

EL RÉGIMEN SANCIONADOR EN MATERIA DE ABASTECIMIENTO

Análisis constitucional y exegetico de las infracciones, sanciones y procedimientos de fiscalización e impugnación de sanciones en la Ley de Abastecimiento (1*)

Santiago M. CASTRO:VIDELA y Santiago MAQUEDA FOURCADE

SUMARIO: 1. Planteamiento general.- 2. El bien jurídico protegido. La necesaria “existencia de posición dominante” para la configuración de infracciones a la LA.- 3. Clasificación de las infracciones previstas en la LA.- 4. Infracciones primarias vinculadas con los precios.- 5. Infracciones primarias vinculadas con la producción.- 6. Infracciones secundarias por incumplimiento de regulaciones para el abastecimiento.- 7. Infracción autónoma por obstrucción o dificultamiento de la aplicación de la LA.- 8. Sanciones aplicables.- 9. Procedimiento administrativo y judicial para la imposición de sanciones.- 10. Procedimiento judicial para la impugnación de sanciones.- 11. Reparto de competencias sancionatorias entre las autoridades nacionales, provinciales y municipales en relación con la LA.- 12. Las sanciones impuestas por infracciones a medidas adoptadas con fundamento en la LA durante la pandemia.- 13. Conclusiones

1* El presente es una adaptación y ampliación de trabajos previos de los autores, particularmente CASTRO VIDELA, Santiago M.-MAQUEDA FOURCADE, Santiago, *Los controles de precios. Ley 20.680 de abastecimiento comentada*, Ábaco, 2019; “La Ley de Abastecimiento en la pandemia (período 2020-2021). Reseña y reflexiones generales a la luz de las medidas adoptadas a un año de declarada la pandemia por coronavirus”, La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional, junio de 2021, LL-2021-C; y “La Ley de Abastecimiento y su aplicación descentralizada. Distribución de competencias administrativas y judiciales en su aplicación por provincias, municipios y sujetos distintos de la Secretaría de Comercio Interior (a propósito del Decreto 351/2020 del Presidente de la Nación y del Decreto 177/2020 del Gobernador de la Provincia de Buenos Aires)”, Rubinzal-Culzoni online, RCD 1603/2020.

Cabe señalar que el libro referido arriba es una referencia exegetica y práctica, artículo por artículo, de la LA. La mayoría de sus premisas, criterios e interpretaciones de esa exégesis están basadas en el estudio más exhaustivo realizado en la Parte Quinta y el Apéndice de CASTRO VIDELA, S., y MAQUEDA FOURCADE, S., *Tratado de la regulación para el abastecimiento. Estudio constitucional sobre*

1. Planteamiento general

Heredera de una tradición de casi 80 años, la ley 20.680 de Abastecimiento -actualmente reformada por la ley 26.991- (“LA”) ² es un régimen de intervención y dirigismo económico que, paradójicamente, se ha resistido tanto a ser derogado como plenamente implementado. Algunos gobiernos cedieron a la tentación de utilizarla y ampliar sus alcances, mientras que el resto, en cambio, cayeron en la tentación de conservar sus facultades y no derogarla -la única excepción que registra nuestra historia institucional fue el gobierno del presidente Arturo Frondizi, quien vetó una ley que renovaba la vigencia de la ley de abastecimiento entonces vigente-.

Así las cosas, la LA se conserva como una parte integral del régi-

los controles de precios y la producción, Ábaco, Buenos Aires, 2015. Allí estudiamos, desde una perspectiva más amplia, y también de índole constitucional y económica, el fenómeno de la “regulación para el abastecimiento”, herramienta regulatoria más extensa que la LA y que se encuentra en la más variada gama de regímenes legales e industrias.

Asimismo, muchas de las ideas específicas sobre la LA recogidas en dichos libros fueron plasmadas en diversos artículos separados, a saber: CASTRO VIDELA, S., y MAQUEDA FOURCADE, S., “El régimen de delegación legislativa en la nueva Ley de Abastecimiento”, *El Derecho*, 263 (2015), 612-643; “La nueva ley de abastecimiento. Problemáticas constitucionales y legales. Reflexiones sobre la reforma dispuesta por la ley 26.991”, *La Ley*, 2014-E, 1001-1012; “Genealogía de la Ley de Abastecimiento 20.680. Las leyes de abastecimiento y control de precios desde 1939 hasta la actualidad”, *El Derecho*, 259 (2014), 643-678; “La constitucionalidad de la delegación legislativa realizada por la Ley de Abastecimiento 20.680”, *El Derecho*, 253 (2013), 894-916; “La vigencia de las facultades delegadas por la Ley de Abastecimiento 20.680”, *El Derecho*, 253 (2013), 754-783; “Control de precios y abastecimiento mediante el inciso ‘c’ del artículo 2 de la Ley de Abastecimiento”, *La Ley*, 2012-D, 1263-1282; “Medidas cautelares ante el ejercicio de las facultades delegadas por la Ley de Abastecimiento”, *El Derecho*, 240 (2010), 85-95; “Mercado de combustibles, control de precios y estado actual de la Ley de Abastecimiento. A propósito de la Resolución SCI 295/2010”, *Revista de Derecho Administrativo*, 22 (2010), 1107-1116.

