

\_\_\_\_\_ Salta, 10 de Agosto de 2017. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ **Y VISTOS:** Estos autos caratulados "Recurso de Apelación Directa interpuesto por DÍA ARGENTINA S.A. en autos **SEDECON vs. DÍA ARGENTINA S.A**" - Expte. N° 30231/16 - Expte. N° **556701/16 de Sala** y,

\_\_\_\_\_ **C O N S I D E R A N D O** \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ I) La Secretaría de Defensa del Consumidor inició las actuaciones administrativas con el acta de verificación de fecha 2/3/16, en la que dejó constancia de la existencia de diversos lácteos vencidos, en las góndolas del Supermercado Día (cfr. fs. 3/5). Requerida la empresa Día Argentina S.A., ésta no formuló descargo. La Secretaría, con fundamento en el artículo 5 de la ley 24.240 y en las constancias obrantes en las actuaciones administrativas, dictó resolución N° 3776 de fecha 12/05/16 (fs. 9/12 -11/14 de estas actuaciones-), que impuso a la firma una multa de \$10.000, por infracción al artículo 5 de la LDC y le ordenó publicar una síntesis de los hechos que motivaron la resolución, la infracción cometida y la sanción aplicada. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Día Argentina S.A. apeló la resolución (fs. 17/18). Afirmó que el local de calle Pellegrini N° 257 -planta baja-, se encontraba bajo la explotación comercial del concesionario Guillermo Bas Norton, quien asumió las responsabilidades inherentes a mantener la calidad de los comestibles que allí se venden. Alegó que la multa tiene naturaleza de sanción penal y le son extensibles sus criterio de imputación, que la responsabilidad no puede ser objetiva, sino subjetiva, que debe concurrir dolo o culpa, que debe ser personal para legitimar la aplicación de una sanción y para ello, debe advertirse quién tuvo el dominio funcional del hecho. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Invocó el contrato de concesión, que a su criterio demuestra que la firma Día no intervino en la colocación de los productos vencidos en las góndolas y tampoco podía hacerlo o sacarlos de la venta, ya que era una potestad del concesionario. Entendió que debió citarse al mismo y que la omisión de esa diligencia, no era atribuible a su parte. Criticó la resolución, pues el grado de especialidad que reviste la firma o su posición en el mercado, son irrelevantes, ya que tales características no la tornan responsable por los hechos de un tercero, respecto de los que no tuvo participación alguna. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Dijo que no se consideraron los artículos 1502 y 1511 del Código Civil y Comercial de la Nación, que claramente descartan la responsabilidad del concedente en estos casos. Que el concesionario actúa en nombre y por cuenta propia frente a terceros y en tal carácter, comercializa mercadería provista por el concedente. Está obligado además, a prestar el servicio de mantenimiento de mercadería, en buenas condiciones de ser consumidas por el público. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Afirmó en segundo lugar, que la sanción es arbitraria y excesiva pues la cantidad de productos decomisados fue ínfima, respecto a las ventas totales del supermercado y, la posibilidad de su consumo había expirado hace pocos días o el mismo día en que se efectuó la inspección. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Criticó finalmente la orden de publicación, pues de cumplirse con la misma, el prestigio de la marca se vería mancillado al involucrar a su mandante en un hecho, en el que no tiene responsabilidad alguna. Invocó el principio penal in dubio pro reo y advirtió que toda publicidad negativa tiene potencialidad de perjudicar la imagen de su mandante y ello aparece desproporcionado respecto de la infracción. Solicitó finalmente se revoque la resolución recurrida. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Al elevar las actuaciones a este Tribunal, la Secretaría de Defensa del Consumidor hizo saber que no se había efectuado el depósito de la multa y dejó a consideración del mismo, la admisibilidad o inadmisibilidad del recurso, atento la falta de cumplimiento de lo normado en el artículo 45 de la ley 24.240. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Corrido el traslado del memorial, fue contestado a fs. 35/37 por la Secretaría de Defensa del Consumidor y a fs. 43/45 por Fiscalía de Estado. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ El Sr. Fiscal de Cámara, se expidió a fs. 47 vta. Entendió que el recurso no resulta admisible, porque el recurrente omitió depositar el importe de la multa, de conformidad a lo establecido por el art. 45 de la LDC. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ II) Corresponde en primer lugar, abordar la admisibilidad del recurso directo interpuesto por Día Argentina S.A. contra la resolución nº 3776/16 de la Secretaría de Defensa del Consumidor de la Provincia de Salta, glosada a fs. 11/14 y vta. de autos, atendiendo al planteo de no exigibilidad del presupuesto del previo pago de la multa resultante de la condena, contenido en el artículo 4

