

denegada en sede administrativa. III.- Corrido el pertinente traslado, el Estado Nacional - Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, se presentó, se opuso a la producción de la prueba ofrecida, contestó los agravios esbozados y, en consecuencia, solicitó el rechazo del recurso interpuesto, con costas (ver fs. 362/380). A fs. 382/384 la recurrente contestó respecto de la oposición a la realización de la prueba formulada y a fs. 387 y vuelta el señor Fiscal General se expidió favorablemente respecto de la competencia de esta Sala para intervenir en autos y en relación a la admisibilidad formal del recurso interpuesto. En estas circunstancias, se dispuso que la causa se encontraba en condiciones de ser resuelta (fs. 388).

IV.- Sentado ello, resáltese que las presentes actuaciones fueron iniciadas de oficio por parte del Sector de Publicidad y Concursos de la Dirección de Lealtad Comercial al relevar una publicidad aparecida el 24/6/2012 en el periódico "Clarín" en la que bajo el título "Las mujeres lo confiesan: el tamaño sí importa" se promocionaba el producto que -tal como reconoció posteriormente la recurrente- se denominaba "gel íntimo masculino XLARGE" (fs. 2). Acto seguido, se desarrolló el debido procedimiento administrativo en el que a fs. 22/23 le fue requerido a la finalmente sancionada que acompañara el rótulo del producto en cuestión, copia de su aprobación emanada por autoridad competente y, asimismo, justificara -mediante la documentación respaldatoria pertinente, fundamentada médica y científicamente- las afirmaciones contenidas en la publicidad fiscalizada, puntualmente: -"especialistas descubren nuevo componente que incrementa el tamaño del miembro?"; -"una reciente encuesta revela que el 98% de las mujeres tienen preferencia por hombres cuyo tamaño de miembro se encuentra por sobre la media?"; -"casi 9 de cada 10 hombres no están satisfechos con el tamaño de su miembro?"; -"¿cómo es posible lograrlo sin cirugía? Es posible gracias al novedoso descubrimiento de un aminoácido que logra activar la irrigación sanguínea en el órgano. Al estimularse la irrigación sanguínea a través de la dermis, se genera un aumento temporario del miembro masculino. Esto es similar a los principios que se emplean en la cosmética para engrosar otras partes del cuerpo (como labios, por ejemplo)?"; -"los resultados de la muestra indican que el 100% de los participantes informó haber obtenido un aumento significativo en tamaño y rigidez en la erección?"; -"este tratamiento también le permitirá mejorar su desempeño sexual?"; -"durante el tiempo que use el producto, las células incrementarán su tamaño, se generarán paredes más fuertes y amplias que permitirán retener grandes cantidades de sangre y harán expandir los tejidos del miembro masculino. Basta con aplicar el producto y ejercitar el miembro como lo haría en un gimnasio con cualquier otra parte de su cuerpo?"; -"su satisfacción está 100% garantizada?"; y -"este producto no representa ningún riesgo para la salud?".

En respuesta a lo solicitado, Por una Cabeza S.A. acompañó a fs. 37/103 el rótulo del producto, su certificado de aprobación por autoridad competente, publicaciones en revistas y sitios de internet y encuestas relacionadas al gel íntimo y sus componentes (algunos de los cuales se encontraban en idioma extranjero sin la correspondiente traducción que, de ser solicitada, sería acompañada) e informó que: -el componente al que se hacía referencia era la L-Arginina, que tiene como característica principal la liberación de óxido nítrico, agente vasodilatador fisiológico; -las afirmaciones relativas a la encuesta, respondían al estudio que efectuara en un grupo de hombres de diferentes edades, quienes afirmaron que las mujeres desearían que los hombres tuvieran un mayor tamaño, que -en su gran mayoría- no estaban conformes con su dimensión y que probaron el producto; -la estimulación de la producción de óxido nítrico gracias a la L-Arginina mejoraba la irrigación sanguínea y la vasodilatación de la zona pélvica, con sus positivas consecuencias a nivel funcionamiento del miembro masculino; -la suplementación de manera regular de la L-Arginina tenía la aptitud para optimizar la función sexual y otros aspectos de enfermedades vasculares en general; -estudios científicos daban cuenta que la L-Arginina ayudaba a incrementar el desempeño sexual, mejorando el funcionamiento del órgano reproductor masculino; -los resultados obtenidos de distintos estudios plasmados en los trabajos científicos acompañados demostraban que la administración de L-Arginina restauraba la normalidad de la función eréctil a los tres meses del inicio del tratamiento (o un mes incluso, en algunos casos); mejorando -asimismo- considerablemente la vasodilatación de la cadera y del miembro reproductor, permitiendo al paciente obtener erecciones más fuertes y duraderas; y -en el hipotético caso en que el consumidor no se encontrara conforme o satisfecho con el producto, se le devolvería el dinero abonado.

