CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL
SALA II

Causa nº 9401/2014

///nos Aires, 6 de noviembre de 2014

VISTOS estos autos caratulados: “INC SA c/ DNCI s/ recurso directo de organismo externo”; y

CONSIDERANDO:

I. Las presentes actuaciones se iniciaron como consecuencia de la inspección realizada por un funcionario de la Secretaría de Comercio del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas el día 29 de enero de 2014 en el establecimiento de INC SA (“Carrefour”) sito en Av. Pavón nº 299 de la localidad de Avellaneda, provincia de Buenos Aires. Según surge del acta nº 04206 se constató que la empresa inspeccionada ofrecía en el local mediante un listado, revista y cartel productos correspondientes al programa “Precios Cuidados” y, realizada una verificación por las góndolas, se advirtió la falta de existencia de los siguientes productos: 1) alcohol etílico 96º marca MF 500 cm3; 2) jabón de tocador Campos de Ensueño, marca Limol por 3 unidades; 3) crema de enjuague familiar ceramidas + argi, marca Plusbelle 1L; 4) desodorante masculino rollon invisible, marca Rexona 50 ml; 5) papel higiénico Campanita, hoja simple, 4 rollos de 80, 320 m.; 6) jabón en polvo alta espuma natural fresh marca Zorro 400 gr; 7) fideos secos tipo tallarín, marca Favorita, 500 gr.; lo que constituiría el incumplimiento de dicha oferta, en oposición a lo normado por el artículo 7º de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor.

Consta en la misma acta de comprobación que la autoridad de control formuló cargos contra INC SA por presunta infracción al artículo 7º de la Ley de Defensa del Consumidor, otorgándole un plazo de cinco días hábiles para la presentación de descargo y pruebas -si las hubiere- ante la Dirección actuante.

II. En su descargo (fs. 4/8 vta.), la entidad imputada señaló:

a) Que no incurrió en infracción al artículo 7º de la ley 24.240. La principal obligación asumida por quienes comercializan los productos incluidos dentro del “convenio de compromiso de precio final de venta al consumidor por parte de las empresas de supermercados” –conocido como “Acuerdo de Precios Cuidados”– es comercializar dichos productos a un precio neto final y único de salida de fábrica acordado con el Gobierno Nacional (conf. cláusulas primera y tercera del acuerdo). Y, en el caso, en momento alguno se verificó la venta de productos a precios distintos de los acordados, lo que demuestra que

INC cumplió en todo momento con dicho compromiso comercializando el stock de los productos que tuvo a disposición por parte de los proveedores, en el precio indicado.

b) Que INC no es fabricante o elaboradora de los productos incluidos en el compromiso de precios oportunamente acordado sino una intermediaria dentro de la cadena de comercialización -el último eslabón de dicha cadena-, por lo que solo puede vender aquellos productos que recibe. En consecuencia, si no recibe los productos resulta de cumplimiento imposible la obligación de ponerlos a la venta.

c) Que la consecuencia natural del compromiso de precios respecto de determinados productos es un incremento del volumen de venta de cada uno de ellos y, por ende, el agotamiento de stock de esos productos.

Además, destacó que en el acta no se había mencionado que los funcionaros hubiesen inspeccionado el depósito del establecimiento o interrogado al personal para corroborar si los supuestos productos no exhibidos momentáneamente en góndola serían repuestos en lo inmediato.

Sostuvo que debía considerarse –tal como lo hace la Resolución 2/2014 en su cláusula quinta– la posibilidad de falta de provisión suficiente de alguno de los productos que torne de imposible cumplimiento el acuerdo y que, frente a ello, no se puede generar responsabilidad en quien está padeciendo el quiebre de stock.

En el mismo sentido, y más allá de lo expuesto en cuanto a desabastecimiento total, agregó que también debía tenerse presente que en los momentos del día de más alta concurrencia de consumidores al local, puede existir una merma momentánea de stock de determinados productos, que es solucionada a través de la reposición mediante los productos existentes en el depósito. Tal situación es una consecuencia inherente al desenvolvimiento de la actividad, sin que pueda configurar por sí sola una conducta reprochable.

d) Que las imputación en base al artículo 7º de la ley 24.240 era irrazonable teniendo en consideración el marco en el cual se encuadró la oferta; esto es la Resolución 2/2014. Los convenios aprobados establecen obligaciones concomitantes, que alcanzan a los distintos sujetos de la cadena de comercialización, ya que la obligación del comerciante se une necesariamente a la obligación del proveedor de entregar la mercadería; por lo tanto, no correspondía imputar a una sola de las partes del acuerdo, cuando no se había verificado el respectivo cumplimiento del resto de los sujetos involucrados. La sola constatación en un momento determinado de la no presencia en góndola de cierto producto no podía aparejar por si sola la

infracción, ya que se debía constatar si efectivamente el proveedor había entregado el producto en debido tiempo.

e) Que la Resolución SC nº 2/2014 no determina sanciones ni remite a las sanciones dispuestas por la ley 24.240.

Destacó que conforme surge de la cláusula décima del Convenio las partes se comprometen a cumplir las obligaciones bajo los principios de buena fe, máxima colaboración y transparencia, por lo que no resulta ajustada a ese compromiso la imputación fundada en el artículo 7º de la ley 24.240 cuando el contexto de la oferta no es el usual: en el supuesto del artículo 7º el supermercado puede limitar la oferta y publicitarla, en tanto que -en la especie- la publicidad de la oferta no la hace el supermercado y, además, se trata de productos que se comercializan a un precio inferior a los similares en cada rubro.

Entendió que por tratarse de disposiciones represivas, no resulta válido extender su interpretación o aplicación en forma analógica o bajo criterio alguno, máxime cuando se lo intenta hacer con la finalidad de sancionar -de ese modo- conductas que no estarían alcanzadas por el texto ni el espíritu de la ley.

Consiguientemente, concluyó que la imputación efectuada había excedido las facultades consagradas por la Resolución 2/14 vulnerando el artículo 31 de la Constitución Nacional.

