mismo pudiese ocasionar un perjuicio irreparable al recurrente.”.

De lo cual surge que actualmente debe depositarse el monto de la multa impuesta y presentar el comprobante de depósito con el escrito del recurso, sin cuyo requisito será desestimado salvo que el cumplimiento del mismo pudiese ocasionar un perjuicio irreparable al recurrente.

III.-Que en el sistema actual se ha admitido la imposición de sanciones por parte de la administración siempre que exista un control judicial suficiente.

En el caso subexamine la administración se encuentra ejerciendo funciones administrativas sancionatorias; las que pueden ser objeto de control judicial a través del recurso instituido por el actual art. 22 de la ley ya citada.

IV.-Que el derecho administrativo sancionatorio desde antiguo ha sido equiparado al derecho penal entendiendo que son comunes los principios de tipicidad (aunque se admite una tipicidad menos rigurosa en el derecho administrativo sancionatorio); el principio non bis in ídem, el de la aplicación de ley penal más benigna con carácter retroactivo; el de debido proceso y ejercicio del correspondiente derecho de defensa y decisión fundada y sanción razonable.

V.-Que en los términos del derecho penal la condena no se cumple hasta tanto exista una sentencia judicial firme que condene al imputado (condenado) a cumplir con la pena impuesta; considerándose todos los recursos con efecto suspensivo.

Realizada esta comparación en el caso concreto la actora debe cumplir la pena antes de poder ser escuchada y ejercer su derecho de defensa y sin tener una sentencia firme y pasada en autoridad de cosa juzgada. En síntesis es culpable antes de condenada, yendo en contra del principio de presunción de inocencia; por lo que resulta, la aplicación de la norma, contraria a los principios del derecho constitucional y de los tratados de derechos humanos.

VI.-Que si entendemos que el principio aplicable aquí es el de solve et repete nos encontraríamos dentro del campo del derecho tributario.

Tal principio tiene como fundamento el hecho de que el Estado no se quede sin recursos mientras se discutan, tanto en sede administrativa como judicial, los impuestos, tasas y derechos que los ciudadanos deban pagar.

Resulta obvio que los impuestos, tasas y derechos entran dentro de la ley de presupuesto que no es otra cosa -en síntesis- que un análisis de los recursos y gastos que el Estado deberá afrontar para la prosecución del bien común.

VII.-Que es evidente y no requiere ningún análisis profundo que en el supuesto de las sanciones aplicadas dentro del campo del derecho sancionatorio administrativo no se persigue la percepción de impuesto alguno y tampoco puede considerarse una fuente de recursos del Estado Nacional porque habría allí sin duda un desvío de poder.

En efecto, lo que se persigue mediante estas sanciones dinerarias es castigar al responsable de un ilícito que no se encuentra dentro del código penal y que por tal razón no requiere ser juzgado por un juez penal sino que puede ser aplicada por un funcionario administrativo a través de un acto de la misma especie y no de una sentencia judicial.

Por ende, si el fin es distinto, las multas no pueden ser consideradas como recursos fiscales para el presupuesto de gastos y recursos del Estado Nacional.

De allí es que no cabe asimilar esta situación – en manera alguna- al principio de solve et repete.

VIII.-Que si bien la norma expresa que se exceptúa del pago de la multa cuando el mismo pudiese ocasionar un perjuicio irreparable al recurrente, tal salvedad no desvirtúa la inconstitucionalidad que surge nítida del análisis antes efectuado, ya que sólo algunos y según un concepto jurídico indeterminado (“Perjuicio irreparable al recurrente) podrían quedar exentos del pago previo.

A lo ya expuesto cabe agregar las dificultades de tipo procesal que se presentan para demostrar el perjuicio irreparable al que hace referencia la norma. En efecto, la primera duda que surge es cuando debe plantearse; la segunda, ante quien (autoridad administrativa o judicial o ambas); la tercera, si el trámite para acreditar ese perjuicio irreparable suspende el plazo para recurrir; o bien la recurrente deberá promover el incidente que acredite un perjuicio irreparable y apelar al mismo tiempo; con la posibilidad de que al finalizar el análisis de la cuestión previa (falta de recursos) se le rechace la apelación por no haber depositado lo debido.

En síntesis, los argumentos hasta aquí dados me convencen que la normativa en análisis va en contra del principio de la tutela judicial efectiva consagrado por el Pacto de San José de Costa Rica e integrante de la Constitución Nacional. Por tal razón entiendo que el nuevo artículo 22 de la Ley 22.802 -modificado por la ley 26.993- resulta inconstitucional. ASI VOTO.

Por los fundamentos expuestos, SE RESUELVE:

1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la recurrente JUMBO RETAIL ARGENTINA S.A y confirmar la Disposición DI2017-894-APN-DNCI#MP. 2) Imponer las costas a la vencida (art. 68 del CPCCN). 3) Regular los honorarios profesionales de la Dra. Mariela S. Biga en .(.) UMA (Unidad de Medida Arancelaria), correspondiendo a la suma de \$ . (pesos .), de acuerdo con las disposiciones de la Ley Nº 27.423 (arts. 16, 19, 20, 21, 29 y 44).

Regístrese, notifíquese a las partes y al Sr. Fiscal General y oportunamente, devuélvase.

Guillermo F. TREACY

Pablo GALLEGOS FEDRIANI

Jorge F. ALEMANY (en disidencia parcial)



ERREIUS