A pedido del organismo de control, a fs. 219 y vuelta el Servicio de Inspectoría de Productos Cosméticos del A.N.M.A.T. indicó que: -la disposición A.N.M.A.T. N° 4.330/1995, de aplicación específica para geles íntimos de uso cosmético, preveía que se podría mencionar en el rótulo y textos de este tipo de productos únicamente las funciones de lubricación y/o humectación, encontrándose vedado mencionarse otro tipo de capacidades e indicaciones de uso; -la resolución ex M.S. y A.S. N° 155/1998 establecía que por producto cosmético, para la higiene personal y perfumes debía entenderse aquellas preparaciones constituidas por sustancias naturales o sintéticas o sus mezclas, de uso externo en las diversas partes del cuerpo humano: piel, sistema capilar, uñas, labios, órganos genitales externos, dietes y membranas mucosas de la cavidad oral, con el objeto exclusivo o principal de higienizarlas, perfumarlas, cambiar su apariencia, protegerlas o mantenerlas en buen estado y/o corregir olores corporales; sin poder proclamarse actividad terapéutica alguna; -la disposición de publicidad sobre productos de venta libre A.N.M.A.T. N° 4.980/2005 en su Anexo I ítem 5 disponía que no debía atribuirse al producto acciones o propiedades terapéuticas, nutricionales, cosméticas, diagnósticas, preventivas o de cualquier otra

naturaleza que no hubieran sido expresamente reconocidas o autorizadas por la autoridad sanitaria. Además, en su Anexo V, disponía que la publicidad debería propender a la utilización adecuada y racional del producto, presentando sus propiedades sin engaños y brindando información veraz, precisa y clara acorde a su uso y modo de empleo, no pudiendo inducir al uso inadecuado o que afectara la salud humana; ni tampoco podría indicar que su utilización aportaría soluciones milagrosas o que resultasen engañosas -poniendo en riesgo la salud humana-, así como tampoco podría referirse acción terapéutica alguna ni modificaciones fisiológicas del organismo diferentes a la finalidad para la cual fue admitido el producto ni modificarse las indicaciones y usos contenidos en los rótulos y/o prospectos del producto. -las únicas funciones autorizadas para geles de uso íntimo, inscriptos como cosméticos, eran las de lubricación y humectación. En función de lo expuesto, opinó que las afirmaciones declaradas en la publicidad referidas al tamaño del miembro, a la satisfacción del consumidor en ese sentido y demás, no eran declaraciones permitidas para un producto cosmético con la finalidad de uso autorizada (lubricación y/o humectación de órganos genitales externos), llevando por lo tanto a engaño o confusión al consumidor. Asimismo, resaltó que el 21/9/2012 Por una Cabeza S.A. había iniciado el trámite tendiente a adecuar los datos de inscripción del producto a fin de cumplir con la normativa de cosméticos.

