Comodoro Rivadavia, de abril de 2019.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Llegan a conocimiento del Tribunal estos autos caratulados **"C. S.A. en autos "MCR – OFICINA DEFENSA DEL CONSUMIDOR c/ SUPERMERCADO J. s/ Presunta Infracción (Expte. N° 952/18 ODC)" s/ RECURSO DE APELACION"** Expte. N° 60/2019, venidos de la Oficina de Defensa del Consumidor, dependiente de la Municipalidad de Comodoro Rivadavia; en virtud del recurso de apelación interpuesto y fundado por C. S.A. a fs. 102/107vta., en contra de la resolución de fs. 88/92.

I.- En la resolución en crisis, la Oficina de Defensa del Consumidor sancionó a la firma C. S.A. con una multa de $150.000 por infracción al inciso 1° del artículo 12 de la Ley 22.802, los artículos 7 y 8 de la Ley 24.240 y el artículo 5 de la Ordenanza Municipal 11.482/14.

Para resolver del modo en que lo hizo, la Administración indicó que "en virtud de la compra virtual realizada por los inspectores… durante la inspección de fecha 20/08/2018, se verifica… diferencia de precio" en "shampoo I. S. G.", "Jabón J.", "F. C." y Whisky T. F.".

Aclara la Oficina que "si bien la diferencia de precios constatada entre los productos exhibidos en góndolas y los cobrados en línea de cajas recae sobre un total de cuatro productos, debe ponderarse que el procedimiento denominado "compra virtual" se llevó a cabo sobre un total de 35 productos… lo que arroja un 11,4% de incumplimiento entre los precios ofrecidos y los que verdaderamente se cobran en línea de cajas".

Asimismo, añade que "… debe destacarse la

posición de la empresa en el mercado local, la cantidad de consumidores que sus instalaciones pueden albergar y la cantidad de productos que comercializa, estimados en la cantidad de 36.000, lo que permite inferir en base al porcentaje deducido de las actuaciones de fs. 07, que la cantidad de productos en los cuales podría presentarse el mismo incumplimiento asciende a 4104…".

De este modo, la Administración indica de qué modo "al ampliar el espectro y considerarlos en su conjunto, adquiere gran entidad y reportan beneficios económicos injustificados a una gran empresa en perjuicio de todos y cada uno de los consumidores…".

Se destaca asimismo en la resolución, que al momento de la inspección, el local contaba con 5 cajas abiertas de un total de 13 habilitadas para el cobro, lo que arroja un porcentaje del 38%, contrario a lo previsto en la Ordenanza Municipal, que exigen el 70%. Asimismo se constató la falta de exhibición de precios de 74 productos que se ofrecen en las góndolas del salón de venta, lo que incumple la obligación impuesta por el art. 12° inc. i) de la ley 22.802.

En contra de la decisión antes indicada, la firma sancionada interpone y funda recurso de apelación; a efectos que este Tribunal la revoque.

En subsidio solicita la reducción del monto de la multa.

En el primer agravio, se afirma que la sanción impuesta debe ser revocada, puesto que la resolución en crisis no fue suscripta por el director de la Oficina del Consumidor.

En el segundo agravio, la recurrente

cuestiona la constitucionalidad del artículo 5 de la Ordenanza 11.482/14; puesto que, a su criterio, la imposición de la obligación de contar con determinada cantidad de cajas abiertas en el local comercial vulnera “la más elemental libertad que garantizan los artículos 14 y 15 de la Constitución Nacional”.

En el tercer agravio, la apelante cuestiona “que el sumariante haga una extrapolación insólita, carente del más mínimo fundamento en la realidad o en evidencias de ningún tipo, pretendiendo valerse de endebles cálculos matemáticos para –dice- adivinar la cantidad de productos en infracción sin hacer comprobación alguna”.

El proceder indicado en el párrafo anterior resultar ser, a criterio del apelante, groseramente violatorio de los artículos 17 y 18 de la Constitución Nacional.

Luego, en el cuarto agravio se cuestiona que la Oficina haga “uso y abuso de manera particular de “la posición dominante de la empresa en el mercado” para justificar el monto irrisorio de la multa”.

Al respecto, alega que “la ley de Defensa de Consumidor no habilita a la Administración a elegir arbitrariamente el criterio que más le convenga para alcanzar el valor más elevado posible…”.

En este sentido, explica que “tomar el formidable tamaño de un comercio como agravante y, a la vez, agravar doblemente acusándolo de reincidente cada vez que hay algún precio mal puesto, implica admitir que a la Administración no le interesa aplicar el efecto correctivo de la ley dentro de lo humanamente posible, sino que solo buscar razones para imponer la multa más alta posible”.

Añade que “nada tiene que ver la posición

de la empresa en el mercado con las razones que motivaron la resolución aquí impugnada".

