

## Lealtad Comercial Plazos Aplicacion De Multa Productos Infantiles Compuesto Químico

### JURISPRUDENCIA

Lealtad comercial. Plazos. Aplicación de multa. Productos infantiles.

Compuesto químico Se confirma la disposición dictada por la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor por medio de la cual, se sancionó a la firma Falabella por la infracción cometida al artículo 9 de la Ley 22.802, al considerarse que las expresiones utilizadas en un anuncio en cuanto indicaban que "Magic Pulseritas para armar" se encontraban "libre de ftalatos" exaltaban que dicho compuesto químico no se presentaba en el plástico que conformaba dichos productos, pero dicha alusión no había sido respaldada idóneamente, puesto que no observó las regulaciones que el Ministerio de Salud estableció sobre la materia. Buenos Aires, 23 octubre de 2018. VISTO Y CONSIDERANDO: I. Que la firma "CMR Falabella SA" interpuso recurso directo, en los términos del artículo 22 de la ley 22.802, contra la disposición 35/2017 dictada por la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor, que sancionó a dicha firma con una multa de ochenta mil pesos (\$ 80.000) por la infracción cometida al artículo 9º de la mencionada ley. Para así decidir, el director de ese organismo tuvo en cuenta que: (i) la firma recurrente, al momento de efectuar la publicidad, no contaba con la certificación emitida por un organismo acreditado ni por ninguna otra entidad; (ii) la resolución del Ministerio de Salud (MSAL) 538/08, en su artículo 1º, dispone: "Prohíbese la fabricación, importación, exportación, comercialización o entrega a título gratuito de artículos de puericultura y juguetes, fabricados con material plastificado que contenga concentraciones superiores al 0,1% en masa de los siguientes ftalatos. (...)?", y la resolución MSAL 2/11, en su artículo 1º, establece: "La verificación del cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 1º y 2º de la Resolución del Ministerio de Salud Nº 583 de fecha 4 de junio de 2008 se concretará a través de la obtención de un certificado emitido por un ORGANISMO DE CERTIFICACIÓN DE PRODUCTOS en base a resultados de ensayos realizados por Laboratorios de Ensayo, ambos acreditados por el ORGANISMO ARGENTINO DE ACREDITACIÓN, y reconocidos por este Ministerio?; (iii) la recurrente no cumplió con la verificación de conformidad con las previsiones legales aplicables, toda vez que no acreditó en modo alguno contar con el certificado. Se observa que "los documentos acompañados en autos por la encartada no son más que informes de ensayo emitidos por los dos laboratorios (CTI y Lenor), los que en modo alguno suplen ni reemplazan la exigencia de contar con el certificado correspondiente?; (iv) "el ensayo realizado por el laboratorio LENOR se verificó como "campo voluntario", es decir, que el mismo no fue realizado en el marco de un proceso de certificación como el exigido por la Resolución MSAL Nº 583/2008?; (v) la conducta de la recurrente "de publicitar el producto cuestionado, se encontraba prohibida, toda vez que como consecuencia de su inexactitud (no se encuentra debidamente certificada la ausencia de ftalatos) resultó apta para inducir a error, engaño o confusión respecto de las características, propiedades, naturaleza, calidad, pureza, mezcla, cantidad y condiciones de comercialización o técnicas de producción de bienes?; (vi) respecto de la graduación de las sanciones "se tomó en consideración el informe de antecedentes obrantes en autos, conforme lo establece el Artículo 19 de la Ley 22.802?. II. Que la firma recurrente acreditó el pago de la multa (fs. 157) y fundó su recurso mediante los siguientes argumentos: (i) la acción se encuentra prescripta, en los términos del artículo 26 de la ley 22.802, dado que las actuaciones "se iniciaron de oficio el 14 de agosto de 2014, hace ya MÁS DE TRES AÑOS, sin que se verifiquen ninguna de las causales interruptivas previstas en esa norma?; (ii) la disposición es nula de nulidad absoluta, toda vez que vulneró la garantía constitucional de "nemo tenetur" al utilizar en contra de CMR la documentación [...] se vio compelido a acompañar bajo apercibimiento de ser sancionado? y afectó el derecho al debido proceso, en tanto se apartó del procedimiento previsto en el artículo 17 de la ley 22.802, al sancionar por incumplir las resoluciones 538/08 y 2/11 del Ministerio de Salud "cuando carece de facultades para evaluar si tales Resoluciones son aplicables a CMR y si mi mandante cumplió o no con ellas? y al graduar la pena en función de los antecedentes de otra compañía; (iii) la naturaleza penal de la sanción y la situación de duda que expuso la DNCI respecto de la comisión de la infracción endilgada, debió llevar a la aplicación del principio in dubio pro reo; (iv) no cumplió la conducta típica prescripta por el artículo 9 de la ley de la 22.802. La publicidad no es inexacta ni induce a error o confusión, toda vez que fue acreditada su veracidad mediante los informes del "Centre of Testing Service Internacional? y del "Laboratorio Lenor?; (v) la certificación exigida por las resoluciones de MSAL "no resulta aplicable a CMR, más allá de que su incumplimiento no se encuentra probado y no es competencia de la DNCI velar por su acatamiento?; (vi) "no se ha producido la violación, ni siquiera la puesta en peligro, del bien jurídico tutelado por la LLC, es decir, la protección de los intereses de los consumidores o usuarios?; (vii) la sanción resulta contraria a la libertad de expresión y a la libertad de ejercer toda industria lícita; (viii) la multa es desproporcionada, teniendo en cuenta que para su graduación se basó en el listado de antecedentes de otra empresa; (ix) debe declararse la inconstitucionalidad del artículo 22 de la ley 22.802. III. Que el señor fiscal general se pronunció por la