En función de las probanzas colectadas, la autoridad de aplicación consideró que la publicidad fiscalizada del producto "gel íntimo masculino XLARGE" contendría afirmaciones que podrían inducir a engaño y/o confusión en el potencial consumidor respecto de las características o propiedades del bien en cuestión. En consecuencia, levantó cargos contra la firma Por una Cabeza S.A., por presunta infracción al artículo 9° de la ley 22.802 (fs. 221/223). La sumariada se presentó, formuló su descargo y ofreció la producción de prueba informativa, pericial y testimonial, ejerciendo así su derecho de defensa (ver fs. 227/259). A fs. 261, en cuanto aquí importa referir, el organismo de control señaló -en respuesta al cuestionamiento de las potestades de la Dirección de Lealtad Comercial para impulsar la instrucción- que la imputación se hallaba perfectamente tipificada en el artículo 9° de la ley 22.0802 y que actuó y habría de actuar dentro de su competencia legal. Asimismo, desestimó la prueba requerida por resultar inconducente a los fines de exculpar a la sumariada de la imputación de autos. Disconforme con esa decisión, Por una Cabeza S.A. interpuso recurso de reposición. Solicitó que se le permitiera producir la prueba ofrecida, a cuyos efectos explicó los motivos que la llevaban a considerarla necesaria (fs. 264/265). El Director de Lealtad Comercial rechazó el recurso intentado (fs. 266/269). Para así decidir -tras recordar que conforme lo dispuesto en el inciso e) del artículo 17 de la ley 22.802, únicamente correspondía admitir la producción de prueba en caso de existir hechos controvertidos y siempre que no resultara manifiestamente inconducente-, destacó que su procedencia debía ser resuelta teniendo en miras que lo que se investigaba en autos (presunta infracción al artículo 9 de la ley de Lealtad Comercial) y que la imputación se realizaba sobre la base del informe del Servicio de Inspectoría de Productos Cosméticos del A.N.M.A.T.. En concreto, señaló que: -el pedido de informe a la Sociedad Argentina de Farmacia y Bioquímica Industrial respecto de las propiedades de los componentes e ingredientes que incluía el producto -en especial la L-Arginina-, en nada podía ayudar a excusar a la sumariada. Tampoco era conducente el oficio al Colegio de Farmacéuticos de la Provincia de Buenos Aires para que informara si el producto en cuestión poseía propiedades como vasodilatador fisiológico, pues aún cuando tuviera esa característica, ello no haría que la publicidad fiscalizada no pudiera inducir a error, engaño o confusión. Refirió que, en ambos casos, se habría omitido el cumplimiento de la resolución S.C. N° 100/1983 relativa al procedimiento de extracción de muestras. -la pericial pretendida era inviable en tanto lo determinante, conforme la disposición A.N.M.A.T. N° 4.330/1995, era que solamente se podrían consignar en rótulos y textos las funciones de lubricación y/o humectación del producto, sin poder mencionarse ningún otro tipo de indicación de uso. -correspondía ratificar el rechazo de la testimonial por improcedente. Las actuaciones culminaron con el dictado de la resolución N° 222/2014, por medio de la cual el Director Nacional de Comercio Interior tuvo por acreditada la infracción imputada a Por una Cabeza S.A., aplicándole -en consecuencia- una multa de pesos ... (ver fs. 276/290). Para así decidir, consideró que: -era de su competencia exclusiva la vigilancia del efectivo cumplimiento de la ley 22.802 -y sus reglamentaciones-, comprendiendo las publicidades de cualquier tipo de productos, entre ellos, los cosméticos; resultando intrascendente que otros organismos del Estado pudieran ejercer simultáneamente otro tipo de controles, fiscalizando la observancia de la legislación específica bajo su órbita (tal el caso del A.N.M.A.T. en materia de medicamentos, alimentos y tecnología médica); -el planteo de nulidad formulado debía ser desestimando en tanto el proveído objetado (la imputación) no presentaba ningún tipo de vicio que hubiera cercenado el derecho de defensa de la sumariada. Al punto, refirió que fueron indicados los fundamentos tenidos en cuenta para interpretar que el estado de engaño o confusión podría llegar a producirse en el lector del aviso, cuál era la previsión legal aparentemente incumplida, así como también la plataforma fáctica del caso, señalándose las afirmaciones del aviso cuestionado que tendrían la aptitud de inducir a error al potencial consumidor y los motivos que sustentaban ese reparo. Asimismo, destacó que el hecho que el cargo se fundara en el informe de la A.N.M.A.T. no tenía la aptitud para provocar la invalidez del acto de imputación sino que, por el contrario, ello revelaba que se realizaron trabajos previos de investigación pertinente. -correspondía desestimar la alegada violación del principio de inocencia, en tanto por el acto