² Para referirnos al texto original de la Ley de Abastecimiento utilizaremos la expresión “Ley de Abastecimiento original (1974)”. Para referirnos al texto de la Ley de Abastecimiento previo a la sanción de la ley 26.991, la expresión “Ley de Abastecimiento reformada por el decreto 2284/91”. Cuando se utilice simplemente la abreviación “Ley de Abastecimiento” se hará referencia al texto de la ley 20.680 con las modificaciones dispuestas por la ley 26.991.

men de regulación del comercio interior argentino, pero sobre cuya base son en rigor esporádicas las regulaciones que se implementan. A pesar de otorgar un amplio abanico de facultades legislativas para regular el comercio nacional y de establecer un estricto régimen infraccional, no en pocos períodos pareció quedar en desuetudo, hasta volver a renacer cuando la gestión o la opinión pública requerían una mayor intervención del gobierno de turno. Quizás su eficacia principal le venga dada no tanto por su aplicación efectiva, sino por el efecto inhibitorio que en los agentes económicos puede generar el saber que una secretaría del gobierno nacional puede prácticamente apropiarse de su negocio a base de resoluciones dictadas unilateralmente y sin procedimientos públicos previos ³.

La LA en sí misma, así como las medidas que permite adoptar al Poder Ejecutivo, presentan múltiples problemáticas constitucionales y legales -entre ellas, la validez constitucional de la delegación legislativa que contiene y la cuestión de la razonabilidad o irrazonabilidad de los controles de precios para lograr el fin buscado con su aplicación-, cuestiones que hemos abordado en otros estudios, a donde corresponde remitir ⁴. En este trabajo, en cambio, se estudiará el régimen infraccional de la LA tanto en sus aspectos sustanciales (infracciones tipificadas por el artículo 4° de la LA y sus correspondientes sanciones) como procedimentales (reglas de procedimiento y facultades otorgadas a la autoridad de aplicación). En esa tarea, se hará además particular hincapié en las exigencias de los principios de legalidad y

3 Para una reseña histórica de la Ley de Abastecimiento y sus antecedentes, así como de su aplicación más reciente, cfr. CASTRO VIDELA, Santiago M.-MAQUEDA FOURCADE, Santiago, *Tratado de la regulación para el abastecimiento. Estudio constitucional sobre los controles de precio y la producción*, 1ª ed., Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2015, capítulos III a VI.

4 Cfr. en particular CASTRO VIDELA, Santiago M.-MAQUEDA FOURCADE, Santiago, *Los controles de precios. Ley 20.680 de abastecimiento comentada*, Ábaco, 2019. Asimismo, de los mismos autores, cfr. *Tratado de la regulación para el abastecimiento...*, cit.; “El régimen de delegación legislativa en la nueva Ley de Abastecimiento”, *El Derecho* diarios del 11-06-2015; 12-06-2015; “La nueva ley de abastecimiento. Problemáticas constitucionales y legales. Reflexiones sobre la reforma dispuesta por la ley 26.991”, *La Ley* diario del 30-09-2014; y “El derecho de propiedad privada y libertad económica y los controles de precios máximos”, en RIVERA, Julio C. (h.)-ELÍAS, José S.-GROSMAN, Lucas-LEGARRE, Santiago (dirs.), *Tratado de los derechos constitucionales*, t. II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2014, pp. 712/784.

razonabilidad, así como en el derecho a la tutela judicial efectiva de los sujetos potencialmente alcanzados por sus disposiciones.

A tales efectos, se reseñará y analizará: (i) cuál es el bien jurídico protegido por el régimen infraccional de la LA, así como también los motivos por los cuales la reforma efectuada por la LA incorporó un nuevo presupuesto para la configuración de infracciones, esto es: la “existencia de posición dominante” en los términos de las normas de defensa de la competencia; (ii) las distintas infracciones a la LA tipificadas por su artículo 4º, así como también del tipo infraccional autónomo establecido en el artículo 9; (iii) las distintas sanciones que son aplicables a tales infracciones según lo dispuesto en los artículos 5º a 8º de la LA; y (iv) el procedimiento administrativo y judicial para la verificación de infracciones y la imposición y ulterior impugnación de sanciones; (v) el reparto de competencias sancionatorias entre autoridades nacionales, provinciales y municipales; y (vi) las medidas y sanciones aplicadas con fundamento en la LA durante la pandemia por coronavirus. Las conclusiones serán sintetizadas al final.

