

Doctrina

Un anteproyecto que viene a revivir viejas y adoradas épocas: Debatir códigos, repensar procesos, reformar la justicia



Marisa Herrera

Doctora en Derecho (UBA). Investigadora del CONICET. Profesora de Derecho de Familia y Sucesiones (UBA y UNDAV).

SUMARIO: I. Palabras introductorias. — II. Tesis y fundamentos. — III. Misceláneas sobre algunas propuestas novedosas. — IV. Breves palabras de despedida.

I. Palabras introductorias

El debate de un proyecto legislativo complejo, como lo es un código en general, en este caso procesal, constituye una iniciativa que me genera un doble sentimiento. Por un lado, nostalgia por el pasado al recordar toda la labor realizada en el marco del Anteproyecto de reforma y unificación del Código Civil y Comercial de la Nación. No solo en su primera etapa más introspectiva como es la elaboración de su texto, con todas sus versiones preliminares, correcciones, debates, revisiones y archivos que no terminaban de ser versiones finales; sino también en toda la segunda etapa de difusión, defensa y comprensión sobre la tesis, cambios e incorporaciones que trajo consigo un código de fondo humanizado, que se animó a ser interpelado a la luz de instrumentos internacionales de derechos humanos tal como se lo explicita en sus dos primeros artículos. Por el otro, el placer que generan los debates con contenido como el que invita toda propuesta de modificación sustancial sobre una legislación procesal perimida, vetusta y alejada de los problemas sociales de hoy; consideración que se ha visto reafirmada a la luz de la bendita pandemia que ha venido a colocar al mundo digital como una necesidad —y urgencia— en el ámbito de los procesos judiciales.

Repensar un código procesal moderno constituye un gran desafío, máxime si los/ las destinatarios/as son los/as justiciables de la provincia más numerosa, desigual y diversa del país como es la Provincia de Buenos Aires. ¿Qué diferencias y similitudes hay entre Daireaux y La Matanza, la primera con una cantidad aproximada de 16 mil habitantes y la segunda con 1.775.816 según datos del censo del 2010? Y aquí solo se enfatiza en el aspecto cuantitativo, presumiéndose que los tipos de conflictos sociales a ser resueltos por la justicia también deben ser disímiles. Ambas realidades —y tantísimas más— deben ser contenidas en un mismo código

procesal. El desafío es enorme, la misma intensidad que la labor que compromete su estudio y los debates que ha comenzado a generar en atención a las mesas de trabajo en comisiones implementadas por el Ministerio de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

En este marco el presenta trabajo pretende contribuir en esa lógica de construcción colectiva con reflexiones, ideas e iniciativas hábiles para mejorar una propuesta legislativa que constituye un muy buen producto académico-jurídico para comenzar el debate. En otras palabras, la calidad de la discusión se eleva cuando la base o el camino desde el cual se parte es sólido mediante una interesante conjunción entre instituciones clásicas con perspectiva remozada y figuras contemporáneas tendientes a modernizar procesos pensados en el siglo XIX, para dar respuesta a conflictivas del siglo XXI.

En esta oportunidad nos interesa detenernos en los “Fundamentos”, cimientos o entramado constitucional-convencional sobre el cual se ha edificado esta propuesta legislativa; no en los textos de los diferentes procesos generales y especiales. Sucede que comprender la lógica a la que invita este Anteproyecto es central para poder entender con mayor precisión los cambios sustanciales que propone, entre ellos, una de las transformaciones más rupturistas, pasa por pretender dejar atrás la idea de “juez todo poderoso” en el que “su” juzgado es el territorio del amo; para pasar a una dinámica más democrática, oxigenada y eficiente. ¿Por qué será que el diseño de las Oficinas Judiciales genera tanto temor? Escarbar en este tipo de interrogantes no es un dato menor, todo lo contrario, se considera que constituye un paso elemental y urgente para poder dimensionar la magnitud de la propuesta legislativa y, a la par, explicitar y visibilizar las resistencias, miedos y perturbación que genera. Algo de estos sentimientos los hemos vivido cuando fue la reforma del Código Civil y Comercial, una especie de *déjà vu* nos atraviesa.

II. Tesis y fundamentos

II.1. Consideraciones generales

Si bien los “Fundamentos” de un Anteproyecto no forman parte del texto que finalmente se apruebe y, por lo tanto, no tienen la misma fortaleza jurídica; lo cierto es que constituyen una pieza interpretativa de suma relevancia en dos etapas diferenciadas; en el antes como en el después de su sanción.

Ahora nos encontramos en esta primera etapa que podríamos denominar “fundacional” y es central porque marca el terreno y/o límites en la disputa de sentido, en el que se configuran los apoyos como las resistencias y en el que se permite tomar dimensión de cuán preparado está el contexto para poder asimilar y llevar adelante un nuevo y necesario debate, como lo es repensar procesos judiciales centrales para las vidas de los/ las bonaerenses.

Sabiéndose el rol central que juegan los “Fundamentos” de una obra jurídica monumental como lo es un Anteproyecto de Código Procesal Civil, Comercial y de Familias, allí se explicitan cuáles son sus “Matrices rectoras”. El objetivo del presente trabajo no reside en aludir a todas las que allí se enumera y, mucho menos, profundizar en cada una de ellas. Solo destacar algunos cimientos a los fines de dimensionar el giro copernicano que se propone y la complejidad que encierra esta iniciativa legislativa que, sin lugar a dudas, es absolutamente superadora, innovadora y más profunda que el frustrado y errático proyecto de Código Procesal enviado a la Legislatura provincial en el 2019.

En los “Fundamentos” del Anteproyecto brindan ciertos argumentos cuantitativos hábiles a los fines de tener un panorama más preciso sobre la necesidad de reformar una normativa que no solo tiene más de 40 años de vigencia, sino, lo que es más preocupante, es que se trata de un Código Procesal Civil y Comercial sancionado por ley 7425 durante la dictadura, más precisamente, por el “go-

bernador de facto Francisco Imaz” mediante el decreto 7425/1968.

El texto legal aún vigente consta de un total de 853 artículos en el que solo un total de 53 artículos (es decir, un 6.2 %) se dedica a los procesos de familias y como se agrega en los “Fundamentos” “buena parte de los conflictos familiares se resuelven a partir de analogías con un código pensado casi con exclusividad para conflictos patrimoniales”; precisamente, en un ámbito temático en el que las estadísticas proporcionadas por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia son elocuentes. En este sentido, se informa que “entre 2010 y 2019, las causas del fuero de familia incrementaron un 604,62%. En el año 2019, el fuero de familia bonaerense, integrado por 99 juzgados, recibió 291.235 causas. Durante el mismo año, al fuero civil y comercial, integrado por 176 juzgados, ingresaron 257.743”. Como se puede observar, ya el diseño institucional observa deficiencias severas que se habrían agravado con el tiempo, siendo que hay más asuntos de familia y menos juzgados para afrontar esta demanda en crecimiento. En otras palabras, de conformidad con las cifras arrojadas, a cada juzgado de familia le correspondería intervenir en un total de 2941 expedientes y a los juzgados civiles y comerciales en 1464, la diferencia es significativa. Esto solo desde el aspecto cuantitativo, sabiendo que las intervenciones en el fuero de familia son más complejas no solo por el tipo de abordaje, sino por la cantidad de actores y actrices involucrados (servicios locales de protección, efectos de salud, abogadxs del niñx, etc.) sumados los/as consejeros/as de familia y el equipo técnico. Todo este panorama más complejo es hábil para tomar dimensión de las falencias existentes en lo atinente a la distribución de los recursos.

Como cierre de este apartado general como antesala del análisis de los principales cimientos sobre los cuales se edifica el presente Anteproyecto e inclinada la mirada en destacar aquellas facetas directamente vinculadas con las relaciones de familia; es dable destacar una aclaración que se esgrime

Nota a fallo

Lealtad comercial

Información errónea. Supermercados. Diferencias entre el producto y el cartel exhibidor. Deber de brindar infor-

mación exacta. Proveedor que asumió la responsabilidad. Impugnación de multa. Competencia. Inconstitucionalidad del art. 53 del DNU 274/2019.

CNFed. Civ. y Com., sala I, 14/04/2021. – COTO Centro Integral de Comercialización SA s/ Apel. de resolución administrativa.

La competencia federal en el recurso directo previsto en el decreto 274/2019 de Lealtad Comercial

Comentario sobre un precedente de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal Marcos F. L. Nazar Anchorena

en los “Fundamentos” y que involucra a los procesos de violencia familiar y de género.

Al respecto, se dice que “Bajo la matriz de diseñar trámites ajustados a la particularidad de cada una de las problemáticas hemos decidido no incorporar un trámite para la protección contra la violencia familiar. No porque no merezca un trámite específico, sino porque la problemática es tan dramática y delicada, y necesita un abordaje tan estructural, que el Poder Ejecutivo, bajo la coordinación del Ministerio de las Mujeres, Políticas de Género y Diversidad, se encuentra trabajando en una propuesta legislativa con un abordaje integral que incluye, pero también excede, la tramitación en los fueros de familia y de paz”. Esta es una interesante decisión de política legislativa. Sucede que cuando se trata de regular procesos que comprenden intervenciones hartamente complejas, es buena decisión que este tenga su propio espacio legal y autónomo hábil para vincular y dialogar con el código procesal sin perder su propia especificidad. Como bien se señala en los “Fundamentos”, la cuestión del abordaje de la violencia familiar y de género tiene un componente territorial básico, no solo en quien interviene (su mayor amplitud al ceder el principio de especialidad —juizado de familia— por el de intermediación y consecuente efectividad —juizados de paz—), sino también en la interacción con los recursos y redes sociales que involucra este tipo de conflictivas que también son amplios, si se tiene en cuenta el uso de dispositivos electrónicos como son las tobilleras electrónicas duales. Por otra parte, en términos institucionales, más precisamente, desde donde se construyen los proyectos de ley en clave de *expertise* e incumbencias, es interesante que la elaboración de la propuesta provenga del Ministerio de Mujeres, Políticas de Géneros y Diversidad que constituye el ámbito que mejor conoce las prácticas en una temática en el que la territorialidad ocupa —o debería ocupar— un lugar central desde donde diseñar un proyecto de ley de estas características.

II.2. Ciertos principios, determinados ci- mientos

Como se adelantó, no es la intención del presente espacio profundizar sobre cada uno de los principios sobre los cuales se edifica el Anteproyecto en análisis. Aquí solo se destacan algunos que serían aptos para dimensionar el rumbo que se sigue, focalizando su mirada para las cuestiones de “las familias” que también ocupan un lugar de mayor relevancia en el propio Anteproyecto.

En primer término, se explicita que se trata de “Un Código con principios. Igualdad, derechos humanos y perspectiva de géneros”. Tanto la igualdad como la perspectiva de géneros —así en plural— integran la noción de derechos humanos existiendo entre ellos una relación de género y especie. Ahora bien, se presume que aquí se pretende focalizar en dos de la multitud de derechos, principios y propósitos que comprometen los derechos humanos: la igualdad y la perspectiva de géneros. Sucede que siendo un proyecto legislativo en el que la noción de vulnerabilidad observa un papel central, allí el principio de igualdad y no discriminación como la perspectiva de géneros ostentan un lugar de relevancia que resultaría necesario destacar, en especial, esta última sobre la cual el presente Anteproyecto introduce interesantes aportes como se verá en el próximo apartado dedicado a sintetizar —y así revalorizar— determinadas propuestas novedosas.

La segunda matriz rectora gira en torno a otra temática que en los últimos tiempos ha alcanzado un lugar preponderante como lo es el lenguaje claro y sencillo. A esta altura del desarrollo teórico, es sabido que la comunicación constituye una pieza basal del siste-

ma jurídico en clave democrática. En otras palabras, los derechos humanos en acto, es decir, su acceso y efectividad presume su conocimiento y para ello, la claridad y sencillez del lenguaje son requisitos ineludibles.

Esto es lo opuesto a lo que acontece en el “lenguaje judicial” que “responden a factores que van más allá de los tecnicismos procesales. El uso de lenguas muertas, las extrañas conjugaciones de verbos, la apelación a excelencias, deidades y a títulos de posgrado rara vez obtenidos, el discurso automovilístico (“autos”), y un tan extenso como injustificado listado de etcéteras, poco tienen de técnico o científico. Y tienen mucho de prácticas culturales y simbólicas que reproducen una grieta entre el lenguaje de las operadoras y operadores judiciales y el lenguaje del pueblo sobre el que administran justicia”. Por qué introducir cambios estructurales en el lenguaje es un interrogante que queda bien respondido en los “Fundamentos”.

Ahora bien, esta cuestión relativa al lenguaje claro y sencillo observaría dos consideraciones críticas.

La primera se refiere a la denominada “Construcción del índice de opacidad del discurso” que pretende “construir un índice de opacidad en función de las palabras empleadas por el Código vigente, tratando de mostrar las distancias entre su extrema complejidad y el uso cotidiano del lenguaje. Para desarrollar nuestro cometido, en primer lugar, debemos identificar cuáles son las palabras más o menos frecuentes en el uso del lenguaje. Para ello, usamos las 300.000 palabras de mayor uso del cuerpo total de palabras frecuentes de la Real Academia Española <http://corpus.rae.es/lfrecuencias.html>”, y sobre la base de esta plataforma se elabora una fórmula para evaluar el grado de opacidad que observan determinados textos como ser el Código Civil y Comercial, el Código Procesal actual, el Anteproyecto, la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, la Constitución Nacional y otros más rupturistas como “Cien años de Soledad” que es “el libro hispanoamericano más vendido de la historia” y “La proposición del fundamento” de Martín Heidegger, entre otros. De esta indagación novedosa se arriba a una conclusión de mínima polémica, como es que el Código Civil y Comercial utilizaría un lenguaje más opaco que la obra del filósofo alemán escrita a raíz del último curso que dictó a los 75 años; fácil se puede apreciar que un texto redactado hace 10 años como la legislación civil vigente utiliza una sintaxis más actual y, por ende, menos opaca que otro redactado hace una mayor cantidad de años. Por otra parte, a los fines de medir la opacidad del lenguaje no solo se debería analizar las palabras que se utilizan sino también como se estructuran las oraciones y la claridad que se deriva de ellas. Nos explicamos con el siguiente ejemplo. El art. 493 del Código Civil y Comercial vinculada al monto de las recompensas en el marco del régimen de comunidad en el matrimonio dispone: “El monto de la recompensa es igual al menor de los valores que representan la erogación y el provecho subsistente para el cónyuge o para la comunidad, al día de su extinción, apreciados en valores constantes. Si de la erogación no derivó ningún beneficio, se toma en cuenta el valor de aquella”. Las palabras que se utilizan analizadas desde el punto de vista individual no serían, en su mayoría, opacas, pero la manera en la que está redactada nos conduciría a concluir que su lenguaje es opaco. ¿Esta es la regla en el Código Civil y Comercial? El interrogante queda abierto, más allá del resultado que haya arrojado esta iniciativa novedosa que parecería más una interesante intrepidez intelectual que una indagación con una sólida metodología.

La segunda compromete al lugar que se le otorga al lenguaje claro y sencillo al enumerar los deberes que deben asumir diferentes actores y actrices durante los procesos

judiciales. Veamos, el art. 43 dedicado a los “Deberes generales de las juezas o jueces”, de un total de 20 deberes, el lenguaje claro y sencillo está en el numeral 10). Por su parte, el art. 120 sobre “Deberes de las partes, apoderadas y apoderados” consta de un total de 15 incisos y el principio en análisis está consignado en el numeral 13). Asimismo, el art. 196 dedicado a las “Reglas generales de las audiencias” consigna un total de 11, siendo la anteúltima la que especifica el tema del lenguaje claro y sencillo. Por el contrario, cuando se refiere a los deberes de los/as mediadores/as al proponer modificar el art. 24 bis de la ley 13.951, de un total de 11 de coloca al lenguaje claro y sencillo en el numeral 4. Por lo tanto, si en términos de técnica legislativa las enumeraciones corresponden a un orden de importancia o de matrices rectoras, el lenguaje claro y sencillo debería estar consignado antes en la enumeración que observa el Anteproyecto.

Todo esto no es óbice para destacar que la sección dedicada a “Actos procesales” comienza con el art. 183 que se ocupa, precisamente, de esta cuestión en los siguientes términos: “En todos los actos del proceso se utilizará el idioma castellano. Deberá emplearse un lenguaje claro, sencillo y conciso, y no podrán usarse palabras en otros idiomas o lenguas muertas, excepto que se acompañen de su respectiva traducción. Las palabras que no estén traducidas se tendrán por no escritas. Tampoco podrán usarse expresiones palaciegas, alusiones nobiliarias o religiosas. Se evitarán las referencias a los títulos universitarios. En caso de que sean necesarias deberán usarse con propiedad, reservándose los títulos de doctora y doctor a quienes hayan completado la formación doctoral. La oficina de gestión judicial y la jueza o juez deberán adoptar las medidas necesarias para reducir las dificultades de comunicación que afecten la comprensión de cualquier actuación”.

Otro de los principios rectores y que está muy presente y que observa una centralidad destacadísima en el texto proyectado en estudio es la “Especial protección a personas en situación de vulnerabilidad”, todo ello en absoluta consonancia con la dupla inescindible entre acceso a justicia y tutela judicial efectiva enmarcada en las conocidas 100 Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad.

¿Cuánto tratamiento “especial” o diferenciado debe asumir el Anteproyecto para cumplir con su objetivo de proteger a las personas en situación de vulnerabilidad en el que la noción de acceso constituye un elemento estructural? ¿En qué temáticas, con relación a qué actos procesales y cuáles serían las readaptaciones que deberían receptarse para cumplir con dicha finalidad? Si bien responder estos dos interrogantes excedería el objetivo del presente ensayo, lo cierto es que explicitar cuáles son las tensiones que genera repensar los procesos judiciales en clave de vulnerabilidad constituye una observación básica para tomar dimensión de la complejidad de este verdadero desafío del derecho procesal contemporáneo.

Solo a modo de colaboración, cabe destacar que en los “Fundamentos” se expone que “En vistas de mantener controlado el caudal de trámites de la Suprema Corte no hemos suprimido el requisito de monto mínimo del pleito, pero hemos exceptuado de este requisito a las personas en situación de vulnerabilidad. Finalmente, en vistas de evitar un incremento exagerado de causas, hemos reconocido la facultad de la Suprema Corte de rechazar de modo inmediato los recursos extraordinarios con la sola mención de la norma y la referencia a alguna de las circunstancias allí enunciadas; pero es un reconocimiento sustentado en la equidad puesto que personas ricas y pobres podrán

presentar de modo igualitario sus recursos”. Sucede que lograr el equilibrio de todos los intereses en pugna no es tarea sencilla, y este es un buen ejemplo de cómo el Anteproyecto resuelve tensiones de un modo proporcional y razonable de conformidad con los derechos en pugna. En otras palabras, si todas las causas podrían llegar a la máxima instancia judicial provincial sin limitación alguna, es evidente que este tipo de diseño institucional también perjudicaría a los/as justiciables sobremedida.

Otro principio rector se refiere a la “Escucha a niñas, niños, adolescentes, personas con capacidad restringida e incapaces” en el que se subraya —no por casualidad— que “el derecho de las niñas, niños, adolescentes, personas con capacidad restringida e incapaces a ser escuchadas en el proceso” tiene como correlato el “deber de las juezas y jueces de entrevistarlos de manera personal en todos los procesos que los afectan de modo directo”. Efectivamente, la escucha es personal por parte de quienes tienen la función de decidir una contienda; deber que no solo recae en los/as magistrados/as de primera instancia, sino de las demás instancias incluida la Suprema Corte. Este contacto personal también forma parte del núcleo duro de los procesos judiciales según la mirada de quienes elaboraron el Anteproyecto y este constituye otro gran acierto, máxime en los procesos de familia. La mirada, los gestos, lo que se silencia, lo que se dice con un determinado tono, forman parte del lenguaje y que solo puede ser desentrañado en el “cara a cara” y si se cuenta con la formación especializada hábil para poder llevar adelante este tipo de análisis más profundos y complejos.

Como cierre de esta cuestión relativa a la escucha y la correspondiente participación y protagonismo que esto encierra en términos democráticos, cabe destacar —como se lo hace en los “Fundamentos” — que a la par del Anteproyecto, el Poder Ejecutivo presentó un proyecto para reformar la ley provincial 14.568 de Abogada y Abogado de la Niña, Niño y Adolescente; tema que aún sigue generando debate, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional, y que esta nueva iniciativa legislativa vendría en buena hora a actualizar.

Directamente relacionada con la noción de escucha, el Anteproyecto sigue la línea del derecho procesal más moderno al colocar en el centro de la escena a la oralidad con la consecuente inmediatez/inmediación que se deriva de este sistema que obliga a un rediseño institucional de envergadura. Oralidad que también aterriza o compromete a la Suprema Corte de Justicia. Dentro de esta lógica se introduce una clasificación interesante de audiencias y encuentros, reservándose la primera a la exigencia de que sea con la presencia de juezas y jueces.

En esta línea tendiente a modernizar el servicio de justicia, el expediente digital también adquiere un papel central. Seguramente, esta iniciativa podría haber generado alguna resistencia pre-pandemia, pero, a raíz de ella, si algo positivo se ha podido rescatar de este contexto extraordinario casi de ciencia ficción, es la importancia de lo digital para optimizar el desarrollo de los procesos y, junto a ello, acortar los tiempos que constituye una de las grandes claves en términos de tutela judicial efectiva. Esta interacción es puesta de relevancia por la Corte Federal de manera reciente en el caso *Gómez, Carlos s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley* del 12/08/2021 al aseverar: “esta Corte Suprema ha hecho propios los estándares fijados en orden a la garantía del plazo razonable por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cuanto ha señalado que el derecho de acceso a la justicia “debe asegurar la determinación de los derechos de la persona en un tiempo razonable” (Caso *Suárez Rosero vs.*

Ecuador, párr. 73; Caso *García y Familiares vs. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 29 noviembre de 2012, Serie C, nº 258, párr. 152; Caso *Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, sentencia del 25 de mayo de 2010, excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 196) ya que una demora prolongada o falta de razonabilidad en el plazo constituye, en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales (Caso *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*, párr. 145; Caso *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, sentencia del 30 de noviembre de 2012, excepciones preliminares, Fondo y Reparaciones, párr. 164; Caso *Ra-dilla Pacheco vs. México*, sentencia del 23 de noviembre de 2009, excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 191; Caso *Masacre de las dos Erres vs. Guatemala*, sentencia del 24 de noviembre de 2009, excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 132; Caso *Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 27 de noviembre de 2008, Serie C, nº 192, párr. 154; Caso *Anzualdo Castro vs. Perú*, sentencia del 22 de septiembre de 2009, excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 124; Caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, sentencia del 12 de agosto de 2008, excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 148 y Caso *Salvador Chiriboga vs. Ecuador*, sentencia del 6 de mayo de 2008, excepción preliminar y Fondo, párr. 59) (considerando 5º) (1).

Párrafo propio en este ensayo general como primera aproximación para comprender desde dónde se habría construido la propuesta legislativa en análisis, merece la dedicación espacial a regular dos cuestiones también centrales en clave democrática: 1) los procesos colectivos y 2) el juicio por jurado, existiendo una vinculación directa entre ambas. ¿Juicio por jurado en procesos colectivos? El solo planteo de este interrogante da cuenta de la actualidad del Anteproyecto al estar a tono con los debates procesales más actuales.

Con relación a los procesos colectivos —una de las tantas regulaciones que urgen a raíz del impulso generado por la Corte Federal en el resonado caso *Halabi*— el Anteproyecto viene a hacerse cargo de ello o, en otras palabras, no elude el desafío de avanzar en ese sentido para responder a la crítica que muy bien expone Caramelo al afirmar cuando se refiere a la necesidad de que el servicio de justicia innove o sucumba, que “La cuestión se complejiza aún más cuando advertimos el incremento de demandas que deben tramitar por procesos colectivos, en los que se reclama por cuestiones como la afectación del ambiente o la violación de las reglas para la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable o por violaciones de los derechos de consumidores y usuarios; las que exigen modalidades de abordaje que, por su volumen y peso específico, fracturan los antiguos moldes del juzgado unipersonal, que se ve habitualmente rebasado en sus posibilidades de respuesta razonable y efectiva que le hace muy dificultoso a su responsable satisfacer adecuadamente la garantía de tutela judicial efectiva” (2).

El Anteproyecto también toma postura por debates actuales en el campo del derecho constitucional como lo es lo relativo al posible lugar que podría tener el control de constitucionalidad concentrado en un diseño institucional atravesado (¿capturado?) por el control de constitucionalidad difuso. Es cierto que, de conformidad con el régimen jurídico de la Provincia de Buenos Aires auspiciado por su Constitución,

este planteo es viable. Como bien se señala en los “Fundamentos”: “La Provincia de Buenos Aires fue pionera en incluir en su Constitución de 1873 una acción directa de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia”. Este despegue de la Constitución provincial de la Constitución Nacional responde al sistema federal argentino en el que “las provincias no han delegado el diseño de sus sistemas judiciales. En el marco de las competencias para diseñar sus sistemas judiciales y códigos de forma, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido la facultad de cada provincia de diseñar sus sistemas de control de constitucionalidad de normas locales cuando atenten contra las constituciones provinciales”.