de la resolución referida, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 45 de la ley nacional 24.240 (LDC) modificado por ley 26.993 y art. 19 de la ley provincial 7402. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ El citado artículo 45 de la LDC que regula el trámite administrativo de competencia de la autoridad nacional de aplicación por infracciones a la ley, determina que en todos los casos, para interponer el recurso directo contra una resolución administrativa que imponga sanción de multa, deberá depositarse el monto de ésta 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 de la misma pudiese ocasionar un perjuicio irreparable al recurrente. A su vez, en el párrafo final establece que "la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las provincias dictarán las normas referidas a su actuación como autoridades locales de aplicación, estableciendo en sus respectivos ámbitos un procedimiento compatible con sus ordenamientos locales bajo los principios aquí establecidos". Derivado ello de la disposición del art. 41, que expresa que "la Secretaría de Comercio Interior dependiente del Ministerio de Economía y Producción será la autoridad nacional de aplicación de esta ley. La Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las provincias actuarán como autoridades locales de aplicación ejerciendo el control, vigilancia y juzgamiento en el cumplimiento de esta ley y de sus normas reglamentarias respecto de las presuntas infracciones cometidas en sus respectivas jurisdicciones". Se compadece ello con el reparto de competencias entre la Nación y las autonomías locales en virtud del poder de policía que les compete (cf. Juan M. Farina, *Defensa del Consumidor y del Usuario*, Astrea, 2004, p. 474 y ss.; Roberto Vázquez Ferreyra, "La reforma a la ley de defensa del consumidor. Autoridad de aplicación y sumario administrativo", en suplemento especial de *Rev. La Ley*, abril 2008, p. 147 y ss.), de acuerdo a lo que disponen los artículos 75 inc. 12, 121 y 122 de la Constitución Nacional.

\_\_\_\_\_ Así, ha interpretado la Corte Suprema -adhiriéndose al dictamen del Procurador General-, que el artículo 45 de la LDC sólo se refiere a las sanciones administrativas impuestas por la autoridad nacional de aplicación, quedando excluidas de tal precepto las sanciones administrativas que emanen

de las autoridades provinciales (cf. CSJN, fallos, t. 324, p. 4349; íd. t. 330, 2115; CApelCCSalta, sala IV, t. XXXIX-S, fº 117). \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ En ejercicio de tales facultades, es que la Provincia de Salta sancionó la ley 7402 de Procedimiento para la Defensa de los Derechos del Consumidor en la Provincia de Salta, que en su artículo 19 habilita en el caso de sumario administrativo, el recurso directo contra las resoluciones definitivas de la autoridad de aplicación ante la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, sin exigir para el caso de condena de multa, el depósito previo de su importe, tal como lo contempla el art. 45 de la LDC para el procedimiento en el orden nacional. Esto se compadece con lo que establece el art. 23 de la ley 7402, sobre la ejecutoriedad del acto administrativo condenatorio que recién opera una vez firme y consentida la resolución que impuso la multa. Antes no lo es y, por ende, no puede exigirse el pago antes de accedido el acto a este estado (CApelCCSalta, sala IV, t. XXXIX-S, fº 117). \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Esta es además, la interpretación que mejor concilia con la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en tanto ha reiterado que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal constituye un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como última ratio del orden jurídico, por lo que no debe recurrirse a ella sino cuando una estricta necesidad lo requiera (Fallos: 249:51; 264:364; 288:325; 328:1416, entre muchos otros). La primera regla de interpretación de un texto legal es la de asignar pleno efecto a la voluntad del legislador, cuya fuente inicial es la letra de la ley (Fallos: 297:142; 299:93, 301:460). También ha considerado que la inconsecuencia del legislador no se supone, por lo que la interpretación debe evitar asignar a la ley un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando como verdadero el criterio que las concilie y suponga la integral armonización de sus preceptos (Fallos: 306:721; 307:518 y 993). \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ III) Sentada la admisibilidad del recurso, corresponde analizar las constancias del expediente administrativo del que surge que, constatada la existencia de alimentos vencidos en las góndolas del supermercado ubicado en Pellegrini 257, se labró acta de verificación y se corrió vista a la infractora

