

“La competencia federal en el recurso directo previsto en el Decreto 274/19 de Lealtad Comercial. Comentario sobre un cuestionable precedente de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal”

por Marcos F. L. Nazar Anchorena¹

“Los jueces no pueden estudiar todos los detalles de las causas en cada una de las providencias 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

DECONOMI

Resumen

La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal resolvió declarar *de oficio* la inconstitucionalidad del artículo 53 del decreto 274/2019 de Lealtad Comercial y se declaró incompetente para entender en una causa iniciada, a partir de la detección de la exhibición en un supermercado del a Ciudad Autónoma de Buenos Aires de un producto cuyo contenido neto era

¹ Abogado, Universidad de Buenos Aires. Diploma de Honor. Master en Derecho y Economía (Universidad Torcuato Di Tella / Chicago-Kent College of Law, Illinois Institute of Technology, Chicago, Estados Unidos). Ex Director 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 de la Universidad de Buenos Aires.

inferior al publicitado en un cartel exhibidor del establecimiento, en violación al artículo 9 de la Ley 22.802. Dicha decisión resulta de gran relevancia en tanto colisiona con un importante número de antecedentes recientes, donde en al menos trece causas resueltas luego de la entrada en vigencia del decreto 274/2019, tres salas de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal se declararon incompetentes y atribuyeron la potestad revisora a la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal. El presente analiza el citado fallo y la competencia de la Cámara Civil y Comercial Federal para entender en la causa, respecto de la vigencia del artículo 53 del decreto 274/2019 de Lealtad Comercial, exponiendo los argumentos por los cuales la medida adoptada por el Poder Ejecutivo Nacional a través del citado artículo es razonable y consistente con el derecho vigente.

Abstract

The Federal Court of Appeals in Civil Commercial matters resolved ex officio the unconstitutionality of article 53 of Fair-Trading Decree No. 274/2019, and declared itself incompetent to intervene on the administrative proceedings initiated upon the detection of a product exhibited in a Supermarket in the Autonomous City of Buenos Aires, which net content was lower than advertised in a poster located in-store, in violation of article 9 of Law 22.802. Said decision is of great relevance as it collides with a significant number of recent precedents, where at least in thirteen previous cases the Court of Appeals in Administrative Federal matters stated its lack of competence and attributed the revision powers to the Federal Court of Appeals in Civil and Commercial matters. This paper analyzes the decision and the competence of the Federal Court of Appeals in Civil and Commercial matters to intervene in the case, in relation to the validity of article 53 of Fair-Trading Decree No. 274/2019, while exposing the arguments by which the measures adopted by the Executive through the aforementioned article is reasonable and consistent with law in-force.

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”² 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 apelación³ 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

DECONOMI

² CNACyCF, Sala I, “Coto Centro Integral de Comercialización S.A. s/ apelación de resolución administrativa” (expediente 2288/2020), del 14/4/21. La decisión puede ser consultada en la [página web del PJN](#)..

³ 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 artículo 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 aquél, 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”, Buenos Aires, Ed. RAP, 2008, p.148.

No. 7/2002, dictada por la entonces Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor.⁴

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.⁵ 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.

⁴ “Coto CISCESA s/ apelación de resolución administrativa”, expediente 11.984/19, del 1/09/2020; Estas causas son: “INC S.A. s/ apelación de resolución administrativa”, expediente 10.540/19, del 8/9/2020; “Coto CISCESA s/ apelación de resolución administrativa”, expediente 21.635/19, del 25/09/2020; y “Jumbo Retail Arg. S.A. c/ Estado Nacional s/ apelación de resolución administrativa”, expediente 8.114/19, del 13/10/2020. En todos los casos, las decisiones de la Sala I se adoptaron por mayoría.