El Anteproyecto no escabulle a la tensión que genera la posibilidad de que cada magistrado/a esté facultado a declarar la inconstitucionalidad de una norma en cualquier proceso judicial. En este sentido, se afirma que esta “tensión se agrava cuando la última palabra en temas constitucionales está en las voces y plumas de juezas y jueces, que no son elegidos ni responsables ante el electorado. A partir de la obra de Alexander Bickel el concepto de dificultad contramayoritaria subraya este problema: ¿Qué legitimidad democrática tiene el Poder Judicial con cargos vitalicios, no elegidos por el pueblo, ni responsables ante el pueblo, para anular —aun sea para el caso concreto—, normas dictadas por los poderes democráticamente elegidos?”; agregándose que “Existen algunas variables de la dificultad contramayoritaria, tales como el modo de elección de juezas y jueces, su carácter vitalicio, y la ausencia de mecanismos de rendición de cuentas frente al electorado, cuyo diseño excede a un Código Procesal. Sin embargo, incluso con estas limitaciones, el Código de forma permite configurar ciertas prácticas que atenúan ostensiblemente la dificultad contramayoritaria: el sistema de reenvío de leyes, y el desarrollo de audiencias públicas”. De este modo, “se contempla la realización de audiencias públicas como mecanismo participativo previo al dictado de la sentencia que resuelva sobre la constitucionalidad de las normas. Además, se propone el sistema de reenvío, que supone que luego de dictada una sentencia de inconstitucionalidad la Legislatura cuente con un plazo de 90 días para, con una mayoría de dos tercios, declarar la aplicabilidad de la ley. El sistema de reenvío no desconoce la importancia de los tribunales y las Cortes sobre sus pronunciamientos en términos constitucionales, pero guarda la última palabra sobre estos asuntos en la Legislatura, que tiene mayor legitimación democrática”.

Como cierre de este apartado tendiente a tener un panorama sobre las “matrices rectoras” sobre las cuales se edifica el Anteproyecto, nos parece pertinente esgrimir el siguiente comentario crítico a modo de aporte para el debate que ya se encuentra abierto.

Si los principios, consideraciones, propósitos que forman parte de dicha columna vertebral son centrales, cuál es la razón por la cual que no se les dedica articulados propios. Sucede que los “Fundamentos” ostentan un valor jurídico de menor jerarquía que el propio texto legal. En otras palabras, solo la ley tiene fuerza como tal. ¿Qué lugar ocupan en materia de interpretación los “Principios” mencionados por el Anteproyecto antes de dar comienzo al articulado en el apartado sobre “Disposiciones Generales”?

Estos son —a tono con lo expresado en los “Fundamentos”— los siguientes:

Acceso a la Justicia y tutela judicial efectiva

Igualdad

Enfoque de derechos y perspectiva de géneros

A más de seis años de vigencia del Código Civil y Comercial, uno de los tantos aciertos de este cuerpo normativo es el papel fundamental que cumple el art. 706 en el que se explicitan los “Principios generales de los procesos de familia”. ¿Cuál es la razón de esta omisión? ¿Acaso, no sería siempre un aporte y beneficio que estos formen parte del articulado? ¿Los procesos de familia se edifican sobre la base de estos mismos principios o habría que explicitar otros tantos? Siguiéndose esta lógica, se propone que estos tres principios que están como antesala del texto del Anteproyecto sean incorporados como primer artículo, como así también que se le destine un artículo particular o autónomo a los principios generales de los procesos de familia, es decir, al comenzar la Parte 2. IV sobre “Procesos de Familia”, actualizándose la normativa de fondo citada.

III. Misceláneas sobre algunas propuestas novedosas

III.1. Introducción

Apartado propio merecen algunas “perlas” que introduce el Anteproyecto que se salen de la lógica que podría observar una propuesta de estas características presentado en el 2021 en un área como el derecho civil, comercial y de las familias en el que la perspectiva constitucional-convencional los han atravesado como un viaje de ida sin retorno. En este esquema, varios de los cimientos expresados en el apartado anterior son apuestas lógicas o presumibles a la luz de todo este camino recorrido en clave de derechos humanos y otras, en cambios, constituirían verdaderos aportes significativos que dan cuenta de un contexto sumamente crítico por el que atraviesa el Poder Judicial hace tiempo y cada vez se va profundizando. No por casualidad es el de los tres poderes del Estado el que mayor crítica o falta de credibilidad ciudadana genera (3) y con mismo envío, cabe señalar que el último *Ni una Menos* que se celebra todos los 3 de junio, entre las diversas consignas se adicionó la necesidad de que se lleve adelante una reforma judicial feminista.

Esta crítica social del servicio de justicia estaría presente en el Anteproyecto a la luz de dos elementos que integran la mencionada “matrices rectoras” que aquí se revalorizan y reafirman. Nos referimos a la perspectiva de géneros y la separación entre funciones administrativas y jurisdiccionales mediante la creación de oficinas de gestión judicial.

III.2. Perspectiva de géneros

En lo que respecta a esta matriz rectora, el Anteproyecto adopta tres tipos de acciones:

1) La perspectiva de géneros como principio recto (deberes, funciones, actos procesales, juicio por jurados, estándar, situación de vulnerabilidad, comisión de seguimiento)

2) Lenguaje inclusivo

3) Reglas especiales

En primer término, cabe señalar que la perspectiva de géneros como principio observa un lugar central, particularmente, en la regulación de los procesos de familias. Esto conlleva a tomar como punto de partida —en palabra de los “Fundamentos”— “la necesidad de establecer criterios precisos para tramitar conflictos en los cuales, en buena parte de los casos, la división sexual del trabajo y la desigual distribución de las tareas de cuidado posiciona a las mujeres en una condición de relativa desigualdad. También en términos generales, el género puede ser considerado como una de las variables que motiva la declaración de una de las partes en situación de vulnerabilidad”.

En lo atinente al lenguaje inclusivo, cabe recordar que el lenguaje no es neutro y de allí la relevancia de que el lenguaje que se utiliza en el texto proyectado pueda reflejarse en igualdad de género. Sucede que *cómo se redacta una norma* también pasó a formar parte de la disputa política por el sentido de las palabras y el modo en que se las utiliza. De este modo, y tal como se explicita en los “Fundamentos”, el lenguaje incluso binario es utilizado mediante dos estrategias: 1) reemplazando la apelación al masculino por la mención a personas 2) en las referencias a personas juezas, a quienes se las consigna en primer lugar “juezas y jueces”, aclarándose: “Sabemos que este uso de lenguaje mantiene al margen a las identidades de géneros no binarias, pero en este caso preferimos subrayar la existencia de juezas mujeres, e indirectamente remarcar la necesidad de incrementar su número”. En esta línea argumental, el Anteproyecto toma nota del reclamo abierto que cada vez observa una mayor densidad en la agenda pública, sobre la necesidad de alcanzar la paridad de género para mejorar la calidad institucional en clave democrática.

Sobre lo que aquí se cataloga de “reglas especiales”, el Anteproyecto incorpora facultades en favor de las abogadas mujeres como claras acciones positivas que hasta ahora no habían formado parte de debates legislativos de este tenor dedicados al procedimiento. Nos referimos al régimen de suspensión de plazos —de 10 días para ser más precisa— tendientes a visibilizar lo que, efectivamente, les sucede a las abogadas mujeres en la vida real como ser parir, se les otorgue guarda con fines de adopción o la adopción de un/a niño/a o la internación hospitalaria de la abogada o abogado o familiares y personas a cargo. Además, a las abogadas mujeres que tengan a cargo tareas de cuidado se les reconoce la extensión de plazos para realizar determinadas presentaciones. ¿Este tipo de medidas constituyen acciones afirmativas o reafirman estereotipos de género en la lógica mujer/madre cuidadora y varón proveedor?

Este interrogante es respondido en los “Fundamentos” al explicitar que “La extensión de plazos motivada en la división sexual del trabajo y la consecuente desigual distribución de las tareas de cuidado tiene ciertos riesgos, puede ser vista como la reproducción de ciertas injusticias y desigualdades. En ¿De la redistribución al reconocimiento? Dilemas de la justicia en la era “postsocialista”, Nancy Fraser distingue dos líneas de respuestas para hacer frente a las injusticias por redistribución y por reconocimiento: las afirmativas y las transformadoras. Las primeras pretenden morigerar las consecuencias de las injusticias dejando intactas sus causas, las segundas buscan deconstruir las propias causas de las injusticias. Si adoptamos esta distinción, no quedan dudas que la extensión de plazos es una respuesta afirmativa que de ningún modo resuelve la causa de las injusticias. Pero estas injusticias no pueden ser resueltas

por un código procesal, y entonces solo resta optar por dar una respuesta afirmativa o no brindar respuesta alguna”.

III.3. Oficina Judicial

La otra matriz rectora que seguramente generará resistencias, porque se sale de la mencionada lógica de “mi juzgado”, es la que promueve un rediseño institucional complejo como necesario tendiente a separar las funciones administrativas de las jurisdiccionales mediante la creación de oficinas de gestión judicial. De este modo, se evita la insostenible discrecionalidad existente en el funcionamiento de los juzgados con el consecuente impacto negativo para los/as justiciables; a la par, se optimiza tanto la labor administrativa como la judicial, en atención a que los/as magistrados/as se concentran en sus funciones.

Al respecto y sabiéndose que este constituye una piedra basal en la propuesta que trae el Anteproyecto, en los “Fundamentos” se analiza con mayor precisión las razones de este cambio copernicano. Se destaca que “El diseño actual de la oficina judicial bajo el formato de juzgado se ha mantenido sin cambios durante todo el siglo XX. En este esquema, las tareas de administración —gestión de insumos de trabajo, gestión del personal, etc.— y las distintas tareas de jurisdicción —desde un confronte hasta una sentencia— son responsabilidad última de cada una de las juezas y jueces. Por una parte, que la jueza o juez deba responsabilizarse por cuestiones de administración implica quitarle tiempo y energía para el cometido específico para el que esa persona se capacitó, fue evaluada y seleccionada: la tarea jurisdiccional. Por otra parte, en la medida en que la responsabilidad de toda la labor jurisdiccional recaiga sobre una misma jueza o juez, es muy difícil que exista uniformidad en los trámites judiciales”; por lo tanto, “el Anteproyecto propone una solución a través de la introducción de oficinas de gestión judicial que asistirán, en conjunto, a cierto número de juezas o jueces, del mismo o de distinto fuero. De lo que se trata es de focalizar la responsabilidad de las juezas y jueces en sus funciones jurisdiccionales centrales, tales como tomar las audiencias, y dictar las resoluciones más relevantes, y descargar la responsabilidad de la administración y de trámites judiciales menores en una estructura especializada y compartida entre distintas juezas y jueces. No se trata de reemplazar el personal existente ni de crear nuevas dependencias con la consiguiente carga presupuestaria, sino de adecuar la organización individual e insular de los actuales juzgados a una estructura general que se organice según criterios técnicos de administración e independice a las juezas y jueces de las tareas ya indicadas. Las mismas personas y recursos materiales con que cuenta el Poder Judicial, organizados con un criterio distinto, pueden cumplir una mejor función de asistencia a la labor jurisdiccional”.

(4) Se recomienda compulsar FANDIÑO, Marco - GONZÁLEZ, Leonel - SUCUNZA, Matías, “Proceso civil. Un modelo adversarial y colaborativo”, Editores del Sur,

¿Cómo se estructuran las oficinas de gestión judicial? A través de las siguientes cinco áreas:

1) Mesa de entrada y gestión rápida

2) Despachos especializados

3) Área técnica de familia (fuero de familia)

4) Administración de recursos

5) Gestión de audiencias

¿Esta estructura es similar para todos los fueros que involucra el Anteproyecto y todos los departamentos judiciales, tanto La Matanza como Trenque Lauquen por ejemplo? ¿Las oficinas de gestión judicial correspondientes al fuero de familia solo se diferencian del resto por lo relativo al área técnica o debería prever otras modificaciones funcionales internas? ¿Cuánto tiempo llevaría readaptar el sistema clásico o tradicional al contemporáneo y rupturista que se propone? Ahora bien, el Anteproyecto también esgrime ciertas certezas como surge de lo dispuesto en el art. 977 en el que se establece que “La Comisión de elaboración de normas prácticas desarrollará el plan de implementación progresiva de la oficina de gestión judicial”.

Estos son algunos de los interrogantes que genera la implementación de un diseño institucional que viene —en buena hora— a repensar de base, es decir, desde su estructura, el modo de llevar adelante los procesos judiciales en su aspecto operativo y técnico de manera más moderna. Ahora bien, en esta clave crítica constructiva que atraviesa o permea el presente trabajo, cabe preguntarse la razón por la cual no se prevé el acceso por concurso al cargo de director/a de la oficina judicial, el cual podría ser temporal a los fines de ir introduciendo —y revirtiendo a la vez— prácticas cuasi vitalicias que son más propias de sistemas monárquicos que democráticos.

Esta propuesta constituye un sello distintivo del denominado “modelo adversarial y colaborativo” (4) en el que la oficina judicial constituye un “mecanismo imprescindible para la reforma procesal”. En palabras de sus protagonistas “el concepto de gestión judicial ha sido bastante utilizado en el ámbito de los procesos de reforma judicial en América Latina pero muchas veces ha operado como una suerte de cajón de sastre en donde encajan todos aquellos aspectos relacionados con la mejora de la eficiencia en el funcionamiento de la justicia” (5); advirtiendo la existencia de cuatro elementos centrales que serían los que definen esta iniciativa (6):

Buenos Aires, 2020.

(5) Ibidem, p. 80.

(6) Ibidem, p. 81.

1. La incorporación de profesionales del campo de la gestión y administración, es decir, tecnificar la labor administrativa cotidiana de los tribunales.

2. La complejidad de la gestión judicial representada por diferentes micro-sistemas como ser: notificaciones, comunicaciones, gestión de casos, agenda de audiencias, etc.

3. División de funciones administrativas y judiciales.

4. La clarificación de objetivos organizacionales a partir de un determinado modelo de gestión cuya columna vertebral gira en torno a la noción de eficacia.

III.4. Un código procesal en constante movimiento

Como última novedad positiva, nos encontramos con la creación de la Comisión de elaboración de normas prácticas del Código Procesal de Familias, Civil y Comercial. Se trata de una comisión permanente que funciona “en modo análogo a los *Rules Commitees* que asesoran sobre las reglas procesales federales en los Estados Unidos, o el *Civil Procedure Rule Committee* en el Reino Unido” cuyo objetivo es múltiple, no solo “regular los aspectos más fluctuantes del trámite procesal —tales como el régimen de notificaciones—, contribuir a la puesta en funcionamiento de las oficinas de gestión judicial, sino también recoger la experiencia y los resultados de la aplicación de las nuevas normas para ajustar su funcionamiento y, eventualmente, proponer modificaciones”. Este tipo de decisiones legislativas de carácter institucionales dan cuenta del dinamismo que encierran los códigos procesales y también, la necesidad de garantizar que el cambio sustancial que implica pasar del modelo “es mi juzgado, mi reino”, a uno más democrático no sea caótico y perjudique el efectivo servicio de justicia.

Básicamente, la labor de esta Comisión gira en torno a las siguientes acciones:

1) Elaborar y revisar de manera permanente las normas prácticas que establece el Anteproyecto

2) Dictar normas actualizadas y necesarias para organizar el funcionamiento de la oficina judicial

3) Emitir un informe —como mínimo, una vez al año— sobre cumplimiento del Anteproyecto, resultados de su aplicación y proponer reformas necesarias

Tal como se consigna en los “Fundamentos”, la Comisión desarrolla sus actividades en el ámbito de la Suprema Corte de Justicia y se integra por:

- 3 representantes a propuesta de la Suprema Corte de Justicia.

- 1 representante a propuesta del Colegio de Abogados/as de la Provincia de Buenos Aires.

- 3 representantes a propuesta del Poder Ejecutivo, nombradas y nombrados por la Cámara de Diputados de la Legislatura.

Tal como surge de lo dispuesto en el art. 975, todos estos estamentos “no pueden ser del mismo género”. Como se puede observar, de este modo no se garantiza la paridad de género en su conformación y sabemos que la fuerza de la realidad —signada por prácticas patriarcales— conducirá a que este órgano esté integrado por más varones que mujeres. Es por ello que la reglamentación pertinente (conf. art. 976) debería establecer un sistema para alcanzar una composición paritaria para lo cual también deberá incorporar la noción de alternancia de género, en especial, cuando se establece que un estamento cuente con solo un representante como acontece con los/as abogados/as. Esto se resolvería si se apelara a la noción de alternancia.

IV. Breves palabras de despedida

Comenzar por el principio, por los Fundamentos del Anteproyecto, constituye un paso ineludible para poder conocer en profundidad esta nueva —necesaria y urgente— propuesta legislativa que vuelve a poner en funcionamiento debates acalorados con contenido en torno a que procedimiento nos merecemos en un Estado Constitucional-Convencional de Derecho y, en el fondo, seguir colocando el eje —de manera crítica— en que Justicia queremos. Un Poder Judicial más cercano a los/as justiciables o uno que siga dándole la espalda.

Bienvenida esta nueva etapa de debate, intercambios académicos y profundizar en diferentes niveles de análisis, no solo el estrictamente jurídico en lo relativo a la mejor o más precisa técnica legislativa, y también al rediseño institucional que conlleva el estudio de un Anteproyecto que incorpora una propuesta superadora a la perimida idea de que cada juzgado es una isla que solo responde a las “órdenes” de un jefe —en su gran mayoría varones— bajo reglas de funcionamiento discrecionales que se conoce bajo la idea coloquial que “cada uno tiene su librito”. Nada más alejado de la tan venerada seguridad jurídica y la consecuente previsibilidad que tanto se pregona, pero tan poco se ha avanzado en ese sentido.

El Anteproyecto en cuestión constituye una excelente excusa para pensar, repensar e interpelar (nos) acerca de qué modelo procesal nos debemos como sociedad en un mundo convulsionado que nos exige —cada vez con mayor urgencia— respuestas claras y contundentes. Ya lo dijo hace tantísimo tiempo el poeta y escritor italiano Dante Alighieri: “Los lugares más oscuros del infierno están reservados para aquellos que mantienen su neutralidad en tiempos de crisis moral”.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2603/2021

Nota a fallo

Lealtad comercial

Información errónea. Supermercados. Diferencias entre el producto y el cartel exhibidor. Deber de brindar información exacta. Proveedor que asumió la responsabilidad. Impugnación de multa. Competencia. Inconstitucionalidad del art. 53 del DNU 274/2019.

1. - La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal no resulta

competente para abocarse al estudio del recurso directo de apelación interpuesta contra la resolución administrativa que impuso una multa a un supermercado, toda vez que el dec. 274/2019 introdujo una sustancial modificación a las previsiones de una ley sancionada por el Congreso de la Nación, atribuyendo competencia a ciertos jueces de la Nación para conocer en determinadas controversias. La jurisdicción federal está atribuida a

los órganos del Poder Judicial del Estado federal por los arts. 116 y 117 de la Constitución, y regulada en diversas leyes. Es limitada y de excepción, lo que quiere decir que solo se ejerce en los casos que la constitución y las leyes reglamentarias señalan.

2. - Si el propio Congreso, no puede *a priori* ampliar sin más la jurisdicción federal, menos aún podrá hacerlo el Poder Eje-

cutivo mediante un decreto que modifica la competencia atribuida por el Poder Legislativo a otro fuero.

3. - La defensa ensayada por el supermercado debe ser admitida y debe anularse la multa impuesta por la autoridad administrativa, ya que el propio fabricante asumió la responsabilidad y explicó que existió un error en la provisión y rotulación del producto, lo cual condujo a la

colocación de un cartel exhibidor con el peso del frasco de miel con una mínima diferencia respecto de la real. También impresiona favorablemente el hecho de que la fabricante afirme con énfasis que se trató de un hecho único aislado y manifestó su decisión de solucionar y enmendar dichas fallas en lo sucesivo (del voto del Dr. Gusman).

4. - Las normas que contienen dispositivos como el régimen de lealtad comercial, cuando regulan que el incumplimiento, con independencia de si medió lesión a algún bien jurídico, constituye infracción, no necesariamente implican que se esté aplicando la regla de la responsabilidad objetiva. Está disponiendo un

nivel de diligencia que incluye el conocimiento y el cumplimiento de esa prohibición (del voto del Dr. Gusman).

5. - El supermercado no cumplió con su deber de consignar de manera exacta el contenido neto del producto en el cartel exhibidor de la sucursal inspeccionada, en tanto el cartel informa al público que el frasco contiene 500gr., pero el recipiente conteniendo miel a la venta informa que tiene 475gr. lo cual contradice los términos del art. 9 de la ley 22.802, toda vez que mediante inexactitudes se puede inducir a error, engaño o confusión al consumidor.
6. - El cartel exhibidor correspondiente al producto expendido debe ser autosuficiente, de manera que por su intermedio el potencial consumidor pueda informarse no solo de su costo, sino también sobre la cantidad o peso del producto, sin necesidad de recurrir a otros medios ni de tener que contar con acceso a Internet.

7. - Es deber de quien comercializa arbitrar todos los medios necesarios a fin de que la información sea exacta, evitando que los consumidores sean inducidos a error o falsedad en la adquisición de mercaderías o la contratación de servicios, protegiéndose el derecho de aquellos a una información adecuada, completa y veraz con relación al consumo en los términos del artículo 42 de la Constitución Nacional.

CNFed. Civ. y Com., sala I, 14/04/2021. – COTO Centro Integral de Comercialización SA s/ Apel. de resolución administrativa.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/90172/2021]

Control de constitucionalidad

Se declara la inconstitucionalidad del art. 53 del DNU 274/2019.

Véase el texto completo en p. 14

La competencia federal en el recurso directo previsto en el decreto 274/2019 de Lealtad Comercial

Comentario sobre un precedente de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal



Marcos F. L. Nazar Anchorena

Abogado, Diploma de Honor (UBA). Master en Derecho y Economía (Univ. Torcuato Di Tella / Chicago-Kent College of Law, Illinois Institute of Technology, Chicago, Estados Unidos). Exdirector de la Dirección de Lealtad Comercial de la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo Productivo (2017-2020). Profesor de grado en Derecho de la Competencia y Lealtad Comercial y Subdirector del Programa de Actualización en Economía Digital, Consumo y Competencia, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UBA).

SUMARIO: I. Introducción.— II. El caso.— III. Los agravios.— IV. La sentencia.— V. Dos aspectos cuestionables de la sentencia y su relación con la derogada ley 25.156.— VI. Conclusión.

“Los jueces no pueden estudiar todos los detalles de las causas en cada una de las provincias de trámite que dictan, so pena de administrar justicia tan lenta que equivale a no administrarla, teniendo por consiguiente que confiar en mucha parte (...) en la ilustración de los letrados que patrocinan causas, quienes, debe suponerse, pondrán el mayor cuidado en evitar que sus clientes sean juzgados por otros que sus jueces naturales” (Virgilio M. Tedín).

I. Introducción

En abril de 2021, la Sala I de la Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal se expidió en la causa “Coto Centro Integral de Comercialización S.A. s/ apelación de resolución administrativa” (1) y resolvió declarar la inconstitucionalidad del artículo 53 del decreto 274/2019, de Lealtad Comercial (en lo sucesivo, el “decreto de Lealtad Comercial” o el “decreto”, indistintamente), y su incompetencia para entender en la causa, atribuyéndole la potestad revisora a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.

Este fallo es trascendente, en primer lugar, porque con la declaración de incompetencia se viene a modificar el criterio sostenido hasta ahora por la Sala I, por el cual, a partir del dictado del decreto de Lealtad Comercial, es la Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal

la competente para entender en los recursos directos de apelación (2) previstos por la derogada ley 22.802 y por el decreto de Lealtad Comercial, que, a partir de abril de 2019, la reemplazó. En efecto, en cuatro causas muy recientes la Sala I confirmó, en todos los casos, resoluciones dictadas por la Secretaría de Comercio Interior (“SCI”) y por la ex Subsecretaría de Comercio Interior (“SSCI”), por las que se impusieron multas a tres sociedades por infracciones a la ley 22.802 y a su resolución reglamentaria 7/2002, dictada por la entonces Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor (3).

La declaración de incompetencia del Tribunal contrasta con numerosas decisiones de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal dictadas recientemente en causas similares, en las que precisamente se convalidó el criterio opuesto: en, al menos, trece causas resueltas luego de la entrada en vigencia del decreto de Lealtad Comercial, tres Salas de la Cámara de Apelaciones de ese fuero se declararon incompetentes para entender en los recursos directos previstos en la ley 22.802 y el decreto de Lealtad Comercial, y atribuyeron la potestad revisora a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal (4). Una de estas causas es la que motiva este comentario, que se inició en el fuero Contencioso Administrativo Federal y con la declaración de incompetencia por

parte de la Sala I de esa Cámara, se trasladó al fuero Civil y Comercial Federal.

De este modo, entiendo que quedaría configurada una contienda negativa de competencia entre ambas cámaras, que deberá resolver la Corte Suprema de Justicia de la Nación, atento a que estos tribunales carecen de un órgano superior jerárquico común (cfr. art. 24, inc. 7º del dec. 1285/58) (5). Ello, no obstante lo dispuesto por el art. 20, segundo párr., de la ley 26.854, de medidas cautelares en las causas en las que es parte o interviene el Estado Nacional.