2. El bien jurídico protegido. La necesaria “existencia de posición dominante” para la configuración de infracciones a la LA

Antes de adentrarnos en el análisis concreto de cada una de las infracciones previstas en el artículo 4º de la LA, hay que destacar que antes de la sanción de la ley 26.991, cuando aquella tipificaba delitos con penas de arresto o prisión -y no infracciones-⁵, la doctrina se esforzó notablemente por interpretarlos dándoles -allí donde era posible- un sentido lógico y razonable. En esa labor se destacó, sobre todo, Guillermo CABANELLAS DE LAS CUEVAS⁶.

Como se verá seguidamente, las infracciones de la LA, en general, se refieren a prácticas o decisiones empresariales corrientes que se vinculan con los *precios* o la *producción*, pero a las que se les agre-

⁵ En efecto, la LA original (1974) sancionaba las infracciones con arresto y hasta prisión, por lo que cabía considerar al artículo 4º como tipificando delitos y no infracciones.

⁶ Cfr. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Regulación jurídica del comercio interior*, Astrea, 1999, capítulo V.

gan distintos calificativos que básicamente apuntan a la noción de lo *injustificado* o, en ocasiones, lo *abusivo*. Es decir que se trata de actividades empresariales que en principio son legítimas, salvo que sean *injustificadas* o *abusivas*, en cuyo caso configuran la infracción en cuestión. A efectos de determinar cuándo revisten aquellas calificaciones, CABANELLAS DE LAS CUEVAS realizó una sólida exégesis de las infracciones, interpretándolas desde el prisma de los cánones contemporáneos de la defensa de la competencia. En tal sentido, el citado autor concluía que, en general, dichas conductas sólo pueden ser consideradas injustificadas o abusivas cuando se realicen de forma significativa en mercados en los que no medie “competencia efectiva”.

Después de la reforma dispuesta por la ley 26.991, esa limitación parecería ahora surgir expresamente de la LA, pues se excluyó expresamente de su alcance a las MPyMEs que no detenten “posición dominante” en los términos de la Ley de Defensa de la Competencia (“LDC”) -limitación que, a nuestro juicio, debe aplicarse a todo agente económico por razones de igualdad y coherencia legislativa⁷-. Más aun, el propio Mensaje de Elevación del Poder Ejecutivo y los debates parlamentarios de la ley 26.991 demuestran que las finalidades de la LA se habrían ampliado con respecto a la LA reformada por el decreto 2284/91⁸. En efecto, la LA ya no sólo buscaría solucionar

7 Al respecto, cfr. CASTRO VIDELA, S., y MAQUEDA FOURCADE, S., *Los controles de precios...*, cit., comentario al artículo 1; y también “El régimen de delegación legislativa en la nueva Ley de Abastecimiento”, *El Derecho*, 263 (2015), 612-643; “La nueva ley de abastecimiento. Problemáticas constitucionales y legales. Reflexiones sobre la reforma dispuesta por la ley 26.991”, *La Ley*, 2014-E, 1001-1012. Sin embargo, cabe destacar que el Decreto de necesidad y urgencia (DNU) 260/2020 suspendió transitoriamente la vigencia del párrafo 3 del artículo 1 de la LA mientras dure la emergencia sanitaria por la pandemia por coronavirus. Al respecto, véase CASTRO VIDELA, Santiago M.-MAQUEDA FOURCADE, Santiago, “La Ley de Abastecimiento en la pandemia (período 2020-2021). Reseña y reflexiones generales a la luz de las medidas adoptadas a un año de declarada la pandemia por coronavirus”, *La Ley*, Suplemento de Derecho Constitucional, junio de 2021, LL-2021-C.

8 En el Mensaje de Elevación del Poder Ejecutivo se sostuvo, en tal sentido, que la finalidad de la reforma era atender al “grado de concentración económica, que promueve un marcado abuso de posición dominante por parte de grupos económicos concentrados”; por su parte, el miembro informante por la mayoría en la Cámara de Diputados, senadora Diana Conti, manifestó que

“emergencias de abastecimiento”, sino también defender la competencia, controlar la precios en contextos inflacionarios, y tutelar los derechos de los consumidores frente a abusos de posición dominante y otras conductas anticompetitivas ⁹.