admisibilidad del recurso (fs. 237/238 vta.). IV. Que en función del planteo de prescripción, cabe remitir a las consideraciones vertidas por el señor fiscal coadyuvante -a fs. 241/242- en cuanto sostuvo que desde la fecha en que se dispuso la apertura del sumario y la citación a la recurrente para que presente su descargo, hasta la del dictado del acto administrativo sancionador (12/9/2017), no transcurrió el plazo trienal del artículo 26 de la Ley N° 22.802 (en ese mismo sentido, esta sala, causas Frávega SA c/ DNCI?, Telecentro SA c/DNCI?, Termoandes SA c/ resol. 5012 ENRE?, Banco Galicia SA c/ UIF resol 36/10?, INFRIBA SA c/ SEDRONAR? y Bayer S.A. c/ Sedronar?, pronunciamientos del 6 de agosto de 2013, del 29 de mayo y del 1° de octubre de 2014, del 24 de mayo y del 15 de noviembre de 2016 y del 19 de abril de 2018, respectivamente). V. Que las críticas referentes a las nulidades procedimentales que plantea la recurrente deben ser desestimadas, habida cuenta de que: 1. Las actuaciones se iniciaron de oficio a raíz de la publicidad que apareció en el folleto del 'Día del Niño-Domingo 10 de Agosto' que dice: 'Magic Pulseritas para armar-Incluye +500 gomitas + 1 aguja plástica +Libro con instrucciones +Claps -Libre de Ftalatos' (fs. 15 vta). En virtud de lo dispuesto en el artículo 14 de la ley 22.802, la autoridad de aplicación tiene la potestad de 'ingresar en días y horas hábiles a los locales donde se ejerzan las actividades reguladas en la ley [...] examinar y exigir la exhibición de libros y documentos, verificar existencias, requerir informaciones, nombrar depositarios de productos intervenidos, proceder al secuestro de los elementos probatorios de la presunta infracción, citar y hacer comparecer a las personas que se considere procedente pudiendo recabar el auxilio de la fuerza pública si fuere necesario' (artículo 14, inciso 'c'). Resulta válido, pues, el requerimiento dirigido a la firma recurrente para que 'justifique mediante la documentación respaldatoria, la frase 'Libre de ftalatos' utilizada para promocionar el producto...' (fs. 16), cuya contestación se ofreció -sin ninguna objeción de índole procedimental- mediante las presentaciones de fs. 19/34 y de fs. 40/45. 2. El plazo de veinte (20) días que establece el artículo 17, inciso 'f', de la ley 22.802 para dictar la resolución definitiva, no es un plazo perentorio, dado que la ley no fija ninguna consecuencia legal derivada de su incumplimiento, y se trató en verdad de un plazo ordenatorio, que fue fijado para asegurar la marcha normal del procedimiento administrativo (en un sentido similar, esta sala, causas Casa de Cambio Maguitur SA y otros c/ Banco Central de la República Argentinas/ entidades financieras - ley 21526 - art. 41? y Dalbón, Gregorio Jorge c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ ejercicio de la abogacía - ley 23.187 - art. 47?, pronunciamientos del 2 de junio y del 13 de diciembre de 2016). 3. Las garantías constitucionales de la defensa en juicio y del debido proceso exigen que no se prive a nadie en forma arbitraria de la adecuada y oportuna tutela de sus derechos. De las constancias del sumario administrativo, se desprende que la firma recurrente presentó el escrito de descargo (fs. 58/68), que la dirección de asuntos legales dictaminó sobre la cuestión (fs. 137/139), que se agregó el informe de antecedentes (fs. 131/133) y que el director nacional de defensa del consumidor dictó la disposición impugnada, de acuerdo con lo dispuesto en las disposiciones de la ley 22.802 (esta sala, causa Coto CICSA?, pronunciamiento del 14 de diciembre de 2014). VI. Que los agravios concernientes al plano sustancial del asunto no pueden ser admitidos, toda vez que: (i) La finalidad del artículo 9° de la ley 22.802 es la protección de los consumidores frente a las publicidades de oferta o promociones de bienes y/o servicios que presenten imprecisión o inexactitud de su contenido (esta sala, causas Procter & Gamble?, Telecompras 2001 SRL?, Queruclor SRL?, Sprayette S.A? y Compañía Argentina de Marketing Directo SA?, pronunciamientos del 25 de junio de 2013, del 25 de febrero de 2014, del 30 de abril y del 9 de junio del 2015, y del 5 de mayo de 2016). El fin de la norma es, precisamente, 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 (artículo 42 de la Constitución Nacional; esta sala, causa Renault Argentina S.A., pronunciamiento del 7 de marzo de 2013). (ii) Las expresiones utilizadas en el anuncio, en cuanto indican que 'Magic Pulseritas para armar' se encuentran 'Libre de Ftalatos', exaltan que dicho compuesto químico no se presenta en el plástico que conforma dichos productos. Sin embargo, para adquirir esa certeza sobre el producto, el MSAL dictó un procedimiento sobre seguridad de juguetes que instituyó por medio de las resoluciones 583/2008 y 2/2011. Esas normas, dirigidas a 'prom[over] una política activa de reducción de riesgos para la infancia regulando las condiciones de seguridad y composición química de artículos de uso habitual en esa etapa de la vida' (ver, considerando, resol. MSAL 2/2011), no fueron cumplidas por la firma recurrente, ya que no acreditó contar con un certificado emitido por un organismo de certificación de productos 'en base a resultados de ensayos realizados por LABORATORIOS DE ENSAYO, ambos acreditados por el ORGANISMO ARGENTINO DE ACREDITACIÓN, y reconocidos por [el MSAL]?', de acuerdo con lo dispuesto en la resolución MSAL 2/11. En efecto, sólo acompañó dos informes de ensayo emitidos por los laboratorios 'Centre of Testing Service Internacional?' y 'Lenor?'. Si bien este último se encuentra acreditado para efectuar este tipo de pruebas (fs.113), no cumple con los parámetros exigidos por la resolución MSAL 2/11 (fs. 43/45). (iii) En consecuencia, la publicidad tiene encuadramiento en el artículo 9° de la ley 22.802, en tanto la alusión referente a que ese producto se encuentra 'Libre de Ftalatos' no fue respaldada idóneamente puesto que no observó las regulaciones que el Ministerio de Salud estableció sobre la materia. VII. Que el agravio concerniente al quantum de la multa debe ser admitido. En efecto, la disposición impugnada tomó en consideración el informe