En segundo lugar, el fallo es trascendente por la decisión de la Sala I de declarar *de oficio* la inconstitucionalidad del artículo 53 del decreto de Lealtad Comercial. Sobre esta declaración se funda la incompetencia del Tribunal, como surge claramente de la parte resolutive del fallo. En este aspecto, resulta interesante examinar no ya los motivos que llevaron al Tribunal a decidir la inconstitucionalidad de la norma —que no trataré en este comentario—, sino las razones dadas por el Tribunal para efectuar el control de constitucionalidad de oficio a la luz de algunos precedentes de la Corte Suprema.

En tercer y último lugar, el fallo trae, en el voto en disidencia, una novedosa interpretación del art. 9 de la derogada ley 22.802 sobre

la publicidad engañosa, actualmente prevista con idéntica redacción en el art. 11 del decreto de Lealtad Comercial. Este voto no consideró ninguna de las dos cuestiones que mencioné anteriormente, sino que concluyó en que el acto administrativo impugnado debía anularse por vicio en su objeto, motivación y causa. Destaco esta disidencia porque introduce una cuestión tan interesante como novedosa en la materia: la diligencia del infractor como “causal de eximición” de la sanción administrativa.

En este comentario voy a disentir respetuosamente del fallo en los tres aspectos apuntados previamente. En mi opinión, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal es competente para entender en este tipo de causas por la plena vigencia del artículo 53 del decreto de Lealtad Comercial. Este artículo bien podría entenderse dictado en el marco de una potestad reglamentaria (6) que la Constitución Nacional (“CN”) le reconoce al Poder Ejecutivo Nacional (“PEN”) y no bajo la atribución prevista en el art. 99 inc. 3 CN, como lo entendió el tribunal; como tal, participa de la naturaleza de la ley y tiene su misma fuerza obligatoria. De cualquier modo, entiendo que esta Cámara es competente en razón de la materia, de modo que la determinación de la Cámara Civil y Comercial Federal por el PEN se ajustaría al espíritu y finalidad del régimen de Lealtad Comercial.

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) CNFed. Civ. y Com., sala I, “Coto Centro Integral de Comercialización S.A. s/ apelación de resolución administrativa”, 14/04/2021, TR LALEY AR/JUR/90172/2021.

(2) Si bien a lo largo de este comentario me referiré a este medio de impugnación de la actividad administrativa como el “recurso directo de apelación”, pues así está referido en el art. 53 del decreto de Lealtad Comercial, en rigor se debería entender por tal a la acción judicial de impugnación de instancia única que, bajo este régimen, resuelve una Cámara de Apelaciones. Como señala el Dr. Gallegos Fedriani en una obra de muy recomendable lectura, tal expresión (“recurso directo”) es un resabio del recurso contencioso-administrativo francés y dado que nuestro sistema no se compadece con aquel, no tiene fundamento denominar “recurso” a la pretensión que se inicia en sede judicial tendiente a

controlar la actividad administrativa. Cfr. GALLEGOS FEDRIANI, Pablo, “Recursos directos: aspectos sustanciales y procesales”, Ed. RAP, Buenos Aires, 2008, p. 148.

(3) CNFed. Civ. y Com., sala I, “Coto CISCASA s/ apelación de resolución administrativa”, 01/09/2020; Estas causas son: “INC S.A. s/ apelación de resolución administrativa”, 08/09/2020; “Coto CISCASA s/ apelación de resolución administrativa”, 25/09/2020; y “Jumbo Retail Arg. S.A. c/ Estado Nacional s/ apelación de resolución administrativa”, 13/10/2020. En todos los casos, las decisiones de la Sala I se adoptaron por mayoría.

(4) Estas causas son: CNFed. Contenciosoadministrativo, sala I, “COTO CISCASA c/ DNCI s/ Lealtad Comercial - Ley 22.802 - ART 22”, 13/2/2020; CNFed. Contenciosoadministrativo, sala I, “COTO CISCASA c/ DNCI s/ Defensa del Consumidor - Ley 22.802 - ART 9”, 13/02/2020; CNFed.

Contenciosoadministrativo, sala I, “Jumbo Retail Argentina S.A. c/ DNCI s/ Lealtad Comercial - Ley 22.802 - ART 22”, 13/02/2020; CNFed. Contenciosoadministrativo, sala I, “Jumbo Retail Argentina S.A. c/ DNCI s/ Lealtad Comercial - Ley 22.802 - ART 22”, 13/02/2020; CNFed. Contenciosoadministrativo, sala I, “Jumbo Retail Argentina S.A. c/ DNCI s/ Lealtad Comercial - Ley 22.802 - ART 22”, 22/5/2020; CNFed. Contenciosoadministrativo, sala III, “Jumbo Retail Argentina S.A. c/ DNCI s/ Lealtad Comercial - Ley 22.802 - ART 22”, 03/09/2019; CNFed. Contenciosoadministrativo, sala III, “Jumbo Retail Argentina S.A. c/ DNCI s/ Lealtad Comercial - Ley 22.802 - ART 22”, 15/10/2019; CNFed. Contenciosoadministrativo, sala III, “INC S.A. c/ DNCI s/ Lealtad Comercial - Ley 22.802 - ART 22”, 17/09/2019; CNFed. Contenciosoadministrativo, sala III, “COTO CISCASA c/ DNCI s/ Lealtad Comercial - Ley 22.802 - ART 22”, 10/7/2019; CN-

Fed. Contenciosoadministrativo, sala IV, “Coto Centro Integral de Comercialización S.A. c/ DNCI s/ Lealtad Comercial - Ley 22.802 - ART 22”, 13/8/2019; CNFed. Contenciosoadministrativo, sala IV, “La Papelera del Plata S.A. c/ DNCI s/ Lealtad Comercial - Ley 22802 - ART 22”, 8/10/2019; y CNFed. Contenciosoadministrativo, sala IV, “The Collection S.A. s/ Lealtad Comercial - Ley 22802 - ART 22”, expediente 43561/2019/1, 10/09/2019.

(5) CS, “José Mármol 824 (ocupantes de la finca) s/ incidente de incompetencia”, 12/6/2018, considerando 2, TR LALEY AR/JUR/22298/2018.

(6) Nótese que el último de los considerandos del decreto de Lealtad Comercial dispone: “Que la presente medida se dicta de acuerdo a las facultades emergentes del artículo 99, incisos 1, 2 y 3 de la CN y de los artículos 2º, 19 y 20 de la Ley 26.122”.

Asimismo, entiendo que la declaración de inconstitucionalidad de oficio carece de una sólida y apropiada fundamentación de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema y, asumiendo que la norma en cuestión fue dictada en el ejercicio de la atribución prevista en el art. 99 inc. 3 CN, no parecería oportuna una declaración de esa naturaleza, estando pendiente el pronunciamiento del Congreso de la Nación respecto de la validez o invalidez constitucional del decreto de Lealtad Comercial.

Por último, soy de la opinión de que la solución propuesta en el voto en disidencia no se condice con el criterio adoptado por nuestra jurisprudencia en lo que respecta a la atribución de responsabilidad del infractor en las denominadas “faltas formales”.

En este comentario trataré solamente los dos primeros aspectos que mencioné del fallo: la incompetencia y la inconstitucionalidad de oficio. En el análisis, no pretenderé realizar un estudio exhaustivo de ambas materias —de por sí extensas y profundas, en particular la segunda—, sino que simplemente intentaré exponer algunos argumentos por los cuales entiendo que la medida adoptada por el PEN a través del art. 53 del decreto de Lealtad Comercial es razonable y consistente con nuestro derecho vigente. Con esto no pretendo sostener que se encuentran acreditados los extremos requeridos por la CN para el dictado de un DNU —en particular la justificación de la necesidad y la urgencia alegada—; simplemente sostendré que ese examen aún debe ser realizado por el Congreso Nacional y que debe estarse a las resultas del control legislativo.

II. El caso

El caso se originó en el marco de una inspección realizada durante el mes de junio de 2016 en un establecimiento de Coto Centro Integral de Comercialización S.A. (“Coto S.A.”) en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en donde funcionarios de la SCI constataron la exhibición de un producto que, de acuerdo con su rótulo, poseía un contenido neto inferior al publicitado en un cartel exhibidor de ese establecimiento (7). Por este motivo, los funcionarios intervinientes en el acto de la inspección entendieron que Coto S.A. habría infringido el art. 9 de la ley 22.802, que prohíbe la inducción a error, engaño o confusión respecto de las características de los productos —en este caso, versó sobre el contenido neto real de un producto—, y se labró un acta que dio origen a la imputación.

Tramitado el sumario, el 23/11/18, la SSCI dictó la disposición 130/18 (8), por medio de la cual aplicó a Coto S.A. una multa de \$250.000 (9).

Estamos, entonces, frente a un caso de publicidad engañosa iniciado y resuelto, en sede administrativa, durante la vigencia de la ley 22.802.

Antes de avanzar, es importante recordar que, pocos meses después del dictado de la disposición sancionatoria, el 17/4/2019, la ley 22.802 y sus modificatorias fueron derogadas por el artículo 72 del decreto de Lealtad Comercial (B.O. 22/04/2019). Este decreto sistematizó y actualizó el régimen previsto por la ley 22.802 incluyendo, entre otras cosas, la regulación contra la competencia desleal y aspectos muy relevantes de la publicidad comercial, entre ellos la comparativa.

En lo que aquí interesa, el decreto de Lealtad Comercial previó la situación de aquellas causas que, a la fecha de su entrada en vigencia, se encontraban abiertas, como es la que nos ocupa. En efecto, el segundo párrafo del art. 72 del decreto de Lealtad Comercial dispone que dichas causas continuarán tramitando bajo la derogada ley 22.802 y sus modificatorias, lo que explica por qué en el caso se está discutiendo la aplicación de una sanción bajo una norma derogada, como es la del art. 9 de la ley 22.802.

Sin perjuicio de ello, el artículo 53 del decreto de Lealtad Comercial establece, a partir de la entrada en vigencia del mismo, un “nuevo” tribunal para entender en los recursos directos previstos en el decreto: la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal y, cuando se establezca, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia de dicha Cámara, creada por la ley 27.442, de Defensa de la Competencia (“LDC”), o la Cámara Federal que corresponda en el interior del país, según el asiento de la autoridad que dicte la resolución. Menciono “nuevo”, pues nada tiene de novedoso que sea esa Cámara la que entienda en esta materia; sobre esto me referiré más adelante, al tratar la competencia del fuero.

Para entender el trámite recursivo es menester aclarar previamente que el artículo 72 del decreto de Lealtad Comercial no implica que los recursos directos interpuestos en aquellas causas que se encontraban en trámite al momento de su entrada en vigencia deban ser resueltos por el tribunal previsto en el art. 22 de la ley 22.802. Esto es así, ya que las leyes sobre procedimiento y competencia son de orden público y las nuevas que se dicten, aún en caso de silencio, se aplican de inmediato, incluso a las causas pendientes, siempre que no importen privar de validez a los actos procesales cumplidos o dejen sin efecto lo actuado de conformidad con las leyes anteriores (10), y no existe un derecho adquirido a ser juzgado por un determinado procedimiento (11). Sin embargo, esta solución, que es doctrina de la Corte Suprema y es expresamente mencionada en la sentencia, el Tribunal la entiende inaplicable al caso.

Es decir que, en el caso, las normas aplicables son: el art. 9 de la ley 22.802, en lo que respecta a la publicidad engañosa, y el 53 del decreto de Lealtad Comercial, en lo que respecta a la instancia judicial revisora de la decisión administrativa que dispuso la sanción.

Contra la disposición de la SSCI, Coto S.A. interpuso el recurso directo de apelación previsto por el artículo 22 de la ley 22.802 (texto sustituido por el art. 63 de la ley 26.993). El artículo 22 de esa ley, como anticipé, se encontraba vigente al momento en que se notificó el acto sancionatorio y también al momento en que fue deducido el recurso directo (diciembre de 2018) (12). Luego, como vimos, la ley 22.802 fue derogada y entró en vigencia el decreto de Lealtad Comercial.

Las actuaciones fueron elevadas y radicadas en la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal. Luego de recibidas las mismas —junio de 2019—, se corrió vista al fiscal general en lo Contencioso Administrativo Federal para que se expida sobre la procedencia y competencia del Tribunal (cfr. art. 8 de la ley 25.344).

El fiscal general entendió que, por aplicación del segundo párrafo del referido art. 72

del decreto de Lealtad Comercial, aquellos recursos directos que sean elevados por la Autoridad de Aplicación (es decir, la SCI) y se radiquen ante el órgano judicial con posterioridad a la entrada en vigencia del decreto de Lealtad Comercial, resultan de competencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal. En consecuencia, dado que la causa había sido elevada al Tribunal en junio de 2019 —es decir, durante la vigencia del decreto de Lealtad Comercial—, el fiscal general opinó que la Sala I de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal no resultaba competente para entender en la causa y que esta debía ser remitida a la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal (13). Es más, la Fiscalía General, que interviene también ante la Cámara en lo Civil y Comercial Federal, por razones de economía procesal, se expidió sobre el recurso planteado y lo declaró formalmente admisible.

Así las cosas, el 13/2/2020, la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal se declaró incompetente en la causa y atribuyó su conocimiento a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal. Lo hizo en razón de lo dispuesto por los arts. 53 y 72 del decreto de Lealtad Comercial, ya explicados, y compartiendo los fundamentos del dictamen del fiscal general explicado anteriormente.

Sorteada la causa, fue asignada a la Sala I de la Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal. El 14/4/21 este Tribunal, como anticipé al comienzo, resolvió declarar la inconstitucionalidad del art. 53 del decreto de Lealtad Comercial y su incompetencia para entender en la causa, y atribuyó la potestad revisora nuevamente a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.

Por último, contra esa decisión, el Estado Nacional —Ministerio de Desarrollo Productivo— interpuso el recurso extraordinario federal, en tanto la Sala I declaró de oficio la inconstitucionalidad del art. 53 del decreto de Lealtad Comercial y declinó su competencia para entender en la causa. El 18/8/21 el recurso fue desestimado por no revestir carácter de sentencia definitiva y, asimismo, porque según el tribunal no se demostró que su pronunciamiento dictado se apartó de la ley o que incurrió “en ausencia de fundamentación que conduzca a la descalificación de dicho decisorio como acto jurisdiccional válido”, sosteniendo que no existe gravedad institucional porque solo se ve comprometido el interés individual de las partes y el conflicto no afecta derechos de la comunidad.

III. Los agravios

En el recurso directo planteado en contra de la disposición 130/18, Coto S.A. se agravió al entender que la decisión es nula por:

- (i) no sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirven de causa y en el derecho aplicable (cfr. art. 7, inc. b de la Ley de Procedimiento Administrativo);
- (ii) ostentar un vicio en el objeto y en la finalidad del acto; y
- (iii) resultar la multa arbitraria, por irrazonable y desproporcionada respecto de la conducta relevada por la SSCI.

puesto por la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal en la causa 30853/2018, del 10/7/19, citada al inicio. De esta causa surge que el fiscal general señaló que el límite a la transferencia es el denominado principio de radicación, el cual se configura con el dictado de “actos típicamente jurisdiccionales”, definidos como “...aquellos que importan la decisión de un conflicto mediante la adecuación

En subsidio, solicitó la reducción de la sanción, graduándosela de acuerdo a la “falta formal” reprochada. Para justificarlo, sostuvo que se trató de una infracción formal “pequeña” y que la sanción no tenía fundamentación, ya que había sido justificada por la empresa fabricante del producto.

Coto S.A. sostuvo que la supuesta infracción —a la cual le reconoció el carácter de “formal”— tuvo, como única causa, una errónea observación de los rótulos correspondientes a los productos inspeccionados, y que estos cumplían con todas las exigencias legales para su “publicación” (sic). Explicó que la información incluida en el exhibidor no era inexacta, porque detallaba las características del producto comercializado y se identificaba con claridad el mismo.

Así y todo, la recurrente reconoció que el fabricante del producto le brindó información errónea: el proveedor regularmente proveía el producto al establecimiento en frascos de 500 gramos y un lote de ese producto poseía un contenido neto distinto a los restantes. Por ese motivo es que no habría podido identificar la diferencia en dicho contenido. Como consecuencia de ello, y con sustento en la política de comercialización que existiría entre ambas empresas, sostuvo que era un deber del fabricante informar dicha modificación a fin de evitar posibles confusiones con respecto al contenido neto del producto.

El fabricante, por su parte, suscribió una nota exponiendo y asumiendo el error, y en la que reconoció que no informó a Coto S.A. sobre la modificación en el contenido neto del producto entregado en el lote. Así es que, en su defensa, Coto S.A. argumentó que la forma en que fueron informadas las características de los productos no era confusa o engañosa, y que procuró incluir la totalidad de la información necesaria para no prestar a engaño o confusión a los consumidores.

Por último, quiero destacar que ni Coto S.A. ni el Ministerio de Desarrollo Productivo plantearon la incompetencia ni del fuero Contencioso Administrativo Federal ni del Civil y Comercial Federal, sino que se sometieron sucesivamente a ellos. Tampoco las partes plantearon la inconstitucionalidad del art. 53 del decreto de Lealtad Comercial, ni ninguna otra norma del decreto de Lealtad Comercial o de la ley 22.802.

IV. La sentencia

La decisión que resolvió la inconstitucionalidad del art. 53 del decreto de Lealtad Comercial y la incompetencia de la Sala I fue adoptada por mayoría, con los votos de los Dres. Uriarte y Antelo, donde el segundo adhirió a los fundamentos del voto del primero. Se expidieron solamente sobre la incompetencia de la Sala I para entender en la causa y sobre la inconstitucionalidad del art. 53 del decreto de Lealtad Comercial.

El voto minoritario, por su parte, conformado por la disidencia del Dr. Gusman, se pronunció exclusivamente sobre los motivos por los cuales la disposición sancionatoria debía anularse, y es el único que trató el fondo del asunto, esto es, la exhibición de precio cuestionada por la SCI.

Comenzaré con un breve repaso sobre el voto de la mayoría, para luego detenerme en la disidencia (aunque por cuestiones de es-

(7) El producto era miel de abejas cuyo contenido neto era de 475 gramos. El cartel exhibidor de precio del producto del local informaba que tenía un contenido neto de 500 gramos.

(8) Disposición DI-2018-130-APNSSCI#MPYT (dictada en el marco del EXP: S01:0260411/2016).

(9) En el fallo se menciona a la res. SCI 344/1919, lo que presumo es un error material involuntario. En el caso se tra-

tó de una disposición dictada por la SSCI.

(10) Fallos: 317:499; 324:2338; 327:5496; 329:5187 y 5686.

(11) Fallos: 306:2101; 313:542; 320:1878.

(12) Cfr. dictamen del Fiscal General en lo Civil y Comercial Federal y en lo Contencioso Administrativo Federal del 3/9/2019.

(13) El dictamen refiere expresamente al criterio ex-

de las normas aplicables, como resulta característico de la función jurisdiccional encomendada a los jueces (confr. Fallos: 324:2334; 325:2695, entre otros), por lo que entendió que aquellos recursos directos que sean elevados con posterioridad a la entrada en vigencia de la nueva norma resultan de competencia del tribunal judicial que ella establece.

pacio no comentaré este asunto), de modo tal de exponer los dos temas que me interesan del fallo.

El voto mayoritario sostuvo que la Sala I no es competente para entender en el recurso directo interpuesto por Coto S.A., porque a través del art. 53 del decreto de Lealtad Comercial, el PEN atribuyó competencia al fuero Civil y Comercial Federal en exceso de las facultades que constitucionalmente tiene asignadas.

Para fundar este temperamento, se sostuvo que, de acuerdo con las modificaciones introducidas a la ley 22.802 por los arts. 35 y 36 de la ley 26.631 (*sic*), toda resolución condenatoria podrá ser recurrida solamente por vía de apelación ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal o ante las cámaras federales de apelaciones competentes, según el asiento de la autoridad que dictó la condena. El decreto de Lealtad Comercial, al establecer que toda resolución sancionatoria puede ser impugnada por vía de recurso de apelación ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, introdujo “una sustancial modificación a las previsiones de una ley sancionada por el Congreso de la Nación (...) atribuyendo competencia a ciertos jueces de la Nación para conocer en determinadas controversias” (14).

Asimismo, expresó que el Congreso Nacional no solo crea, modifica o suprime los tribunales, sino que también establece cómo se integran, fija el ámbito de su jurisdicción —competencias en razón de materia, personas y lugares— y sanciona las normas procesales para que puedan actuar y ejercer las funciones que les competen, todo ello en ejercicio de las facultades que le confieren los arts. 75, inc. 20 y 116 de la Constitución Nacional. Adicionalmente, explicó que solo el Congreso Nacional tiene la atribución exclusiva de crear, modificar y suprimir tribunales del Poder Judicial de la Nación, y que el PEN no puede hacerlo bajo ningún concepto, salvo en su derecho de vetar leyes. En esta línea argumental, afirmó que un decreto “reglamentario” (*sic*) no puede alterar o modificar la competencia de los tribunales, “cuando la misma ha sido previamente fijada por una ley de la Nación” (15). Asimismo, señala que, dado que la jurisdicción federal posee un carácter limitado, privativo, excluyente e improrrogable, la incompetencia de sus tribunales puede y debe declararse de oficio.

El voto mayoritario señala las limitaciones que posee el Congreso Nacional a la hora de fijar la jurisdicción federal. Lo hace, pienso, para poner en evidencia las limitaciones que tiene el PEN en la materia. Afirma así que la jurisdicción federal está atribuida a los órganos del Poder Judicial del Estado federal por los arts. 116 y 117 de la CN y por diversas leyes, que es limitada y de excepción, y que la organización de los tribunales federales incluye la de atribuirles jurisdicción y competencia.

Reconoce, sin embargo, límites a esta atribución por parte del Congreso Nacional: la facultad de establecer excepciones al fuero federal no significa que pueda ampliarlo —aunque sí restringirlo—, toda vez que, según la Corte Suprema, las leyes que dicta el

Congreso no pueden acordar a los tribunales federales una jurisdicción más extensa que la conferida por la Constitución Nacional. Así concluye que si el propio Congreso no puede ampliar la jurisdicción federal, “menos aún podrá hacerlo el Poder Ejecutivo mediante un decreto que modifica la competencia atribuida por el Poder Legislativo a otro fuero”. De hacerlo entonces incurriría, el PEN, en una extralimitación de sus facultades “ajena al estrecho marco constitucional que delimita sus excepcionales atribuciones legislativas, concernientes por naturaleza al Congreso en virtud del principio de división de poderes del sistema republicano consagrado en la Carta Magna” (16).

Por todas estas razones, el Tribunal entiende que el art. 53 del decreto de Lealtad Comercial, en cuanto atribuye competencia al tribunal en materia recursiva, excedió las facultades que constitucionalmente tiene asignadas el PEN.

En síntesis, el voto mayoritario funda la declaración de incompetencia en la extralimitación legisferante del PEN —en cuanto para el tribunal el PEN habría ampliado la jurisdicción federal a través del art. 53 del decreto de Lealtad Comercial—, y funda la competencia de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal en el art. 35 de la ley 26.631.

Como anticipé, además de declararse incompetente, el tribunal resolvió decretar, de oficio, la inconstitucionalidad del artículo 53 del decreto de Lealtad Comercial. Lo hizo, porque entendió que no estaría acreditada la existencia de la necesidad o urgencia en el dictado de este decreto.

Al analizar la validez constitucional de este artículo, el voto mayoritario hace una apretada reseña de algunos precedentes de la Corte Suprema sobre los decretos de necesidad y urgencia, antes y después de la reforma constitucional de 1994, citando, entre otros, los fallos “Verrocchi” (17) y “Consumidores Argentinos” (18) y criticando el fallo “Rodríguez” (19). A la luz de estos precedentes de la Corte Suprema y del art. 99 inc. 3 CN, el tribunal buscó evaluar dos cosas: (a) la concurrencia de los presupuestos fácticos —la necesidad y la urgencia— que habilitarían al PEN el ejercicio de la atribución prevista por el art. 99 inc. 3 CN; y (b) su fundamentación a partir de los considerandos del decreto de Lealtad Comercial (20).

Así, centrándose en los considerandos 19 (21) y 20 (22) de dicho decreto, concluyó que los fundamentos que justifican la urgencia (si bien no es mencionada la necesidad) “refieren —exclusivamente— al contenido de la Ley de Defensa de la Competencia” y que “no se dedicó una sola línea a explicitar las razones o circunstancias que brindan sustento a las modificaciones en la atribución de las competencias que dispone, invadiendo (...) facultades que son reservadas al Congreso de la Nación” (23).

De esta manera, entendió que existió una ausencia de motivación suficiente por parte del PEN para ejercer en la cuestión de la distribución de las competencias de los Tribunales Federales y, no habiéndose acreditado la existencia de necesidad y urgencia, concluyó en

que el art. 53 del decreto de Lealtad Comercial es inconstitucional.