⁵ Estas causas son: CNCAF, Sala I, “COTO CICSA c/ DNCI s/ Lealtad Comercial - Ley 22.802 - ART 22”, expediente 32340/2019 del 13/2/2020; CNCAF, Sala I, “COTO CICSA c/ DNCI s/ Defensa del Consumidor - Ley 22.802 - ART 9”, expediente 44326/2019, del 13/2/2020; CNCAF, Sala I, “Jumbo Retail Argentina S.A. c/ DNCI s/Lealtad Comercial - Ley 22.802 - ART 22”, expediente 28323/2019, del 13/2/2020; CNCAF, Sala I, “Jumbo Retail Argentina S.A. c/ DNCI s/Lealtad Comercial - Ley 22.802 - ART 22”, expediente 28559/2019, del 13/2/2020; CNCAF, Sala I, “Jumbo Retail Argentina S.A. c/ DNCI s/ Lealtad Comercial - Ley 22.802 - ART 22”, expediente 32870/2019 del 22/5/2020; CNCAF, Sala III, “Jumbo Retail Argentina S.A. c/ DNCI s/ Lealtad Comercial - Ley 22.802 - ART 22”, expediente 32871/2019, del 3/9/2019; CNCAF, Sala III, “Jumbo Retail Argentina S.A. c/ DNCI s/ Lealtad Comercial - Ley 22.802 - ART 22”, expediente 45929/2019, del 15/10/2019; CNCAF, Sala III, “INC S.A. c/ DNCI s/ Lealtad Comercial - Ley 22.802 - ART 22”, expediente 45173/2019, del 17/9/2019; CNCAF, Sala III, “COTO CICSA c/ DNCI s/ Lealtad Comercial - Ley 22.802 - ART 22”, expediente 30853/2019, del 10/7/2019; CNCAF, Sala IV, “COTO CENTRO INTEGRAL DE COMERCIALIZACION S.A. c/ DNCI s/ Lealtad Comercial - Ley 22.802 - ART 22”, expediente 32270/2019, del 13/8/2019; CNCAF, Sala IV, “La Papelera del Plata S.A. c/ DNCI s/ Lealtad Comercial - Ley 22802 - ART 22”, expediente 46159/2019, del 8/10/2019; y CNCAF, Sala IV, “The Collection S.A. s/ Lealtad Comercial - Ley 22802 - ART 22”, expediente 43561/2019/1, del 10/9/2019.

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 (la “Corte Suprema”), atento que estos tribunales carecen de un órgano superior jerárquico común (cfr. art. 24, inc. 7° del dec. 1285/58).⁶ Ello, no obstante lo dispuesto por el artículo 20, segundo párrafo, 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

⁶ CSJN, “José Mármol 824 (ocupantes de la finca) s/incidente de incompetencia”, sentencia del 12/6/2018, considerando 2.

reglamentaria⁷ 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.

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 exámen aún debe ser realizado por el Congreso Nacional y que debe estarse a las resultas del control legislativo.

⁷ 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 CONSTITUCIÓN NACIONAL y de los artículos 2º, 19 y 20 de la Ley N° 26.122.*”

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.⁸ 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 130/18,⁹ por medio de la cual aplicó a Coto S.A. una multa de \$250.000.¹⁰

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

⁸ 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.

⁹ Disposición N° DI-2018-130-APNSSCI#MPYT (dictada en el marco del EXP: S01:0260411/2016).

¹⁰ En el fallo se menciona a la Resolución SCI 344/19, lo que presumo es un error material involuntario. En el caso se trató de una disposición dictada por la SSCI.

encontraban abiertas, como es la que nos ocupa. En efecto, el segundo párrafo del artículo 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,¹¹ y no existe un derecho adquirido a ser juzgado por un determinado procedimiento.¹² 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

¹¹ Fallos: 317:499; 324:2338; 327:5496; 329:5187 y 5686.

¹² Fallos: 306:2101; 313:542; 320:1878.

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).¹³ 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 ésta debía ser remitida a la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal¹⁴. Es más, la fiscalía general, que

¹³ Cfr. dictamen del Fiscal General en lo Civil y Comercial Federal y en lo Contencioso Administrativo Federal del 3/9/2019.