(cfr. fs. 07), quien omitió formular su descargo. Recién al ser notificada de la resolución dictada por la Secretaría de Defensa del Consumidor, la firma sancionada se presentó e interpuso recurso de apelación. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ El recurrente alega en su memorial, que el supermercado es explotado comercialmente por el Sr. Guillermo Bas Norton, quien es concesionario y por tanto tiene las responsabilidades inherentes a mantener la calidad de los comestibles que se venden. Sin embargo, aún cuando este último haya manifestado investir tal carácter, al labrarse el acta de verificación (cfr. fs. 3), ese extremo no ha sido acreditado por ningún medio de prueba. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Tampoco se tiene conocimiento del contenido del contrato que Día Argentina S.A. dice haber celebrado con el Sr. Bas Norton, cuya prueba constituye un presupuesto lógico ineludible, para analizar la supuesta falta de responsabilidad que invoca la firma recurrente. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Esta Sala tiene dicho que la ley de consumo 24.240, dispone que los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio (art. 53). En este sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, concluyó en que las reglas atinentes a la carga probatoria deben ser apreciadas en función de la índole y características del asunto sometido a la decisión del órgano jurisdiccional a efectos de dar primacía -por sobre la interpretación de las normas procesales- a la verdad jurídica objetiva, de modo que el esclarecimiento no se vea perturbado por un excesivo rigor formal (CSJN, "Galli de Mazzuchi c. Correa" La Ley, 2001-C, 959, 06/02/2001). \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ A la inversa, la proscripción de abusos en el ejercicio de los derechos (arts. 1071 del Código Civil) también cimienta las actitudes procesales, en cuya virtud las omisiones adversas a la buena fe, deben generar derivaciones también adversas para quien mantiene injustificada omisión probatoria. Nadie debe atrincherarse en una situación pasiva, cuando resulta razonable inferir que es el único que puede aportar elementos de juicio o el que se halla en mejores condiciones para hacerlo, por preeminencia científica y operativa. En primer lugar, cabe poner de resalto que la normativa específica relativa a las

relaciones de consumo, no constituye una mera regulación de determinado ámbito de las relaciones jurídicas, como tantas otras. La preocupación del legislador -signada por la clarísima previsión del art. 42 de la Constitución nacional y la correlativa contenida en el art. 38 de la Constitución provincial-, radica en obtener la efectividad en la protección del consumidor. El principio protectorio como norma fundante, es cimiento que atraviesa todo el orden jurídico (La relación de consumo y su vinculación con la eficaz protección de los derechos reconocidos por el art. 42 de la Constitución Nacional, en Revista de Derecho privado y Comunitario, 2012-1, p. 77 y sigtes.; cfr. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, “G., A. C. c. Pasema S.A. y otros s/daños y perjuicios”, 01/04/2015, La Ley 2015-C, 512). \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ En el caso, la recurrente omitió presentar su descargo en la instancia administrativa (cfr. fs. 07) y ya en sede judicial, sólo se limitó a mencionar un contrato de concesión, sin acompañarlo al proceso, ni aportar prueba alguna para acreditar la existencia de ese vínculo. Asumió así una actitud contraria a las normas antes reseñadas, conducta que resta seriedad a su agravio y lo torna inatendible. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ En consecuencia, a fin de resolver la procedencia de la sanción, debe partirse de la apariencia que ofrece la explotación comercial para los consumidores, pues la misma se lleva a cabo utilizando el nombre comercial Día, lo que induce al consumidor -que no es parte ni tiene conocimiento de la relación contractual invocada-, a concluir que está comprando a la firma Día. Por ello, esta crítica no resulta atendible. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ IV) La recurrente se agravia en segundo lugar, porque considera a la sanción arbitraria y excesiva, ello con fundamento en la pequeña cantidad de productos vencidos, respecto a las ventas totales del supermercado y a que la fecha de expiración era reciente. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ La graduación de la multa impuesta -\$10.000-, es inherente al ejercicio del poder disciplinario propio del Poder Administrador, que ha impuesto una sanción al proveedor por entender que su conducta no se adecuó a las pautas de la ley 24.240. Respecto de esta cuestión, el Tribunal ha venido manteniendo el criterio de que el control judicial es, esencialmente, de