En cuanto a la facultad de decidir la inconstitucionalidad de oficio, el tribunal la sostiene citando los fallos “Banco Comercial de Finanzas” (24) y “Simón” (25). En estos fallos, la Corte Suprema expresó que es una potestad y un deber de los jueces declarar de oficio la inconstitucionalidad de una norma jurídica en los casos concretos sometidos a su conocimiento. También se citan dos precedentes de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal: los fallos “Luncheon Tickets” (26) y “Exos” (27).

Por último, el voto mayoritario sostuvo que la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre la aplicabilidad de las leyes de procedimiento y competencia, a la cual aludí en el apartado II. anterior explicando por qué se aplica la norma del art. 53 al caso (y no la del art. 22 de la ley 22.802), no resulta aplicable a los decretos del PEN, ya que la Corte se había referido a leyes en sentido formal y material.

El voto minoritario, por su parte, trata propiamente el caso traído a conocimiento del Tribunal, esto es, la publicidad engañosa. No se expide sobre la incompetencia y la inconstitucionalidad, sino que hace un prolijo relato de los hechos para luego contrastarlo con el art. 9 de la ley 22.802.

Comienza reconociendo que Coto S.A. no cumplió con su deber de consignar de manera exacta el contenido neto del producto en el cartel exhibidor de la sucursal inspeccionada. En tal sentido, afirma que, de acuerdo con el art. 9 de la ley 22.802, el cartel exhibidor del producto debe ser autosuficiente, “de manera que por su intermedio el potencial consumidor pueda informarse no solo de su costo, sino también (...) sobre la cantidad o peso del producto, sin necesidad de recurrir a otros medios ni de tener que contar con acceso a Internet”. Y señala que es un deber de quien comercializa arbitrar todos los medios necesarios, a fin de que la información sea exacta “evitando que los consumidores sean inducidos a error o falsedad en la adquisición de mercaderías o la contratación de servicios, protegiéndose —de este modo—, el derecho de aquellos a una información adecuada, completa y veraz con relación al consumo (artículo 42 de la Constitución Nacional)”.

El voto minoritario, importa mucho aclararlo, admite que las infracciones al art. 9 de la ley 22.802 son de carácter formal y que el solo hecho de verificarlas supone la responsabilidad del infractor, sin que requiera la producción de un daño concreto, sino simplemente la “pura acción” u “omisión”. Sin embargo, valoró especialmente la explicación dada y probada por la recurrente, por cuanto la infracción habría sido provocada por su proveedor, quien modificó el tamaño del recipiente y por lo tanto la cantidad de contenido de producto, y omitió informar adecuadamente el cambio para que se realicen las correcciones en los carteles exhibidores del establecimiento. Menciono “probada”, porque la recurrente acompañó al expediente una carta del fabricante en la que este reconoció abiertamente su error. Este documento, al igual que la afirmación del fabricante de que se trató de un hecho aislado,

así como su decisión de solucionar y enmendar dichas fallas en lo sucesivo, impresionó favorablemente al juez. Tanto impresionó la carta del fabricante al juez que motivó a indagar sobre el principio de culpabilidad de las sanciones administrativas para minimizar la infracción que tuvo por acreditada en primer término. En este sentido, sostuvo que normas como las previstas en la ley 22.802, cuando regulan que el incumplimiento, con independencia de si media lesión a algún bien jurídico, constituye infracción, no necesariamente implican que se esté aplicando la regla de la responsabilidad objetiva, sino que dispone un nivel de diligencia que incluye el conocimiento y el cumplimiento de esa prohibición. Sostuvo así que el principio de culpabilidad se reconduce a la “diligencia exigible” en el conocimiento de las normas y a que el imputado tenga la posibilidad real y efectiva de ajustar la conducta individual a los mandatos de las normas jurídicas. Concluye, de esta manera, en que un presunto infractor puede alegar causales absolutorias que permitan derrumbar la imputación.

Se pregunta el juez si estaba al alcance de Coto S.A. detectar con la diligencia exigible a quien tiene a su cargo la cadena de comercialización una diferencia de 25 gramos en el peso de un producto; y concluye que no es razonable exigir a un supermercadista que pese uno por uno los productos que le ingresan para su expendio en forma previa a su colocación en góndola, para asegurar la exactitud de lo informado en el rótulo.

Respecto de la “diligencia exigible”, explica que se trata del conocimiento normal y razonable del sujeto frente al evento en que se halló, es decir, que la persona proceda con la prudencia que la situación requería. Incumbe entonces al presunto infractor la demostración de la concurrencia, “como factor determinante en la configuración del tipo” de otras circunstancias ajenas a su voluntad y que no estuvo a su alcance controlar.

Por estas razones, entiende el juez que el agravio de Coto S.A. debe admitirse y que la Autoridad de Aplicación de alguna manera debió considerar, o al menos mencionar, la carta del proveedor en la motivación del acto administrativo impugnado.

V. Dos aspectos cuestionables de la sentencia y su relación con la derogada ley 25.156

Como vimos, el voto mayoritario analiza, por un lado, la competencia federal y, por el otro, la validez constitucional del art. 53 del decreto de Lealtad Comercial, sosteniendo la incompetencia en la excesiva actividad legisferante del PEN y la inconstitucionalidad en que el PEN no acreditó la necesidad y urgencia en el dictado del decreto. Esto obliga a hacer algunas precisiones.

El decreto de Lealtad Comercial, en tanto regulación contra la competencia desleal, la publicidad comercial y la identificación de mercaderías, es una norma federal, pues reglamenta el art. 42 CN y dos tratados internacionales, i.e., el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, del 20 de marzo de 1883 (ratificado por las leyes 17.011 y 22.195) (en adelante, el “Convenio de París”) y la ley 24.425, por la que se aprobó el Acta Final en que se incorporan los resul-

(14) Cfr. Consid. 1º, párr. 4 del voto del Dr. Uriarte.

(15) Cfr. Consid. 5º, párr. 3, del voto del Dr. Uriarte.

(16) Cfr. Consid. 2º, párr. 4, del voto del Dr. Uriarte.

(17) CS, fallos 322:1726.

(18) CS, fallos 333:633.

(19) CS, fallos 320:2851. La crítica es coherente: este fallo, como afirmó Carlos Balbín, supuso una renuncia del Poder Judicial al ejercicio del control de constitucionalidad de los decretos de necesidad y urgencia (BALBÍN, Carlos, “La causa Rodríguez Jorge s/ cuestión de competencia”, en Tomás Hutchinson, *Colección de Análisis Jurisprudencial*, La Ley, p. 129.).

(20) Cfr. Consid. 3, párr. 11 del voto del Dr. Uriarte: “A dichos efectos, considero oportuno principiar evaluando si se da en el caso la concurrencia de los presupuestos fácticos de excepción que habilitarían el uso de tal singular y restringida atribución por parte del Poder Ejecutivo y si estos han sido debidamente fundados, por lo que corresponde remitirse, en primer término, a los fundamentos dados en el decreto impugnado en cuanto a la existencia del estado de necesidad y urgencia como sostén del dictado de la norma en lo que aquí atañe”.

(21) Consid. 19: “Que, en ese sentido, las medidas hasta aquí descriptas deben ser tomadas en tiempo oportuno, de modo que contribuyan eficazmente al ejercicio del derecho previsto en el artículo 42 de la Constitución Nacional, así como al mejoramiento de las relaciones entre consumidores, usuarios y proveedores de bienes y servicios”.

(22) Consid. 20: “Que la urgencia en la adopción de la presente medida hace imposible seguir los trámites ordinarios previstos en la Constitución Nacional para la sanción de las leyes”.

(23) Cfr. Consid. 3º, párrafo 13, del voto del Dr. Uriarte.

(24) CS, 19/8/2004 (Fallos 327:3117).

(25) CS, 14/6/2005 (Fallos: 328:2056).

(26) CNFed. Civ. y Com., sala II, “Luncheon Tickets S.A. s/ Apelación de Resolución CNDC”, 21/12/2006, TR LALEY AR/JUR/9223/2006. Sobre este fallo me detendré al tratar la experiencia que tuvo lugar bajo la ley 25.156.

(27) CNFed. Civ. y Com., sala I, “Exos S.A. c/ Operadora Ferroviaria Sociedad del Estado s/ Cobro de sumas de dinero”, 27/08/2019. En este fallo, el Tribunal sostuvo que la atribución judicial de ejercitar el control de constitucionalidad de las normas, de ser necesario, debe ser llevado a cabo de oficio, independientemente de que se haya planteado o no la inconstitucionalidad de la norma.

tados de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales; las Decisiones, Declaraciones y Entendimientos Ministeriales; y el Acuerdo de Marrakech, por el que se establece la Organización Mundial del Comercio y sus cuatro Anexos, entre ellos, el “Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio” (Anexo 1 c) (en adelante, el “Acuerdo ADPIC”).

Como norma federal, corresponde la jurisdicción y competencia de la justicia federal. En este sentido, la decisión de la Sala I presupone —en mi opinión, acertadamente— la naturaleza federal de la materia sobre la que versa el decreto y determina la jurisdicción y competencia federal; lo que es un aspecto a destacar positivamente del fallo.

La competencia federal es una facultad reconocida a los órganos del Poder Judicial de la Nación para ejercer sus funciones en los casos, respecto de las personas y en los lugares especialmente determinados por la Constitución Nacional (28). Quienes reconocen esta atribución en los jueces federales son la Constitución Nacional (art. 116 CN), los tratados con naciones extranjeras y distintas leyes especiales.

Como regla, no es una atribución propia del Poder Judicial de la Nación fijar la competencia de sus propios jueces o tribunales, de modo tal que la primera observación que se podría realizar sobre la posibilidad de que un tribunal, por su solo y exclusivo arbitrio, determine su incompetencia en una causa y, sobre todo, que establezca la competencia de otro tribunal resulta, cuanto menos, una facultad excepcional y que debe estar razonablemente fundada.

La competencia federal, como contrapartida de esa facultad que atribuye la ley al órgano judicial, es un límite que esta señala para el ejercicio de la jurisdicción a su cargo (29). El órgano judicial será incompetente en la medida en que exceda ese límite previamente fijado por una norma. De lo que se sigue es que la competencia de un juez o tribunal está dada por un factor fundamentalmente objetivo (o normativo): una norma que le atribuye competencia a un juez o tribunal para entender en una causa. Esto no pretende ser una reivindicación del positivismo jurídico, sino que es una consecuencia que resulta de la organización de los poderes del Estado de acuerdo con la distribución de competencias prevista en la Constitución Nacional.

Va de suyo que un órgano debe ser competente para dictar un acto, para el caso el PEN para dictar un reglamento, pero esto no tiene que ver estrictamente con la competencia de un juez o tribunal sino con la competencia del órgano para poder hacerlo. Si quien dicta un acto, sea cual sea este, no cuenta con las facultades suficientes para hacerlo, no estaríamos hablando propiamente de un supuesto de incompetencia en el sentido expresado, i.e., en cuanto medida de la jurisdicción de un tribunal para conocer en una causa determinada, sino, en todo caso, un supuesto de nulidad del acto.

En este sentido, el voto mayoritario parece soslayar el aspecto objetivo o normativo de la cuestión y sostiene la incompetencia del Tribunal en el aspecto “subjetivo”, que sería la pretendida carencia de las facultades del PEN para atribuir la competencia a un tribunal a

través de un decreto, lo que por cierto es discutible, atento que (i) como mencioné al inicio, el art. 53 del decreto de Lealtad Comercial bien puede entenderse dictado en el marco de una potestad reglamentaria que se le reconoce al PEN (art. 99 inc. 2 CN), donde las normas reglamentadas serían el art. 42 CN y el Convenio de París y el Acuerdo ADPIC; y (ii) aun asumiendo que fue dictado bajo la atribución prevista en el art. 99 inc. 3 CN, este artículo no prohíbe al PEN determinar la competencia de un Tribunal, y por lo tanto no es una materia vedada por la CN.

Sin adentrarse en este análisis, el Tribunal entendió que el decreto de Lealtad Comercial es un DNU, pero no se expidió sobre si se encontraban reunidos los requisitos formales previstos por el art. 99 inc. 3 CN para su dictado, elementos que entiendo que son los que establecen la competencia del PEN para dictar un DNU válidamente.

En otras palabras, el tribunal no declara la incompetencia porque no exista una norma jurídica que le atribuya competencia para entender en la causa, sino porque el PEN no podría (discutiblemente, en mi opinión) determinarla a través de un DNU. De este modo, la declaración de inconstitucionalidad de la norma aparece como algo más bien forzado, ya que sería un medio procesal para que el tribunal pueda declarar su propia incompetencia antes que un remedio tendiente a asegurar la supremacía constitucional.

La Corte Suprema ha declarado la inconstitucionalidad (y de oficio) de las normas atributivas de competencia que exceden los límites constitucionales de atribuciones jurisdiccionales en la medida en que la ausencia de planteamiento de la incompetencia *ratione materiae* por los interesados no puede ser obstáculo para el pronunciamiento de oficio. En particular, en 2014 revisó la validez constitucional de la competencia de la Cámara Federal de la Seguridad Social en lo que respecta a su carácter de tribunal de apelación de las sentencias dictadas por los juzgados federales con asiento en las provincias. En esta causa (30) la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad de una norma y la incompetencia de un tribunal (en ese orden, precisamente) porque importaba *una clara afectación de la garantía a la tutela judicial efectiva* de los jubilados y pensionados que no residían en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, y estableció así un estándar: el de la *racionalidad* de la medida adoptada, entendida esta como la adecuación entre el medio elegido y el fin propuesto como bien social en un momento dado. De este modo, la Corte Suprema entendió que la competencia que se atribuía a la Cámara Federal de la Seguridad Social no resultaba un medio ni adecuado, ni idóneo, ni necesario, ni proporcional en relación con los derechos, intereses y valores que el Estado debía proteger. En prieta síntesis, a la existencia de un agravio concreto, la Corte Suprema fijó un estándar concreto y dio una solución concreta.

En este orden de ideas, y valorando la doctrina de este fallo, la cuestión de la competencia de la Cámara en este caso no parece tal. En efecto, desde el punto de vista objetivo, existe una norma vigente que expresamente atribuye la competencia para expresamente el recurso directo a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal (art. 53 del decreto de Lealtad Comercial, el cual por las razones que expondré seguidamente se encuentra vigente) y no existe otra

norma jurídica que se la atribuya a otro tribunal. Ciertamente, no lo es aquella que invoca la Sala I, i.e., el artículo 22 de la ley 22.802, modificada por la ley 26.631. Además, resulta desafiante individualizar un agravio concreto que atender.

Por otra parte, desde el punto de vista subjetivo, nada impide al PEN establecer por decreto (sea reglamentario o de necesidad y urgencia o de promulgación de leyes) la instancia judicial revisora en la medida en que tal determinación es razonable en tanto se ajusta a la finalidad y espíritu del régimen. Y a poco que se profundiza la cuestión, se advierte que este artículo del decreto de Lealtad Comercial, en definitiva, no hace otra cosa que garantizar el control judicial suficiente (31) a favor de los administrados en el procedimiento administrativo especial previsto en el Capítulo II del Título IV del decreto y asegura la intervención de un tribunal especializado en la materia sobre la que versa el recurso, que ya se encuentra constituido y en funcionamiento.

Hechas estas aclaraciones, dividiré el análisis tal como lo hizo la Sala I; primero trataré la competencia del órgano judicial y luego la declaración de oficio de inconstitucionalidad de la norma.

V1 La Cámara Federal competente para entender en el recurso directo de apelación previsto en el art. 53 del decreto de Lealtad Comercial

Los primeros aspectos cuestionables del fallo son tanto la declaración de incompetencia como la decisión de atribuir la competencia a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.

Las razones que me permiten sostener esta afirmación, además de las ya dadas, son las siguientes:

V1.a. El artículo 53 del decreto de Lealtad Comercial es una norma jurídica vigente y obligatoria para los jueces; y no resulta razonable el control de constitucionalidad antes de que se expida el Congreso Nacional

De entenderse que la totalidad de las disposiciones del decreto de Lealtad Comercial fueron dictadas bajo un DNU, corresponde mencionar que su artículo. 53, norma que, según vimos, atribuye la competencia a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, habría sido dictado por el PEN de acuerdo con una atribución constitucional específica: el art. 99, inc. 3 de la Constitución Nacional.

En este sentido, el PEN, al dictar el decreto, ejercitó una competencia que es materialmente legislativa, pero que le es propia y se encuentra expresamente autorizada por la CN —aunque excepcional y es de interpretación restrictiva—; no constituye, por sí misma, una actuación irregular, ni carga a cuentas una presunción de inconstitucionalidad por el hecho de ser el ejercicio de una función que compete naturalmente al Congreso Nacional.

En tanto DNU, el decreto de Lealtad Comercial fue adoptado en acuerdo general de ministros, refrendado por el Jefe de Gabinete (32) y sometido a la consideración de la Comisión Bicameral Permanente del Congreso Nacional (33) en el plazo de ley. Es decir, que se habrían seguido los trámites establecidos por la Constitución Nacional para el dictado de un DNU y, en consecuencia, resulta de aplicación

la ley 26.122, que regula el trámite y alcances de la intervención del Congreso Nacional sobre este tipo de decretos.

El procedimiento de control legislativo previsto por la ley 26.122 atribuye la competencia a la Comisión Bicameral Permanente, órgano que posee carácter constitucional (34), para pronunciarse respecto de la validez de los decretos previstos en esta ley (35), entre ellos los de necesidad y urgencia (36).

La Comisión Bicameral Permanente tiene un plazo de diez (10) días hábiles, contados desde su presentación por el Jefe de Gabinete (37), para expedirse acerca del decreto sometido a su consideración y elevar el dictamen al plenario de cada una de las Cámaras para su tratamiento (38). Si el Jefe de Gabinete no lo remite a la Comisión Bicameral Permanente dentro del plazo previsto en la ley, dicha Comisión se abocará de oficio a su tratamiento (39).

Por su parte, el dictamen de la Comisión Bicameral Permanente, que se conforma con la firma de la mayoría absoluta de sus miembros (40), debe pronunciarse expresamente sobre la adecuación del decreto a los requisitos formales (estos son: que sean firmados en acuerdo general de ministros, con el refrendo de ellos, así como del jefe de Gabinete y que la presentación se haya efectuado dentro del plazo) y sustanciales (la acreditación de las circunstancias de excepcionalidad que fueron invocadas para el dictado de un DNU) establecidos constitucionalmente para su dictado (41).

Por último, elevado el dictamen al plenario de ambas Cámaras, estas deben darle inmediato y expreso tratamiento. Si la Comisión Bicameral Permanente no eleva el despacho, las Cámaras “se abocarán al expreso e inmediato tratamiento del decreto de que se trate (...)” (42). Es un deber del órgano legislativo hacerlo y no una facultad.

En cualquier caso, ambas cámaras del Congreso Nacional deben pronunciarse mediante resoluciones expresas (43), aprobando o rechazando el decreto que se trate. No se le atribuye al silencio ningún valor, como lo entendió García Lema (44).

En caso de que un decreto sea rechazado, “implica su derogación (...) quedando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia” (45).

En este punto importa aclarar que la ley 26.122 no establece un plazo específico para que las Cámaras se expidan (sea que la Comisión eleve el despacho o que las Cámaras traten un decreto de oficio), aspecto ciertamente criticable de la ley. En este sentido, la doctrina tiene dicho que la finalidad de control se cumpliría con la manifestación de desaprobación de cualquiera de las Cámaras o con el silencio de ambas, o una sola “en un plazo que necesariamente debe ser breve” (46).

Hay quienes sostienen, desde mi punto de vista, acertadamente, que, en caso de silencio del Congreso, una vez constatada la omisión legislativa por el órgano jurisdiccional, este debe otorgar un plazo prudente al órgano legislativo otorgándole un plazo razonable para que actúe conforme a su libertad política y, en su defecto, debe disponer la caducidad de los actos legislativos del órgano ejecutivo que no sean ratificados por el Congreso (47).

(28) PALACIO, Lino E., “Manual de Derecho Procesal Civil Comercial”, Abeledo Perrot, p. 208.

(29) ARAZI, Roland - ROJAS, Jorge, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Rubinzal Culzoni, t. I, p. 17.

(30) CS, “Pedraza, Héctor Hugo c/ ANSeS s/ acción de amparo, 06/05/2014, TR LALEY AR/JUR/10788/2014.

(31) CS, “Fernández Arias, Elena y otros c/ Poggio, José s/ sucesión”, 19/9/1960, TR LALEY AR/JUR/7/1960.

(32) Conf. arts. 99 inc. 3 y 100, inciso 13, CN.

(33) Conf. art. 76 del decreto de Lealtad Comercial.

(34) Cfr. arts. 99, inciso 3, 80, y 100, incisos 12 y 13, CN.

(35) Cfr. art. 2, ley 26.122.

(36) Cfr. arts. 2 y 10, ley 26.122.

(37) Cfr. art. 19, ley 26.122.

(38) Cfr. art. 19, ley 26.122.

(39) Cfr. art. 18, ley 26.122.

(40) Cfr. art. 8, ley 26.122.

(41) Cfr. art. 10, ley 26.122.

(42) Cfr. art. 20, ley 26.122.

(43) Cfr. art. 22, ley 26.122.

(44) GARCÍA LEMA, Alberto, “Decretos de Necesidad y Urgencia...”, AA.VV., “La Reforma de la Constitución”, Rubinzal Culzoni, 1994, ps. 396-398. En igual sentido, Gelli entendió que el silencio no posee efecto convalidatorio (ver GELLI, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina”, La Ley, t. II, p. 369).

(45) Cfr. art. 24, ley 26.122.

(46) GELLI, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina”, La Ley, t. II, p. 385.

(47) GODOY, José Daniel, “Comisiones Parlamentarias”, en “El Poder Legislativo. Aportes para el conocimiento del Congreso de la Nación Argentina”, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Konrad Adenauer Stiftung E. V., 2008, p. 184.

Mientras trasunta este procedimiento, los decretos alcanzados por la ley 26.122 se encuentran vigentes. Como cualquier acto estatal, gozan de presunción de validez y tienen fuerza obligatoria. La vigencia de los decretos surge del art. 17 de la ley 26.122, que establece que los decretos de necesidad y urgencia, de delegación legislativa y de promulgación parcial de leyes dictados en base a las atribuciones conferidas por los arts. 76, 99, inc. 3, y 80 CN, “tienen plena vigencia de conformidad a lo establecido en el artículo 2º del Código Civil”, y también por lo dispuesto en el art. 24 de la ley 26.122, que establece que la vigencia de los decretos se extiende hasta que no sean rechazados por ambas Cámaras del Congreso. Así también lo entendió la doctrina ya citada, no sin dejar de señalar que el control bajo esta ley es más aparente que real (48).

Como lo apuntó Barra: “el silencio del Congreso mantiene la vigencia del DNU, lo que, además de las razones ya expuestas, fortifica la seguridad jurídica. Poco efecto tendría una norma cuya vigencia quedase sometida a un plazo resolutorio breve, dependiendo exclusivamente de la inactividad del Congreso. De esta manera, el DNU carecería totalmente de efectos prácticos, traicionándose así, con la interpretación que se cuestiona, la clara intención del constituyente” (49).

Sea efectivo o no el control legislativo sobre este tipo de decretos, sea la ley 26.122 una buena o mala ley —aclaro que comparto sustancialmente las críticas que ha recibido este mecanismo de control legislativo (50)—, así se encuentra legislado el procedimiento de control legislativo sobre los decretos desde el año 2006.

Pues bien, todo lo dicho viene a cuenta de que el 27/8/2019 la Comisión Bicameral Permanente trató el decreto de Lealtad Comercial, junto con otros decretos de necesidad y urgencia (51). Sin embargo, se dio una situación singular, para no decir insólita: si bien ese día el decreto fue tratado por la Comisión Bicameral Permanente, esta no elevó el correspondiente despacho por no reunir las mayorías correspondientes, quedando el decreto formalmente a disposición de ambas cámaras del Congreso.

En este sentido, es preciso destacar que el decreto de Lealtad Comercial *no fue ni aprobado ni rechazado por la Comisión Bicameral Permanente*. Además, esta no fijó un plazo para que una o ambas cámaras se expidan al respecto y hasta el momento ninguna de ellas se abocó de oficio a su tratamiento. De esta manera, el Congreso Nacional se encuentra en mora y debe abocarse a tratarlo de inmediato.

El decreto de Lealtad Comercial previó esta situación en algunos de sus considerandos, los que transcribo a continuación:

“(…) la Ley 26.122 regula el trámite y los alcances de la intervención del Honorable Congreso de la Nación respecto de los Decretos de Necesidad y Urgencia dictados por el Poder Ejecutivo Nacional, en virtud de lo dispuesto por el artículo 99, inciso 3 de la Constitución Nacional.”

“(…) la citada ley determina que la Comisión Bicameral Permanente tiene competencia para pronunciarse respecto de la validez o invalidez de los Decretos de Necesidad y Urgencia, así como elevar el dic-

tamen al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, en el plazo de diez (10) días hábiles”.

“(…) el artículo 22 de la Ley 26.122 dispone que las Cámaras se pronuncien mediante sendas resoluciones, y que *el rechazo o aprobación de los decretos deberá ser expreso conforme lo establecido en el artículo 82 de la Carta Magna*” (la bastardilla me pertenece).