¹⁴ El dictamen refiere expresamente al criterio expuesto 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 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

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 artículo 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 sólo se ve comprometido el interés individual de las partes y el conflicto no afecta derechos de la comunidad.

III. Los agravios

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.

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.

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 éstos 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 los mismos. Tampoco las partes plantearon la inconstitucionalidad del artículo 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 artículo 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 espacio 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*”.¹⁵

Asimismo, expresó que el Congreso Nacional no sólo 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 sólo 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”.¹⁶ 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

¹⁵ Cfr. Considerando 1º, párrafo 4 del voto del Dr. Uriarte.

¹⁶ Cfr. Considerando 5º, párrafo 3, del voto del Dr. Uriarte.

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”*.¹⁷

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 artículo 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

¹⁷ Cfr. Considerando 2°, párrafo 4, del voto del Dr. Uriarte.

los decretos de necesidad y urgencia, antes y después de la reforma constitucional de 1994, citando, entre otros, los fallos “Verrocchi”¹⁸ y “Consumidores Argentinos”¹⁹ y criticando el fallo “Rodríguez”²⁰. 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.²¹

Así, centrándose en los considerandos 19²² y 20²³ 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*”.²⁴

¹⁸ CSJN, fallos 322:1726.

¹⁹ CSJN, fallos 333:633.

²⁰ CSJN, 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 (Carlos Balbín, “La causa Rodríguez Jorge s/ cuestión de competencia”, en Tomás Hutchinson, *Colección de Análisis Jurisprudencial*, La Ley, p. 129.).

²¹ Cfr. Considerando 3, párrafo 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 éstos 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*”.

²² Considerando 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*”.

²³ Considerando 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*.”

²⁴ Cfr. Considerando 3°, párrafo 13, del voto del Dr. Uriarte.

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 artículo 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”²⁵ y “Simón”²⁶. 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”²⁷ y “Exos”²⁸.

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.

²⁵ CSJN, 19/8/2004 (Fallos 327:3117).

²⁶ CSJN, 14/6/2005 (Fallos: 328:2056).

²⁷ CNACCF, Sala II, “Luncheon Tickets S.A. s/ Apelación de Resolución CNDC”, expediente 2908/2003, sentencia del 21/12/2006. Sobre este fallo me detendré al tratar la experiencia que tuvo lugar bajo la ley 25.156.

²⁸ CNACCF, Sala I, “Exos S.A. c/ Operadora Ferroviaria Sociedad del Estado s/ Cobro de sumas de dinero”, expediente 2494/2016, sentencia del 27/8/19. 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.

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 artículo 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 sólo 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 aquéllos a una información adecuada, completa y veraz en 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 éste 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 resultados 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.²⁹ 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 ésta señala para el ejercicio de

²⁹ PALACIO, Lino E., “Manual de Derecho Procesal Civil Comercial”. Abeledo Perrot, p. 208.

la jurisdicción a su cargo.³⁰ 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 éste, 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) aún 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,

³⁰ ARAZI, Roland y ROJAS, Jorge, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Tomo I, Rubinzal Culzoni, p. 17.

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 causa³¹, 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 ésta 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.

³¹ “Pedraza, Héctor Hugo c/ ANSeS s/ acción de amparo, del 6/5/2014.

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 entender en 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 suficiente³² 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.

V.1 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:

³² CSJN, “Fernandez Arias Elena y otros c/ Poggio, José s/ sucesión”, sentencia del 19/9/1960.

V.1.1 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 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, inciso 3 de la Constitución Nacional.

En este sentido, el PEN, al dictar el Decreto, ejerció 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 costas 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 Gabinete³³ y sometido a la consideración de la Comisión Bicameral Permanente del Congreso Nacional³⁴ 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

³³ Conf. arts. 99 inc. 3 y 100, inciso 13, CN.