legalidad y no de oportunidad, mérito o conveniencia de las medidas adoptadas (esta Sala IV, t. XXXIV, fº 864, citado por el Sr. Fiscal de Cámara; íd t. XXXIV, fº. 755/758, entre otros). El control de legitimidad supone el de la debida aplicación de las normas, adecuación de los hechos, y que las sanciones se ajusten al texto legal. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Tiene dicho la Corte de Justicia de Salta, que el control judicial de los actos denominados tradicionalmente discrecionales o de pura administración encuentra su ámbito de actuación, por un lado, en los elementos reglados de la decisión -entre los que cabe encuadrar, esencialmente, a la competencia, la forma, la causa y la finalidad del acto-, y por otro, en el examen de su razonabilidad. Es precisamente la legitimidad -constituida por la legalidad y 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 parte interesada, verificar el cumplimiento de dichas exigencias, sin que ello implique la violación del principio de división de poderes que consagra la C.N. (cfr. Fallos: tomo 203:405/414). \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ En autos, no se encuentra controvertida la existencia de productos vencidos en las góndolas del Supermercado Día, ni tampoco que hubieran sido ofrecidos al público para su consumo. Tampoco se objetó el encuadre jurídico dado a tal conducta -potencialmente dañosa para la salud de los consumidores- que contravino, al decir de la autoridad administrativa, las previsiones del artículo 5 de la ley 24.240. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ La recurrente sólo cuestiona el monto de la sanción, por considerarlo irrazonable, por ser elevado en proporción a la conducta penada. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ En torno al control de proporcionalidad, ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que la facultad de graduación de la multa entre el mínimo y el máximo previsto en la ley, no escapa al examen de razonabilidad que corresponde al Poder Judicial con respecto a los actos de la Administración Pública, incluso cuando se trata de facultades discrecionales de la administración (doctrina de Fallos: 313:153 entre tantos otros). \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ En relación a ello, debe considerarse que la apreciación de los hechos, la gravedad de la falta y la graduación de las sanciones pertenecen al ámbito