Llamativamente, la Sala I no se pronunció al respecto. No se mencionó el silencio del Congreso, convalidatorio del decreto de Lealtad Comercial por las disposiciones de la ley 26.122 ya citadas, ni tampoco, de entenderse lo contrario, sobre la validez constitucional de las normas aplicables de esta ley. Consecuentemente, tampoco se valoraron los efectos jurídicos que se derivan de la omisión del Congreso Nacional en tratar el decreto de Lealtad Comercial.

En síntesis: el decreto de Lealtad Comercial se encuentra vigente y por lo tanto determina la competencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal para este caso y para los que se sucedan; y lo continuará haciendo hasta tanto ambas Cámaras del Congreso Nacional se pronuncien sobre su validez o invalidez constitucional.

El interrogante que me planteo en este aspecto es si un juez o tribunal puede declarar la inconstitucionalidad de una norma estando pendiente un pronunciamiento por parte del Poder Legislativo sobre un aspecto tan controvertido como es la acreditación de la situación de excepcionalidad que justifique el dictado de un DNU. Entiendo, a la luz de diversos fallos de la Corte Suprema (pero en especial “Consumidores argentinos”), que nada obsta al control de constitucionalidad, pero que en este caso no habría motivos justificados para ejercerlo; en primer lugar, porque la norma que le atribuye competencia a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal para entender en la causa es una norma que no modifica el fuero previsto por la ley 22.802 (el federal), y, asimismo, determina la competencia de un tribunal que, como veremos más adelante, ya es competente en razón de la materia. Por tales motivos, aun asumiendo hipotéticamente que la norma es incompatible con la Constitución Nacional (lo que descreo), tal incompatibilidad estaría muy lejos de aparecer de forma manifiesta e inconciliable, presupuesto necesario para el control de constitucionalidad (52). En la misma línea, en “Consumidores argentinos”, la Corte Suprema estableció que, al controlar las circunstancias de excepción invocadas unilateralmente por el PEN para ejercer facultades legisferantes, el Poder Judicial debe evaluar “si las circunstancias invocadas son excepcionales, o si aparecen como manifestamente inexistentes o irrazonables” (53). Así, el juicio de razonabilidad no resulta para nada ajeno a esta cuestión y poco o nada se dijo al respecto.

En segundo lugar, es preciso valorar la oportunidad de la declaración de inconstitucionalidad. Es indiscutible que los jueces pueden y deben controlar la constitucionalidad de las normas en cualquier momento, y que el control legislativo no impide —ni mucho menos suple— el judicial, mas el ejercicio de esta facultad por parte del órgano judicial en una situación tan singular como la apuntada, parecería inoportuna (quizá, hasta imprudente), en tanto el Congreso Nacional no se expidió sobre su validez constitucional y la declara-

ción de inconstitucionalidad podría resultar contradictoria con la voluntad legislativa y, por lo tanto, generar un conflicto de poderes.

Ello, por dos motivos. El primero, porque el “test” de constitucionalidad que realiza el Congreso Nacional bajo la ley 26.122 es distinto al que realiza un juez al analizar la constitucionalidad de una norma, aunque incluye este. El análisis que debe realizar el Congreso Nacional no se limita a la valoración de unos pocos considerandos de un decreto, como hizo el tribunal en el caso en comentario, sino que es (o debería ser) más amplio. Esta labor por parte del Congreso Nacional, que, como lo entendió Sagüés, es materialmente constituyente por voluntad y encargo del propio poder constituyente (54), consiste en verificar los requisitos tanto formales como sustanciales de los decretos, e involucraría otros elementos, además de lo que surge del propio texto del decreto (por lo pronto, las explicaciones dadas por los legisladores, la opinión de expertos, informes, etc.). Pero lo que es aún más importante, el Congreso Nacional no solo debe examinar el apego de esa norma a la Constitución Nacional tal como lo haría un juez, sino que además debe merituar la oportunidad, mérito y conveniencia de la medida (55). O sea, aun cuando un juez no encuentre un reproche constitucional que formular a un decreto, este podría ser rechazado por el Congreso de la Nación por razones estrictamente políticas. Esto explica por qué en la revisión que realiza la Comisión Bicameral Permanente se debe asegurar la proporcionalidad de la representación política y por qué es una evaluación más amplia a la que realiza un juez o un tribunal al analizar la constitucionalidad de una norma.

Esta conclusión cobra mayor relevancia al tiempo que se consideran las potenciales consecuencias de la declaración de inconstitucionalidad en un escenario de silencio del Congreso: piénsese, por caso, en lo escandaloso de la situación donde ambas Cámaras del Congreso aprueben de oficio el decreto de Lealtad Comercial, habiéndose ya pronunciado el Poder Judicial sobre la inconstitucionalidad de uno de sus artículos, como es el que establece la instancia judicial revisora. Similarmente, dado que la declaración de inconstitucionalidad de oficio presupone, al menos en un plano lógico, que las restantes normas no declaradas inconstitucionales no merecerían ese reproche, bien podría suceder que el Congreso Nacional se pronuncie sobre la inconstitucionalidad de alguna de ellas (y no por una cuestión de mera conveniencia, sino, por ejemplo, al entender que el decreto se excedió en la atribución de competencias a favor de la SCI en perjuicio de las provincias y municipios, como lo sugirió la senadora González en la sesión de la Comisión Bicameral Permanente del 27/8/2019), poniendo en crisis la profundidad y seriedad del escrutinio judicial. En ambos casos, la cuestión no es si el Poder Judicial puede revisar las razones que justifican el dictado de un DNU y declarar la inconstitucionalidad de una norma (lo que no tengo duda que puede hacerlo), sino que se configuraría un conflicto de poderes que en última instancia involucraría a la Corte Suprema, algo que se debería evitar, pues podría comprometer la autoridad de sus fallos.

V.1.b. La norma en virtud de la cual el tribunal atribuye la competencia federal a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal es una norma que fue derogada en 2014

En segundo lugar, entiendo que el fallo es cuestionable por la decisión de atribuir la competencia a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal en base al art. 22 de la ley 22.802, modificada por la ley 26.631.

Si bien es cierto que el art. 35 de esa ley atribuyó la competencia a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal y a las cámaras federales de apelaciones competentes en el interior del país, esa norma fue posteriormente derogada y reemplazada por el art. 63 de la ley 26.993, que atribuyó la competencia a la Cámara Nacional de Apelaciones en las Relaciones de Consumo y a las Cámaras de Apelaciones competentes, según el asiento de la autoridad que dictó la resolución impugnada.

Es decir, la decisión por la que se declaró la competencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal se fundó en una norma derogada que fue reemplazada por otra que, además, no atribuyó la competencia a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, sino a otra Cámara Federal.

Corresponde realizar algunas precisiones sobre la ley 26.993, para explicar esta conclusión. Esta ley vino a modificar el régimen de resolución de conflictos sobre relaciones de consumo y alcanzaba las leyes 22.802, de Lealtad Comercial, ley 24.240, de Defensa del Consumidor y la ley 25.156, de Defensa de la Competencia. A tal fin, creó la Justicia Nacional en las Relaciones de Consumo. En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sería ejercida por ocho Juzgados Nacionales de Primera Instancia en las Relaciones de Consumo y una Cámara Nacional de Apelaciones en las Relaciones de Consumo compuesta por dos Salas, y en el resto del país por las cámaras de apelaciones que correspondan. También creó el Servicio de Conciliación Previa en las Relaciones de Consumo (“COPREC”) y la Auditoría en las Relaciones del Consumo.

Su art. 76 estableció que este nuevo fuero federal debía comenzar a funcionar en un plazo de 180 días, y previó un régimen transitorio hasta tanto se cumpla ese plazo, consistente en que las competencias atribuidas a la Justicia Nacional en las Relaciones de Consumo serían ejercidas por los juzgados que ya entendían en la materia. En el caso de la ley 22.802, ese fuero era el Contencioso Administrativo Federal, por aplicación del art. 22 de esa ley, modificado por el art. 35 de la ley 26.631.

Si bien con alguna deficiencia de técnica legislativa, del régimen transitorio establecido por el art. 76 de la ley 26.993 surge claramente que la atribución de competencia a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal sería *durante* el plazo de 180 días que se fijó para que la Justicia Nacional en las Relaciones de Consumo empiece a funcionar (56), mas no una vez vencido este. En otras palabras, la ley 26.993 no estableció que la competencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal se extendería hasta que comience a funcionar el nuevo fuero federal, sino que fijó un plazo cierto y determinado. Y este venció sin que la Justicia en las Relaciones de Consumo se constituya y, por lo tanto, operado el plazo en cuestión, la facultad de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Adminis-

(48) Ibidem.

(49) BARRA, Rodolfo, “Reglamentos administrativos”, disponible en <http://rodolfobarra.com.ar/index.php/2012/02/reglamentos-administrativos/>.

(50) MANILI, Pablo, “Los decretos de necesidad y urgencia y el abuso del derecho”, La Ley 18/2/2019.

(51) La versión taquigráfica de la Reunión de la Comisión Bicameral Permanente del 27/8/2019 está disponible en:

<https://www.senado.gob.ar/upload/31720.pdf>.

(52) CS, Fallos: 247:121.

(53) CS, “Consumidores Argentinos c/ EN - PEN - Dto.558/02-SS - ley 20.091”, 19/5/2010, considerando 11.

(54) SAGÜÉS, Néstor P., “La regulación legislativa de los decretos de necesidad y urgencia”, SJA 18/10/2006.

(55) BASTERRA, Marcela, “La Reglamentación de los Decretos de necesidad y Urgencia” en “El Poder Legislati-

vo”, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Fundación Conrad Adenauer, p. 17.

(56) Art. 76. - *Implementación de la Justicia Nacional en las Relaciones de Consumo*. El fuero creado por el Título III [la Justicia Nacional en las Relaciones de Consumo] deberá comenzar a funcionar en un plazo de ciento ochenta (180) días. Durante el término establecido en el primer párrafo de este artículo, las competencias atribuidas a

la Justicia Nacional en las Relaciones de Consumo serán ejercidas por los juzgados que entienden actualmente en la materia, con la aplicación de las normas procesales establecidas en la presente ley, aun a las causas en trámite, siempre que ello no dificulte la tramitación de las mismas (...).

trativo Federal para entender en los recursos directos bajo la ley 22.802 feneció.

Sin perjuicio de ello, frente a esta situación —imprevista, obviamente—, en varias causas se declaró la competencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal con base en la vigencia ultra-activa del art. 22 de la ley 22.802 (modificado por el art. 35 de la ley 26.631) (57), lo que no deja de ser una solución discutible. Presumo que es por esta razón que la Sala I funda la competencia del fuero Contencioso Administrativo en el art. 22 de la ley 22.802, modificado por el artículo 35 de la ley 26.631, y que no se trata simplemente de un error, pero esto no deja de ser una mera conjetura, ya que el fallo no aclara por qué aplica esa norma. Cualquiera sea el caso, lo cierto es que la atribución de competencia a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal no se fundamenta en una ley dictada por el Congreso Nacional que expresamente le atribuye la competencia a esa Cámara —que es precisamente el argumento por el cual se le reprocha al PEN invadir la esfera de otro poder del Estado al establecer la instancia revisora en el decreto de Lealtad Comercial—, sino que lo haría, según lo entiendo, con base en una interpretación de una norma derogada.

Sin dudas que esa interpretación en su momento fue justificada, atento a la necesidad de establecer el fuero competente para resolver las causas en trámite mientras no se conformara la Justicia Nacional en las Relaciones de Consumo, pero luego del dictado del decreto de Lealtad Comercial parece una solución muy difícil de sostener. De hecho, no la sostuvo el fiscal general en la causa, lo cual de alguna manera lo evidencia.

Por esta razón, además, es que la afirmación de que el decreto de Lealtad Comercial introdujo “una sustancial modificación a la ley 22.802 —modificada por los arts. 35 y 36 de la ley 26.631—”, no parece del todo correcta: legalmente hablando, antes de la sanción del decreto de Lealtad Comercial, la Cámara para entender en los recursos directos bajo la ley 22.802 no era la Contencioso Administrativo Federal, sino una cámara federal que, por razones que no vienen al caso comentar, nunca comenzó a funcionar, lo que es bien distinto.

En mi opinión, el decreto de Lealtad Comercial, antes que ampliar la jurisdicción federal, tal como lo entendió el Tribunal, vino a resolver una grave y sobre todo persistente anomalía causada por la falta de conformación de la Justicia Nacional en las Relaciones de Consumo, reconociendo la cámara federal que posee competencia en la materia y que se encontraba previamente constituida y en funcionamiento.

Tal era, para concluir este punto, el lamentable estado de situación de la ley 22.802 en este aspecto —y en varios más— antes del dictado del decreto de Lealtad Comercial, sobre el que me referí en alguna oportunidad para señalar la necesidad de una reforma integral a esa ley y que se establezca, por su especialidad, a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal como tribunal competente

para entender en los recursos directos bajo ese régimen y se elimine el requisito del *solve et repete*, por resultar contrario a nuestra Constitución Nacional (58).

V.I.c. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal es competente en razón de la materia

Lo hasta aquí dicho me lleva a la tercera razón por la que sería cuestionable la declaración de incompetencia y la asignación de la causa a otro fuero. En rigor de verdad, la Cámara Civil y Comercial Federal no es competente solamente porque solamente así lo prescriba el art. 53 del decreto de Lealtad Comercial, sino que lo es *en razón de la materia*: su intervención está prevista para sostener las atribuciones del estado federal en estas causas, que se relacionan directamente con el art. 42 CN, con los dos tratados internacionales mencionados y una buena cantidad de normas federales, muchas de ellas incluidas en el decreto de Lealtad Comercial.

Este decreto no modifica o amplía —ni mucho menos crea— la jurisdicción y la competencia federal: el fuero previsto en este decreto es el mismo que el de las leyes 22.802 (59), 26.631 y 26.993; es decir, el federal. En este sentido, el art. 53 del decreto de Lealtad Comercial determina qué tribunales del fuero federal son, por su especialidad en la materia, los competentes para entender en este tipo de causas.

El decreto de Lealtad Comercial, se enmarca en las previsiones del artículo 42 CN y del Convenio de París y el Acuerdo ADPIC. De esta manera, queda comprendido dentro del régimen de la propiedad industrial y, por lo tanto, de la propiedad intelectual, algo que es pacíficamente admitido por la doctrina (60) (61).

El Convenio de París, expresamente mencionado en el considerando tercero del decreto de Lealtad Comercial, en su artículo 10 *bis*, establece que los países de la Unión están obligados de asegurar a los nacionales de los países de la Unión “una protección eficaz contra la competencia desleal”. También define, en el mismo artículo, lo que se debe entender por acto de competencia desleal y consagra tres prohibiciones, entre ellas, la inducción a error, que es precisamente la norma que se habría infringido en el caso comentado.

El Acuerdo ADPIC, por su parte, en lo que hace a las Partes II, III y IV del mismo, obliga a los Estados miembros a cumplir con los artículos 1 a 12 y el 19 del Convenio de París.

Ambas normas explican por qué al decreto de Lealtad Comercial, además de constituir materia federal y que no resulta competencia de las legislaturas provinciales y de la ciudad de Buenos Aires legislar, ni de la justicia común, entender, en estas cuestiones, se le aplican y se integra con las reglas sobre la propiedad industrial e intelectual de esos tratados. La materia (y no el PEN de turno) determina la competencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal,

ya que este es el fuero competente para entender en materia de propiedad intelectual e industrial. En efecto, esta Cámara tiene competencia en marcas y designaciones, patentes de invención y modelos de utilidad, modelos industriales, derecho marítimo y aeronáutico, defensa de la competencia, competencia desleal, publicidad, y nombres de dominio de Internet (62).

Además de la apoyatura estrictamente legal, esta postura tiene recepción en la doctrina, que le reconoce competencia a esta Cámara “aun en casos no vinculados con marcas pues su fundamento no está en tal vinculación, sino en el encuadramiento que corresponde al régimen de competencia desleal dentro del orden jurídico” (63)

Además, es importante destacar que esta Cámara, incluso antes de la sanción del decreto de Lealtad Comercial, ya entendía en asuntos de competencia desleal y publicidad comercial. Un caso revelador, en este sentido, es el precedente “Organización Veraz” (64) resuelto hace pocos años, donde la Sala III de la Cámara revocó un fallo de un Juzgado de Primera Instancia y resolvió incrementar sustancialmente el monto resarcible al actor al entender que la utilización de las marcas de un competidor como palabra clave en el sistema de enlaces patrocinados de los distintos buscadores en Internet no solo constituía una infracción marcaría en los términos de la ley 22.362, sino también un acto de competencia desleal. La regulación de la competencia desleal es materia del decreto de Lealtad Comercial, al igual que la publicidad comercial y la identificación de mercaderías.

Por lo demás, la Cámara Civil y Comercial Federal tiene dictada una copiosa y en su gran mayoría notable jurisprudencia en materia publicitaria (en particular, la comparativa), entre la que destacaría los fallos “Rolex c/ Orient” (65) “Axoft Argentina S.A. c/ Megasisemas S.A.” (66), “Bodegas Edmundo Navarro Correas S.A. c/ Agro Industrias Cartellone S.A.”, “Cervecería y Maltería Quilmes c/ Casa Isenbeck” (67), “Laboratorios Bagó S.A. c/ Bristol Myers Squibb S.R.L.” (68), “Japan Tobacco Inc. y otro c/ Massalin Particulares S.A.” (69) y “The Coca Cola Company” (70) entre muchos otros.

Paradójicamente, esta conclusión —que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal es competente en razón de la materia para entender en estos temas— no solo se encuentra respaldada por varios fallos de salas de esa Cámara, sino por algunos de los integrantes de la Sala I que dictaron el fallo que aquí comento. En efecto, el 6/8/2020, algunos jueces de ese fuero suscribieron una acordada (71) donde hicieron públicas ciertas consideraciones frente a la presentación, por parte del PEN, del proyecto de Ley de Organización y Competencia de la Justicia Federal. Para fundamentar su oposición a la unificación de ese fuero con el Contencioso Administrativo Federal, sostuvieron, entre otras cosas, que las materias sobre las que deciden —en las que mencionan expresamente la materia de marcas, patentes, *comercio y defensa de la competencia*— requieren jueces versados,

destacando la especialidad del fuero Civil y Comercial Federal en esos asuntos.

Sobre los jueces versados en la materia me ocuparé a continuación.

V.I.d. Es necesario asegurar la coherencia y uniformidad en las decisiones judiciales en materia de derecho de la competencia

Existe un aspecto singular de la ley 26.993 que podría ayudar a apreciar lo que, entiendo, es el sentido del art. 53 del decreto de Lealtad Comercial. La previsión de esta norma en materia de fuero competente para entender en los recursos directos no parece antojadiza, sino que se vincula con la eficiencia de nuestros tribunales y la necesidad de que las decisiones en materia de derecho de la competencia sean coherentes y uniformes.

La ley 26.993 pretendió, entre otros objetivos, unificar la instancia judicial revisora de las sanciones aplicadas por la Administración —y los criterios jurisprudenciales en materia de sanciones, como surge de la Nota 1250 del PEN—, bajo tres leyes que regulan el comercio interior que mencioné en el punto anterior: la ley 22.802, de Lealtad Comercial, ley 24.240, de Defensa del Consumidor y la ley 25.156, de Defensa de la Competencia (72). Se esperaba que sea la misma Cámara de Apelaciones la que entienda en las causas originadas bajo estas leyes y para ello fueron modificados los artículos que establecían la instancia revisora en cada una de ellas. Esto se evidencia con toda claridad en las características comunes que tienen los arts. 22 de la Ley de Lealtad Comercial, el art. 45 de la Ley de Defensa del Consumidor y los arts. 52 y 53 de la ley 25.156 de Defensa de la Competencia, modificados por la ley 26.993 (por ejemplo, el plazo para interponer el recurso, plazo para elevar el recurso al tribunal, la exigencia del pago previo para habilitar el acceso a la revisión judicial —*solve et repete*— y el tribunal competente).

En 2018 se sancionó la Ley de Defensa de la Competencia, que reemplazó la ley 25.156, y estableció la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal como instancia revisora de las decisiones de la autoridad administrativa en materia de defensa de la competencia.

Si bien la ley 22.802 (modificada por la ley 26.993) fue derogada, el decreto de Lealtad Comercial preservó el objetivo de la ley 26.993 en cuanto a la unificación de la instancia revisora de los actos administrativos [no así respecto de otros (73)]: la Cámara de Apelaciones prevista por el art. 53 del decreto de Lealtad Comercial es la misma a la establecida por el artículo 67 de la LDC. Es más, no solo es la misma Cámara sino la misma Sala la que debe entender en los recursos directos que se planteen bajo ambas normativas: la Sala Especializada en Defensa de la Competencia, creada por la LDC, cuando entre en funcionamiento (74).

Si bien se ha cuestionado la creación de esta Sala Especializada, atento a que, para algunos, no se encuentra justificada desde el punto de vista de la cantidad de expedientes que ese tribunal recibirá bajo la LDC (75), con la pre-

(57) CNFed. Contenciosoadministrativo, sala I, “INC S.A. c/ DNCI s/ Lealtad Comercial - Ley 22.802 - ART 22”, Expte. 43768/2017, conforme Dictamen Fiscal del 7/2/2018, CNFed. Contenciosoadministrativo, sala I, “INC S.A. c/ DNCI s/ Lealtad Comercial - Ley 22.802 - ART 22”, conforme Dictamen Fiscal del 27/11/2017, CNFed. Contenciosoadministrativo, sala IV “Fiat Auto Argentina S.A. c/ DNCI s/ Defensa del Consumidor - Ley 24.240 - ART 45”, Expte. 50798/2014, entre otros.

(58) NAZAR ANCHORENA, Marcos F. L., “Propuestas para una reforma a la ley 22.802 de Lealtad Comercial: hacia una regulación integral de la competencia desleal”, LA LEY 09/04/2019.

(59) La redacción original de la ley 22.802 preveía a la Cámara Nacional en lo Penal Económico de la Capital Federal y en el interior del país, los juzgados federales competentes según el asiento de la autoridad que dictó la condena. Si bien

el fuero Penal Económico integra la Justicia Nacional, la CS reconoció la naturaleza federal de esta Cámara cuando interviene en cuestiones regidas por leyes federales (Fallos 303:226 y 305:502).

(60) CABANELLAS, Guillermo - SÁNCHEZ HERRERO, Andrés et al., “Derecho de la competencia desleal”, Ed. Helia, p. 31. Estos autores también citan a la doctrina extranjera (E. Ulmer) para sostener esta conclusión.

(61) MEDINA, Graciela, “¿Quién es competente para defender la competencia?” LA LEY 13/8/2007.

(62) Ibidem.

(63) CABANELLAS, Guillermo - SÁNCHEZ HERRERO, Andrés et al., “Derecho de la competencia desleal”, Ed. Helia, p. 811. Estos autores también citan a la doctrina extranjera (E. Ulmer) para sostener esta conclusión.

(64) CNFed. Civ. y Com., sala III, “Organización Veraz SA

c. Open Discovery s/ cese de uso de marca”, 04/05/2018, TR LALEY AR/JUR/16081/2018.

(65) CNFed. Civ. y Com., sala II, “Relojes Rolex S.A. c/ Orient S.A.”, 30/12/1971.

(66) CNFed. Civ. y Com., sala I, “Axoft Argentina S.A. c/ Megasisemas S.A.”, 30/12/1993, TR LALEY AR/JUR/82/1993.

(67) CNFed. Civ. y Com., sala I, “Cervecería y Maltería Quilmes c/ Casa Isenbeck”, 19/5/2005.

(68) CNFed. Civ. y Com., sala II, “Laboratorios Bagó S.A. c/ Bristol Myers Squibb S.R.L.”, 27/03/2009, TR LALEY AR/JUR/20357/2009.

(69) CNFed. Civ. y Com., sala I, “Japan Tobacco Inc. y otro c. Massalin Particulares S.A.”, 14/06/2001, TR LALEY AR/JUR/1233/2001.

(70) CNFed. Civ. y Com., sala II, “The Coca Cola Company y otros”, 22/10/93, TR LALEY AR/JUR/1968/1993.

(71) Acordada 1/2020 del 6/8/2020.

(72) Otra ley, la 26.991, hizo lo propio con la Ley de Abastecimiento.

(73) A diferencia de la ley 26.993, el art. 53 del decreto de Lealtad Comercial vino a modificar uno de los cuestionados requisitos que introdujo esa ley en materia de recurso directo: el del pago previo como condición necesaria para acceder a la jurisdicción.

(74) El 12/1/2021 fueron publicadas en el Boletín Oficial de la Nación las ternas para dicha Sala (concurso 415).

(75) GUSMAN, Alfredo S., “Impugnación judicial de los actos administrativos sobre defensa de la competencia y algunas reflexiones sobre la creación de una sala especializada en la materia”, Sup. Esp. Com. Ley de Defensa 2018 (octubre), 147, TR LALEY AR/DOC/2097/2018.

visión del artículo 53 del decreto de Lealtad Comercial el panorama luce bien diferente, ya que se ampliará la cantidad de causas que esa Sala entenderá, incorporando las del decreto de Lealtad Comercial. Igualmente, la LDC no prevé una competencia exclusiva y excluyente, de modo que esta Sala podría entender en otros asuntos.