En ese contexto, la LA ahora prohibiría ciertas conductas que atentarían principalmente contra el adecuado abastecimiento de los bienes y servicios comprendidos en su ámbito de aplicación, siempre que las mismas sean realizadas cuando no existen condiciones de “competencia efectiva”. En este nuevo esquema interpretativo, como veremos seguidamente, la verificación de la existencia de “posición dominante” del agente económico involucrado acreditaría en principio la inexistencia de condiciones de “competencia efectiva”.

Ahora bien, aunque dicha interpretación es razonable y ahora tiene respaldo en un texto normativo expreso, no impide sin embargo que surjan igualmente problemas frente al principio de legalidad. Más allá de las imprecisiones de cada tipo infraccional en particular, que también analizaremos más adelante, lo cierto es que la noción misma de “competencia efectiva” tiende a ser imprecisa y, en muchas ocasiones, indemostrable *a priori*, esto es, antes de la realización de la conducta sancionada por la LA.

Además, desde un enfoque económico, la competencia en el mercado es un *proceso*, por lo que no se refiere a una situación estática de ciertas condiciones ideales, sino que puede darse siempre que no haya barreras legales de ingreso al mercado. Existe así competencia incluso cuando hay un único prestador, siempre que los potenciales competidores puedan, al menos potencialmente, ingresar a competir

su fin es establecer una “normativa que proteja a los usuarios y consumidores y, a la vez, otorgue instrumentos [...] para que en momentos de maniobras de cartelización y de monopolios se tengan defensas” (*Debates de la Cámara de Diputados de la Nación*, período 132º, reunión 16º - 11º sesión ordinaria (especial), 17 de septiembre de 2014, cit., p. 40); y, en similar sentido, el miembro informante por la mayoría en el Senado, senador Pablo González, que es “garantizar el funcionamiento transparente del mercado” (*Debates de la Cámara de Senadores de la Nación*, período 132º, 13ª reunión - 6ª sesión especial, 3 y 4 de septiembre de 2014, cit., p. 157), en tanto “esta norma va a servir para tratar de combatir los movimientos oligopólicos y monopolísticos que se realicen en contra de los usuarios; que sí defiende a los usuarios; que deja afuera a las pymes” (idem, p. 196)

⁹ Cfr. CASTRO VIDELA, S., y MAQUEDA FOURCADE, S., *Tratado de la regulación para el abastecimiento*, cit., capítulo V y, en particular, §§ 31-33.

sin barreras legales. Y hay competencia también, en el largo plazo, incluso cuando una persona es dueña de todos los factores de producción necesarios para la obtención de un determinado bien, siempre que dicha posición de “monopolio del recurso” haya sido obtenida libremente y de forma competitiva y empresarial ¹⁰.

Por otro lado, destacamos también que el enfoque “de defensa de la competencia” aplicado a la LA, incorporado ahora expresamente por la reforma de la ley 26.991, presenta un problema adicional: los mecanismos propios de la LA son, en buena medida, contradictorios con los mecanismos que establecen los regímenes de defensa de la competencia, como la LDC ¹¹.

Finalmente, en el esquema anteriormente descripto y como corolario de esta interpretación del alcance general de la LA según la nueva redacción de su artículo 1º, puede concluirse que la incorporación a su texto de una noción sustancial del régimen de defensa de la competencia determina que, incluso cuando una determinada conducta pueda estar aparentemente alcanzada por los tipos infraccionales previstos en el artículo 4º de la LA, si la misma es realizada por un agente económico que no detenta “posición dominante” en los

10 Cfr. KIRZNER, Israel, *Competition and Entrepreneurship*, University of Chicago Press, Chicago, 1973; en español: *Competencia y empresarialidad*, Unión Editorial, Madrid, 1998, *passim.*, y esp. pp. 116-124.

11 En efecto, las medidas de regulación para el abastecimiento, como los controles directos de los precios y la producción que la LA permite adoptar -como los niveles de precios máximos y mínimos, los márgenes de utilidad o las obligaciones de abastecer, entre otros-, no son idóneos para lograr la finalidad de *defender la competencia*. Un régimen de defensa de la competencia se caracteriza por asegurar un necesario ámbito de libertad sin el cual no puede verificarse el proceso de mercado ni la libre concurrencia de los distintos oferentes. La rivalidad entre distintos oferentes de bienes y servicios presupone, justamente, la libertad para fijar los precios así como las condiciones y costos de producción, etc., de los bienes en cuestión. De lo contrario, no existe competencia posible entre ellos. La regulación directa de los precios y la producción de una actividad determinada, que es lo que permite la LA, supone necesariamente eliminar o reducir ese ámbito necesario de libertad -pues implica imponer coactivamente a los agentes económicos las conductas que deben asumir en ese proceso-, y -en el mejor de los casos- genera distorsiones económicas que limitan o desalientan la libre competencia. Para ampliar, véanse las consideraciones preliminares realizadas en CASTRO VIDELA, S., y MAQUEDA FOURCADE, S., *Los controles de precios...*, cit.