III. Concluido el trámite administrativo, el Director Nacional de Comercio Interior mediante Disposición 52 del 20 de febrero de 2014 (conf. fs. 59/65) impuso a INC SA una multa de $ 202.000 por infracción al artículo 7º de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor, por haber constatado, mediante la inspección realizada en el local de la firma, el incumplimiento de oferta de los productos del “Programa Precios Cuidados” (art. 1º). Asimismo, le ordenó publicar (en un diario de mayor circulación) la parte dispositiva de dicha resolución, a su costa, de acuerdo a lo establecido en el artículo 47 de la mencionada ley 24.240 (art. 3º).

Para decidir de ese modo, la autoridad de aplicación consideró:

a) Que, atento a las defensas opuestas, debía destacarse que por Resolución nº 2 de la Secretaría de Comercio del 3 de enero de 2014 se había aprobado el modelo de “CONVENIO DE COMPROMISO DE PRECIO

FINAL DE VENTA AL CONSUMIDOR POR PARTE DE LAS EMPRESAS DE SUPERMERCADOS".

Correspondía señalar que la firma INC SA suscribió con la Secretaría de Comercio, el 9 de enero de 2014, el convenio con sustento en el modelo aprobado por la Resolución nº 2/2014, y en virtud de él se comprometió a vender al consumidor final de forma constante e ininterrumpida la totalidad de los productos enumerados en el Anexo I (ver cláusula segunda), entre los que se encuentran los productos indicados en el acta de inicio, razón por la cual dichos productos deben estar disponibles para el público consumidor durante toda la vigencia del acuerdo, circunstancia que no ocurrió en autos.

Entendió que en el marco del citado Convenio, la sumariada debe ofrecer los productos allí incluidos y asegurar su cumplimiento durante el término de su vigencia, debiendo prever los mecanismos necesarios y propios de su actividad para que la oferta pueda ser cubierta en forma adecuada durante todo el lapso de duración y, como corolario de tal compromiso, la no efectivización de la oferta constituye negativa o restricción injustificada de venta, pasible de las sanciones previstas en el artículo 47 de la ley 24.240.

b) Que respecto a lo alegado por la empresa, en cuanto a que se sitúa en el último eslabón de la cadena de comercialización y sólo vende aquéllos productos que recibe de sus proveedores, es dable recordar que el artículo 7 de la ley 24.240 está dirigido precisamente a quienes ocupan ese lugar y efectúan la oferta a los consumidores. Dicha oferta fue claramente realizada por la empresa recurrente en la medida en que exhibió mediante un cartel en la entrada de su salón comercial los productos incluidos en el programa "Precios Cuidados", así como también mediante revistas.

c) Que, además, resultaba relevante lo estipulado en la cláusula quinta del Convenio suscripto con la Secretaría de Comercio, respecto de que *en caso de falta de provisión de productos la empresa de Supermercados notificará tal circunstancia a la Secretaría de Comercio*, la que podrá eximir a la empresa de las obligaciones emergentes del acuerdo con relación a dicho producto.

Cabía destacar que tal circunstancia no se corroboró en la causa y ni siquiera fue motivo de análisis por la recurrente. Lo mismo ocurrió con el alegado informe de stock que se mencionó sin una relación concreta y válida con los productos objeto de imputación.

d) Que en cuanto a la alegación de la empresa de haber cumplido el acuerdo por haber comercializado los productos al precio convenido, debía

precisarse que la imputación efectuada se basó en el incumplimiento de la oferta realizada por los medios indicados en el acta nº 04206 en relación con el Convenio asumido y suscripto por la imputada, por no haberse corroborado la utilización del mecanismo previsto en la cláusula quinta de dicho convenio.

e) Que ante el planteo de la irrazonabilidad de la imputación por no determinar la Resolución nº 2/2014 infracción alguna, debía recordarse que el Convenio suscripto por la sumariada hacía referencia expresa -en su última cláusula- a que las partes se comprometían a dar completo e irrestricto cumplimiento a las obligaciones emergentes del Convenio bajo los principios de buena fe, máxima colaboración y transparencia, y en el marco de la normativa vigente.

f) Que no podían caber dudas respecto de la aplicación al caso de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor, en la medida en que se trata de una ley de orden público que rige en todo el territorio nacional (confrontar artículo 65 de la norma). Esto era así, ya que el Convenio suscripto entre la Secretaría de Comercio y la firma imputada, aprobado por la Resolución 2/2014 de aquél organismo, establece derechos y obligaciones recíprocos y genera una oferta de productos que ha sido difundida a los consumidores en general. Es sobre dicha oferta que se proyectan los deberes de los proveedores para con los consumidores, previstos en las disposiciones de la citada ley. Cualquier otra interpretación levaría al absurdo jurídico de entender que el Convenio suscripto operaría como derogación singular de una ley de orden público sancionada por el Poder Legislativo.

g) Que, por lo demás, era necesario recordar que las infracciones formales no requerían de la producción de resultado o evento extraño a la acción misma del sujeto para su configuración; son ilícitos denominados de “pura acción u omisión”, siendo su apreciación objetiva y configurándose la infracción con la simple omisión que basta, por si misma, para violar las normas, naciendo la responsabilidad del infractor con la sola verificación de tales hechos.

Cabía recordar que la ley 24.240 constituye un sistema jurídico que tiende a la protección y defensa de los consumidores y usuarios, ante la situación de debilidad en que éstos se encuentran por las notables desigualdades que generalmente se verifican en sus relaciones con los empresarios.

h) Que en atención a lo expuesto en los párrafos precedentes y atento a la plena fe que revestía el acta obrante en autos –labrada conforme a lo previsto por el artículo 45 de la ley 24.240 y que constituía prueba suficiente de los hechos comprobados– se encontraba plenamente acreditada la infracción al artículo 7º de la ley 24.240, haciéndose la sumariada pasible de la multa prevista por su artículo 47, inciso b), la cual se graduaba según las circunstancias del caso y los elementos indicados por el artículo 49 de la ley 24.240.