El punto no es si conviene contar con una Sala Especializada en Defensa de la Competencia. El punto es que quien revise las decisiones adoptadas por la Autoridad de Aplicación del decreto de Lealtad Comercial sea un tribunal especializado y con conocimiento de la materia, y esa materia es el Derecho de la Competencia, integrado, entre muchas otras normas, por las de la defensa de la competencia y de la competencia desleal.

El Derecho de la Competencia comprende aquellas normas que regulan la actuación de ciertos agentes económicos en los mercados mediante el establecimiento de prohibiciones y también el reconocimiento de derechos subjetivos. No se limita exclusivamente a la defensa de la competencia y a la competencia desleal. La doctrina lo reconoce como una categoría jurídica comprensiva de los aspectos que conlleva la regulación del mercado (76), encuadrando aquellas normas que regulan los actos o prácticas restrictivas de la competencia, el abuso de posición dominante y el control de concentraciones económicas, así como también las normas sobre defensa y protección del consumidor e incluyendo además las normas que regulan la competencia entre sujetos, quedando incluidos los actos de competencia desleal, y aquellas normas relacionadas con la defensa y protección de los derechos derivados de la propiedad intelectual, tales como marcas, patentes, transferencia de tecnología, *know-how*, secretos industriales y/o derechos de autor (77). Incluso, abarca (o debería hacerlo) el régimen de ayudas públicas y subsidios, tan poco tratado en nuestro medio.

Todas estas normas interactúan y se interrelacionan entre sí. Por ello, la interacción entre cada régimen y su aplicación debe ser armónica; como sostuvo Cabanellas, no resulta posible que en un mismo mercado convivan agentes regidos por un conjunto de reglas y agentes regidos por un conjunto distinto (78).

En esta línea, también se ha dicho que estos regímenes deben funcionar coordinadamente y que por su interacción deben interpretarse cada uno integrado al trinomio normativo que forman para lograr una integración sistémica de la totalidad del plexo (79). Para lograr un funcionamiento coordinado en esta materia resulta conveniente que los temas que integran el Derecho de la Competencia (que insisto no se limitan a la defensa de la competencia y a la competencia desleal, sino que abarca otras áreas) sean revisados por un mismo tribunal especializado en conocimientos no solo jurídicos, sino también económicos. Este tribunal especializado no puede ser otro que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal y, cuando se constituya, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia de esa Cámara, pues, como vimos, es competente en razón de la materia.

La valoración del interés público (implícito en el decreto de Lealtad Comercial) no es aje-

no al fuero Civil y Comercial Federal. En este fuero, el interés público es objeto de valoración en sus decisiones (80).

Los beneficios de que sea esta Cámara la que entienda en los recursos directos del decreto de Lealtad Comercial no son otros que los señalados por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE): mayor eficiencia, mayor uniformidad en las decisiones —lo que contribuye a una mayor previsibilidad y confianza en los órganos jurisdiccionales— y la obtención de decisiones de calidad (81). Como se ha sostenido, esto contribuye a dar certeza en un área del derecho poco previsible como es el Derecho de la Competencia (82).

Además de lo dicho, la Ley de Defensa de la Competencia y el decreto de Lealtad Comercial son normas íntimamente relacionadas entre sí, pues regulan lo mismo, la actuación de agentes económicos en los mercados, aunque con diferencias. En esa relación de complementariedad que existe entre ambos regímenes pueden observarse algunos solapamientos, lo cual no significa que un acto puede ser sancionado por ambas normas al mismo tiempo.

Me explico: existen ciertas conductas anticompetitivas que pueden ser reputadas de desleales, y viceversa. La fijación de precios por debajo del costo es una típica conducta desleal que, de ejecutarse abusivamente por quien posea posición dominante en un mercado, podría también encuadrarse como una práctica anticompetitiva y por lo tanto ser sancionada bajo la LDC. Sin embargo, el decreto de Lealtad Comercial pretende sancionar actos siempre que no estén alcanzados por el art. 1 de la LDC. Su aplicación es excluyente; es por ello que el artículo 7 *in fine* del decreto de Lealtad Comercial impide a la Autoridad de Aplicación del decreto de Lealtad Comercial sancionar un acto alcanzado por la LDC.

En línea con esta disposición, el art. 1 del Anexo de la res. (SCI) 241/2020 (reglamentación del decreto de Lealtad Comercial) aclara que el decreto de Lealtad Comercial será de aplicación siempre que el acto o conducta prevista en el art. 9 o 10 de dicho decreto no resulte alcanzado por la LDC y, por lo tanto, no pueden plantearse procedimientos administrativos simultáneos ante la Autoridad Nacional de Competencia —o ante la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia o la SCI, hasta tanto aquella esté constituida y en funcionamiento— y ante la Autoridad de Aplicación por los mismos actos o conductas. Por su parte, el art. 2 de dicho Anexo establece cómo se implementa, en la práctica, tal disposición. De lo que resulta que es altamente posible que se presenten situaciones donde la instancia judicial revisora deba, antes del dictado de la sentencia, determinar la norma aplicable a una causa (la LDC o el decreto de Lealtad Comercial), lo que justifica aún más la unificación de las causas en una misma Cámara.

Finalmente, unas pocas palabras sobre la competencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal. Si bien es cierto que en estos casos (aplicación de sanciones bajo el decreto) estamos hablando del ejercicio de la función administrativa —lo que podría justificar que esta Cámara conozca en aquellas causas del decre-

to de Lealtad Comercial—, esta materia no parece propia de este fuero. No necesariamente la competencia contenciosa existe cuando es parte el Estado Nacional y, además, existen cuestiones que aún impliquen el ejercicio de la función administrativa, no está tan claro si el fuero contencioso administrativo es el que debe intervenir. Canda, por ejemplo, cita el caso de la actuación de la Inspección General de Justicia: al controlar, este organismo ejerce la función administrativa, pero aplica previsiones de la Ley de Sociedades y del plexo de derecho comercial que regula la vida societaria, con lo cual no parece claro que las deba resolver un juez versado en Derecho Administrativo (83). Algo similar sucede en materia de Derecho de la Competencia.

V.2. Cinco lecciones que nos dejó la ley 25.156 de Defensa de la Competencia en materia de fuero competente y su relación con el caso

Es momento de traer a consideración la discusión que se dio con motivo de la sanción de la ley 25.152, predecesora de la LDC y lo hago porque se planteó en términos sorprendentemente similares con lo que se plantea en el caso. A mi modo de ver, es imprescindible tener en cuenta el desarrollo jurisprudencial dado entre los años 1999 y 2009 y tomar algunas conclusiones de ese proceso en lo que tiene que ver con el tribunal competente para entender en los recursos directos bajo la ley 25.152 para no repetir esa experiencia.

La ley 22.262 (B.O. 6/8/1980), predecesora de la ley 25.156, establecía la competencia de los jueces en lo penal económico de la Capital Federal o los jueces federales del interior del país, según cual fuera el lugar de comisión del ilícito (84).

La redacción original de la ley 25.156, que reemplazó la 22.262, se apartó de este antecedente y estableció que el fuero competente para entender en los recursos de apelación interpuestos contra las decisiones del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia creado por esa ley era, en la ciudad de Buenos Aires, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial y, en el interior del país, la Cámara Federal que correspondiera (85). Previó, también, que el procedimiento se regiría por el Código Procesal Penal y, supletoriamente, por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Sin embargo, el decreto 1019/1999 (B.O. 20/9/99), que promulgó la ley 25.156, la vetó parcialmente, observando varios artículos del proyecto aprobado por el Congreso Nacional, entre ellos el que establecía el fuero competente que mencioné, el que fue reemplazado por la “Cámara Federal que corresponda”, a secas. También observó la aplicación supletoria del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación prevista en el art. 56 del proyecto.

Es decir, al promulgar la ley 25.156, el PEN, si bien determinó el fuero federal, no especificó cuál era la Cámara de ese fuero que entendería en los recursos directos y dispuso que el procedimiento se regiría exclusivamente por el Código Procesal Penal. Las razones de esta decisión están los considerandos del dec. 1019/1999, al que me remito.

Nótese que, al igual que en el caso del decreto de Lealtad Comercial, el PEN modificó,

por medio de un decreto, la competencia de la instancia revisora, pero en este caso modificó el fuero ordinario por el federal.

A partir de este veto parcial no quedó claro, en la Ciudad de Buenos Aires, cuál era el tribunal competente para entender en los recursos directos en el régimen de defensa de la competencia, y se inició un derrotero de fallos tendientes a determinar la competencia de la instancia revisora de las decisiones de la autoridad administrativa en esta materia, que se inició con la declaración de incompetencia por parte de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, implicó la declaración de competencia de la Cámara Contencioso Administrativo Federal (86) y finalizó en una disputa entre las Cámaras en lo Civil y Comercial Federal y Penal Económico.

Mencionaré a continuación la jurisprudencia más saliente de estos años, para luego dar algunas conclusiones que bien podrían relacionarse con el fallo dictado por la Sala I.

En la causa “Imagen Satelital S.A.” (87) en la que se discutió un conflicto negativo suscitado con la Cámara Contencioso Administrativo Federal, la Corte Suprema, con base en un dictamen del Procurador Fiscal, atribuyó la competencia a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico. Se interpretó que, mediante el dec. 1019/99, se buscó mantener la competencia asignada por la ley 22.262 a esa Cámara. Importa destacar que, a la fecha del fallo, aún no se había reglamentado la ley 25.156.

Aproximadamente un año después, se dictó el dec. 89/2001 (B.O. 30/1/2001) —reglamentario de la ley 25.156—, por el cual el PEN dispuso que era competente para entender en los recursos de apelación la Cámara Federal en lo Civil y Comercial, en la Ciudad de Buenos Aires, y la Cámara Federal que corresponda en el interior del país. De este modo, el PEN se apartó de la Cámara competente en el proyecto de ley original (fuero Comercial) y también del criterio establecido por la Corte Suprema en “Imagen Satelital” (fuero Penal Económico). Nótese nuevamente que el PEN estableció, por medio de un decreto, la competencia de la instancia revisora en la vía recursiva y por tal motivo despertó, al igual que el decreto de Lealtad Comercial, las mismas inquietudes o reservas respecto de su constitucionalidad.

En mayo de 2002, la Corte Suprema se expidió en el caso “Surcor TV S.A. c/ Multicanal S.A.” (88) en el que dirimió un conflicto de competencia entre un juzgado federal y un juzgado de la justicia local de Córdoba. Lo hizo en favor del primero en función del dec. 1019/1999 y también por el dec. 89/01. En el dictamen del Procurador Fiscal se aludió a un principio muy relevante para la cuestión que aquí se discute: aquel según el cual las normas que atribuyen competencia a determinados tribunales para entender por vía de recurso en ciertas materias son indicativas de una especialización que el ordenamiento les reconoce.

Durante el 2003, la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, en el fallo “Cooperativa Villa Urquiza”, desestimó un planteo de inconstitucionalidad del art. 53 del dec. 89/2001 —que, recuerdo, otorgaba competencia al fuero Civil y Comer-

(76) TAJAN de SAA, Guillermina, “Vinculación entre lealtad comercial, defensa de la competencia y defensa del consumidor”, TR LALEY AR/DOC/2850/2019.

(77) TAJAN de SAA, Guillermina, ob. cit.

(78) CABANELLAS, Guillermo, “La figura general de competencia desleal en el Derecho argentino”, TR LALEY 0003/012982.

(79) MARTÍNEZ, María Lucía - QUAGLIA, Marcelo C., “Pluralismo jurídico: Derecho del Consumidor, Defensa de la Competencia y Lealtad Comercial. ¿Regímenes similares o diferentes?”, TR LALEY AR/DOC/2851/2019.

(80) PETRE, Carlos A. “Tribunal de alzada en la defensa de la competencia. Una polémica abierta”, TR LALEY AR/DOC/2876/2008.

(81) Informe de la OCDE, ob. cit., p. 59.

(82) LEWIN MUÑOZ, Nicolás, “Del diseño institucional del sistema de defensa de la libre competencia en Argentina y de la relevancia en el mismo de la Sala Especializada en Defensa de la competencia”, Sup. Esp. Com. Ley de Defensa 2018 (octubre), 141.

(83) CANDA, Fabián Omar, “La competencia contencioso-administrativa. Criterios seguidos jurisprudencial-

mente para su determinación”, en Estudios de Derecho Público, Enrique Alonso Reguera (dir.) Asociación de Docentes, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UBA), 2013. p. 566 y ss. En adición, resulta interesante observar la enumeración y análisis efectuada por el Dr. Gallegos Fedriani en el Anexo de su obra ya citada, que detalla los recursos presentados contra resoluciones administrativas ante el fuero Contencioso Administrativo Federal. Si bien alcanza hasta el año 2008 (año en que se sancionó la ley 26.631, que atribuyó la competencia en materia de Lealtad Comercial a ese fuero), hasta entonces no surgen

recursos relacionados directamente con esta materia (derecho de la competencia y lealtad comercial; sí con derecho del consumidor, que no es lo mismo), lo que reafirma la conclusión de que este fuero no es competente en razón de la materia.

(84) Cfr. art. 34 de la ley 22.262.

(85) Cfr. art. 53 de la ley 25.156.

(86) CNFed. Contenciosoadministrativo, sala III, “Multicanal SA y otro c. Conadeco”, 16/04/2007.

(87) Fallos 323:2577, del 14/9/2000.

(88) Fallos 325:957, del 7/5/2002.

cial Federal— y revocó la medida al entender que el peticionario no había demostrado de qué modo dicha atribución de competencia vulneraba de manera directa y concreta la garantía del juez natural (89). La Sala I [en efecto, la misma que falló en la causa Coto S.A., pero con otra composición (90)] sostuvo que no se afectaba la garantía del juez natural, ya que esta implica que el “tribunal debe hallarse establecido y dotado de jurisdicción y competencia por ley anterior al hecho que se ventila en la causa”.

La Corte Suprema se expidió nuevamente en el asunto en el caso “Repsol YPF” (91) en donde se planteó un conflicto de competencia territorial entre la Sala III de la Cámara Civil y Comercial Federal y la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario. La Corte adhirió al dictamen del Procurador Fiscal subrogante y decidió atribuir la competencia a la Cámara Nacional en lo Penal Económico. Se basó en el fallo “Imagen Satelital S.A.,” el cual el Procurador entendió análogo.

En este fallo, la Corte Suprema sostuvo que el veto al artículo 53 del dec. 1019/99 debía interpretarse a favor de mantener la competencia de esa Cámara. Una cuestión muy relevante y que dio pie a numerosos comentarios de la doctrina, y a mantener inconvencible la confusión reinante, fue que la Corte Suprema no mencionó el art. 53 del dec. 89/2001 (aunque sí lo hizo el dictamen del Procurador Fiscal subrogante para señalar que el art. 53 de la ley 25.156 preveía la apelación ante “la Cámara Federal que corresponda”), por el que el PEN dispuso que era competente para entender la Cámara Federal en lo Civil y Comercial.

Ese mismo año, la Sala II de la CNCiv. y Com. Fed. se declaró incompetente para entender en un recurso contra una decisión del ex Secretario de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor, que desestimó una denuncia. Lo hizo sobre la base del fallo “Repsol YPF” y porque entendió que la atribución de competencia a un tribunal a través de un decreto reglamentario (dec. 89/2001) era inconstitucional, lo que declaró de oficio. Este fallo es “Luncheon Tickets” (92), que la Sala I citó en la causa para decidir la inconstitucionalidad del art. 53 del decreto de Lealtad Comercial.

Al año siguiente, la Corte Suprema modificó, o, si se prefiere, relativizó, su criterio sentando en “Repsol YPF” y lo hizo a través del fallo “Multicanal S.A.” (93). En esta causa, que versó sobre una contienda de competencia territorial entre la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario y la Cámara Penal Económico de la Capital Federal, la Corte Suprema atribuyó la competencia a la primera. Sin embargo, el Procurador General, a través de un dictamen que la Corte hizo suyo, se refirió expresamente a la vigencia del art. 53 del dec. 89/2001 y a la competencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal para entender en las apelaciones interpuestas contra las decisiones de la autoridad administrativa. No era necesario que la Corte Suprema se expidiera respecto del dec. 89/2001 y, sin embargo, lo hizo.

No solo la Corte “relativizó” su criterio, sino también lo hicieron los tribunales inferiores. Al poco tiempo, la Sala III de la Cámara Civil y Comercial Federal dispuso su competencia para entender en apelación contra una resolución de la autoridad administrativa, porque las partes no habían impugnado la constitucionalidad del art. 53 del dec. 89/2001 (94).

También hizo lo propio la Sala II de la Cámara Civil y Comercial Federal, al poco tiempo. En 2009, esta Sala, con una nueva integración, modificó el criterio adoptado en “Luncheon Tickets” y dictó el fallo “Telecom Italia Spa” (95), en donde se declaró competente para entender en apelación contra una decisión de la autoridad administrativa.

Este fallo es de total relevancia, porque allí la Cámara decidió revisar las razones por las que el tribunal había entendido que la atribución de competencia efectuada por una norma reglamentaria —como lo era el art. 53 del dec. 89/2001—, era inconstitucional, y modificó su criterio. Lo hizo, porque otras dos Salas de esa Cámara aceptaron la competencia para conocer en esas cuestiones y porque consideró que el decreto, al mantener la competencia del fuero federal, no alteraba la voluntad legislativa. En palabras de esa Sala: “el decreto 89/01 no restringe el derecho de los particulares afectados por las decisiones adoptadas en el marco de la ley 25.156, teniendo en cuenta que, como se verá más adelante, deja abierta la revisión judicial posterior. Y tampoco conlleva una alteración irrazonable de la voluntad legislativa plasmada en el texto originario de la ley, pues el decreto mantuvo la competencia de un fuero —en este caso federal—, especializado en cuestiones no penales, aspecto valorado en los debates de la ley para no mantener la competencia de la Cámara en lo Penal Económico (...). De allí que las críticas ensayadas respecto de la solución finalmente adoptada, vinculadas, por caso, a la inconveniencia de que un tribunal civil aplique normas de procedimiento penal (conf., entre otros, el trabajo de doctrina citado precedentemente), no son suficientes para fundar la invalidez del precepto, pues, en definitiva, se refieren a cuestiones de política legislativa ajenas a la incumbencia de los jueces. Máxime, teniendo presente que la declaración de inconstitucionalidad de una norma es un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como *ultima ratio* del orden jurídico al que solo cabe acudir en forma excepcional”. Volveré sobre este fallo al tratar la inconstitucionalidad de oficio.

Esto llevó al dictado de nueva jurisprudencia por parte de la Corte Suprema, cuyo análisis excede el propósito de este comentario, y luego vino el dictado de la ley 26.993 ya mencionada, que complejiza aún más la cuestión con la atribución de competencia a la Cámara Nacional de Apelaciones en las Relaciones de Consumo, que nunca se conformó.

La conclusión de esta compleja y tediosa evolución es que nunca quedó claro qué tribunal era el competente para entender en apelación en materia de defensa de la competencia, algo que se zanjó definitivamente, en el texto de la ley, con el dictado de la LDC en 2018, con la atribución de competencia a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal.

Las lecciones que se podrían extraer de este extenso camino, signado principalmente por el desconcierto y la contradicción, son las siguientes:

1. El dec. 1019/1999, que promulgó la ley 25.156, modificó el fuero ordinario por el federal y la Corte Suprema, al expedirse en “Imagen Satelital S.A.,” no lo consideró inconstitucional. En el caso del decreto de Lealtad Comercial la situación parecería menos grave, ya que mantiene el fuero federal previsto en la ley 22.802 y modificatorias.

2. No parece ajeno a la Corte la asignación de competencia a un tribunal en materia de

recurso directo por la especialización que el ordenamiento le confiere. En “Surcor” la Corte Suprema se refirió a un principio según el cual las normas que atribuyen competencia a determinados tribunales para entender por vía de recurso en ciertas materias, “son indicativas de una especialización que el ordenamiento les reconoce”, lo cual constituye una relevante circunstancia a tener en cuenta cuando esos mismos temas son objeto de una demanda y no hay disposiciones legales que impongan una atribución distinta.

3. La cuestión de si el PEN puede o no determinar la competencia de un tribunal a través de un decreto —cualquiera sea su naturaleza— no es nada clara, pero existen más indicios favorables a su validez que a su invalidez: al tratar “Repsol YPF”, la Corte Suprema no trató, pudiendo hacerlo, la validez constitucional del dec. 89/2001, norma por la cual el PEN atribuyó la competencia recursiva a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal. Asimismo, al tratar “Multicanal S.A.” se mencionó, no siendo necesario hacerlo, el dec. 89/2001, y no precisamente para cuestionar su validez constitucional.

4. La regla sentada en “Luncheon Tickets” fue posteriormente revisada y modificada por la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal. Se entendió que un decreto, al mantener el fuero federal, no alteró la voluntad del legislador.

5. El principal conflicto relativo al recurso directo de apelación en defensa de la competencia consistió en si atribuir la competencia a la CNAPE o al CNACCF. En el caso del decreto de Lealtad Comercial la situación pareciera ser más simple porque el CNACAF no reivindicó para sí la competencia para entender en los recursos directos y la competencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal se encuentra incluso avalada por el Procurador Fiscal de ambas cámaras.

V.3 La declaración de inconstitucionalidad de oficio a la luz de algunos precedentes de la Corte Suprema

El segundo aspecto discutible de la sentencia es la decisión de declarar la inconstitucionalidad del art. 53 del decreto de Lealtad Comercial de oficio, y ello porque prácticamente no exhibe razones para hacerlo. En una muy breve referencia al tema, el Tribunal fundó esta decisión en los fallos de la Corte Suprema “Banco Comercial de Finanzas” (96) y “Simón” (97) y en los dos fallos de la Cámara Civil y Comercial Federal que mencioné anteriormente (98). No aportó sustancialmente otros motivos que citas y referencias a esos fallos para justificar la decisión de realizar un control de constitucionalidad de oficio, lo que imprime a la decisión de cierto dogmatismo.

Sin dejar de plantear mis reparos a ciertos aspectos del control de constitucionalidad de oficio, en particular, por cuanto se le suele reconocer una extensión mucho más amplia de la que realmente posee, no está en discusión en este comentario la posibilidad de que los jueces lo realicen. Ello está expresamente reconocido en el fallo “Banco Comercial de Finanzas S.A.” citado por la Sala I y es incuestionable la posición de la Corte Suprema al respecto. Allí, el máximo Tribunal señaló que no es necesaria la petición expresa de la parte interesada para realizar el control de constitucionalidad, ya que este versa sobre una cuestión de derecho y no de hecho, y la potestad de

los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente tiene plena operatividad en virtud del principio *iura novit curia*, el cual incluye también el deber de velar por la supremacía constitucional, aplicando, ante el caso de colisión de normas, aquella de mayor rango.

Sin embargo, aun cuando se reconozca la facultad de un tribunal de declarar la inconstitucionalidad de normas de oficio, sean leyes o reglamentos —para el caso, un artículo del decreto de Lealtad Comercial—, ello no significa que tal declaración no tenga ciertos límites o, cuanto menos, condiciones. “Banco Comercial de Finanzas S.A.” no debe leerse prescindiendo de su contexto —el reconocimiento expreso de la potestad del control de constitucionalidad de oficio, tiene dicho el máximo Tribunal, “no significa invalidar el conjunto de reglas elaboradas por el Tribunal a lo largo de su actuación institucional relativas a las demás condiciones, requisitos y alcances de dicho control” — y de los criterios establecidos por la Corte Suprema en varios fallos más. Mencionaré cuatro, aunque por supuesto no son los únicos.

V.3.a. Siguiendo el criterio adoptado por la Corte Suprema a partir de “Mill de Pereyra” (99) —siempre que se asuma que la Corte adoptó uno—, la declaración de inconstitucionalidad es “un acto de suma gravedad, al que solo debe recurrirse cuando una estricta necesidad lo requiera” (100).

Allí la Corte Suprema determinó que el ejercicio de esa facultad solo puede considerarse autorizada en situaciones muy precisas, señalando las siguientes:

a) La invalidez constitucional de una norma solo puede ser declarada cuando la violación de aquella sea de tal entidad que justifique la abrogación, en desmedro de la seguridad jurídica;

b) Solo debe recurrirse a ella cuando una estricta necesidad lo requiera, en situaciones en las que la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta e indubitable y la incompatibilidad inconciliable.

c) Solo es procedente cuando no exista la posibilidad de una solución adecuada del juicio por otras razones que las constitucionales comprendidas en la causa.

d) No supone en modo alguno la admisión de declaraciones en abstracto.

e) Solo producen efectos dentro de la causa y con vinculación a las relaciones jurídicas que la motivaron, y no tienen efecto derogatorio genérico.

En este aspecto, de la lectura del fallo no se advierte que el Tribunal haya seguido el criterio señalado. No me voy a detener en cada uno de estos puntos, pero sí quisiera señalar que, a todo evento, la “repugnancia” del art. 53 del decreto de Lealtad Comercial con la cláusula constitucional (art. 116 de la Constitución Nacional) no aparecería de forma manifiesta ni indubitable. En este aspecto resulta conveniente destacar que la Comisión Bicameral Permanente no advirtió una situación como esta al tratar el decreto de Lealtad Comercial, razón que podría abonar la carencia de estas características.

