

DOS MINUTOS DE DOCTRINA

12 de julio de 2016

OTRA VEZ EL DOCTOR DULCAMARA

*Quienes gustan de la ópera conocen al profesor Dulcamara, que recorre campos y ciudades vendiendo una poción mágica que todo lo cura: el “elixir del amor”.
Hay leyes que intentan impedir esos excesos...*

La Secretaría de Comercio Interior multó en \$ 500.000 a Por Una Cabeza SA, (¡vaya nombre!) fabricante de un gel para masajes con el curioso nombre *Alivialiv* que, entre otras virtudes, permitía “disfrutar del cuerpo con plenitud” y “retomar el control de su vida” a sus usuarios.

La agencia gubernamental sostuvo que la publicidad de *Alivialiv* “contenía expresiones que [proclamaban] virtudes de naturaleza terapéutica impedidas legalmente, incluyendo manifestaciones sin sustento y carente[s] de veracidad, lo que constituyen defectos con aptitud suficiente para inducir a error, engaño o confusión respecto a la naturaleza y calidad del producto promocionado”.

El fabricante apeló la decisión administrativa ante la justicia. Sostuvo que la resolución que lo multó era nula por vicios en el procedimiento y que el hecho de tener que pagar la multa antes de poder apelar era inconstitucional.

En primer lugar, los jueces¹ recordaron el propósito de la Ley de Lealtad Comercial, en la que se fundó la Secretaría de Comercio Interior para aplicar la multa. Su artículo 9 “tiende a [proteger] a los consumidores frente a las publicidades de ofertas o promociones de bienes y servicios que presenten imprecisión o inexactitud de su contenido” Quizás sea del caso aclarar que esta ley no se aplica a las campañas electorales.

El fin de la ley, según los magistrados, es “evitar la lesión del derecho constitucional de usuarios y consumidores a una información adecuada, completa y veraz y a la protección de sus intereses económicos con relación al consumo”.

En segundo lugar, la Cámara resaltó dos principios vinculados con las posibles nulidades de los actos administrativos. El primero de ellos, que no corresponde declarar la nulidad *por la nulidad misma*, y el segundo, que las infracciones no están supeditadas a que exista un perjuicio concreto.

¹ In re “Por Una Cabeza SA c. Dirección Nacional de Comercio Interior”, CNAContAdmF (I), 2016; *elDial.com* AA9750

La supuesta nulidad de la multa, para el fabricante de *Alivialiv*, residía en que el acto por el que aquella le había sido impuesta *no estaba suficientemente motivado*.

La exigencia de la *motivación* nace de la Ley de Procedimientos Administrativos, según la cual todo acto administrativo “deberá ser motivado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto”, y deberá estar sustentado en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable. Esto no significa otra cosa que un intento de evitar que el Estado dicte reglas que sean obligatorias “porque lo digo yo”.

No obstante, muchos autores consideran que una *motivación específica* es innecesaria cuando la autoridad que dicta una resolución tiene facultades expresas para hacerlo.

En este caso, los jueces pusieron de resalto que para cumplir con el requisito de la motivación explícita “no existen formas rígidas”, y que ella debe configurarse de acuerdo con la índole particular de cada acto.

Como de la disposición de la Secretaría de Comercio Interior “surgía claramente la causa y el fin de la sanción”, una nulidad por falta de motivación, en opinión de la Cámara, no podía prosperar.

Un segundo argumento de los fabricantes del *Alivialiv* era que el hecho de pagar la multa antes de poder apelar no le permitía, en los hechos, ejercer sus derechos y garantías, porque impedía producir prueba en apoyo de su posición.

La Cámara estuvo de acuerdo en que “no se puede privar a nadie en forma arbitraria de la adecuada y oportuna tutela de sus

derechos”, pero reconoció que Por Una Cabeza SA “no había explicado claramente en que consistió la afectación de sus derechos y garantías”.