³⁴ Conf. art. 76 del Decreto de Lealtad Comercial.

carácter constitucional,³⁵ para pronunciarse respecto de la validez o invalidez de los decretos previstos en esta ley,³⁶ entre ellos los de necesidad y urgencia.³⁷

La Comisión Bicameral Permanente tiene un plazo de diez (10) días hábiles, contados desde su presentación por el Jefe de Gabinete,³⁸ para expedirse acerca del decreto sometido a su consideración y elevar el dictamen al plenario de cada una de las Cámaras para su tratamiento³⁹. 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 tratamiento⁴⁰.

Por su parte, el dictamen de la Comisión Bicameral Permanente, que se conforma con la firma de la mayoría absoluta de sus miembros⁴¹, 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.⁴²

Por último, elevado el dictamen al plenario de ambas Cámaras, éstas 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 (...)”⁴³. Es un deber del órgano legislativo hacerlo y no una facultad.

³⁵ Cfr. arts. 99, inciso 3, 80, y 100, incisos 12 y 13, CN.

³⁶ Cfr. art. 2, ley 26.122.

³⁷ Cfr. arts. 2 y 10, ley 26.122.

³⁸ Cfr. art. 19, ley 26.122.

³⁹ Cfr. art. 19, ley 26.122.

⁴⁰ Cfr. art. 18, ley 26.122.

⁴¹ Cfr. art. 8, ley 26.122.

⁴² Cfr. art. 10, ley 26.122.

⁴³ Cfr. art. 20, ley 26.122

En cualquier caso, ambas Cámaras del Congreso Nacional deben pronunciarse mediante resoluciones expresas⁴⁴, aprobando o rechazando el decreto que se trate. No se le atribuye al silencio ningún valor, como lo entendió García Lema.⁴⁵

En caso de que un decreto sea rechazado, “implica su derogación (...) quedando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia”⁴⁶.

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”⁴⁷.

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, éste 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.⁴⁸

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

⁴⁴ Cfr. art. 22, ley 26.122.

⁴⁵ GARCÍA LEMA, Alberto, “Decretos de Necesidad y Urgencia...”, AAVV, “La Reforma de la Constitución”, Rubinzal Culzoni, 1994, pp. 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, Tomo II, p. 369).

⁴⁶ Cfr. art. 24, ley 26.122.

⁴⁷ GELLI, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina”, La Ley, Tomo II, p. 385.

⁴⁸ 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.

surge del artículo 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 artículos 76, 99, inciso 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.⁴⁹

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*”⁵⁰.

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 legislativo⁵¹-, 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.⁵² Sin embargo, se dio una situación

⁴⁹ Ídem.

⁵⁰ BARRA, Rodolfo, “Reglamentos administrativos”, disponible en <http://rodolfobarra.com.ar/index.php/2012/02/reglamentos-administrativos/>.

⁵¹ MANILI, Pablo, “Los decretos de necesidad y urgencia y el abuso del derecho”, La Ley 18/2/2019.

⁵² 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>.

singular, para no decir insólita: si bien ese día el Decreto fue tratado por la Comisión Bicameral Permanente, ésta 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, ésta 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 N° 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 dictamen al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, en el plazo de DIEZ (10) días hábiles.”

“(...) el artículo 22 de la Ley N° 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.” (el subrayado 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, aún 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.⁵³ 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 manifiestamente inexistentes o irrazonables”*⁵⁴. Así, el juicio de razonabilidad no resulta para nada ajeno a esta cuestión y poco o nada se dijo al respecto.

⁵³ Fallos: 247:121.

⁵⁴ CSJN, “Consumidores Argentinos c/ EN - PEN - Dto.558/02-SS - ley 20.091”, sentencia del 19/5/2010, considerando 11.

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 declaración 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 éste. 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,⁵⁵ 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 sólo 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.⁵⁶ O sea, aun cuando un juez no encuentre un reproche constitucional que formular a un decreto, éste 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

⁵⁵SAGÜÉS, Néstor P. “La regulación legislativa de los decretos de necesidad y urgencia”. SJA 18/10/2006.