El tribunal se limitó a sostener que es una potestad y un deber del Tribunal declarar de oficio la inconstitucionalidad, más no se expidió sobre la *necesidad* de hacerlo en el caso

(89) CNACCF, Sala I, “Cooperativa Villa Urquiza y otros”, sentencia del 20/3/2003, TR LALEY AR/JUR/502/2003.

(90) Integrada por los Dres. Francisco de las Carreras, María S. Najurieta y Martín D. Farrell.

(91) CS, “Repsol YPF GLP Envasado en la ciudad de San Nicolás s/ recurso de queja”, 21/3/2006. Fallos:

329:860.

(92) CNFed. Civ. y Com. sala II, “Luncheon Tickets S.A. s/ Apelación de Resolución CNDC”, 21/12/2006, TR LALEY AR/JUR/9223/2006.

(93) CS, “Multicanal S.A. y otro s/ denuncia inf. ley 22.262”, 10/4/2007. Fallos: 330:1610.

(94) CNFed. Civ. y Com., sala III, “Gigacable S.A. s/ Apelación resolución CNDC, 17/4/2008.

(95) CNFed. Civ. y Com., sala II, “Telecom Italia Spa y otro s/ recurso de queja por rec. directo denegado”, 27/7/2009.

(96) CS, 19/8/2004 (Fallos 327:3117).

(97) CS, 14/6/2005 (Fallos: 328:2056).

(98) Precisamente, los precedentes *Exos* y *Luncheon Tickets*.

(99) CS, “Mill de Pereyra”, del voto de los jueces Fayt y Belluscio, que integraron la mayoría (Fallos, 324:3219).

(100) CS, “Mill de Pereyra” (Fallos, 324:3219).

concreto. ¿Puede ser el art. 53 del decreto de Lealtad Comercial “repugnante” a la Constitución Nacional, estando pendiente su tratamiento por el Congreso Nacional y sobre todo considerando que es una norma que asegura el control judicial suficiente y facilita a los administrados el acceso a la jurisdicción al eliminar el requisito del pago previo como condición para recurrir? No parece serlo, en absoluto.

V.3.b. En “Lapadu” (101), la Corte Suprema reafirmó esta facultad de los jueces pero agregó, con el mismo énfasis con el que reafirmó el control de constitucionalidad de oficio, que en caso de duda debe estarse por la constitucionalidad de la norma. En este sentido, expresó que: “Solo debe acudirse a aquella cuando la repugnancia de la ley inferior con la norma calificada de suprema sea manifiesta y la incompatibilidad inconciliable (Fallos: 285:322, entre muchos otros). Es por ello que los tribunales de justicia deben imponerse la mayor medida, mostrándose tan celosos en el uso de sus facultades como del respeto que la Ley Fundamental asigna, con carácter privativo, a los otros poderes”. De aquí que me haya preguntado si la pretendida “repugnancia” del art. 53 del decreto de Lealtad Comercial con la CN es manifiesta y la incompatibilidad inconciliable.

V.3.c. En el caso “Rodríguez Pereyra” (102) la Corte Suprema volvió a respaldar el control de oficio y lo hizo sosteniendo, entre otras cosas, que los jueces, en forma obligatoria y no facultativa, no deben llegar a una declaración de inconstitucionalidad sino cuando ello es de estricta necesidad; y en cuyo caso deben hacerlo en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.

De acuerdo con este fallo, resulta necesario que la descalificación constitucional esté supeditada a que se demuestre que la norma impugnada “irroga a alguno de los contendientes un perjuicio concreto en la medida en que su aplicación entraña un desconocimiento o una restricción manifiestos de alguna garantía, derecho, título o prerrogativa fundados en la Constitución” y “es justamente la actividad probatoria de los contendientes así como sus planteos argumentales los que debe poner de manifiesto tal situación”.

En este caso, no se vislumbra el perjuicio concreto derivado de la intervención de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sino todo lo contrario: el PEN estableció un tribunal con conocimiento acabado en materia de derecho de la competencia y no exigió, como sí lo hacía el art. 63 de la ley 26.993, un pago para poder acceder a la jurisdicción. Esta norma fue incluso declarada inconstitucional por la misma Sala I, como veremos al concluir este trabajo.

V.3.d. Por último, en el fallo “Caldeiro” (103), la Corte Suprema decidió no declarar la inconstitucionalidad del régimen de ejecución de sentencia contra el Estado al entender que, a la luz de ciertos principios constitucionales y teniendo en cuenta los valores en juego, era un caso “no previsto” que debía ser resuelto por disposiciones análogas. Para así decidirlo, la Corte Suprema sostuvo que: (i) solo cabe acudir a la declaración de inconstitucionalidad cuando “no existe otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la Constitución, si no es a costa de remover el obstáculo que representan normas de inferior jerarquía”; y (ii) no era razonable ni necesario hacerlo, “si el propio ordenamiento

jurídico permite arribar a una solución justa y equitativa mediante la integración con normas análogas”.

La doctrina de este fallo, si bien los hechos y el derecho no tienen ninguna relación con el del caso comentado, es valiosa y bien podría aplicarse, por cuanto en el caso existen alternativas razonables a la declaración de inconstitucionalidad (entre ellas, aguardar al tratamiento del decreto por parte del Congreso Nacional o intimarlo a que lo haga fijando un plazo).

Además, es importante mencionar que en este fallo se menciona la necesidad de que el planteo de inconstitucionalidad posea un sólido desarrollo argumental y fundamentos de igual carácter. Si bien la Corte se refiere a la necesidad de que sea la parte quien lo plantee de este modo, entiendo que en los casos donde la declaración de inconstitucionalidad es oficiosa, estos deben ser observados por el propio juez o tribunal.

Dejando de lado estos importantes precedentes de la Corte Suprema, es de todo interés destacar que el criterio expuesto en el fallo “Luncheon Tickets” —invocado por la Sala para sostener la declaración de inconstitucionalidad de oficio— fue revisado tres años después en el fallo *Telecom Italia Spa* (104). Como adelanté, en este fallo se revisaron las razones por las que la Sala II entendió que la atribución de competencia efectuada por el art. 53 del dec. 89/2001 era inconstitucional y decidió modificar su criterio. Lo hizo, porque otras dos Salas de esa Cámara aceptaron la competencia para conocer en esas cuestiones y porque entendió que el decreto, al mantener la competencia del fuero federal, no alteraba la voluntad legislativa. Incluso destacó que la decisión del PEN de atribuir competencia a un tribunal a través de un decreto era una cuestión de política legislativa ajena a la incumbencia de los jueces.

Hubiese sido deseable que la Sala al menos mencionara este fallo e invoque las razones por las cuales decidió apartarse del mismo.

Por último, aun cuando el control de constitucionalidad sea de oficio, no puedo dejar de mencionar que no parece razonable que se prescinda de lo que las partes tienen para decir al respecto. La acreditación de la necesidad y la urgencia en el dictado de un decreto de necesidad y urgencia *es una cuestión fáctica* sobre la que las partes (en especial el Estado Nacional) tendrían interés en expedirse. De haber sabido las partes cuál era la posición del tribunal sobre la validez constitucional de la norma, hubiesen ofrecido y producido pruebas tendientes a demostrar su validez o invalidez, según el caso.

Por estas razones, concluyo en que la declaración de inconstitucionalidad de oficio se apartó de los precedentes de la Corte Suprema y, por lo tanto, el control de constitucionalidad fue incorrectamente aplicado. Debí hacerse con mayor rigurosidad, cuando menos haberse ordenado un traslado a las partes del planteo para que se expidan antes del dictado de la sentencia; considerando especialmente que, en los casos donde el control de constitucionalidad es realizado de oficio, los recaudos deben extremarse (105).

VI. Conclusión

En mi opinión, el fallo genera un innecesario conflicto de competencia que posiblemente ampliará los plazos judiciales para la reso-

lución de los recursos directos, perjudicando la tramitación de las causas que deban ser revisadas y resueltas por el Poder Judicial en el marco de la aplicación del decreto de Lealtad Comercial, en desmedro de la seguridad jurídica.

Asimismo, el efecto de la declaración de inconstitucionalidad es importante, porque impactaría en la revisión de un universo de causas realmente amplio. Estas no se limitan exclusivamente a cuestiones como las discutidas en el fallo en comentario —la publicidad engañosa—; alcanzan numerosas normas que aplica la SCI y que impactan directamente en la regulación del comercio interior de nuestro país. Ciertamente no involucran dos partes en una contienda, sino el funcionamiento mismo de los mercados: alcanza la competencia desleal, la publicidad comercial y la identificación de mercaderías, los reglamentos dictados por la SCI que establecen requisitos mínimos de seguridad de productos (cfr. art. 25 b) del decreto de Lealtad Comercial) y también la recientemente sancionada ley 27.545 de Gón-dolas.

Numerosas normas reglamentarias del decreto de Lealtad Comercial se ven comprometidas con este fallo pues establecen la misma instancia revisora (si bien algunas también la de la ley 24.240): la res. SCI 1/2020 que aprobó el “Programa de Precios Cuidados” (106), las res. SCI 283/2020, 284/2020 y 569/2020, por las que se incorporaron al ordenamiento jurídico nacional los reglamentos técnicos del MERCOSUR sobre el control metrológico de “Productos Premedidos Comercializados en Unidades de Masa de Contenido Nominal Desigual” (107), “Productos Premedidos Comercializados en Unidades de Longitud y Número de Unidades de Contenido Nominal Igual” (108) y “Productos Premedidos Comercializados en Unidades de Masa y Volumen de Contenido Nominal Igual” (109); la res. SCI 549/2021 que incorpora al ordenamiento jurídico nacional la res. 62/2018 del GMC que aprueba el “Reglamento Técnico sobre Etiquetado de Productos Textiles” (entre otros reglamentos técnicos), y la res. SCI 283/2021, que crea el “Sistema de Fiscalización de Rótulos y Etiquetas” (SiFIRE) (110), entre otras. Por último, no hay que olvidar tampoco que el proyecto de ley sobre Promoción de la Alimentación Saludable (más conocido como “etiquetado frontal” de productos), prevé la misma instancia revisora (111).

Es decir, esta situación afectará directamente la eficacia de la política pública perseguida por el decreto de Lealtad Comercial y sus normas complementarias, que no es otra que la de asegurar la lealtad y transparencia en los mercados, y el acceso a información completa por parte de los consumidores. De aquí que el fallo podría implicar gravedad institucional.

Por otra parte, el resultado del caso no deja de ser irónico: el tribunal le reprocha al PEN actuar por fuera del ámbito de sus competencias y sin motivar su actuación al dictar el art. 53 del decreto de Lealtad Comercial, termina decidiendo el caso en base a cuestiones completamente distintas a las planteadas por las partes en la causa, es decir, por fuera del ámbito de competencia del tribunal y en base a un criterio propio de este, y aún más sin fundamentar demasiado las razones por las que decide hacerlo de oficio, debiendo hacerlo. Tampoco deja de ser irónico el contexto normativo en el que se decide atribuir competencia a otra Cámara (esto es, una norma derogada).

Aunque irónico, el resultado es efectivo y ya proyectó sus efectos a otras causas en trámite: recientemente, la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal replicó el criterio aplicado en “Coto” en las causas “Inc. S.A. c/ Estado Nacional —Ministerio de Desarrollo Productivo— Secretaría de Comercio s/ recurso de queja CNDC” (112) y “Jumbo Retail Argentina S.A. c/ Estado Nacional - Ministerio de Desarrollo Productivo - Secretaría de Comercio s/ apelación de resolución administrativa” (113). En ambas causas, se declaró la inconstitucionalidad del art. 53 del decreto de Lealtad Comercial y la incompetencia de la Sala III para entender en los recursos planteados por idénticos motivos, asignando la competencia a la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.

No obstante ello, todo este asunto no deja de traer sorpresas y sobre todo perplejidades: al mes siguiente de dictarse el fallo comentado, la misma Sala I se expidió en la causa “Inc. S.A. s/ recurso de queja” (114) (una causa similar a la comentada) y resolvió declararse competente y admitir un recurso de queja introducido por la actora motivado en la desestimación del recurso directo por parte de la SCI. En este fallo, la Sala I (con el juez Dr. Gottardi en lugar del juez Dr. Antelo) analizó la validez constitucional del requisito de pago previo de la multa del art. 22 de la ley 22.802 (con la modificación incorporada por el artículo 63 de la ley 26.993) para determinar la admisibilidad del recurso, y concluyó en que esa exigencia vulnera la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción (arts. 18 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional; art. 8, inc. 1, de la Convención Americana de Derechos Humanos). Por tal motivo, se declaró la invalidez constitucional de ese artículo y se concedió el recurso directo.

Importa aclarar que no puedo estar más que de acuerdo con la declaración de inconstitucionalidad del art. 22 de la ley 22.802 (artículo según ley 26.993), en cuanto establece la exigencia del pago previo para recurrir a la Justicia, aunque no con la facilidad y rapidez con la que se sientan y modifican los criterios establecidos en los precedentes judiciales.

Para finalizar, me interesa puntualizar las siguientes conclusiones:

(i) El decreto de Lealtad Comercial no amplió ni redujo la jurisdicción federal, sino que mantuvo la establecida en la ley 22.802 y sus modificatorias, es decir, el fuero federal. Tampoco creó una Cámara Federal, sino que determinó la competencia de una Cámara federal ya existente y en funcionamiento. En este sentido, parece razonable la atribución de competencia a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal efectuada por el PEN a través del art. 53 del decreto de Lealtad Comercial.

(ii) La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal es competente en razón de la materia para entender en las causas que involucran al decreto de Lealtad Comercial y es deseable que sea la misma Cámara la que entienda en los recursos directos previstos en el decreto de Lealtad Comercial, la LDC y las leyes que regulan la propiedad industrial e intelectual. Estos regímenes están pensados para asegurar el correcto funcionamiento de una economía de mercado, cada uno con las particularidades que le son propias.

(101) CS, “Lapadu, Oscar E. c/ Estado nacional (Dirección Nac. de Gendarmería) s/ daños y perjuicios (acc. de trán. c/ les. o muerte)”, 23/12/2004, TR LALEY AR/JUR/13719/2004.

(102) CS, “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios”, 27/12/2012, TR LALEY AP/JUR/3471/2012.

(103) CS, “Caldeiro c/ EN - Mº Defensa - Ejército s/ daños

y perjuicios”, 30/4/2020.

(104) Cfr. consid. 4º.

(105) IBARLUCÍA, Emilio, “Control de oficio de constitucionalidad. Algunas precisiones sobre su procedencia”, *El Derecho* del 09/05/02.

(106) Art. 5 de la res. SCI 1/2020.

(107) Art. 2 de la res. SCI 283/2020.

(108) Art. 2 de la res. SCI 284/2020.

(109) Art. 2 de la res. SCI 569/2020.

(110) Art. 10 de la res. SCI 283/2021.

(111) Art. 16 del proyecto de ley CD 146-20.

(112) CNFed. Civ. y Com., sala III, “INC S.A. c/ Estado Nacional - Ministerio de Desarrollo Productivo - Secretaría de Comercio s/ recurso de queja CNDC”, 12/5/2021.

(113) CNFed. Civ. y Com., sala III, “Jumbo Retail Argentina S.A. c/ Estado Nacional - Ministerio de Desarrollo Productivo - Secretaría de Comercio s/ apelación de resolución administrativa”, 06/08/2021, TR LALEY AR/JUR/116177/2021.

(114) CNFed. Civ. y Com, sala I, “INC S.A.s/ recurso de queja”, 11/5/2021.

(iii) Sin perjuicio de que podría entenderse que el art. 53 del decreto de Lealtad Comercial es una norma dictada por el PEN en ejercicio de una potestad reglamentaria, razones elementales de seguridad jurídica establecen la necesidad (y obligación) de que las Cámaras del Congreso Nacional se aboquen de oficio al tratamiento de este decreto y se expidan sobre su validez o invalidez constitucional. En tal sentido, y como alternativa a un remedio tan gravoso como lo es la declaración de inconstitucionalidad, el Poder Judicial podría requerir al Congreso de la Nación que lo trate, fijando-

se un plazo bajo el apercibimiento que corresponda.

(iv) No parecería prudente la declaración de inconstitucionalidad del art. 53 del decreto de Lealtad Comercial sin antes contar con un pronunciamiento de ambas Cámaras del Congreso Nacional, ya que tal declaración podría involucrar un conflicto de poderes que tendría que resolver la Corte Suprema.

(v) El efecto de la declaración de inconstitucionalidad podría implicar un caso de

gravedad institucional pues no se limita a un conflicto entre particulares, sino que pone en crisis la instancia judicial revisora de numerosas normas que regulan el comercio interior y la competencia en los mercados. El interés público se ve comprometido en el decreto de Lealtad Comercial. Por lo tanto, parece aconsejable que se evalúe pormenorizadamente las consecuencias que se podrían derivar de tal declaración. La obligación de las autoridades públicas de proveer a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados alcanza a todos los poderes del Estado, incluido el Poder Judicial.

(vi) Muchos argumentos podrían ensayarse para explicar (y lamentar) la falta de efectividad de nuestras leyes de competencia, pero no hay dudas de que la prolongada indefinición del fuero competente en los recursos directos de apelación fue una de ellas. Conociendo de antemano la experiencia que tuvo lugar bajo la ley 25.156 en este aspecto, sería un enorme despropósito repetirla.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2618/2021

Texto completo de fallo de p. 5

2ª Instancia.- Buenos Aires, 14 de abril de 2021.

Considerando:

El doctor *Alfredo Silverio Gusman* dijo:

I.- Por medio de la resolución apelada el Sr. Subsecretario de Comercio Interior aplicó la sanción de multa a la firma COTO CICSA por la suma de pesos doscientos cincuenta mil (\$250.000). Para decidir así la autoridad administrativa ponderó que en el local inspeccionado de esa firma se exhibía el producto Miel de Abejas marca “Néctar de los Dioses” de contenido neto CUATROCIENTOS SETENTA Y CINCO GRAMOS (475 gr.) mientras que el cartel exhibidor de precios del referido producto detallaba que tenía un contenido neto de QUINIENTOS GRAMOS (500 gr.), lo cual contradice los términos del art. 9 de la ley n° 22.802, toda vez que mediante inexactitudes se puede inducir a error, engaño o confusión al consumidor respecto del real contenido neto del producto.

II.- La empresa COTO se agravio porque, sostiene, el acto sancionatorio es nulo toda vez que no se sustenta en los hechos y antecedentes que le sirven de causa y en el derecho aplicable, según los términos del art. 7, inc. b) de la ley de procedimientos administrativos. Agregó que la supuesta infracción, de naturaleza formal, tiene como única causa una errónea observación de los rótulos correspondientes a los productos inspeccionados, toda vez que este cumple acabadamente con todas las exigencias legales para su publicación.

Explicó que la información incluida en el cartel exhibidor no es inexacta en tanto detalla las características del producto comercializado, identificando claramente el mismo, sin perjuicio de lo cual aclaró que el fabricante “Néctar de los Dioses” brindó una información errónea a Coto Cicsa, ello considerando que de forma regular e ininterrumpida ha entregado el producto frasco de miel con un contenido neto de 500 gr.

Informó que, tras recibir el lote n° 26 del producto mencionado, junto con otros lotes del mismo producto y con disímiles pesos —todos ellos con un contenido neto de 500gr.— no fue posible que su mandante identificara esta sutil diferencia en el contenido de los frascos, máxime cuando es un deber del fabricante informar a Coto Cicsa dicha modificación a fin de evitar posibles confusiones con respecto al peso del mismo, conforme la política de comercialización existente entre ambas empresas.

En ese sentido, destacó que “Néctar de los Dioses” emitió una nota exponiendo el error en la comunicación en el cual incurrió dicha empresa, al no informar a Coto Cicsa la modificación en el contenido neto

del producto entregado en el lote n° 26. Por lo tanto, afirmó, nada tiene de confusa o engañosa la forma en que son informadas las características de los productos y que, a todas luces, Coto Cicsa ha procurado incluir la totalidad de la información necesaria para no prestar a engaño o confusión a los consumidores.

Por otra parte, criticó el monto de la multa de \$250.000, por irrazonable, alto y desproporcionado. Explicó que es desproporcionado en función de la pequeña infracción formal y la falta de fundamentación de la sanción, por la justificación emitida por la empresa fabricante del producto. Por ello, solicitó que se reduzca la sanción, graduándola de acuerdo a la falta formal reprochada.

III.- En primer lugar, es cierto que, de las constancias de la causa surge que la actora no cumplió con su deber de consignar de manera exacta el contenido neto del producto en el cartel exhibidor de la sucursal inspeccionada (confr. fs. 1/2), en tanto el cartel agregado a fs. 2 informa al público que el frasco contiene 500gr. pero el recipiente conteniendo miel a la venta, informa que tiene 475gr. (cfr. fs. 1).

Por otra parte, el Tribunal no desconoce el texto del artículo 9° de la ley 22.802 que dispone que: “Queda prohibida la realización de cualquier clase de presentación, de 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”.

Del texto de la norma surge que el cartel exhibidor correspondiente al producto expendido debe ser autosuficiente, de manera que por su intermedio el potencial consumidor pueda informarse no solo de su costo, sino también —en el caso particular de autos— sobre la cantidad o peso del producto, sin necesidad de recurrir a otros medios ni de tener que contar con acceso a Internet (en igual sentido, confr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, *in re* “Wal-Mart. Argentina SRL c/ DNCI s/ Defensa del consumidor —ley 26361— art 35”, sent. del 20/11/14 y causa 63.976/14 del 30.6.15).

En ese mismo sentido, se ha señalado que es deber de quien comercializa arbitrar todos los medios necesarios a fin de que la información sea exacta (cfr. esta Cámara, Sala 2, causa 8104/19 del 30.9.2019; 8439/19 del 9.12.2019 y sus citas, entre muchas otras), evitando que los consumidores sean inducidos a error o falsedad en la adquisición de mercaderías o la contratación de servicios, protegiéndose —de este modo—, el derecho de aquellos a una información adecuada, completa y veraz

en relación al consumo (artículo 42 de la Constitución Nacional).

IV.- Ahora bien, la apelante explica que se trató de una infracción menor, de naturaleza formal y que —en realidad— fue provocada por la firma fabricante del producto, que modificó el tamaño del frasco, variando la cantidad del producto vendido, sin informarle adecuadamente tal cambio a los efectos de realizar las correcciones pertinentes en los carteles exhibidores.

Esta defensa fue demostrada por intermedio de una carta emitida por la propia firma fabricante del producto en cuestión, “Néctar de los Dioses” (cfr. fs. 10/11) en la cual explica que “debido a un error involuntario de producción, la referencia EAN#7798181480416, frasco 475 gr. Miel “Néctar de los Dioses”, correspondiente al Lote 26 y en virtud de ser un error de comunicación, parte de nuestro plan de mejora continua adoptado, fue despachado a la cadena COTO CICSA, con un rótulo distinto al anunciado en las góndolas —Frasco 500 gr. - Miel “Néctar de los Dioses”—, sin haber dado el aviso previo de dicha modificación a la Cadena. A partir del acta de referencia, se procedió a solicitar la modificación de la información exhibida en las tiendas, a fin de evitar posibles confusiones de los consumidores con respecto al peso de producto mencionado”. Agregó que “somos una PyME que está creciendo día a día y cualquier sanción económica que se tome con nosotros o con la firma COTO CICSA en relación a esta acta, afectaría directamente a nuestra economía y el desarrollo de las tareas normales de nuestra empresa”. Finalizó señalando que “se trata de un error involuntario y que es parte de los errores vinculados a la evolución y mejora continua que estamos desarrollando desde nuestra creación en el 2012.” y que “se considere este hecho como ÚNICO y AISLADO, teniendo en cuenta que no tenemos antecedentes de faltas en relación a este tema...”.

Como se observa, el propio fabricante asumió la responsabilidad y explicó que existió un error en la provisión y rotulamiento del producto, lo cual condujo a la colocación de un cartel exhibidor con el peso del frasco de miel con una mínima diferencia respecto de la real. También impresiona favorablemente el hecho de que la fabricante afirme con énfasis que se trató de un hecho único aislado y manifestó su decisión de solucionar y enmendar dichas fallas en lo sucesivo.

V.- El Tribunal no pierde de vista que la falta sancionada en el art. 9 de la ley Nro. 22.802 es de carácter formal y su verificación supone por sí la responsabilidad del infractor, sin que requiera la producción de un daño concreto sino simplemente “pura acción” u “omisión”.

Sin embargo, las particularidades de este caso y la evidencia reunida (en particular

la nota del productor “Néctar de los Dioses” obrante a fs. 10 de estas actuaciones), obligan a profundizar el análisis sobre el principio de culpabilidad en las sanciones administrativas.

Las normas que contienen dispositivos como el régimen de lealtad comercial, cuando regulan que el incumplimiento, con independencia de si medió lesión a algún bien jurídico, constituye infracción, no necesariamente implican que se esté aplicando la regla de la responsabilidad objetiva. Está disponiendo un nivel de diligencia que incluye el conocimiento y el cumplimiento de esa prohibición (cfr. Huergo Lora, Alejandro, “Las Sanciones Administrativas”, Ed. Iustel, pág. 391).