de imputación no se decidía respecto de la verificación de la aparente trasgresión al régimen de lealtad comercial y justamente por eso no se incluía la imposición de sanción alguna; -en el marco de la ley 22.802, la queja relativa a la supuesta inversión de la carga de la prueba resultaba improcedente dado que con el acto de imputación se brindó la posibilidad de ofrecer las pruebas que la firma considerara que hicieran a su derecho, que fueran conducentes al caso que se investigaba, lo que -sin embargo- en modo alguno importaba que se estuviera considerando probado lo que en ese estadio procesal consistía en una presunta trasgresión, que habría de considerarse recién al dictarse la resolución final. -en autos no se analizaba la efectividad del gel íntimo masculino -que fue admitido por el A.N.M.A.T. para ser utilizado solo como cosmético- sino si el aviso en cuestión contenía afirmaciones que se apartaban de las pautas establecidas en el artículo 9 de la ley 22.802; -no fue cuestionado que la publicidad fiscalizada se encontraba constituida por el aviso realizado por la firma imputada, aparecido en el diario Clarín el 24/6/2012 bajo el título ?Las mujeres lo confiesan: el tamaño sí importa? que se refería al producto denominado ?gel íntimo masculino XLARGE?; -conforme se desprendía del informe del A.N.M.A.T., el producto en cuestión revestía la naturaleza de ?gel íntimo de uso cosmético?, por lo que se encontraba alcanzado por la disposición A.N.M.A.T. N° 4.330/1995, según la cual, en sus rótulos y textos, solamente podrían mencionarse funciones de humectación y lubricación. -del aviso publicitario fiscalizado se desprendía claramente que se ofrecían al lector otra clase de funciones que las permitidas -sin que fuera necesario analizar la efectividad que se indicaba respecto del bien-, relacionadas con la sexualidad del ser humano, lo que denotaba -sin margen de dudas- que por realizar afirmaciones no admitidas para un producto cosmético con la finalidad de uso autorizada, el aviso tenía la aptitud para llevar al engaño o confusión en el potencial consumidor. -la acción de otorgar por vía publicitaria a un producto cosmético acciones que no se hallaban autorizadas o reconocidas por la autoridad sanitaria tenía -además- su impedimento legal en lo preceptuado por disposición A.N.M.A.T. N° 4.980/2005, que: a) impedía atribuir al producto acciones o propiedades terapéuticas, nutricionales, cosméticas, diagnósticas, preventivas o de cualquier otra naturaleza que no hubieran sido expresamente reconocidas o autorizadas por la autoridad sanitaria (anexo I, ítem 5); b) exigía propender a la utilización adecuada y racional del producto, presentando sus propiedades sin engaños, brindando información veraz, precisa y clara acorde a su uso y modo de empleo (anexo V, numeral 1.1); y c) prohibía proclamar acción terapéutica alguna así como también modificaciones en los estados fisiológicos del organismo diferentes a la finalidad para la que fue admitido y modificar las indicaciones y usos contenidos en los rótulos y/o prospectos del producto (anexo V, numerales 2.3 y 2.4). En función de lo hasta aquí dicho, el titular de la Dirección Nacional de Comercio Interior concluyó que la publicidad examinada contenía inexactitudes y ocultamientos que podrían inducir a error, engaño o confusión, en menoscabo de la voluntad jurídica del potencial consumidor o usuario. Sin perjuicio de ello, refirió el bien jurídico tutelado (el derecho a la información, de raigambre constitucional) y, a fin de dar respuesta a las defensas planteadas, señaló que: -al realizar publicidades utilizando -en todo su contexto- expresiones y frases que significan otorgar al producto ofertado diversas funciones relacionadas con el mejoramiento de la actividad sexual del hombre, sin necesidad de estudiar su efectividad, claramente se apartan de las funciones autorizadas para los cosméticos, que solo pueden indicar las de lubricación y humectación. Ello, continuó, denotaba que se estaba promocionando un producto con inexactitudes y ocultamientos que sin lugar a dudas tenían la aptitud para generar error, engaño o confusión al potencial consumidor; -la sumariada no respetó el principio general que rige la información comercial, conocido como el principio de veracidad, en virtud del cual, el mensaje publicitario no debía inducir a error a las personas, dado su alto poder de inducción al consumo masivo, con proclamas impedidas legalmente para los productos cosméticos. En este sentido, recordó que el deber de comunicación veraz, ínsito en toda publicidad, derivaba del deber de actuar con buena fe y lealtad; y -aún cuando la sumariada hubiera actuado sin intención de trasgredir, ello no le serviría como causal exculpatoria ya que, en el caso, se trataba de una trasgresión de índole formal, que no requería la producción de ningún resultado o evento extraño a la acción misma para su configuración -siendo su apreciación objetiva-, por manera que el incumplimiento de los estándares previstos en la normativa vigente permitía considerar ?engañoso? la publicidad en cuestión, en oposición a la protección de los derechos del consumidor y del comerciante competidor. Por lo expuesto, el Director Nacional de Comercio Interior concluyó que la publicidad examinada contenía datos que proclamaban virtudes sobre el desempeño sexual de quienes utilizaran el producto, lo que constituía un defecto con aptitud suficiente para inducir a error, engaño o confusión respecto de la naturaleza y calidad del bien promocionado, pudiendo únicamente mencionar funciones de lubricación y humectación, siendo en consecuencia pasible de la sanción finalmente aplicada.