términos de la LDC no podrá ser considerada antijurídica y la infracción no se habrá configurado. La falta de acreditación de tal hecho por la autoridad de aplicación hará presumir que la conducta se realizó en condiciones de “competencia efectiva” y, por tanto, que no se encontraba prohibida por la LA. Esta interpretación, creemos, se justifica en la remisión expresa que su artículo 1º hace a la “posición dominante” en los términos de la citada LDC. Por ello, a nuestro entender, la verificación de la existencia de “posición dominante” del agente económico involucrado es ahora un presupuesto necesario para la configuración de infracciones a la LA y, consecuentemente, condición ineludible para que la autoridad de aplicación pueda aplicar válidamente las sanciones previstas por sus artículos 5º a 8º.

En síntesis, luego de la reforma dispuesta por la ley 26.991, la LA prohibiría ciertas conductas que atentarían principalmente contra el adecuado abastecimiento de los bienes y servicios comprendidos en ella, pero sólo si las mismas son realizadas cuando no existen condiciones de “competencia efectiva”. Y esta circunstancia debe ser acreditada por la autoridad de aplicación verificando que el agente económico involucrado -al realizar la conducta- detente “posición dominante” en los términos de la LDC. La falta de acreditación de esta última circunstancia por la autoridad de aplicación haría presumir que la conducta del agente económico involucrado se realizó en condiciones de “competencia efectiva” y, por tanto, que no se encontraba prohibida.

3. Clasificación de las infracciones previstas en la LA

En segundo lugar, previo a adentrarnos en el análisis individual de las infracciones previstas en la LA, cabe hacer algunas consideraciones adicionales en torno a su clasificación. Como ya se adelantó, la LA delega en sus artículos 2º, 3º y 27 amplias facultades de regulación del comercio interior. Sin embargo, luego de la reforma por la ley 26.991, la LA impone relevantes condicionamientos para el ejercicio de las facultades delegadas. Antes de la ley 26.991, una vez que el Congreso efectuaba la declaración de “emergencia de abastecimiento”, el ejercicio de las facultades legislativas previstas en la LA reformada por el decreto 2284/91 no estaba sujeto a condiciones específicas legalmente exigidas (aunque las facultades debían ser utilizadas para sortear la emergencia de abastecimiento que hubiera motivado aquella declaración y durante el plazo que el Congreso estableciera).

La ley 26.991 sustituyó ese mecanismo por otro. En su primer párrafo, el artículo 2° ahora establece que las facultades enumeradas en sus diversos incisos pueden ser utilizadas “*en caso de configurarse alguno de los supuestos previstos en los incisos a), b), c), d), e), f) y g) del artículo 4°*”. En consecuencia, la reforma estableció un nuevo requisito para el ejercicio de las facultades legislativas de los artículos 2° y 3° de la LA: *la previa configuración de una de las conductas infraccionales previstas en los incisos citados*¹². Es por esto que, en los debates de comisión, el senador Pichetto afirmó que la LA ya no “es una norma abierta, es decir como ha quedado la modificación. Está fundada en la intervención estatal sobre la base de supuestos enunciados claramente en la norma”¹³.

Así, una serie de infracciones a la LA (artículo 4°, incisos “a” a “g”) funcionaría ahora como presupuesto necesario para el ejercicio de las facultades delegadas por la LA (si se verifican, permiten a la autoridad también regular al infractor) aunque su comisión no exigiría que existan regulaciones previas dispuestas con base en la propia LA. En cambio, otra serie de infracciones (artículo 4°, incisos “h” a “j”) sólo podrían ser cometidas únicamente en violación a una regulación previamente establecida en ejercicio de las facultades que la LA prevé. Esta diferencia es relevante a los efectos del análisis, pues ello hace a las distintas exigencias de tipicidad de cada infracción. Por ello, a efectos de distinguir su tratamiento hemos clasificado a tales infracciones en “primarias” y “secundarias”, respectivamente.

12 Como consecuencia de la modificación de las condiciones de ejercicio de las facultades delegadas, cambió sustancialmente el funcionamiento de la LA: luego de la reforma dispuesta por la ley 26.991 tanto las facultades sancionatorias (art. 5, LA), como las facultades legislativas (arts. 2 y 3, LA), sólo pueden utilizarse ante la configuración de infracciones a la LA. Regulación y sanción ahora serían las respuestas, conjuntas o alternativas, que la autoridad de aplicación puede dar ante las infracciones. Este nuevo mecanismo tiene múltiples particularidades interpretativas que hemos analizado en CASTRO VIDELA, Santiago M.-MAQUEDA FOURCADE, Santiago, *Los controles de precios. Ley 20.680 de abastecimiento comentada*, Ábaco, 2019; y anteriormente en CASTRO VIDELA, Santiago M.-MAQUEDA FOURCADE, Santiago, *Tratado de la regulación para el abastecimiento...*, cit., capítulo XIX.