⁵⁶ BASTERRA, Marcela, “La Reglamentación de los Decretos de necesidad y Urgencia” en “El Poder Legislativo”, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Ed. Fundación Conrad Adenauer, p. 17.

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 o no 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.1.2 *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 artículo 22 de la ley 22.802, modificada por la ley 26.631.

Si bien es cierto que el artículo 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 artículo 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 artículo 35 de la ley 26.631.

Si bien con alguna deficiencia de técnica legislativa, del régimen transitorio establecido por el artículo 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,⁵⁷ más no una vez vencido éste. 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 éste 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 Administrativo 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 en base a la vigencia ultra-activa del artículo 22 de la ley 22.802 (modificado por el artículo 35 de la ley 26.631),⁵⁸ 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 porqué 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

⁵⁷ ARTÍCULO 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 (...).

⁵⁸ CNCAF, Sala I, “INC S.A. c/ DNCI s/ Lealtad Comercial - Ley 22.802 - ART 22”, Expte. N° 43768/2017, conforme Dictamen Fiscal del 7/2/2018, CNCAF, Sala I, “INC S.A. c/ DNCI s/ Lealtad Comercial - Ley 22.802 - ART 22”, Expte. N° 54252/2017, conforme Dictamen Fiscal del 27/11/2017, CNCAF, Sala IV “Fiat Auto Argentina S.A. c/ DNCI s/ Defensa del Consumidor - Ley 24.240 - ART 45”, Expte. N° 50798/2014, entre otros.

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, en base a una interpretación de una norma derogada.

Sin dudas que esa interpretación en su momento fue justificada, atento 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.⁵⁹

V.1.3 *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 la leyes 22.802⁶⁰, 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 dentro de 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

⁵⁹ 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, 9/4/19.

⁶⁰ 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 CSJN reconoció la naturaleza federal de esta Cámara cuando interviene en cuestiones regidas por leyes federales (Fallos 303:226 y 305:502).

y, por lo tanto, de la propiedad intelectual, algo que es pacíficamente admitido por la doctrina.⁶¹⁶²

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 éste 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.⁶³

Además de la apoyatura estrictamente legal, esta postura tiene recepción en la doctrina, que le reconoce competencia a esta Cámara “*aun en*

⁶¹ CABANELLAS, Guillermo - SÁNCHEZ HERRERO, Andrés et al., “Derecho de la competencia desleal”, Ed. Heliasta, p. 31. Estos autores también citan a la doctrina extranjera (E. Ulmer) para sostener esta conclusión.

⁶² MEDINA, Graciela, “¿Quién es competente para defender la competencia?” La Ley, 13/8/2007.

⁶³ Ver MEDINA, Graciela, , op. cit. La Ley, 13/8/2007.

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".⁶⁴

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",⁶⁵ 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 marcaria 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.",⁶⁶ "Axoft Argentina S.A. c/ Megasistemas S.A.",⁶⁷ "Bodegas Edmundo Navarro Correas S.A. c/ Agro Industrias Cartellone S.A.", "Cervecería y Maltería Quilmes c/ Casa Isenbeck",⁶⁸ "Laboratorios Bagó S.A. c/ Bristol Myers Squibb S.R.L."⁶⁹,

⁶⁴ CABANELLAS, Guillermo - SÁNCHEZ HERRERO, Andrés et al., "Derecho de la competencia desleal", Ed. Heliasta, p. 811. Estos autores también citan a la doctrina extranjera (E. Ulmer) para sostener esta conclusión.

⁶⁵ CNFed. Civ. y Com., sala III, "Organización Veraz SA c. Open Discovery s/ cese de uso de marca", sentencia del 4/5/2018.

⁶⁶ CNFed. Civ. y Com., Sala II, "Relojes Rolex S.A. c/ Orient S.A.", del 30/12/1971.