V.- Una vez apuntado lo acontecido, recuérdese que toda publicidad, en sí misma, tiene como fin lograr convencer al público de la necesidad de adquirir un bien o servicio, mostrando el producto o el servicio en forma ?persuasiva?, pero debe informarlo de manera tal que pueda decidirse con conocimiento de los bienes y servicios, de sus cualidades, atributos y posibilidades. El consumidor tiene derecho a que se lo informe en forma veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los bienes y servicios que le son ofrecidos. Así lo establece el artículo 42 de la Constitución Nacional y el artículo 1° ley 24.240 (conf. esta Sala, in re: ?Editorial La Página S.A. y otro c/D.N.C.I. - Disp. 701/11?, del 14/3/2013 y sus citas). El abuso de tales técnicas -sea por

publicidad incompleta, tendenciosa o engañosa- vulnera el derecho del potencial consumidor o usuario a ser debidamente informado en los términos del artículo 42 de la Constitución Nacional. Dichas prácticas afectan el consentimiento que puede prestar ese consumidor o usuario, parte débil de la relación de consumo. Para evitar situaciones de abuso que puede generar el empleo de esas técnicas, las leyes de Defensa del Consumidor y de Lealtad Comercial -en forma tuitiva y a fin de amparar la confianza de los consumidores- imponen a quien oferte bienes y servicios la observancia de determinadas reglas (conf., en este sentido, esta Sala, in re: ?Dominique Val S.A. c/D.N.C.I. - Disp. 460/06?, del 24/7/2008 y en autos: ?Editorial La Página S.A.?, ya referido). De este grupo de preceptos, en cuanto aquí importa, vale apuntar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9º de la ley 22.802, se encuentra prohibida la realización de cualquier clase de presentación, publicidad o propaganda que mediante inexactitudes u ocultamientos pueda inducir a error, engaño o confusión respecto de las características o propiedades, naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla, cantidad, uso, precio, condiciones de comercialización o técnicas de producción de bienes muebles, inmuebles o servicios. Tal recaudo debe ser adoptado pues, caso contrario, de verificarse la conducta caracterizada en el precepto reseñado, nace la responsabilidad del actuante, sin requerir -para su configuración- la existencia de un daño concreto, sino simplemente el incumplimiento de lo prescripto por la norma. Este tipo de infracciones son de las denominadas formales. Se trata de aquellos ilícitos denominados de ?pura acción? u ?omisión? y, por tal motivo, su apreciación es objetiva (conf. esta Sala, in re: ?Navitime S.A. c/D.N.C.I. - Disp. 376/12 (Expte. S01 260.927/10)?, del 22/10/2013 y sus citas). VI.- Sentado ello, cabe señalar que -en el caso- no se encuentra discutido que el gel íntimo ?XLARGE? publicitado, sea un producto cosmético y que, como tal, se encuentra sujeto a las pautas contenidas en las disposiciones A.N.M.A.T. N° 4.330/1995 y N° 4.980/2005. La primera de las apuntadas normas prevé que en los rótulos, estuches y folletos de productos cosméticos cuya función estuviera destinada a la humectación y/o lubricación de los órganos genitales externos, podía referirse únicamente la expresión ?crema humectante y/o lubricante de uso en genitales externos? sin mencionarse ningún otro tipo de funciones e indicaciones de uso (ver su artículo 1º) Y, por disposición N° 4.980/2005 -en cuanto aquí importa referir-, fueron reguladas las pautas a observar en toda publicidad o propaganda dirigida al público, cuyo objeto fuera promocionar productos cosméticos (tal el caso del gel íntimo ?XLARGE?). En su anexo I se dispuso que toda publicidad o propaganda de productos cosméticos -entre otros- debía propender a la utilización adecuada del bien, presentando sus propiedades objetivamente sin engaños o equívocos, brindando información veraz, precisa y clara (ver su numeral 1), evitando atribuir al producto acciones o propiedades terapéuticas, nutricionales, cosméticas, diagnósticas, preventivas o de cualquier otra naturaleza que no hubieran sido expresamente reconocidas o autorizadas por la autoridad sanitaria (ver su numeral 5).