La autoridad de aplicación, al producirse los hechos descriptos en la norma, no está obligada a probar el elemento subjetivo en la conducta del autor, bastando la omisión negligente en que incurra el infractor, que configura el elemento subjetivo requerido para la constitución del tipo. Empero, la admisión de estas reglas, debe llevar a reconocer ciertas limitaciones. En definitiva, el principio de culpabilidad se reconduce a la diligencia exigible en el conocimiento de las normas y, vinculado a este asunto que motiva la intervención del Tribunal, a que el imputado tenga la posibilidad real y efectiva de ajustar la conducta individual a los mandatos de las normas jurídicas. Y, el presunto infractor, puede alegar —como lo hizo en autos— causales absolutorias que derrumban la imputación.

En cuanto a la diligencia exigible, se trata del conocimiento normal y razonable del sujeto frente al evento en que se halló, es decir, que la persona proceda con la prudencia que la situación requería. Incumbe entonces al presunto infractor la demostración de la concurrencia, como factor determinante en la configuración del tipo, de otras circunstancias ajenas a su voluntad y que no estuvo a su alcance controlar (cfr. Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, 27-3-2003, “Iochpe Maxion Argentina”).

VI.- Una vez sentadas las pautas con que debe analizarse la situación de la sancionada, releyendo la constancia analizada en el Considerando IV, el Tribunal estima que la defensa ensayada por la encartada a fs. 80/81 debe ser admitida. En efecto, “Néctar de los Dioses” asume la total responsabilidad por la diferencia de peso advertida, formulando una suerte de descargo “motu proprio”, indicando que el envase fue despachado por esa empresa a Coto, con un rótulo distinto, sin dar aviso previo a la sancionada.

Dicho elemento de juicio, que el Tribunal estima como relevante, no es siquiera considerado o al menos mencionado en la motivación del acto administrativo que se impugna en estos autos.

No es real lo manifestado en el responde de la representación estatal respecto a que la autoridad sancionadora “ha tenido en cuenta todas y cada una de las cuestiones suscitadas en autos” (ver escrito de fs. 127). Por cierto, esa defensa, que finca en la constancia probatoria de marras, tampoco fue replicada por la representación estatal, más allá de algunas manifestaciones generales.

La pregunta a responder, a esta altura, es si estaba al alcance de Coto detectar con la diligencia exigible a quien tiene a su cargo la cadena de comercialización, una diferencia de 25 gramos en el peso de un producto. El Tribunal no considera aceptable lo indicado en uno de los considerandos del acto administrativo impugnado en punto a que se trató de una diferencia “...advertible a simple vista...” (fs. 25). Tampoco parece factible, o al menos razonable, exigir que el supermercadista pese uno por uno los productos que le ingresan para su expendio en forma previa a su colocación en góndola para asegurar la exactitud de lo informado en el rótulo, teniendo en cuenta que en autos se acreditaron razones acerca de la mínima diferencia de peso detectada, que no son atribuibles a la sancionada.

Por las razones expuestas, el Tribunal juzga que debe anularse la sanción impuesta en autos a Coto Cicsa.

VII.- La solución adoptada por este Tribunal encuentra respaldo en algunos precedentes jurisprudenciales. La propia Corte Suprema, en un asunto aduanero, admitió la exclusión de la responsabilidad de quién había sido sancionado si durante el proceso se acreditó que los faltantes o sobrantes de bienes deben razonablemente ser atribuidos a la esfera de responsabilidad de otros sujetos (como el transportista o el depositario) que intervienen en operaciones previas a la solicitud de destinación (conf. Fallos: 325:786). También en materia de concesión de servicios públicos de electricidad, la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal revocó una sanción impuesta por el regulador a un transportista en alta tensión por líneas fuera de servicio, al ponderar que las fallas no se originaron en instalaciones bajo su control, sino en las de la generadora y eran atribuibles a otro transportista indeterminado (Sala III, 15-4-2004, “Transener”).

VIII.- En función de lo expuesto debe anularse la Disposición de la Subsecretaría de Comercio Interior nro. 130/18 del 23.11.2018 (cfr. fs. 44/47) por vicio en su objeto, motivación y causa. En cuanto a las costas, dada alguna complejidad del asunto, no parece adecuado que sean abonadas en su integridad por la demandada. Haciendo mérito de la segunda parte del art. 68 del Código Procesal, la autoridad sancionatoria abonará el 75% de los gastos generados, mientras que la parte actora recurrente sufragará el resto.

El doctor *Fernando A. Uriarte* dijo:

1.- Adhiero al relato de antecedentes efectuado en los considerandos I. y II. del voto de mi distinguido colega *Alfredo Silverio Gusman*, mas entiendo —por los motivos que seguidamente expondré— que este Tribunal no resulta competente para abocarse al estudio del recurso directo de apelación interpuesto contra la Resolución n°344/2019, emitida por el Secretario de Comercio Interior el 18/7/19 (cfr. fs. 55/59).

Al respecto, debe ponerse de relieve que la ley 22.802 (con las modificaciones introducidas por la ley 26.631, arts. 35 y 36) establece que “toda resolución condenatoria podrá ser recurrida solamente por vía de apelación ante la Cámara Nacional de Ape-

laciones en lo Contencioso Administrativo Federal o ante las cámaras federales de apelaciones competentes, según el asiento de la autoridad que dictó la condena”.

Ahora bien, el art. 53 del decreto 274/2019 modificó la ley 22.802 ordenando que, en lo sucesivo, “toda resolución sancionatoria podrá ser impugnada solamente por vía de recurso de apelación ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal...”.

Surge así que un decreto dictado por el Poder Ejecutivo Nacional introdujo una sustancial modificación a las previsiones de una ley sancionada por el Congreso de la Nación, en lo que aquí interesa, atribuyendo competencia a ciertos jueces de la Nación para conocer en determinadas controversias.

2.- En función de lo expresado, cabe recordar que el Congreso Nacional no solo crea, modifica o suprime los tribunales, sino que también establece cómo se integran, les fija el ámbito de su jurisdicción (competencias en razón de materia, personas y lugares) y sanciona las normas procesales para que puedan actuar y ejercer las funciones que les competen, ello en ejercicio de las facultades absolutas y excluyentes que le confieren los arts. 75, inc. 20 y 116 de la Constitución Nacional. Solo él tiene la atribución exclusiva de crear, modificar y suprimir tribunales del Poder Judicial de la Nación. El Poder Ejecutivo no puede hacerlo bajo ningún concepto, salvo su derecho a vetar las leyes respectivas (conf. Ekmekdjian, M.A., “Tratado de Derecho Constitucional”, Tomo IV, Ed. Depalma, Bs. As., 2001, pág. 593; esta Cámara, Sala 2, causa 2908/03 del 21.12.06).

Así, se ha sostenido que la jurisdicción federal está atribuida a los órganos del poder judicial del estado federal por los arts. 116 y 117 de la Constitución, y regulada en diversas leyes. Es limitada y de excepción, lo que quiere decir que solo se ejerce en los casos que la constitución y las leyes reglamentarias señalan. En términos generales, cabe afirmar que la jurisdicción federal admite que la ley del congreso regule los casos de su competencia, sin que se oponga a ello la generalidad de los términos del art. 116, atento a que el art. 75 inc. 20 presupone que la organización de los tribunales federales por ley del congreso incluye la de atribuirles jurisdicción y competencia. En virtud del carácter limitado, privativo, excluyente e improrrogable de la jurisdicción federal, la incompetencia de sus tribunales puede y debe declararse de oficio. De la correlación entre los distintos caracteres de la jurisdicción federal infiero que las causas de su competencia quedan sujetas a reglamentación razonable por ley del congreso (conf. Bidart Campos, G.J., “Manual de la Constitución Reformada”, Tomo III, Ediar, Bs. As., 2001, pág. 458/459, n° 6 y 8; las cursivas son del original”).

También se ha dicho que la facultad de prescribir excepciones al fuero federal no lleva consigo la de ampliarlo, puesto que —como ha dicho la Corte— las leyes que dicta el Honorable Congreso no pueden acordar a los tribunales federales una jurisdicción más extensa que la conferida por la Constitución, pudiendo si restringirla (conf. Gondra, J.M., “Jurisdicción Federal”, Edición de la Revista de Jurisprudencia Argentina S.A., Bs. As., 1944, pág. 29, n° 3, con cita de Fallos 126:325).

De ello se deriva que si el propio Congreso, órgano que ostenta —como se dijera— la facultad exclusiva de fijar los ámbitos de jurisdicción y competencia de los tribunales, no puede *a priori* ampliar sin más la jurisdicción federal, menos aún podrá hacerlo el Poder Ejecutivo mediante un

decreto que modifica la competencia atribuida por el Poder Legislativo a otro fuero. Ello así, pues incurriría en una extralimitación de sus facultades ajena al estrecho marco constitucional que delimita sus excepcionales atribuciones legislativas, concernientes por naturaleza al Congreso en virtud del principio de división de poderes del sistema republicano consagrado en la Carta Magna.

Por último, la Corte Suprema ha dicho que “la competencia, en todos los casos, depende exclusivamente del carácter de la disposición legal y que el Congreso no puede alterar ese principio por vía de reglamentación (conf. “Jurisdicción Federal”, Jorge M. Gondra, Edición de la Revista de Jurisprudencia Argentina S.A., año 1944, página 67). Así también lo ha establecido el Tribunal en reiteradas ocasiones al sostener que el presupuesto necesario para la procedencia del fuero de excepción, estriba en que el derecho que se pretende hacer valer esté directa e inmediatamente fundado en un artículo de la Constitución Nacional, de una ley federal, o de un tratado (Fallos: 310:1495 y 311:1900, entre otros)” (conf. CSJN, Fallos 326:4530).

En esa inteligencia, se advierte que el art. 53 del decreto 274/19 —en cuanto atribuye competencia en materia recursiva a este fuero— excede las facultades que constitucionalmente tiene asignadas el Poder Ejecutivo, habida cuenta de que este no puede a través de un decreto arrogarse atribuciones privativas del Congreso Nacional (conf. esta Cámara, Sala 2, causa 2908/03 citada).

3.- En otro orden de ideas, corresponde abocarse al análisis de la validez constitucional del art. 53 del DNU 274/2019.

A tal efecto, conviene efectuar previamente una breve reseña a la luz de los precedentes de la Corte Suprema —intérprete final de la Constitución Nacional— en torno a los requisitos de procedencia de este modo excepcional de creación normativa.

A modo de introito, cabe apuntar que el artículo 99 de la Constitución Nacional —que enumera atribuciones del Poder Ejecutivo—, dispone en su inciso 3° que no podrá este “en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo”, y “Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de Gabinete de Ministros”.

De todos modos, la veda legislativa impuesta al presidente por la norma citada en el párrafo precedente, opera como un control más que pueden emplear tanto el Congreso cuando examina la procedencia del decreto de urgencia, como la Corte Suprema cuando hace lo propio ante caso y agravio concreto. En el país, con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, los decretos de necesidad y urgencia proponían una serie de conflictos constitucionales, principalmente en lo referido a la legitimidad de dichas prácticas. Ello así, dado que la norma constitucional no establecía expresamente esas atribuciones, aunque parte de la doctrina entendió que se trataba de facultades implícitas. La habitualidad con que se recurría a este modo excepcional de creación normativa, empero, para solucionar crisis económicas y sociales y para resolver disputas del Ejecutivo con el Congreso, centró la perspectiva

crítica ya no en su empleo reiterado, sino en la carencia de controles eficaces frente a su abuso. Consecuentemente, en la Convención Constituyente de 1994 se concedió al presidente la competencia para dictar decretos de necesidad y urgencia fijándose, al mismo tiempo, una serie de controles sustantivos y de procedimiento que implicaron límites no siempre muy precisos para su dictado, pero cuya finalidad fue la de acotar su uso (conf. Gelli, M.A., “Constitución de la Nación Argentina- Comentada y Concordada”, Quinta Edición Ampliada y Actualizada, Tomo II, Thomson Reuters-La Ley, 2018, págs. 438 y 439).

En primer lugar, y con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, cabe destacar la doctrina que emana de lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* “Peralta, Luis Arcenio y otro c. Estado Nacional, Ministerio de Economía, Banco Central s/ amparo”, del 27 de diciembre de 1990 (conf. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 313:1513), donde se convalidaron jurisprudencialmente los Decretos de Necesidad y Urgencia, aún sin haber sido estos previstos en la Constitución Nacional, ejerciendo la Corte un control judicial de la emergencia que justificaba su dictado (en el caso, el decreto fue convalidado teniendo en cuenta el “grave riesgo social” que daba lugar a la norma), aunque en dicho precedente se soslayó en gran medida el ejercicio del control por el Poder Legislativo, entendiendo procedente la convalidación tácita por su parte —esto es, el no dictado de una ley contraria, pudiendo hacerse—.

Sin embargo, con posterioridad a la reforma del año 1994, el 17 de diciembre de 1997, en el caso “Rodríguez” (conf. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 320:2851), el Alto Tribunal pareció invertir el criterio emanado del fallo “Peralta” en cuanto a la intensidad de los controles que competen a uno y otro poder. Estableció allí que existe una atribución excluyente del Poder Legislativo en lo atinente al control de los Decretos de Necesidad y Urgencia, en tanto que el Poder Judicial puede ejercer algún control de mediar agravio concreto. Se observa en el fallo un debilitamiento del control ejercido por parte del Poder Judicial con relación a los DNU, evaluándose en el caso citado —en *obiter dicta*— los requisitos formales para su procedencia y la materia sobre la cual versaba —esto es, si se encontraba o no dentro de las vedadas expresamente por la Carta Magna—, mas sin hacer un análisis de la situación de emergencia como en el fallo analizado en el párrafo precedente.

Luego, se dictó el fallo “Verrocchi” (del 19 de agosto de 1999, conf. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 322:1726). La doctrina que deriva del caso viene a restablecer el vigor del control de constitucionalidad de los Decretos de Necesidad y Urgencia, fijando, en lo que aquí interesa, una serie de pautas para el análisis de procedencia de tal excepcional facultad del Poder Ejecutivo. En el considerando 9° del voto de la mayoría se estableció que “para que el Poder Ejecutivo pueda ejercer legítimamente facultades legislativas que, en principio, le son ajenas, es necesaria la concurrencia de alguna de estas dos circunstancias: 1) Que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, vale decir, que las cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, como ocurriría en el caso de acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen su reunión o el traslado de los legisladores a la Capital Federal; o 2) que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trá-

mite normal de las leyes. [Por ende](...) corresponde al Poder Judicial el control de constitucionalidad sobre las condiciones bajo las cuales se admite esa facultad excepcional, que constituyen las actuales exigencias constitucionales para su ejercicio. Es atribución de este Tribunal en esta instancia evaluar el presupuesto fáctico que justificaría la adopción de decretos de necesidad y urgencia (conf., con anterioridad a la vigencia de la reforma constitucional de 1994, Fallos: 318:1154, considerando 9º) y, en este sentido, corresponde descartar criterios de mera conveniencia ajenos a circunstancias extremas de necesidad, puesto que la Constitución no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto”.

Como puede advertirse, la Corte Suprema lleva a cabo un control amplio e intenso, examinando el cumplimiento del debido proceso sustantivo y adjetivo, analizando la razonabilidad de la medida y exigiendo motivación concreta en los hechos y las circunstancias que habrían impulsado la sanción de los decretos (conf. Gelli, M.A., ob. cit., pág. 450).

Las pautas sentadas en el fallo “Verrochi” fueron replicadas más acá en el tiempo, en el considerando 13º de “Consumidores Argentinos c/ EN - PEN - Dto. 558/02 - SS - Ley 20.091 s/ amparo ley 16.986” del 19 de mayo de 2010 (conf. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 333:633). A su vez, en el considerando 11º el Máximo Tribunal dispuso que, si “en ejercicio de esa facultad de control ante el dictado por el Congreso de leyes de emergencia, [la Corte] ha verificado desde el precedente de Fallos: 136:161 (“Ercolano”) la concurrencia de una genuina situación de emergencia que imponga al Estado el deber de amparar los intereses vitales de la comunidad —esto es, corroborar que la declaración del legislador encuentre “debido sustento en la realidad” (Fallos: 172:21 —“Avico”—; 243:449 —“Nadur”—; 313:1638 —“Videla Cuello”—; 330:855 —“Rinaldi”—, entre muchos otros) con mayor razón debe ejercer idéntica evaluación respecto de las circunstancias de excepción cuando ellas son invocadas unilateralmente por el Presidente de la Nación para ejercer facultades legislativas que por regla constitucional no le pertenecen (arts. 44 y 99, inciso 3º, párrafo 2º, de la Constitución Nacional)” y “En este aspecto, no puede dejar de advertirse que el constituyente de 1994 explicitó en el art. 99, inc. 3º, del texto constitucional estándares judicialmente verificables respecto de las situaciones que deben concurrir para habilitar el dictado de disposiciones legislativas por parte del Presidente de la Nación. El Poder Judicial deberá entonces evaluar si las circunstancias invocadas son excepcionales, o si aparecen como manifiestamente inexistentes o irrazonables; en estos casos, la facultad ejercida carecerá del sustento fáctico constitucional que lo legitima” (ver, en igual sentido, Corte Suprema de Justicia de la Nación, in re “Asociación Argentina de Compañías de Seguros y otros c/ Estado Nacional -

Poder Ejecutivo Nacional s/ nulidad de acto administrativo”, del 27/10/2015, Fallos 338:1048, considerando 5º y ss.).

En atención al análisis jurisprudencial desarrollado precedentemente, teniendo en cuenta las pautas establecidas por el Tribunal Supremo allí explicitadas, habrá que abocarse, entonces, y en base a estas, al análisis de la procedencia o improcedencia del ejercicio por parte del Poder Ejecutivo en el caso de las excepcionales facultades legisferantes que le confiere el inciso 3º del artículo 99 de la Constitución Nacional, en lo tocante al art. 53 del DNU en cuestión.

A dichos efectos, considero oportuno principiar evaluando si se da en el caso la concurrencia de los presupuestos fácticos de excepción que habilitarían el uso de tal singular y restringida atribución por parte del Poder Ejecutivo y si estos han sido debidamente fundados, por lo que corresponde remitirse, en primer término, a los fundamentos dados en el decreto impugnado en cuanto a la existencia del estado de necesidad y urgencia como sostén del dictado de la norma en lo que aquí atañe.

En la motivación del decreto, el Poder Ejecutivo sostuvo, en lo que aquí interesa, que “(...) las medidas (...) descriptas deben ser tomadas en tiempo oportuno, de modo que contribuyan eficazmente al ejercicio del derecho previsto en el artículo 42 de la Constitución Nacional, así como al mejoramiento de las relaciones entre consumidores, usuarios y proveedores de bienes y servicios” (considerando 19) y que “(...) Que la urgencia en la adopción de la presente medida hace imposible seguir los trámites ordinarios previstos en la Constitución Nacional para la sanción de las leyes” (considerando 20).

Con base en tales argumentos, el Poder Ejecutivo consideró que se configura una situación crítica que ameritaba la adopción de medidas urgentes y derogó la ley 22.802 y sus modificatorias. Ahora bien, resulta de particular relevancia el hecho de que los escuetos considerandos formulados por el Poder Ejecutivo en el DNU 274/2019 enderezados a sustentar la urgencia que justificaría el dictado del decreto, citados en el párrafo precedente, refieren —exclusivamente— al contenido de la Ley de Defensa de la Competencia, mas no se dedicó una sola línea a explicitar las razones o circunstancias que brindan sustento a las modificaciones en la atribución de competencias que dispone, invadiendo —como se dijera *ut supra*— facultades que son reservadas al Congreso de la Nación.

En esa inteligencia, ante la ausencia de motivación suficiente por parte del Poder Ejecutivo para ejercer en la cuestión de la distribución de las competencias de los Tribunales Federales que nos convoca la facultad legislativa que con rigurosa excepcionalidad le confiere la Constitución Nacional, y en base al análisis de las pautas fijadas en la materia por la Corte Suprema, no cabe más que concluir que, no habiéndose acreditado las singulares circunstancias que habilitarían el dictado de la norma impugnada —esto es, la existencia de nece-

sidad y urgencia debidamente fundada—, el Tribunal entiende que el artículo 53 del DNU 274/2019 resulta inconstitucional.

4.- Es oportuno recordar aquí que la Corte Suprema tiene decidido que “es una potestad y un deber de los jueces declarar de oficio la inconstitucionalidad de una norma jurídica en los casos concretos sometidos a su conocimiento (conf. “Causa Banco Comercial de Finanzas -en liquidación Banco Central de la República Argentina- s/ quiebra” del 19.8.04; ver A. Gordillo, “La progresiva expansión del control de constitucionalidad de oficio”, en L.L., t. 2004-E, pág. 1231 y sus numerosas citas de doctrina y jurisprudencia)” (conf. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 328:2056 y 327:3117; esta Cámara, Sala 2, causa 2908/03 y esta Sala, causa 2494/16 del 27.8.19).

5.- Por otra parte, también debe recordarse que la Corte Suprema de Justicia de la Nación sentenció que las leyes sobre procedimiento y competencia son de orden público y que, por consiguiente, las nuevas que se dicten, aun en caso de silencio de aquellas, se aplican de inmediato, incluso a las causas pendientes, siempre que no importen privar de validez a los actos procesales cumplidos o dejen sin efecto lo actuado de conformidad con las leyes anteriores (conf. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos: 317:499; 324:2338; 327:5496; 329:5187 y 5686), ello en la medida en que la facultad de cambiar las leyes procesales es un derecho que pertenece a la soberanía y no existe derecho adquirido a ser juzgado por un determinado procedimiento, pues tales leyes son de orden público (conf. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos: 306:2101; 313:542; 320:1878).

Ahora bien, corresponde poner de relieve que siempre el Máximo Tribunal se refirió al supuesto de leyes —en el sentido formal y sustancial— sancionadas por el Congreso Nacional, que modifican la competencia de los Tribunales, y no al supuesto de decretos dictados por el Poder Ejecutivo Nacional.

En esa inteligencia, considero que un decreto reglamentario no puede alterar o modificar la competencia de los Tribunales, cuando la misma ha sido previamente fijada por una ley de la Nación, por los argumentos vertidos precedentemente.

Por todo lo hasta aquí expuesto, voto por declarar la incompetencia de este Tribunal para entender en autos, atribuyendo su conocimiento a la Cámara Nacional de Apelación en lo Contencioso Administrativo Federal.

Voto del doctor *Guillermo Alberto Antelo*:

I.- Mediante la Disposición nro. 130/2018 del 23.11.2018 impugnada el Subsecretario de Comercio Interior le aplicó a Coto C.I.C.S.A (“Coto”) la multa de \$ 250.000 por considerar que había incurrido en la conducta prohibida en el artículo 9 de la ley 22.802 de Lealtad Comercial. Tuvo en cuenta que, de acuerdo con el acta de inspección n° 002814 labrada el 15 de junio

de 2016 en el local de dicha firma ubicado en Avenida San Juan ... de esta Ciudad, se había constatado que el producto miel de abeja marca “Néctar de los Dioses” —cuyo contenido neto era de 475 grs.— estaba publicitado en góndola con un contenido neto superior al real, eso es con 500 grs. (confr. fs. 1/2).

II. Contra tal sanción Coto interpuso el recurso previsto en el artículo 22 de la ley 22.802 (fs. 49/92 cit.) exponiendo los agravios que se sintetizan a renglón seguido.

i) la sanción es nula, en los términos del artículo 7 inciso b) de la ley de procedimientos administrativos por carecer de motivación (fs. 57);

ii) también es nula por vicio en el objeto y en la finalidad del acto (fs. 59);

iii) la multa es arbitraria por ser desproporcionada con la conducta relevada por la autoridad. Pide en subsidio de la revocación que se la reduzca (fs. 61 y ss.).

Coto sostiene que la información incluida en el cartel exhibidor de precios no es inexacta en los términos de la ya citada norma, que versa sobre las características del producto comercializado; y que fue el fabricante “Néctar de los Dioses” quien consignó un peso neto equivocado de la unidad después de haber enviado partidas con un peso unitario de 500 grs. Adujo que, en todo caso, la falta no le es imputable a ella como distribuidora ya que obró con la diligencia que exigía el caso.

III. Ante todo, cabe observar que el apelante no fundó la habilitación de esta Cámara para revisar el acto administrativo sancionatorio ya que omitió examinar el decreto 274/2019 (recurso, fs. 49/50). Aunque el suscripto ha revisado multas en expedientes similares (v.gr. Sala III, causa n° 7208/2019 del 5 de diciembre de 2019), el voto del doctor *Fernando A. Uriarte* ha motivado un nuevo estudio de la competencia en esta materia. En atención a ello, corresponde adherir al voto del distinguido colega, declarar la inconstitucionalidad del artículo 53 del DNU 274/2019 y, por consiguiente, la incompetencia del Tribunal para entender en el presente caso atribuyéndole la potestad revisora a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, ello con sustento en los fundamentos expuestos en el voto referido, a los que conviene remitir por razones de brevedad.

En virtud de lo expuesto, por mayoría, este Tribunal *resuelve*: declarar la inconstitucionalidad del artículo 53 del DNU 274/2019 y, por consiguiente, la incompetencia del Tribunal para entender en el presente caso, atribuyéndole la potestad revisora a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.

Regístrese, notifíquese a las partes y al Fiscal General, publíquese y devuélvase. — *Alfredo S. Gusman*. — *Fernando A. Uriarte*. — *Guillermo A. Antelo*.