de las facultadas discrecionales de la administración, en cuyo ejercicio ésta no debe ser sustituida por los jueces a quienes sólo les cabe revisarlas en caso de irrazonabilidad o arbitrariedad manifiestas (cfr. CSJN, Fallos, 303:1029; 304:1033; 306:1792, entre otros), lo que no se advierte en autos. No se percibe además un exceso de los límites de razonabilidad, exigibles en la valoración de los antecedentes fácticos, en la aplicación y confirmación de la consecuencia jurídica, de conformidad a las previsiones y al objeto de la Ley 24.240 y su concordante a nivel local, Ley 7402. Corresponde resaltar que el incumplimiento de los deberes contenidos en la ley de defensa del consumidor constituyen infracciones formales, en tanto que las sanciones en ella previstas se caracterizan por su carácter ejemplar y disuasivo, y tienden a equilibrar la relación de consumo (CJS, Fallos 181: 069). \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ La resolución recurrida, motivó la cuantificación de la sanción, en la posición relevante en el mercado del proveedor, que se dedica a vender comestibles lo que implica mayor conocimiento sobre esos productos, cualidad que lo obliga a obrar con mayor diligencia. Consideró también el efecto multiplicador de las infracciones, teniendo en cuenta el caudal de consumidores que concurren a esa sucursal. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Considerando todas las circunstancias antes apuntadas, la graduación de la sanción luce razonable, confrontada con el conjunto de pautas establecidas en el art. 49 de la ley de defensa del consumidor o usuario, pues la oferta al público de comestibles vencidos, encierra una conducta disvaliosa, que pone en riesgo la salud de los potenciales consumidores y la multa -\$ 10.000-, no luce desproporcionada a la finalidad de las normas transgredidas (art. 5, ley 24.240), por lo que corresponde desestimar este agravio. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ V) El recurrente objeta finalmente, la orden de publicar una síntesis de los hechos que motivaron el dictado de la resolución sancionatoria. Entiende que, de cumplirse con la misma, el prestigio de la marca se vería mancillado al involucrar a su mandante, en un hecho del que no tiene responsabilidad alguna. Invoca el principio penal in dubio pro reo y dice que debe advertirse que toda publicidad negativa, tiene potencialidad de perjudicar la imagen de su mandante y ello aparece desproporcionado respecto de la infracción. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Como ya se dijo, en autos no se acreditó la existencia del contrato de concesión invocado por el recurrente. Por ello, este argumento no puede ser considerado como presupuesto lógico para analizar este agravio, aún cuando tal circunstancia tuviera la virtualidad de liberar de responsabilidad al concedente, extremo sobre el que no es dable expedirse en el marco de este recurso. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ El fundamento doctrinario de la previsión legal - art. 47, último párrafo de la ley 24.240-, es que la violación de sus normas, afecta el interés general de la comunidad, es un accesorio de la sanción principal y tiene por objeto ilustrar al público de la infracción cometida. La CSJN haciendo suyo el dictamen del Procurador, ha dicho al respecto que la publicación procede siempre, con prescindencia de la gravedad o levedad de la infracción. Ello es así, porque la facultad que le asiste a la Autoridad de Aplicación de graduar las sanciones de acuerdo a los antecedentes del infractor y de las circunstancias del caso -art. 49-, se limita a la facultad de aplicar, en forma conjunta o independiente, cualesquiera de las sanciones enumeradas en cada uno de los incisos del art. 47, mas dicha facultad no alcanza al último párrafo del mencionado precepto, el cual determina de manera imperativa, que la resolución condenatoria deberá publicarse en el diario de mayor circulación del lugar donde la infracción se hubiera cometido, a costa del infractor. Dicha disposición en examen -publicación imperativa- constituye un accesorio insoslayable a aplicar, cualquiera fuere la sanción condenatoria principal y con prescindencia de la levedad o gravedad de la infracción cometida. De no ser así -aplicable a todos los casos- el legislador hubiera incluido a la publicación como un inciso más de los enumerados en el artículo, convirtiéndola de ese modo en una sanción posible a aplicar, junta o independientemente con las demás. La primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador y la primera fuente para determinar esa voluntad es la letra de la ley; no cabe pues a los jueces sustituir al legislador sino aplicar la norma tal como éste la concibió (cfr. CSJN, Fallos: 324:1740). \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Conforme la doctrina del Máximo Tribunal, en tanto se confirma la multa impuesta a la recurrente, la obligación accesoria deviene insoslayable y

corresponde por ello desestimar también este agravio. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ En cuanto a las costas, atento el resultado arribado, se imponen al recurrente vencido (art. 67, segunda parte del CPCC). \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Por ello, \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ **LA SALA CUARTA DE LA CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL** \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ I) **NO HACE LUGAR** al recurso de apelación deducido a fs. 17/18 por Día Argentina S.A. Con costas. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ II) **REGÍSTRESE**, notifíquese y **BAJE**. \_\_\_\_\_

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE LA PROVINCIA DE SALTA. VOCALES: Dres. José Gerardo Ruiz - Soledad Fiorillo SECRETARIA: María Guadalupe Villagrán SALA IV, T.XXXIX – S, f° 323/327, 10/08/17