13 *Reunión Plenaria de las Comisiones de Asuntos Constitucionales, de Derechos y Garantías, de Industria y Comercio, de Justicia y Asuntos Penales, y de Presupuesto y Hacienda*, 26/08/2014, versión taquigráfica, Dirección General de Taquígrafos, p. 50.

De tal modo, las infracciones previstas en el artículo 4 de la LA pueden clasificarse en: a) infracciones *primarias* (artículo 4º, incisos “a” a “g”), que a su vez pueden ser subclasificadas según estén vinculadas con: i) los precios o ii) la producción; y b) infracciones *secundarias* (artículo 4º, incisos “h” a “j”), que están relacionadas con el ejercicio previo por parte de la autoridad de aplicación de las facultades delegadas por los artículos 2º y 3º de la LA -eventualmente, también, del artículo 27¹⁴-. Por su parte, el artículo 9º de la LA establece una infracción autónoma, aunque también vinculada a la “obstrucción” o “dificultamiento” en la aplicación y cumplimiento de medidas adoptadas con fundamento en la LA.

4. Infracciones primarias vinculadas con los precios

Un primer grupo de infracciones es el de las *primarias* referidas a los *precios*, y está compuesto por los siguientes tipos infraccionales:

1) *Fijación de precios injustificados u obtención de ganancias abusivas*: sanciona a quienes “elevaren artificial o injustificadamente los precios en forma que no responda proporcionalmente a los aumentos de los costos, u obtuvieren ganancias abusivas”¹⁵; y

2) *Revaluación de existencias no autorizada*: sanciona a quienes “revaluaren existencias, salvo autorización expresa de la autoridad de aplicación”¹⁶.

Como se verá, se trata de normas que, por diversos mecanismos, imponen controles de precios máximos. Son, por tanto, cuestionables

14 Debe señalarse que el artículo 27 de la Ley de Abastecimiento es la vía de escape a los condicionamientos establecidos a las facultades de los artículos 2 y 3. Las facultades de aquél pueden ejercerse cuando la autoridad de aplicación considere que existe una situación de “desabastecimiento o escasez”, sin que sea necesaria la constatación de ninguna conducta infraccional. Es por esto que, ante las dificultades procedimentales para ejercer las facultades del artículo 2, la autoridad podría utilizar las del artículo 27. Si así ocurriera, el artículo 27 cumpliría la misma función que luego del decreto 2284/91 cumplía el viejo inciso “c” del artículo 2. Cfr. al respecto CASTRO VIDELA, Santiago M.-MAQUEDA FOURCADE, Santiago, *Tratado de la regulación para el abastecimiento...*, cit., capítulos V y XIX.

15 LA, art. 4º, inciso a.

16 LA, art. 4º, inciso b.

en su constitucionalidad desde la perspectiva del principio de razonabilidad, de acuerdo con lo que hemos expuesto en otro lugar ¹⁷. A continuación se analizará si, además, respetan las exigencias del principio de legalidad en materia sancionatoria ¹⁸.

A. Fijación de precios injustificados o artificiales u obtención de ganancias abusivas (art. 4º, inc. a, LA)

El inciso “a” del artículo 4º de la LA castiga a quienes “[e]llevaren artificial o injustificadamente los precios en forma que no responda proporcionalmente a los aumentos de los costos, u obtuvieren ganancias abusivas” ¹⁹. Esta infracción resulta aplicable cuando la conducta del agente económico *no* se refiera a precios máximos previamente establecidos por la autoridad de aplicación con fundamento en el artículo 2º de la LA, pues de lo contrario se estaría ante la conducta tipificada en el inciso “j” del art. 4º ²⁰, que analizaremos más adelante.

Ahora bien, en cuanto a la infracción que aquí nos ocupa, conviene distinguir las dos conductas típicas distintas que pueden configurarla: la fijación de “precios injustificados o artificiales”, por un lado, y la obtención de “ganancias abusivas”, por otro.

1. Precios injustificados o artificiales

Con respecto a la elevación artificial o injustificada de los precios, pueden advertirse claramente diversos elementos del verbo típico que son *imprecisos* e impiden conocer cuáles son las conductas prohibidas: “elevar *artificialmente*” y “elevar *injustificadamente*” los precios, de modo que no “respondan *proporcionalmente*” a los “aumentos de los *costos*”.