Por último, en el quinto agravio postula que "el monto de la multa no guarda correlación alguna con el criterio de razonabilidad que ha de permear las decisiones de la Administración".

Finalmente, y en lo que a la imposición de costas se refiere, peticiona que –en el supuesto de ser admitido el recurso- queden a cargo de la Municipalidad de Comodoro Rivadavia y no en el orden causado.

II.- Ingresando en la revisión propuesta, respecto del primer agravio corresponde señalar que la línea jurisprudencial sentada por este Sala en S.I. N° 189/2018 y, luego seguida por la Sala A de este Tribunal, encontró su razón de ser en que quien detentaba un cargo de "coordinador" en la Oficina de Defensa del Consumidor suscribía por la autoridad de aplicación –sin delegación de firma o de competencias- las resoluciones que concluían expedientes administrativos; a pesar de encontrarse (en virtud de la Resolución 1204/16) dicha tarea en cabeza de quien ostentaba el cargo de Director de la Oficina.

Ahora bien, tal cual se desprende de las constancias de autos, mediante Resolución N° 76/19 el señor Intendente Municipal modificó el nomenclador de funciones de la Oficina de Defensa del Consumidor y atribuyó la apertura de los sumarios, control del desarrollo del proceso, requerimiento y valoración de pruebas, evaluación de antecedentes, graduación de sanciones y aplicación de multas a quien detenta el cargo de "profesional adjunto".

Así las cosas, siendo la resolución en

crisis posterior a la modificación del nomenclador y, encontrándose esta suscripta por quien detenta dicho cargo, el vicio al que se alude en el recurso no se verifica en el caso.

Por lo cual, corresponde rechazar el primer agravio.

En cuanto a la segunda queja, inconstitucionalidad del art. 5° de la Ordenanza Municipal N° 11.482/14, cabe adelantar que la misma no tendrá recepción favorable.

La citada normativa, expresamente dispone en su artículo 1°, que tiene por finalidad establecer normas para la atención de usuarios y/o consumidores en los establecimientos comerciales de esta ciudad, en donde se registre una concurrencia masiva de consumidores y se lleve adelante una atención personalizada de los mismos, a efectos de garantizar el trato digno y correcto, estableciendo un mecanismo claro, ágil y eficaz de atención al público.

La recurrente entiende que la ordenanza pretende hallar en el art. 8 bis de la ley 24.240 el sustento jurídico para imponer exigencias que la propia Ley de Defensa del Consumidor no hace, pero destacamos que la misma legisla sobre la atención al público y el servicio de cobranza en el marco de una relación de consumo, actividad que cae en la esfera de actuación del ente municipal como autoridad local en ejercicio del poder de policía, de inspección y de habilitación de establecimientos comerciales e industriales ubicados en el ejido municipal.

En consecuencia y toda vez que el municipio local adhirió mediante Ordenanza 10.387/12 a las leyes nacionales y provinciales en lo que fuere materia de competencia municipal y en especial en

aquellas materias en las que se delega expresamente las facultades de control, vigilancia y juzgamiento de infracciones que se sometan a tratamiento en el marco de las normas de consumo, corresponde desestimar el planteo de inconstitucionalidad.

En lo que al tercer y cuarto agravio se refiere, dada la vinculación que se verifica entre ambos, cuestiones de buen orden metodológico determinan que corresponda tratarlos en conjunto.

De la lectura de las actas que obra a fs. 4, 5, 6 y 6/02, se advierte que a la firma se le reprocha el incumplimiento de dos de sus deberes. Por un lado, colocarle a los productos que comercializa el precio en la góndola; y por otro, que este se corresponda con aquel que se encuentra registrado en la línea de cajas.

Al respecto, este Tribunal ha tenido oportunidad de señalar que "el fin que persigue la ley de Lealtad Comercial, es evitar que los consumidores, mediante indicaciones poco claras y engañosas, o inexactitudes, sean inducidos a error o falsedad en la adquisición de productos, mercaderías o en la contratación de servicios protegiéndose de ese modo, el derecho de aquellos a una información adecuada, completa y veraz, en relación al consumo (art. 42 C.N.). Asimismo, pretende preservar la lealtad en las relaciones comerciales, que abarca los derechos de los consumidores y de los competidores ya que con conductas como las examinadas se pueden producir desvíos o captación potencial de clientela por medio de métodos contrarios a la lealtad en las relaciones comerciales" (S.I. 15/2015 y sus citas).

La ausencia de precios verificada en los productos y la discordancia entre los de góndola y los de caja resulta ser un incumplimiento a la ley 24.240.

Por ello, el tercer y cuarto agravio serán rechazados.

Por último, corresponde analizar el pedido de morigeración de la sanción impuesta.