⁶⁷ CNFed. Civ. y Com., Sala I, "Axoft Argentina S.A. c/ Megasistemas S.A.", del 30/12/1993.

⁶⁸ CNFed. Civ. y Com., Sala I, "Cervecería y Maltería Quilmes c/ Casa Isenbeck", del 19/5/2005.

⁶⁹ CNFed. Civ. y Com., Sala II, "Laboratorios Bagó S.A. c/ Bristol Myers Squibb S.R.L.", del 27/03/2009.

“Japan Tobacco Inc. y otro c/ Massalin Particulares S.A.”⁷⁰ y “The Coca Cola Company”,⁷¹ 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 sólo 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 acordada⁷² 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.1.4 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-

⁷⁰ CNFed. Civ. y Com., Sala I, “Japan Tobacco Inc. y otro c. Massalin Particulares S.A.”, del 14/06/2001.

⁷¹ CNFed. Civ. y Com., Sala II, “The Coca Cola Company y otros” del 22/10/93.

⁷² Acordada 1/2020 del 6/8/2020, disponible en <https://www.cij.gov.ar/>.

, 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.⁷³ 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 artículos 22 de la Ley de Lealtad Comercial, el artículo 45 de la Ley de Defensa del Consumidor y el artículo 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 LDC, 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 otros⁷⁴): la Cámara de Apelaciones prevista por el artículo 53 del Decreto de Lealtad Comercial es la misma a la establecida por el artículo 67 de la LDC. Es más, no sólo 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.⁷⁵

⁷³ Otra ley, la 26.991, hizo lo propio con la Ley de Abastecimiento.

⁷⁴ 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.

⁷⁵ El 12/1/2021 fueron publicadas en el Boletín Oficial de la Nación las ternas para dicha Sala (concurso 415).

Si bien se ha cuestionado la creación de esta Sala Especializada, atento que, para algunos, no se encuentra justificada desde el punto de vista de la cantidad de expedientes que ese tribunal recibirá bajo la LDC⁷⁶, con la previsión 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 o no 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,⁷⁷ 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 y 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,

⁷⁶ 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), 12/10/2018, 147. TR LALEY AR/DOC/2097/2018.

⁷⁷ TAJAN DE SAA, Guillermina, “Vinculación entre lealtad comercial, defensa de la competencia y defensa del consumidor”, TR LALEY AR/DOC/2850/2019, p. 2.

know-how, secretos industriales y/o derechos de autor.⁷⁸ 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.⁷⁹

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 plexo⁸⁰. 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 ajeno al fuero Civil y Comercial Federal. En este fuero, el interés público es objeto de valoración en sus decisiones.⁸¹

⁷⁸ TAJAN DE SAA, Guillermina, op. cit.

⁷⁹ CABANELLAS, Guillermo, “La figura general de competencia desleal en el Derecho argentino”, TR LALEY 0003/012982, p. 4.

⁸⁰ MARTÍNEZ, María Lucía y 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, p. 5.

⁸¹ PETRE, Carlos A. “Tribunal de alzada en la defensa de la competencia. Una polémica abierta”, TR LALEY AR/DOC/2876/2008, p. 8.

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.⁸² Como se ha sostenido, esto contribuye a dar certeza en un área del derecho poco previsible como es el Derecho de la Competencia.⁸³

Además de lo dicho, la LDC 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

⁸² Informe de la OCDE, op. cit., p. 59.

⁸³ 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), 12/10/2018, 141.

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 aquélla 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 Decreto 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.⁸⁴ Algo similar sucede en materia de Derecho de la Competencia.

⁸⁴ CANDA, Fabián Omar, “La competencia contencioso-administrativa. Criterios seguidos jurisprudencialmente 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,

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.⁸⁵

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.⁸⁶ 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.

que no es lo mismo), lo que reafirma la conclusión de que este fuero no es competente en razón de la materia.