17 CASTRO VIDELA, Santiago M.-MAQUEDA FOURCADE, Santiago, *Tratado de la regulación para el abastecimiento...*, cit., capítulo XIII.

18 Cfr. CASTRO VIDELA, Santiago M.-MAQUEDA FOURCADE, Santiago, *Tratado de la regulación para el abastecimiento...*, cit., capítulo VIII. Para ampliar sobre las problemáticas del principio de legalidad en el Derecho Administrativo sancionador véase ASCÁRATE, Andrés, *Tipificación de la infracción administrativa*, Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2019, *passim*, en especial capítulos VI a XI.

19 LA, art. 4º, inciso a.

20 Cfr. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Regulación jurídica del comercio interior...*, cit., p. 205.

En efecto, no son los costos de los factores de producción los que determinan los precios al consumo, sino al revés ²¹: los empresarios valoran los factores de producción en función de los precios de los bienes que producen, lo que los lleva a adquirir tales factores de producción y, por tanto, a plasmar sus valoraciones en el precio pagado por ellos. Además, no es posible determinar objetivamente cuáles son los costos, no sólo porque éstos son subjetivos, sino también porque los mismos se van desarrollando a lo largo de múltiples etapas de la producción, tanto en el corto como en el largo plazo. En consecuencia, la conducta castigada es imposible de conocer y de cumplir para el empresario o agente económico. En este sentido, sobre la noción de lo “artificial” y lo “injustificado” se ha dicho que “la vaguedad es total; se trata de conceptos valorativos, sin que exista siquiera una pauta social clara o suficientemente uniforme que les dé un contenido objetivo aproximado” ²².

Se ha intentado precisar estos conceptos, sin embargo, arguyendo que se refieren al aumento de precios que “no responde al funcionamiento de mercado en condiciones de competencia efectiva” ²³. Este intento de delimitación, aunque sustentable en el propio texto del artículo 1º de la LA, es sin embargo insuficiente para salvar la constitucionalidad del tipo infraccional analizado. En efecto, las nociones de lo “artificial” y lo “injustificado” son subjetivas, pues los precios plasman valoraciones subjetivas. Además, la alusión a la “competencia efectiva” permitiría delimitarlos únicamente al supuesto en que existiera un monopolio o cuasi-monopolio legal (restricción normativa de la entrada al mercado), que es el único caso en el que no hay competencia en una concepción del mercado como proceso. Fuera de tal supuesto, el empresario tenderá siempre a considerar justificado y no artificial el aumento de precios, y no podrá prever si la autoridad de aplicación o el juez que tenga que aplicar la norma considerarán lo mismo o no. Se ha dicho al respecto, con claridad,

21 Cfr. CASTRO VIDELA, Santiago M.-MAQUEDA FOURCADE, Santiago, *Tratado de la regulación para el abastecimiento...*, cit., capítulo XI.

22 CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Regulación jurídica del comercio interior...*, cit., p. 204.

23 CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Regulación jurídica del comercio interior...*, cit., p. 204.

que “la sola expresión ‘elevación artificiosa’ de los precios, muestra la enorme dificultad para ajustar ese concepto al caso, ya que todo operador tiende a elevar su beneficio”²⁴. El problema de legalidad por falta de precisión, por tanto, es inevitable, lo que determina la inconstitucionalidad de esta figura infraccional²⁵.

Finalmente, y más allá del análisis a la luz de los principios de legalidad y razonabilidad, hay que recordar que el precio es la expresión más directa de la propiedad, pues es una relación intersubjetiva que sintetiza las valoraciones que las partes hacen de ella para beneficiarse mutuamente²⁶. Por eso es que todo cuestionamiento sobre un precio es en definitiva un cuestionamiento sobre la propiedad del bien a que se refiere²⁷. En efecto, si la propiedad es legítima, es legítimo el precio pedido *libremente* por su dueño para intercambiarla; similarmente, es igualmente legítimo el precio ofrecido *libremente* por la persona interesada en adquirir la propiedad del bien o servicio de que se trate. Existe así una cierta “transitividad moral”²⁸ y jurídica de la calificación de la propiedad del bien o servicio (lo principal) a su precio (lo accesorio)²⁹. En consecuencia, si un precio se considera “excesivo” o “injustificado”, lo que en realidad se considera “excesi-

24 SANZ, Pablo, *Regulación económica y sistema político positivo. El caso del régimen de precios y abastecimiento*, Fundación Concordia, Buenos Aires, 1990, p. 21.