A ese fin, cabía tener en cuenta la posición relevante en el mercado que ocupaba la infractora, el número de productos en transgresión a la oferta realizada, y el perjuicio significativo generado al consumidor –dado que los productos faltantes resultaban de uso masivo y primera necesidad y se hallaban incluidos en una canasta básica cuyo abastecimiento a un precio determinado había sido convenido con la Secretaría de Comercio, organismo que había destinado recursos a la amplia difusión del programa "Precios Cuidados". Asimismo, se tuvo en consideración el informe de antecedentes que se encontraba glosado a las actuaciones principales.

IV. Contra tal disposición, la empresa sancionada interpuso recurso de apelación y expresó sus agravios en los términos del artículo 45 de la ley 24.240 (69/88), cuyo traslado fue contestado por el Estado Nacional –Ministerio de Economía y Finanzas Públicas (fs.119/144 vta.).

A fs. 149/150 este Tribunal, previa vista al Fiscal General, declaró –por mayoría– la competencia de esta Cámara para conocer en el recurso interpuesto.

Asimismo, el Fiscal General, en atención a lo resuelto por este Tribunal a fs. 149/150 se expidió por la admisibilidad formal del recurso intentado.

V. La recurrente, en síntesis, expone los siguientes agravios:

a) *La Dirección Nacional de Comercio Interior es incompetente, en el caso, para imponer una sanción a INC y, por ende, debe ser declarada la nulidad del acto (conf. arts. 7º, 14 inc. a) y 17 de la Ley de Procedimientos Administrativos 19.549).*

Considera que con motivo de la reforma introducida a la Ley de Defensa del Consumidor por la ley 26.361, la DNCI perdió las facultades sancionatorias concurrentes respecto de las infracciones cometidas en el ámbito de Provincia de Buenos Aires.

Entiende que la eliminación de la palabra “juzgamiento” del texto del artículo 42 sólo puede significar que éste ya no es más una competencia concurrente de la DNCI. Y ello es así más allá de que en el artículo 45 se establezca la iniciación de actuaciones administrativas por parte de la autoridad nacional de aplicación en caso de presuntas infracciones a las disposiciones de la ley y sus normas reglamentarias, ya que este precepto solo puede interpretarse como atinente al caso de que el hecho involucre a más de una jurisdicción territorial.

b) *La resolución también está viciada en el elemento causa, porque no se ajustó a los antecedentes de hecho y al derecho aplicable*.

Argumenta que INC ajustó su conducta a las disposiciones de Ley de Defensa del Consumidor y al Convenio de Precios Cuidados; y no existe prevista sanción alguna en el Convenio frente a los eventuales incumplimientos en los que pudieran incurrir las empresas de supermercados.

Sostiene que se le imputó una supuesta falta de oferta de productos incluidos en el Programa “Precios Cuidados” cuando ellos se encontraban disponibles en stock en la sucursal el día de la inspección -tal como surge del listado que efectúa, con indicación de las unidades disponibles- habiéndose registrado ventas de dos de ellos ese mismo día. Aduce que la ocasional ausencia de productos en las góndolas pudo obedecer a los tiempos normales y a las etapas que insume el proceso de reposición de la mercadería, además de que existen productos cuya reposición es realizada en forma exclusiva por el proveedor.

Aduce que la DNCI se limitó a afirmar que no se había verificado el cumplimiento de lo estipulado en la cláusula quinta del Convenio, sin ponderar que esa cláusula admite la falta de provisión del producto por parte de los proveedores como eximente de toda obligación, y que tal fue la situación de los productos individualizados en el acta.

Además, expresa que la empresa cumplió con dicha cláusula, y la DNCI no pudo ignorar que el Sistema de Gestión de Precios mediante el cual se cursan las alertas tempranas a la Secretaría de Comercio se encontraba –al momento de la inspección– en una etapa inicial de implementación y que registraba diversas fallas, imposibilitando en muchos casos que los distintos operadores pudieran dar de alta a las alertas y cursar así las notificaciones en forma inmediata a la verificación del faltante. Menciona alertas tempranas que pudo ingresar sin que se produjesen fallas en el sistema informático de la

página web de las Secretaría, referentes a productos que individualiza y que no se corresponden con los faltantes indicados en el acta labrada, y adjunta constancias emitidas por la página de Secretaría de Comercio certificadas por Escribano Público.

Alega que la alerta temprana ingresada al sistema tiene vigencia desde la 0 hora del día en que se efectúa y la inspección habría sido posterior a la comunicación efectuada.

Indica que el producto "7791070005103 PAPEL HIGIÉNICO MEGA XL-SOFT CAMPANITA 80 MTSX4UNI" recién el 12 de febrero de 2014 obtuvo el código de justificación número 530050399, lo que mostraría que había efectuado oportunamente las alertas en el correspondiente sistema.

c) *El acto sancionatorio carece de fundamentación e incurre en un notorio exceso de punición y falta de razonabilidad y proporcionalidad*.

Sostiene que la multa de $202.000 no guarda proporcionalidad alguna con la supuesta falta que se atribuye a INC y, por ende, vulnera su derecho de propiedad (arts. 14 y 17 CN) y los principios de igualdad y razonabilidad (arts. 16 y 28 CN).

Argumenta que el monto de la multa aplicada no se encuentra debidamente fundado. En efecto, la DNCI se limitó a enumerar algunos de los factores previstos en el artículo 49 para graduar la multas ("la posición relevante en el mercado que ocupa la firma infractora", "el número de productos en transgresión a la oferta realizada" y "el perjuicio significativo generado al consumidor") sin expresar una justificación pormenorizada del modo en que tales parámetros se presentaron en la especie, y su incidencia en el caso. Además, y en particular, la autoridad manifestó haber tenido en consideración el "perjuicio significativo generado a los consumidores", cuando ese perjuicio no es sino meramente hipotético y conjetural, en tanto no existe constancia alguna en el expediente que acredite su configuración en la especie.