⁸⁵ Cfr. art. 34 de la ley 22.262.

⁸⁶ Cfr. art. 53 de la ley 25.156.

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 decreto 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 Federal⁸⁷ 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."⁸⁸ en la que se discutió un conflicto negativo suscitado con la Cámara Contencioso Administrativo Federal, la Corte Suprema, en base a 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

⁸⁷ CNCAF, Sala III, "Multicanal SA y otro c. Conadeco", del 16/4/2007.

⁸⁸ Fallos 323:2577, del 14/9/2000.

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."⁸⁹ 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. 1019/99 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: aquél 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 Comercial 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.⁹⁰ La Sala I (en efecto, la misma que falló en la causa Coto S.A. pero con otra composición⁹¹) sostuvo que no se afectaba la garantía del juez natural ya que la misma implica que el “*tribunal debe hallarse establecido y dotado de jurisdicción y competencia por ley anterior al hecho que se ventila en la causa*”.

⁸⁹ Fallos 325:957, del 7/5/2002.

⁹⁰ CNACCF, Sala I, “Cooperativa Villa Urquiza y otros”, sentencia del 20/3/2003, TR LALEY AR/JUR/502/2003.

⁹¹ Integrada por los Dres. Francisco de las Carreras, María S. Najurieta y Martín D. Farrell.

La Corte Suprema se expidió nuevamente en el asunto en el caso “Repsol YPF”⁹² 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 el la competencia de esa cámara. Una cuestión muy relevante y que dio pie a numerosos comentarios de la doctrina, y a mantener inconvulsa la confusión reinante, fue que la Corte Suprema no mencionó el artículo 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 en base al 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”⁹³, 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 sentado en “Repsol YPF” y lo hizo a través del fallo

⁹² CSJN, “Repsol YPF GLP Envasado en la ciudad de San Nicolás s/ recurso de queja”, sentencia del 21/3/2006. Fallos: 329:860.

⁹³ CNACCF, Sala II, “Luncheon Tickets S.A. s/ Apelación de Resolución CNDC”, expediente 2908/2003, sentencia del 21/12/2006.

“Multicanal S.A.”⁹⁴. 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 artículo 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 sólo 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. 89/2001.⁹⁵

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”⁹⁶ 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 artículo 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*

⁹⁴ CSJN, “Multicanal S.A. y otro s. denuncia inf. ley 22.262”, sentencia del 10/4/2007. Fallos: 330:1610.

⁹⁵ CNACCF, Sala III, “Gigacable S.A. s/ Apelación resolución CNDC, 17/4/2008.

⁹⁶ CNACCF, Sala II, “Telecom Italia Spa y otro s/ recurso de queja por rec. directo denegado”, del 27/7/2009.

decisiones adoptadas en el marco de la ley 25156, 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 última 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 gravosa, 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 artículo 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”⁹⁷ y “Simón”⁹⁸ y en los dos fallos de la Cámara Civil y Comercial Federal que mencioné anteriormente⁹⁹. 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 éste 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, aún 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

⁹⁷ CSJN, 19/8/2004 (Fallos 327:3117).

⁹⁸ CSJN, 14/6/2005 (Fallos: 328:2056).

⁹⁹ Precisamente, los precedentes Exos y Luncheon Tickets.

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.3.1. Siguiendo el criterio adoptado por la Corte Suprema a partir de “Mill de Pereyra”¹⁰⁰ -siempre que se asuma que la Corte adoptó uno-, la declaración de inconstitucionalidad es “*un acto de suma gravedad, al que sólo debe recurrirse cuando una estricta necesidad lo requiera*”¹⁰¹.

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

- (a) La invalidez constitucional de una norma sólo puede ser declarada cuando la violación de aquélla sea de tal entidad que justifique la abrogación, en desmedro de la seguridad jurídica;
- (b) Sólo 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) Sólo 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) Sólo producen efectos dentro de la causa y con vinculación a las relaciones jurídicas que la motivaron, y no tienen efecto derogatorio genérico.