de los antecedentes obrantes en autos, conforme lo establece el Artículo 19 de la Ley 22.802?. Asiste razón a la firma recurrente acerca de que la sanción se graduó ?[sin evaluar] el capital de giro de CMR o sus antecedentes, sino que tuvo en cuenta los de FALABELLA S.A.? (fs.180 vta.), toda vez que del informe que evaluó la autoridad de aplicación surge una serie de sanciones impuestas a la firma ?Falabella SA? (fs. 131/133). En este contexto, no obstante ello, cabe valorar: (i) el bien jurídico protegido por las disposiciones de la ley 22.802 y por las normas dictadas por el Ministerio de Salud, (ii) la infracción cometida, (iii) la actividad desarrollada por la firma recurrente, (iv) la ubicación destacada de la publicación en el folleto (contratapa), y (v) el universo de consumidores (niños) destinatarios de los productos. Por tanto, corresponde reducir la sanción a la suma de cuarenta mil pesos (\$ 40.000), de acuerdo con la escala prevista en el artículo 18, inciso ?a?, de la ley 22.802. VIII.- Que en atención a lo que aquí se decide, el examen del planteo de la exigencia de pago previo se ha tornado inoficioso. En mérito de las razones expuestas, y habiendo dictaminado el Ministerio Público Fiscal, el tribunal RESUELVE: (i) confirmar parcialmente la disposición apelada en cuanto a la tipificación de la infracción y modificarla en cuanto al monto de la multa, que se reduce a cuarenta mil pesos (\$ 40.000), y (ii) distribuir las costas por su orden (artículo 71 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Regístrese, notifíquese a las partes y al señor fiscal general en su público despacho, y devuélvase. Firmado por: DRA. CLARA M. DO PICO - DR. RODOLFO E. FACIO - LICENCIA DRA. HEILAND-, JUECES DE CAMARA  
033608E