En el anexo V de este mismo precepto, se determinó que en las publicidades de productos cosméticos: -debía propenderse a la utilización adecuada y racional del producto, presentando sus propiedades sin engaños y brindando información veraz, precisa y clara acorde a su uso y modo de empleo (ver su numeral 1.1); -no debía inducirse al uso inadecuado del producto o a usos que afecten la salud humana (ver su numeral 2.1), ni proclamarse que el uso de los cosméticos podría aportar soluciones milagrosas o que resultarían engañosas, poniendo en riesgo la salud humana (ver su numeral 2.2); -no podía aludirse acción terapéutica alguna así como tampoco modificaciones en los estados fisiológicos del organismo diferentes a la finalidad para la cual fue admitido el producto (ver su numeral 2.3); ni modificar las indicaciones y usos contenidos en los rótulos y/o prospectos del producto (ver su numeral 2.4). VII.- En este contexto, adviértase que según se desprende de la disposición sujeta a revisión, Por una Cabeza S.A. fue sancionada con una multa de \$... -en definitiva- por haber promocionado el gel íntimo masculino ?XLARGE? resaltando características no permitidas por normativa dictada por la A.N.M.A.T. respecto de un producto cosmético con la finalidad de uso para la que fue autorizado, circunstancia que -a entender de la autoridad de aplicación- tenía aptitud suficiente para inducir a engaño, error o confusión en el potencial consumidor respecto de las características o propiedades del bien en cuestión. Al respecto, hay que decir que por el hecho que se hayan referido características que normativa emitida por la A.N.M.A.T. no permite exaltar publicitariamente respecto de productos cosméticos (lo que, eventualmente, tendrá sus implicancias en la órbita de esa repartición estatal), no tiene como necesaria consecuencia que esas afirmaciones respecto del gel íntimo fueran inexactas, recaudo exigido para tener por verificada la trasgresión achacada. Es que el artículo 9º de la ley 22.802 prohíbe la realización de cualquier clase de presentación, publicidad o propaganda que mediante inexactitudes u ocultamientos pueda inducir a error, engaño o confusión, resultando insuficiente al efecto que se hayan exaltado características que no se podían referir en el aviso fiscalizado (fundamento expuesto en el acto sancionatorio para tener por configurada la conducta finalmente sancionada). Destáquese que, para poder sancionar al responsable del aviso por trasgresión a lo dispuesto en el artículo 9º de la ley 22.802, la autoridad de aplicación debió efectuar la investigación tendiente a determinar si las expresiones incluidas en la publicidad, por las que se referían determinadas cualidades del producto -que por tratarse de un cosmético se encontraban vedadas por disposiciones A.N.M.A.T. N° 4.330/1995 y 4.980/2005-, resultaban inexactas y tenían la aptitud para inducir a error, engaño o confusión. Cabe resaltar que si bien en un principio la investigación fue orientada en esa dirección (solicitándole a la responsable de la publicidad que justificara -con la

documentación respaldatoria correspondiente- ciertos dichos incluidos en el aviso; ver fs. 22), la Administración decidió no ahondar al respecto, centrándose en la inobservancia de las previsiones de las disposiciones A.N.M.A.T. N° 4.330/1995 y N° 4.980/2005; línea que fue mantenida al denegar la producción de la prueba ofrecida (oportunidad en la que señaló que era inconducente determinar si el producto tenía efectivamente las aptitudes referidas) y al dictar la resolución sancionatoria (instancia en la que sostuvo que era innecesario analizar la efectividad que se indicaba en la publicidad, limitándose a determinar si por realizar afirmaciones no permitidas en relación a un producto cosmético ello tenía aptitud para inducir a engaño o confusión; ver fs. 284, anteúltimo párrafo). Lo dicho denota -tal como señaló la recurrente en el punto c.-, fs. 306 y siguientes-, que la D.N.C.I. realizó un salto lógico-argumental indebido a efectos de sancionar lo acontecido como un incumplimiento a lo previsto en el artículo 9° de la ley 22.802, omisión que impide tener por válido el castigo aplicado. VIII.- La recurrente no objetó que la publicidad se encontrara sujeta a las disposiciones de la A.N.M.A.T. ni que hubieran sido desoídas sus previsiones, por manera que deben tenerse por ciertas esas circunstancias. Ahora bien, la D.N.C.I., a efectos de sancionar a la responsable de la publicidad fiscalizada del modo y bajo las circunstancias en que lo hizo, debió explicar porqué el hecho que hayan sido exaltadas características vedadas por normativa de la A.N.M.A.T. la llevaba a considerar que ello importaba una inexactitud con aptitud para generar un engaño, error o confusión en el potencial consumidor respecto de las características del bien publicitado. Que no pueda referirse determinada característica en relación al gel íntimo no implica -de por sí- que no la tenga. En definitiva, la conducta vedada por el artículo 9 de la ley 22.802 es la realización de cualquier clase de presentación, publicidad o propaganda que pueda inducir a error, confusión o engaño, lo que no es predicable automáticamente respecto del aviso aparecido en el diario ¿Clarín?. Al ser ello así, por más que resulte reiterativo, se estima que la disposición D.N.C.I. N° 222/2014 carece de sustento fáctico-jurídico suficiente dado que -por un lado- no fueron debidamente explicados los motivos que llevaron a la autoridad de aplicación a considerar que, por resaltarse en una publicidad características prohibidas por normativa de la A.N.M.A.T. en relación a un producto cosmético, esas afirmaciones podrían considerarse inexactas y -por otro- que tuvieran aptitud suficiente para inducir a error, confusión y/o engaño al potencial consumidor en relación a características o propiedades del gel íntimo masculino ¿XLARGE?. IX.- A esta altura, resulta atinado recordar que la validez del acto administrativo depende del cumplimiento de ciertos requisitos esenciales, conocidos como los ¿elementos?, que deben concurrir simultáneamente en la forma requerida por el ordenamiento jurídico (conf. Marienhoff, Miguel S., ¿Tratado de derecho administrativo?, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, Tomo II, página 277, 4ta. edición actualizada). El artículo séptimo de la ley 19.549 enuncia los requisitos esenciales del acto administrativo, requiriendo, en lo que aquí interesa, que:

- 1°) se sustente en los hechos y antecedentes que le sirven de causa y en el derecho aplicable; es decir, debe responder a las circunstancias de hecho y de derecho que llevan -en cada caso- a producirlo (inciso b).
- 2°) se encuentre motivado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitirlo, consignando, además, los recaudos indicados en el punto anterior (inciso e).

Al respecto, se ha dicho que: ¿la motivación es la explicitación de la causa; esto es, la declaración de cuáles son las razones y circunstancias de hecho y de derecho que han llevado a dictar el acto.? (conf. Hutchinson, Tomás, ¿Régimen de Procedimientos Administrativos. Ley 19.549. Revisado, ordenado y comentado?; Buenos Aires, Editorial Astrea, 1998, 4° edición, página 87).

- 3°) debe cumplir con la finalidad que surja de las normas que otorgan las facultades pertinentes al órgano emisor, sin que pueda perseguir encubiertamente otros fines, públicos o privados, distintos de los que justifican el acto, su causa y objeto. Las medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas a aquella finalidad. (inciso f). En efecto, el fin al cual debe propender todo acto administrativo -en tanto acto estatal- es el bien común, considerado no como una simple suma de intereses individuales coincidentes, sino como conjunto de condiciones de la vida social que hacen posible a asociaciones e individuos el logro más pleno y más fácil de su propia perfección (conf. esta Sala, in re: "Obra Social del Personal de Seguridad Comercial Ind.e I. c/Superintendencia Servicios Salud - Rsl. 1.466/10?, del 8/3/2012 y Comadira, Julio Rodolfo con la colaboración de Monti, Laura M., ¿Procedimientos Administrativos?, Buenos Aires, La Ley, 2003, página 205; y sus citas). En aquellos casos en que el acto administrativo careciera de causa, por no existir o ser falsos los hechos o el derecho invocados, o por violación de las formas esenciales o de la finalidad que inspiró su dictado, el artículo catorce de la ley 19.549 prevé -entre otros supuestos- la nulidad absoluta e insanable del mismo. X.- Por aplicación de tales estándares al caso sub examine, las circunstancias hasta aquí señaladas llevan a este Tribunal a considerar insuficientes los fundamentos expuestos por la Administración en la disposición D.N.C.I. N° 222/2014 para sancionar a Por una Cabeza S.A. con una multa de \$..., por incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 9 de la ley 22.802. XI.- Vale resaltar que, al contestar el traslado del recurso directo interpuesto, el Estado Nacional - Ministerio de Economía y Finanzas Públicas citó dos resoluciones de este Tribunal -que a su entender avalarían su postura- las que, por las consideraciones que a continuación se referirán, no cumplen con el objetivo deseado por aquél. En cuanto al pronunciamiento dictado en la causa: ¿Amerilab S.A. c/D.N.C.I. - Disp. 75/13? del 26/6/2014, hay que decir que en ese caso, tras relevar de oficio una publicidad aparecida en una revista respecto de un ¿electroestimulador?, la Administración requirió a la responsable que justificara