Destaca que tampoco en la resolución recurrida se tuvieron en cuenta las circunstancias atenuantes consagradas en el artículo 49 de la LDC, tales como: (i) que INC SA no registra antecedentes de infracciones como la que motiva la decisión en crisis ni es, por ende, reincidente en la falta que se le endilga; (ii) la falta atribuida a INC SA es formal, sin que el alegado faltante de productos haya ocasionado daño alguno a los consumidores, a punto tal que no se registran denuncias ni reclamos de índole alguna; y (iii) la ausencia de beneficio indebido para INC.

Para el hipotético e improbable supuesto de que se confirme la aplicación de la multa impuesta a INC solicita su reducción al mínimo legal, con

sustento en que (i) *todos* los productos que la DNCI consideró como faltantes se encontraban en stock en la sucursal y en curso de reposición en las respectivas góndolas al momento de labrarse el acta de infracción, registrándose incluso respecto de dos de ellos ventas durante el día de la inspección; b) *todos* los productos registran disminución o interrupción en su provisión por parte de los proveedores debido a que la demanda superó la producción y a que las entregas son parciales o cuotifiadas por causa ajena a INC, máxime si se atiende a que INC oportunamente utilizó el sistema de gestión de precios cuidados a fin de comunicar las alertas tempranas, conforme lo explicado y demostrado.

d) *La resolución impugnada también se encuentra viciada en el elemento "finalidad", resultando nula, de nulidad absoluta e insanable, por perseguir una finalidad distinta a la tenida en cuenta por el Convenio y por el artículo 7º de la ley 24.240.*

Entiende que son demostrativas, al efecto, la velocidad con la que se condujo la DNCI en el procedimiento, la concentración del control solamente en los supermercados prescindiendo de la situación de los agentes previos en la cadena de comercialización, y la desproporción de la multa impuesta; todo ello parece responder más a un rédito político frente a la opinión pública –y a desviar la atención sobre la alta inflación imputable al obrar del gobierno– que a una razón jurídica, de hecho inexistente. Y, ese propósito, no se compadece con la finalidad que motivó la regulación del artículo 7º de la Ley de Defensa del Consumidor.

e) *La resolución impugnada también atenta contra el principio del debido procedimiento adjetivo, al no haberse cumplido con los principios de verdad material, oficialidad y motivación.*

Esgrime que la resolución contiene solo una fundamentación aparente en tanto no se consideran las defensas vertidas por INC -en su descargo- tendientes a justificar los faltantes de productos y a acreditar que no incurrió en incumplimiento alguno a la LDC ni al Convenio -en el que no se previó la aplicación de sanciones. Tampoco se persiguió la verdad material como lo impone la LNPA, que exige, en caso de dudas, abrir a prueba el expediente o solicitar los informes o explicaciones pertinentes.

f) *INC cumplió con los compromisos asumidos en el Convenio,* resultando manifiestamente ilegítima, irrazonable y abusiva la sanción aplicada,

y configurándose -asimismo- un vicio en el objeto, por violación de la ley (art. 7º, inc. c).

Sostiene que la resolución se funda en una interpretación irrazonable del alcance y sentido de las obligaciones asumidas por INC en el Convenio; máxime considerando que es un acuerdo de cláusulas predispuestas por el Estado, al que los supermercados adhirieron.

Explica que dicho convenio se enmarca en el esquema de administración de precios impulsado por el Gobierno Nacional con el objetivo de acordar el mantenimiento, bajo ciertas condiciones, de precios fijos para productos de consumo masivo, en el contexto de alta inflación que es de público conocimiento. Con ese objetivo principal, el convenio fue suscripto en términos idénticos por las principales cadenas de supermercados, sin que ésas pudieran incorporar cláusulas específicas de ningún tipo.

Afirma que, en sentido adverso a lo sostenido por la DNCI, en el Convenio INC no asumió una obligación de venta de *todos* los productos incluidos en el Anexo I del Convenio de carácter absoluto y sin límite alguno. En efecto, según resulta de su cláusula primera, el compromiso de venta al consumidor final de los productos enumerados en el Anexo I no comprende todos los productos sino aquellos que a la fecha de suscripción del Convenio se encuentren dados de alta para la comercialización en cada local de venta. Y la cláusula segunda –que establece que la Empresa de Supermercados se compromete a vender al consumidor final de forma constante e ininterrumpida la totalidad de los productos que se enumeran en el Anexo I de este convenio- debe leerse conjuntamente con la cláusula primera, no solo por el principio de interpretación sistemática de las cláusulas de un convenio, sino porque así lo establece expresamente su texto.

Manifiesta que de lo expuesto que el Convenio no establece ni INC asumió compromiso alguno de contratar la provisión de productos no vendidos en sus locales hasta la firma del Convenio. Tampoco asumió la obligación de vender productos que pudieran eventualmente vender otros supermercados pero para los cuales INC cuenta con productos de marca propia –en ese caso, su compromiso es ofrecer sus productos similares al precio final comprometido en el acuerdo. Menos se comprometió a vender productos cuya cadena de distribución no alcance a sus locales, considerando su ubicación.

Precisa que en los casos mencionados *supra* no puede imputarse “negativa o restricción injustificada de venta” pasible de sanción alguna. Por el contrario, se trata de hipótesis excluidas de la obligación de venta asumida en

el Convenio y de situaciones en las que, o bien no puede entenderse efectuada la oferta para los locales de INC o bien se trata de una hipótesis de restricción justificada.

Entiende que lo expuesto demuestra que el primer y principal argumento utilizado en la Resolución para fundar la sanción, en el sentido de que INC estaría obligada a "vender al consumidor final en forma constante e ininterrumpida la totalidad de los productos que se enumeran en el Anexo I" y que, como corolario de tal compromiso, "la no efectivización de la oferta constituye negativa o restricción injustificada de venta pasible de las sanciones previstas en el artículo 47 de la ley 24.240", carece de todo sustento y determina la nulidad de la Resolución por vicio en la causa y en el objeto.