Según la sentencia, cuando se multó al fabricante, éste presentó su descargo y ofreció pruebas, pero éstas no fueron admitidas. Por Una Cabeza SA apeló ese rechazo, pero la apelación fue rechazada puesto que las pruebas ofrecidas estaban dirigidas a “desvirtuar hechos ajenos” a los que se le imputaban a esa empresa. En otras palabras, algo así como acusar al fabricante de vender un producto con publicidad engañosa y que éste se defendiera diciendo que no había cometido contrabando.

¿Por qué se rechazó la prueba ofrecida por el fabricante? Porque, según los jueces, los informes, pericias y testimonios ofrecidos intentaban “constatar que el producto publicitado contaba con propiedades para superar los dolores de espalda y que sus componentes servían para el fin que fue publicitado”.

Pero he aquí que *Alivialiv* había sido inscripto y autorizado por la agencia de control de medicamentos *como cosmético, por lo que no podía proclamar actividad terapéutica alguna*. Por consiguiente, Por Una Cabeza SA *no podía argumentar ni demostrar que la negativa a probar esos efectos terapéuticos le había producido perjuicios*. En otras palabras, intentar demostrar que un lápiz de labios tenía efectos contra el sarampión cuando se lo había aprobado como producto de belleza no tenía sentido.

Una vez rechazados los argumentos formales del fabricante del *Alivialiv* y demostrado que su publicidad inducía a error, engaño o confusión, la última

cuestión a resolver era el monto de la multa.

La Cámara reivindicó la facultad *discrecional* de las autoridades administrativas para fijar los montos de las sanciones, y recordó que éstas son revisables por los jueces sólo en los supuestos de ilegitimidad o arbitrariedad manifiesta. “De ahí que [la graduación de las multas] —dijo el tribunal— no escapa del *control de razonabilidad*” que el Poder Judicial ejerce sobre los actos del Ejecutivo.

¿Y en qué consiste la razonabilidad? Significa, según los jueces, “congruencia, proporción, adecuada relación de medio a fin y que *el exceso identifica lo irrazonable*”.

Afinando el concepto, los magistrados entendieron que la irrazonabilidad (o “exceso de punición”) no es una falta de proporcionalidad entre la causa —la conducta— y el objeto de un acto —la sanción—, sino una desproporción entre el objeto y su finalidad.

Para la Cámara, las sanciones deben ser proporcionalmente adecuadas a las finalidades que surgen de las leyes que autorizan a ciertos organismos públicos a aplicarlas. Aunque los jueces reconocieron que las multas como la aplicada a Por Una

Cabeza SA “no son meramente retributivas sino *ejemplificadoras o intimidatorias*”, el monto de la multa “afectaba la proporcionalidad [...] y vulneraba el principio de razonabilidad contenido en la Constitución”.

Por eso, la Cámara redujo la multa a \$ 300.000, “porque en esa medida la sanción cumple la finalidad de la ley que es evitar la lesión al derecho constitucional de los consumidores a una información adecuada, completa y veraz [...] y apunta a la moralización de la conducta del [fabricante] con posición dominante en la relación de consumo”.

En otras palabras, no obstante reconocer que la conducta del fabricante había, efectivamente, violado la ley, la Cámara le dio al fabricante una buena dosis de *Alivialiv*.

El tribunal entendió también que al resolver de ese modo era inútil examinar el planteo acerca de la necesidad de pagar antes de apelar.

Un observador se queda reflexionando si el intento de “patear la pelota fuera de la cancha” al haber ofrecido pruebas que no tenían nada que ver con la cuestión en debate no es una estrategia procesal que debería ser objetada...

* * *

Esta nota ha sido preparada por Juan Javier Negri. Para más información sobre este tema pueden comunicarse con el teléfono (54-11) 5556-8000 o por correo electrónico a np@negri.com.ar.

**Este artículo es un servicio de Negri & Pueyrredon Abogados a sus clientes y amigos.
No tiene por objeto prestar asesoramiento legal sobre tema alguno.**