¹⁰⁰ CSJN, “Mill de Pereyra”, del voto de los jueces Fayt y Belluscio, que integraron la mayoría (Fallos, 324:3219)..

¹⁰¹ CSJN, “Mill de Pereyra”.

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 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.3.2 En “Lapadu”¹⁰², 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: *“Sólo debe acudirse a aquélla 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.

¹⁰² CSJN, “Lapadu, Oscar E. c/ Estado nacional (Dirección Nac. de Gendarmería) s/ daños y perjuicios (acc. de trán. c/ les. o muerte)”, del 23/12/2004.

V.3.3 En el caso “Rodríguez Pereyra”¹⁰³ 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 artículo 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.3.4. Por último, en el fallo “Caldeiro”¹⁰⁴, 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) sólo 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*

¹⁰³ CSJN, “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios”, 27/12/2012.

¹⁰⁴ CSJN, “Caldeiro c/ EN - M° Defensa - Ejército s/ daños y perjuicios”, del 30/4/2020.

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, éstos 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 Spa¹⁰⁵. Como adelanté, en este fallo se revisaron las razones por las que la Sala II entendió que la atribución de competencia efectuada por el artículo 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, aún 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

¹⁰⁵ Cfr. considerando 4°.

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. Debió hacerse con mayor rigurosidad, cuanto 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.¹⁰⁶

VI. Conclusión

En mi opinión, el fallo genera un innecesario conflicto de competencia que posiblemente ampliará los plazos judiciales para la resolución 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. Éstas 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 Góndolas.

¹⁰⁶ IBARLUCÍA, Emilio, "Control de oficio de constitucionalidad. Algunas precisiones sobre su procedencia", *El Derecho*, 9/5/02.

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 Resolución SCI 1/2020 que aprobó el “Programa de Precios Cuidados”¹⁰⁷, las Res. SCI 283/2020, 284/2020 y 569/2020, por las que se incorporaron al ordenamiento jurídico nacional los reglamento técnicos del MERCOSUR sobre el control metrológico de “Productos Premedidos Comercializados en Unidades de Masa de Contenido Nominal Desigual”¹⁰⁸, “Productos Premedidos Comercializados en Unidades de Longitud y Número de Unidades de Contenido Nominal Igual”¹⁰⁹ y “Productos Premedidos Comercializados en Unidades de Masa y Volumen de Contenido Nominal Igual”¹¹⁰; 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)¹¹¹, 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.¹¹²

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

¹⁰⁷ Art. 5 de la Res. SCI 1/2020.

¹⁰⁸ Art. 2 de la Res. SCI 283/2020.

¹⁰⁹ Art. 2 de la Res. SCI 284/2020.

¹¹⁰ Art. 2 de la Res. SCI 569/2020.

¹¹¹ Art. 10 de la Res. SCI 283/2021.

¹¹² Art. 16 del proyecto de ley CD 146-20.

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 éste, 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”¹¹³ y “Jumbo Retail Argentina S.A. c/ Estado Nacional – Ministerio de Desarrollo Productivo - Secretaría de Comercio s/ apelación de resolución administrativa”.¹¹⁴ 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”¹¹⁵ (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

¹¹³ CNACyCF, Sala III, “INC S.A. c/ Estado Nacional – Ministerio de Desarrollo Productivo – Secretaría de Comercio s/ recurso de queja CNDC” (expediente 443/2021/RH1) del 12/5/2021.

¹¹⁴ CNACyCF, Sala III, “JUMBO RETAIL ARGENTINA S.A. c/ Estado Nacional – Ministerio de Desarrollo Productivo – Secretaría de Comercio s/ apelación de resolución administrativa” (expediente 5110/2021) del 6/8/2021.

¹¹⁵ CNACyCF, Sala I, “INC S.A.s/ recurso de queja” (expediente 7274/2020) del 11/5/2021.

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 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.

(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, fijándose 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.