De la lectura de la resolución en crisis, se desprende que la multa de $150.000 no resulta ser la consecuencia inmediata de los hechos verificados en las actas de inspección; sino la consecuencia de estimación matemática construida sobre premisas no constatadas en autos.

Veamos. La Oficina entiende que si de un total de 35 productos objeto de la "compra virtual", en cuatro de ellos se verificó el incumplimiento antes indicado, sería posible afirmar que la divergencia entre el precio de caja y de góndola afecta al 11.4% de los 36.000 productos –que aproximadamente- comercializaría la firma sancionada.

Es decir, a partir de un dato conocido la autoridad de aplicación presume a partir de un razonamiento inductivo otro que desconoce.

Este procedimiento, como método para la construcción del fundamento de la cuantía de la sanción presenta dos falencias.

Por un lado, la estimación del total de bienes comercializados resulta ser arbitraria por cuanto no resulta ser la consecuencia de ningún elemento obrante en el sumario.

Por otro, el más elemental respeto a la garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio determina que la imposición de una sanción sea la consecuencia del incumplimiento de un deber jurídico

efectivamente constatado; y no, como ocurre en la especie, de una hipótesis que descansa en una proyección estadística realizada con total prescindencia de, por ejemplo, una muestra representativa del fenómeno analizado (conf. esta Sala SI N° 37/19).

Así las cosas, es dable recordar que el artículo 165 del Código Procesal establece que las presunciones no establecidas en la ley solo pueden constituir prueba cuando estas se asientan en hechos no solamente probados, sino que por su número, precisión y concordancia resultan aptas para crear convicción en determinado sentido.

La doctrina enseña que "para saber si una limitación que el Estado pretende imponer a un derecho es o no válida, no podremos invocar el "poder de policía" como en los tiempos del Estado absoluto: Debemos buscar el concreto fundamento normativo de la restricción y a él solo podremos encontrarlo en el juego de las normas constitucionales y legales de nuestro sistema…. En lugar de establecer un principio general de coacción y poder estatal ("policía," "poder de policía") al que luego se le buscarían restricciones en los derechos individuales de los habitantes, lo correcto es, en los sistemas constitucionales democráticos que estructuran positivamente a su Estado como "Estado de Derecho" y que se encuentran sometidos a un régimen supranacional e internacional de derechos humanos, sentar la premisa opuesta. Es así como corresponde afirmar que el principio general establecido son los derechos individuales, a los que luego, en los casos concretos y por expresa determinación de la ley, se les encontrarán restricciones y limitaciones en la

eventual coacción estatal". (Gordillo, Agustín: "Tratado de Derecho Administrativo", cap. V).

Del contraste de dicho estándar con lo obrado por la autoridad de aplicación, se colige que no se reunieron suficientes elementos como para poder presumir que el 11.4% del total de los productos comercializados por la firma sancionada carecen de precio o que el de góndola difiere del de la línea de cajas.

En estos términos, corresponde hacer lugar parcialmente al agravio y, en atención a las pautas previstas por el artículo 49 de la Ley 24.240 especialmente la existencia de antecedentes por esta misma infracción (Res ODC N° 39/19), reducir la sanción impuesta, por infracción a los arts. 12 inc. I) de la ley 22.802, 7 y 8 Ley 24.240 y 5° de la Ordenanza Municipal N° 11.482/14 a la suma de $50.000.

III.- Las costas de esta instancia, atento la naturaleza de la cuestión, constatación de las infracciones sancionadas y siendo que la Municipalidad actúa como órgano administrativo con función jurisdiccional, corresponde sean impuestas por su orden.

Se regularan los honorarios profesionales teniendo en cuenta la naturaleza del proceso, el mérito de la labor desarrollada, el éxito obtenido, de conformidad a las pautas orientadoras de la ley de aranceles, porcentuales y mínimos establecidos en los arts. 5, 6, 13, 32 y 46 Ley XIII N° 4 y N° 15).

Por ello, la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia,

RESUELVE:

1) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto a fs. 102/107vta. y, en consecuencia reducir la sanción de multa impuesta en la Resolución ODC MCR N° 73/2019 a la suma de $50.000.

2) Imponer las costas en el orden causado.

3) Regular los honorarios del abogado P. N. F., letrado apoderado de la recurrente, en la suma equivalente a ocho (8) Jus, con más la alícuota del I.V.A. si correspondiere.

4) Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvase.

RICARDO RUBÉN ENRIQUE HAYES **GRACIELA MERCEDES GARCIA BLANCO**
Juez de Cámara **Presidenta**

MARIA FERNANDA ZANATTA
Jueza de Cámara

REGISTRADA BAJO EL N° DEL AÑO 2019
DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS

MARIA MAGDALENA CONSTANZO
Secretaria de Cámara