-mediante la documentación pertinente- ciertas afirmaciones que contenía el aviso, permitiéndole probar los resultados promocionados en relación al producto vinculadas con mejoras en el campo de la salud física provocadas por su uso. Esas justificaciones fueron valoradas y desestimadas en el acto sancionatorio. En cambio, en autos -tal como se dijo anteriormente-, el giro verificado en el trámite seguido en el procedimiento sumarial llevado a cabo, así como la desestimación de las pruebas ofrecidas -por considerarlas intrascendentes-, la falta de valoración y examen de las explicaciones brindadas por Por una Cabeza S.A. a fs. 37/103 así como la inadecuada justificación brindada por la Administración en el acto sancionatorio, son circunstancias que denotan diferencias fáctico-jurídicas sustanciales entre uno y otro caso, que determinan -sin perjuicio de que la solución que en cada uno se adopte ha de depender en buena medida de los agravios formulados por el/los recurrente/s-, la inaplicabilidad en autos de los razonamientos trazados en el precedente en cuestión. Y, en lo que respecta a la decisión adoptada el 23/11/2010 en la causa: ?Laboratorios Pharmamerican S.R.L. c/D.N.C.I. - Disp. 30/10?, basta para demostrar su falta de vinculación con el caso bajo examen, resaltar que en esa oportunidad se revisó la sanción aplicada a la responsable de un aviso publicitario por infringir lo dispuesto en el artículo 4º de la ley 24.240, en tanto no suministró información que conforme la disposición A.N.M.A.T. N° 4.980/2005 era obligatoria en toda publicidad de suplementos dietarios, bastando la falta de inclusión de esas leyendas para tener por configurada la omisión. En estos autos, a Por una Cabeza S.A. se le achacó haber promocionado un producto cosmético de modo tal que habría contrariado lo dispuesto en el artículo 9 de la ley 22.802, a cuyos efectos -como se vio- el tipo infraccional exige de una inexactitud u ocultamiento con aptitud para inducir a engaño, error o confusión respecto de -entre otros aspectos- la naturaleza y calidad del bien en cuestión; circunstancia ostensiblemente distinta a la requerida en este segundo precedente citado por el Estado Nacional - Ministerio de Economía y Finanzas Públicas. XII.- Finalmente, aclárese que con lo dicho no se está afirmando que la publicidad fiscalizada no contenga expresiones que trasgredan el plexo normativo involucrado en autos, sino estrictamente que los motivos expuestos por la Administración en el acto recurrido resultan insuficientes para castigar a Por una Cabeza S.A., tornando arbitraria la decisión adoptada. XIII.- Por lo expuesto, corresponde declarar la nulidad de la disposición D.N.C.I. N° 222/2014, resultando inoficioso pronunciarse en relación a las restantes quejas esbozadas por la firma encartada, así como respecto de la procedencia de la prueba ofrecida. XIV.- Las costas de esta instancia judicial se imponen a cargo de la Administración por no advertir motivos para apartarse del principio objetivo de la derrota contemplado en la primera parte del artículo 68 del código de rito. XV.- En atención a la naturaleza, resultado y monto disputado; cabe considerar el mérito, calidad, eficacia y extensión de las tareas desarrolladas en el marco del recurso tramitado, y regular en la suma de pesos ... (\$...) los honorarios del doctor Juan Pablo Fratantoni por su actuación como letrado apoderado de Por una Cabeza S.A. (conf. artículos 6, 7, 9, 14, 19 y concordantes 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. esta Sala, in re: ?Beccar Varela Emilio - Lobos Rafael Marcelo -c/Colegio Públ. de Abog." del 16/7/1996). De no haber denunciado el profesional la calidad que inviste frente al I.V.A., el plazo para el pago del tributo sobre el honorario regulado, correrá a partir de la fecha en que lo hiciera. Por las razones expuestas, este Tribunal RESUELVE: 1º) hacer lugar al recurso interpuesto y, en consecuencia, dejar sin efecto la disposición D.N.C.I. N° 222/2014; 2º) imponer las costas de esta instancia a cargo de la Dirección Nacional de Comercio Interior; y 3º) regular los emolumentos del letrado interviniente por la recurrente, de conformidad con lo dispuesto en el considerando XV.- Regístrese, notifíquese y, oportunamente, devuélvase. JOSÉ LUIS LOPEZ
CASTIÑEIRA LUIS MARÍA MÁRQUEZ MARÍA CLAUDIA CAPUTI 002308E