Afirma que además, otros límites a las obligaciones asumidas por INC en el Convenio han sido ignorados o tergiversados por la DNCI en la resolución.

Así, el propio Convenio, en su cláusula quinta, previó expresamente como eximente de la obligación de venta "la falta de provisión suficiente de algunos de los productos enumerados en el Anexo I que tornen de imposible cumplimiento la obligación de venta al consumidor por parte de la Empresa de Supermercado".

Destaca que, contrariamente a lo que parece sugerir la Resolución, antes que un mero mecanismo de notificación, la cláusula transcripta establece un claro límite al cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Supermercado. El mecanismo de información es un aspecto accesorio y operativo y la carga allí impuesta no resulta condicionante de la invocación de la causa justificante. Si la obligación es de cumplimiento imposible, la eximente resulta aplicable. La cláusula no expresa que la falta de notificación inmediata por el mecanismo dispuesto por la Secretaría de Comercio implique renuncia del derecho a invocar la causal de eximición ni que libere a la Secretaría de Comercio a examinar y expedirse sobre el punto.

Agrega que la cláusula sexta también prevé en forma expresa que puedan darse y hasta persistir en el tiempo "razones de fuerza mayor o de hecho de terceros que tornen de imposible cumplimiento la producción y provisión a la Empresa de Supermercados de algunos de los productos enumerados en el Anexo I", en cuyo caso se establece que el Estado Nacional y la Empresa acordarán su reemplazo por otro producto de similares

características y uso para consumo, previéndose un procedimiento que involucre el acuerdo de la Empresa proveedora.

Concluye que de concurrir la causal de fuerza mayor o de hechos de terceros, ella debe actuar en cada caso como eximente de la obligación de vender y por lo tanto de responsabilidad, de conformidad con las reglas generales aplicables, receptadas en el Convenio (art. 12 del Anexo I del Decreto Delegado 1023/2001 y arts. 513 y 514 del Código Civil).

Señala, además, que conforme surge de la cláusula décima del Convenio las partes se comprometieron a cumplir las obligaciones bajo los principios de buena fe, máxima colaboración y transparencia.

Aduce que los mencionados principios no hacen más que abonar la necesidad de interpretar, de conformidad con el principio de razonabilidad y proporcionalidad, las obligaciones de INC bajo el Convenio y confirmar la nulidad de la Resolución en tanto impone una sanción exorbitante sobre la base de asignarle a la obligación de venta asumida en la cláusula segunda de aquél un alcance irrazonable y abusivo, apartado del conjunto de las cláusulas contenidas en el acuerdo y de su propia letra.

VI. De manera preliminar, es oportuno recordar que los jueces no están obligados a seguir a las partes en todas y cada una de las argumentaciones que se pongan a consideración del Tribunal, sino tan solo en aquellas que sean conducentes para decidir el caso y que basten para dar sustento a un pronunciamiento válido (Fallos: 258:304; 262:222; 265:301; 272:225; 278:271; 291:390; 297:140; 301:970, entre muchos otros)

VII. Ante todo cabe tratar lo relativo a la competencia de la Dirección Nacional de Comercio Interior.

Sin perjuicio de señalar que, en el caso, al dictar la resolución recurrida la autoridad de aplicación ejerció *funciones de control y vigilancia y no propiamente de juzgamiento* –que le fueron reconocidas, en concurrencia con las autoridades locales, en el marco de los artículos 41, 42, 45, 47 y 49 de la Ley de Defensa del Consumidor–, lo cierto es que el agravio que se pretende introducir en el recurso implica una variación de la pretensión que excede la competencia del tribunal en tanto la cuestión no fue oportunamente planteada en el ámbito administrativo, en el que quedó consentida la intervención de la autoridad nacional de aplicación. Es que en materia administrativa, el principio de congruencia o coherencia exige que la demanda judicial verse sobre los mismos hechos y derechos invocados al efectuar el reclamo o al impugnar el

acto en sede administrativa; es decir, que sean los mismos temas y motivos propuestos a decisión administrativa los sometidos a juzgamiento judicial (cfr. arg. art. 30 LPA, y CSJN *Fallos*: 311:1914 y 312:103; CNACAF, Sala III, "Baltzer Marítima SRL (TF 16.380-A) c/ DGA", 27/03/06; Sala II "Alfred C. Toepfer Internacional SA (TF 27014-I) c/ DGI", 13/12/12).

VIII. Sentado lo anterior, y en cuanto interesa al marco jurídico del caso, cabe recordar, por un lado, las disposiciones del "CONVENIO DE COMPROMISO DE PRECIO FINAL DE VENTA AL CONSUMIDOR POR PARTE DE LAS EMPRESAS DE SUPERMERCADOS" suscripto por INC (conf. fs. 30/33) en cuanto configurativas de una oferta o compromiso de venta que asume el supermercado y, por el otro, la regulación que, respecto de la oferta, contiene el artículo 7º de la ley 24.240.

Al suscribir el Convenio, la empresa se comprometió a vender al consumidor final *de forma constante e ininterrumpida* la totalidad de los productos que se enumeran en el Anexo I (cláusula segunda), y "ante la falta de provisión suficiente de alguno de los productos enumerados en el Anexo I que tornen de imposible cumplimiento la obligación de venta al consumidor" a notificar de forma inmediata y fehaciente a la Secretaría de Comercio por los medios que ella disponga de modo tal que ésta pueda verificar la circunstancia y, de existir causa justificada, eximir a la Empresa de Supermercados de las obligaciones emergentes del Convenio respecto al producto comunicado, para una determinada zona de venta durante un período cierto de tiempo (Cláusula quinta).

Conforme al artículo 7º de la Ley de Defensa del Consumidor –texto según ley 26.361– *la no efectivización de una oferta emitida a consumidores potenciales durante el tiempo de su vigencia será considerada negativa o restricción injustificada de venta, pasible de las sanciones previstas en el artículo 47 de esa ley.*

IX. En el caso, del acta nº 04206 –obrante a fs. 1– surge que el funcionario interviniente constató que el día 29 de enero de 2014 la inspeccionada *ofrecía* en el local –sito en Av. Pavón nº 299 de la localidad de Avellaneda, provincia de Buenos Aires– mediante un *listado, revista* y *cartel los productos correspondientes* al *programa "Precios Cuidados"* y que, realizada una verificación por las góndolas, se advirtió la falta de existencia de los

siguientes productos: 1) alcohol etílico 96º marca MF 500 cm3; 2) jabón de tocador Campos de Ensueño, marca Limol por 3 unidades; 3) crema de enjuague familiar ceramidas + argi, marca Pusbelle 1L; 4) desodorante masculino rollon invisible, marca Rexona 50 ml; 5) papel higiénico Campanita, hoja simple, 4 rollos de 80, 320 m.; 6) jabón en polvo alta espuma natural fresh marca Zorro 400 gr.; 7) fideos secos tipo tallarín, marca Favorita, 500 gr.

Ni en su descargo ni en su recurso en sede judicial INC niega esos hechos: que el supermercado *ofrecía* mediante un *listado, revista* y *cartel* los productos correspondientes al programa "Precios Cuidados"; que los productos individualizados en el acta referida fuesen de los ofertados; y que éstos no se encontrasen en exhibición en góndola al momento de la inspección. Debe ponerse de relieve que el Acta fue firmada por el gerente sin realizar reserva o reparo alguno respecto de lo constatado.

En el descargo hecho en sede administrativa, y en cuanto a los hechos en los que se sustenta la infracción, la empresa solo expuso consideraciones abstractas y genéricas, sin precisar en concreto cual fue la circunstancia que le impidió en el caso cumplir su compromiso de venta, a fin de demostrar la inexistencia de la conducta reprochable.

En la expresión de agravios presentada en esa instancia, al intentar circunstanciar sus quejas la recurrente incurre en manifiestas contradicciones que las descalifican: no es coherente afirmar, primero, la existencia de stock respecto de *todos* los productos y, luego, justificar su ausencia en la falta de provisión por parte de los proveedores y, asimismo, alegar haber realizado alertas tempranas (cfr. fs. 73/74).

X. Sin perjuicio de ello, cabe advertir que el alegado stock de los productos individualizados en el acta no basta para tener por no configurada la infracción por incumplimiento de oferta, ya que *los productos no se encontraban efectivamente a disposición del público en forma constante e ininterrumpida* (confr. cláusula segunda del Convenio y art. 7º ley 24.240 cit.).

En igual sentido, el hecho de que respecto de dos de ellos se hubiese registrado venta en ese día no alcanza para desvirtuar lo constatado *en el momento* de la inspección según surge del acta 04206.

Además, la reposición constante e ininterrumpida de los productos es una cuestión operativa en modo alguno de cumplimiento imposible ejerciendo la debida diligencia.

XI. Asimismo, y en orden a la invocada ausencia de productos por falta de provisión -no sustentada en prueba alguna- y a lo dispuesto en la cláusula quinta del Convenio, también corresponde destacar que la recurrente no demuestra haber notificado de forma inmediata y fehaciente a la Secretaría de Comercio -mediante alerta oportuna- la falta de provisión suficiente de todos los productos ni aporta constancia alguna de la existencia de justificación, respecto de los ellos, por parte de la autoridad. Tampoco hay prueba alguna de los inconvenientes que alega -recién en esta instancia- haber tenido al intentar utilizar el Sistema de Gestión mediante el cual se cursan las alertas tempranas a la Secretaría de Comercio.

En particular, con relación al producto 7791070005103 PAPEL HIGIÉNICO MEGA XL-SOFT CAMPANITA 80 MTSX4UNI", se limita a adjuntar una planilla que daría cuenta de una alerta efectuada en forma concomitante a la inspección y a manifestar que obtuvo un código de justificación sin contar con respaldo documental alguno que acredite esa circunstancia.

En tales condiciones, las constancias de la causa no permiten tener por probado que el incumplimiento por parte de la empresa de la oferta de los productos indicados en el acta obedeció a la falta de provisión suficiente por parte de los proveedores y debidamente justificada, de manera que no puede eximírsela de responsabilidad con sustento en la previsión de la cláusula quinta del convenio.

XII. En cuanto a la aplicación del derecho, la recurrente no demuestra la ilegalidad o irrazonabilidad de la decisión administrativa que encuadra en la previsión del artículo 7º de la LDC el incumplimiento de la oferta -efectuada por la empresa en el salón de ventas mediante un listado, revista y cartel- de los productos incluidos en el programa "Precios Cuidados" y que, por ende, considera a esa conducta pasible de las sanciones previstas en el artículo 47 de la LDC.

XIII. Las *meras consideraciones* formuladas por la recurrente sin sustento en prueba concreta –relativas a la celeridad de la Administración en el procedimiento y a la falta de control de los proveedores– no resultan suficientes para tener por demostrado el vicio en la finalidad y hacer caer la presunción de legitimidad del acto administrativo (art. 12 LNPA); esto es, para considerar probado que al dictar el acto la autoridad haya incurrido en desviación de poder

por ejercer su competencia persiguiendo otros fines distintos de los que justificaron el otorgamiento de la respectiva facultad (ver art. 7º, inc. f, de la ley 19.549).

La demostración de la existencia de desviación de poder en el acto atacado debe ser cierta y precisa, a fin de lograr acreditar que el fin perseguido en el acto administrativo cuestionado, no es en realidad la verdadera finalidad de éste sino una distinta que se quiere encubrir legalmente, supuesto no verificado en autos (Sala IV, "Smulevici Ingrid Susana c/ EN-INCUCAI y otros s/ daños y perjuicios", 11/06/09).

XIV. Asimismo, debe desestimarse la queja referente a la invocada afectación del “principio del debido proceso” sustentada en la falta de motivación de la resolución y en la violación de los principios de verdad material y oficialidad.

Es que, en sentido adverso a lo alegado por la sumariada, del simple confronte del descargo con la disposición recurrida surge claramente la falta de sustento de sus afirmaciones acerca de que lo decidido por la autoridad de aplicación exhiba vicios en la motivación. En la resolución, la DNCI tuvo en cuenta todas y cada una de las defensas que la encartada introdujo en su descargo (ver considerandos II y III de la presente), las que -por lo demás, como ya se señaló- fueron genéricas y abstractas y en modo alguno circunstanciadas al caso (no dijo *de manera concreta* cuáles habían sido, en el caso, las causas del faltante de la mercadería que se le imputó).

XV. Desde otro ángulo, las consideraciones formuladas por el recurrente -para fundar la existencia de vicio en el objeto- relativas al alcance de las obligaciones asumidas en el Convenio, y con particular referencia a los productos alcanzados por el compromiso de venta, resultan inconducentes, en el caso.

Es que, más allá de la referencia que en la resolución de hace respecto del alcance del compromiso de venta resultante del Convenio, lo cierto es que el fundamento de dicha resolución radica, sustancialmente, en el modo concreto de realización de la oferta por la empresa, al ofrecer en su local *mediante un listado, revista y cartel los productos incluidos en el programa “precios cuidados”.* La empresa no desconoció haber efectuado dicha oferta, ni en momento alguno sostuvo que los productos indicados en el acta no fuesen comercializados por su parte a la fecha de la inspección, o no hubiesen sido dados de alta por el hipermercado al momento de suscribir el Convenio de

Precios Cuidados. Por el contrario, sus argumentaciones en la expresión de agravios -además de ser incongruentes entre sí- contradicen esas alegaciones, dado que afirma haber tenido stock de los productos y, simultáneamente, que su ausencia se debió a la falta de entrega por parte de los proveedores; ambas afirmaciones presuponen que los productos eran de los comercializados y ofrecidos por el hipermercado.

Además, tampoco resultan conducentes, en el caso, sus alegaciones respecto de que el mecanismo de notificación previsto en la cláusula quinta (cuyo adecuado cumplimiento no demuestra) no es condicionante de la invocación de causa justificante, ni que el incumplimiento debido al hecho de terceros es eximente de la obligación de venta. Es que la propia recurrente manifiesta haber tenido stock *de todos los productos*, e incluso haberse registrado venta ese día respecto de dos de ellos, lo que descarta que mediase incumplimiento derivado de la falta de provisión por parte de los proveedores.

XVI. 1. Por último, y respecto del *quantum* de la multa impuesta, cabe referir que, como principio, la graduación de la sanción es del resorte primario del órgano administrativo y constituye una potestad propia de la autoridad de aplicación.

Ello no obstante, es preciso destacar que el obrar de los poderes públicos no puede ser irrazonable o arbitrario, y que no hay actividad de la administración ajena al control judicial de legalidad y razonabilidad. La actuación administrativa debe ser racional y justa, y la circunstancia de que la administración goce de un cierto poder de apreciación de la gravedad de la conducta y de imposición de la sanción dentro de un máximo y un mínimo establecidos por la ley no constituye justificativo para una conducta arbitraria, pues es precisamente la razonabilidad con que se ejercen tales facultades el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de la parte interesada, verificar el cumplimiento de dicho presupuesto (conf. CSJN *Fallos:* 304:721, 305:1489, 306:126 y esta Sala –con otra integración– “Ballatore Juan Alberto c/ EN –Mº de Justicia- s/ empleo público”, el 13/06/96, en especial Consid. X). Dentro de esa órbita se ha dicho que *lo razonable es lo opuesto a lo arbitrario, y significa, conforme a la razón, justo, moderado, prudente, todo lo cual puede ser*

resumido en arreglo a lo que dicte el sentido común (conf. “Reglas para la interpretación constitucional”, Segundo V. Linares Quintana, pág. 122).

También es preciso tener en cuenta, en orden a la extensión y alcance económico de la multa impuesta, que la función judicial no puede reemplazar la acción de los otros poderes, ni asumir sus responsabilidades o sustituirlos en las facultades que a ellos les conciernen, y que -precisamente en el ejercicio de la potestad sancionatoria- se reconoce al órgano competente un razonable margen de apreciación en la graduación de la pena a imponer (conf. Sala III, doctrina, en las causas “Lamaga SRL – TFN 25088-I c/ Dirección General Impositiva”, 10/4/2008 y “Obras Civiles SA – TF 20336-I c/ Dirección General Impositiva”, 16/4/2008 y sus citas, entre otras).

XVI.2. Sobre tales bases, debe ponerse de relieve que, para determinar la sanción aplicada, el Director Nacional de Comercio Interior manifestó ponderar las circunstancias del caso y los elementos indicados por el artículo 49 de la ley 24.240. En particular, tuvo en consideración la posición relevante de la infractora en el mercado, el número de productos en transgresión a la oferta realizada, y el perjuicio significativo generado al consumidor -dado que los productos faltantes resultaban de uso masivo y primera necesidad y se hallaban incluidos en una canasta básica cuyo abastecimiento a un precio determinado había sido convenido con la Secretaría de Comercio, organismo que había destinado recursos a la amplia difusión del programa “Precios Cuidados”. Asimismo, tomó en cuenta el informe de antecedentes obrante en autos (en el que consta que al 19/2/2014 INC SA – Carrefour Argentina SA– registra 26 actuaciones firmes por infracción a la ley 24.240 y 3 actuaciones en trámite, en apelación).

En sentido contrario a lo expresado por la recurrente, no es razonable afirmar que la autoridad de aplicación no haya ponderado en concreto las circunstancias del caso, al fundar la sanción en las pautas que estimó aplicables, que no resultan desacreditadas por las argumentaciones de la encartada. Y las razones esgrimidas por la recurrente no bastan para considerar injustificado el monto de a multa ni para justificar su reducción. En orden a la alegada inexistencia de reincidencia, debe resaltarse que conforme lo dispuesto en el artículo 49 de la ley 24.240, segundo párrafo, *se considerará reincidente a quien, habiendo sido sancionado por una infracción a esa ley, incurra en otra dentro del término de cinco años*. Y, del informe agregado en autos surge la existencia de dos sanciones firmes (por $ 30.000 y $ 50.000) y

tres en apelación (por $ 1.316.000, $50.000 y $ 80.000) por infracción a la ley 24.240 dentro de los 5 años anteriores a la sanción.

Además, atento a la conducta reprochada, al bien jurídico protegido y a los montos mínimo y máximo previstos para las infracciones en el artículo 47 de la ley 24.240 ($ 100 hasta $5.000.000), la sanción de $ 202.000 respeta los límites legales y no se exhibe como desproporcionada.

XVII. Por las consideraciones expuestas, corresponde desestimar el recurso interpuesto y confirmar la Disposición DNCI 52/2014 en cuanto fue materia de agravios, con costas (art. 68, primer parte, CPCCN).

HONORARIOS

XVIII. En atención a la naturaleza, resultado y monto del litigio; considerando el mérito, la calidad, eficacia y extensión de las tareas desarrolladas en el marco del recurso tramitado, corresponde regular los honorarios de los letrados intervinientes por el Estado Nacional – Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la suma de NUEVE MIL PESOS ($ 9.000) para los Dres. Sebastián D. Alanis y Melisa María Fernández Milano –en conjunto– por su actuación como letrados patrocinantes, y en la suma de TRES MIL SEISCIENTOS PESOS ($3.600) para el Dr. Manuel Ignacio Sandoval por su intervención como apoderado (arts. 6, 7, 9, 14,19 y ccdtes. de la ley 21.839, modificada por la ley 24.432).

El importe del impuesto al valor agregado integra las costas del juicio y deberá adicionarse a los honorarios, cuando el profesional acreedor revista la calidad de responsable inscripto en dicho tributo (conf. Sala II *in re*: “Beccar Varela Emilio - Lobos Rafael Marcelo –c/Colegio Públ. de Abog." del 16 de julio de 1996).

Para el caso de que el profesional no haya denunciado la calidad que inviste frente al IVA, el plazo para el pago del tributo sobre el honorario regulado, correrá a partir de la fecha en que lo haga.

XIX. Los honorarios fijados precedentemente deberán ser abonados dentro de los diez (10) días de notificados (art. 49 de la ley de arancel).

En caso de incumplimiento, el acreedor queda facultado para solicitar la intimación de pago para que se cumpla en el plazo de cinco (5) días, bajo apercibimiento de ejecución, la que tramitará por ante primera instancia del fuero. Para ello, se facilitará en préstamo el expediente para la extracción de las copias pertinentes, que serán certificadas por el tribunal y entregadas al interesado para el ingreso del respectivo incidente en la mesa de asignaciones de la secretaría general de la Cámara. Si vencidos los plazos mencionados el interesado no impulsa el proceso en el término de diez (10) días hábiles, las actuaciones se remitirán a la instancia de origen sin más trámite.

Por las razones expuestas, el Tribunal **RESUELVE**: 1º) Desestimar el recurso interpuesto contra la Disposición DNCI 52/2014, con costas; 2º) Regular honorarios conforme lo dispuesto en los considerandos XVIII y XIX.

Regístrese, notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

MARÍA CLAUDIA CAPUTI
(por su voto)

JOSE LUIS LOPEZ CASTIÑEIRA

LUIS MARÍA MÁRQUEZ

La doctora María Claudia Caputi dijo:

I. Comparto la solución a la que arriban mis distinguidos colegas, en el sentido de desestimar el recurso deducido por INC S.A. contra la Disposición DNCI nº 52/2014, con costas a la recurrente. A tal fin, hago propias asimismo, en lo sustancial, la descripción de los antecedentes del caso y sus vicisitudes procesales (cfr. Considerandos I a V del voto referido), tanto como las consideraciones que dan fundamento a la decisión (cfr. Considerandos VI, y VIII a XVII), si bien con la salvedad de lo que se expresa en el considerando VII de aquel voto –pasaje referente al planteo de incompetencia de la

demandada–, el cual por mi parte habré de dejar expresado en los siguientes términos:

En el caso, al dictar la resolución recurrida la autoridad de aplicación nacional ha ejercido típicas funciones de control y vigilancia (que llevan ínsitas la adopción de medidas del tipo de las que se impugnan en autos), y no propiamente de juzgamiento.

En tales condiciones, las facultades ejercidas resultan concurrentes con las que están habilitadas a ejercer las respectivas autoridades locales, según el mandato expreso que emana de los arts. 41, 42, 45, 47 y 49 de la Ley de Defensa del Consumidor. Por consiguiente, la señalada concurrencia, lejos de enervar, habilita al ejercicio de la competencia por parte de la Dirección Nacional demandada del modo en que lo ha sido en autos, sin que de ello resulte, *per se*, un agravio a los derechos constitucionales de la recurrente. Cabe advertir, asimismo, que no se denuncia supuesto alguno de superposición o de ejercicio coincidente de las mismas facultades, respecto del mismo hecho, por parte de autoridades provinciales, situación que conduce a descartar la configuración de un supuesto de doble punición, vedado en el caso. Se estima que lo expuesto alcanza para desestimar el agravio planteado que, por lo demás, se observa que no ha sido introducido en la etapa sumarial.

II. Con respecto a los honorarios de los profesionales intervinientes, también comparto la regulación expresada en los considerandos XVIII y XIX del voto de mis estimados colegas, cuyos términos doy por reproducidos por razones de brevedad. **ASÍ VOTO.-**

MARÍA CLAUDIA CAPUTI