25 Cfr. LAPLACETTE, Carlos J., “Ley de abastecimiento. Evaluación constitucional y dificultades prácticas”, La Ley, 2013-D, 938-951, punto 5.

26 Cfr. ZANOTTI, Gabriel, *Antropología filosófica cristiana y economía de mercado. Sobre la base de Santo Tomás de Aquino y la Escuela Austríaca de Economía*, Unión Editorial, Buenos Aires, 2011, ps. 99 y 100.

27 Cfr. CASTRO VIDELA, Santiago M.-MAQUEDA FOURCADE, Santiago, *Tratado de la regulación para el abastecimiento...*, cit., capítulo XIII y ZANOTTI, Gabriel, *Antropología filosófica cristiana y economía de mercado. Sobre la base de Santo Tomás de Aquino y la Escuela Austríaca de Economía*, curso en cuatro clases dictado en la Universidad Francisco Marroquín, enero de 2011, newmedia.ufm.edu, parte IV.

28 ZANOTTI, Gabriel, *Antropología filosófica cristiana y economía de mercado...*, cit., parte IV.

29 Cfr. ZANOTTI, Gabriel, *Empresa y Humanismo. Igualdad y desigualdad según desiguales paradigmas*, vol. VII, n° 2/04, p. 276; también ZANOTTI, *Antropología filosófica cristiana...*, cit., p. 102.

vo” o “injustificado” es la propiedad del dueño sobre la totalidad del bien en cuestión ³⁰. Desde esta perspectiva, por ello, la infracción en cuestión también podría considerarse inconstitucional por violar el derecho de propiedad privada y libertad económica del agente económico involucrado: se estaría reprimiendo una conducta que constituye el ejercicio legítimo de un derecho constitucional (las facultades de uso, goce y disposición del bien o servicio al que el precio refiere) ³¹ y que no atenta contra el bien jurídico protegido por la LA (sino que coadyuva a su realización) ³².

En relación a esto último, cabe destacar que el artículo 1121 del Código Civil y Comercial de la Nación, sancionado por ley 26.994 (2014) ³³, establece expresamente que “no pueden ser declaradas abusivas” “las cláusulas *relativas a la relación entre el precio y el bien o el servicio* procurado” ³⁴. En similar sentido, también es interesante

30 Para un análisis de la naturaleza jurídica de los “precios”, la cuestión del “justo precio” y el contenido esencial del derecho de propiedad remitimos a CASTRO VIDELA, Santiago M.-MAQUEDA FOURCADE, Santiago, *Tratado de la regulación para el abastecimiento...*, cit., capítulo XIII, especialmente p. 102. Como destacamos allí, dependiendo de las circunstancias sí puede ser inmoral e injusto *el aprovechamiento de la necesidad* ajena en el proceso de negociación para acordar un precio mayor -mas no el precio en sí mismo, ni la propiedad-. Pero no es ese el caso del tipo infraccional aquí analizado.

31 Véase CASTRO VIDELA, Santiago M.-MAQUEDA FOURCADE, Santiago, *Tratado de la regulación para el abastecimiento...*, cit., capítulo I, donde explicamos los fundamentos y alcances del derecho de propiedad privada y libertad económica, que incluye el derecho a pactar libremente los precios de los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado (libertad contractual).

32 Cfr. CASTRO VIDELA, Santiago M.-MAQUEDA FOURCADE, Santiago, *Tratado de la regulación para el abastecimiento...*, cit., capítulo XI. Como explicamos allí, en ausencia de privilegios legales y barreras de entrada, es el libre proceso de mercado el que permite una más eficiente y mejor asignación de los recursos escasos, y el que en situaciones de desabastecimiento garantiza su mejor asignación e incentiva la mayor producción de los bienes desabastecidos.

33 Ley 26.994: BO del 8/10/2014.

34 Ley 26.994: BO del 8/10/2014, precisamente dentro del “Título III” referido a los “Contratos de Consumo”, en su “Capítulo 4”, sobre “Cláusulas abusivas”. En él, precisamente, se establecen los límites para el control judicial de estas cláusulas.

recordar que la Corte Suprema destacó que regulaciones de similares características se advierten en el Derecho Comparado, en donde “se verifica una marcada tendencia de los diversos ordenamientos relativos a la defensa de los derechos del consumidor, en el sentido de excluir que el precio de un bien o servicio pueda ser, por sí mismo, considerado como abusivo por la autoridad judicial”, ello así “con el evidente fin de evitar precisamente que, de admitir lo contrario, se generen de modo indirecto los efectos distorsivos del mercado”³⁵.

2. Ganancias abusivas

Por otro lado, la noción de “ganancias abusivas” es igualmente inasible, pues “abusar” consiste en “usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente de algo o de alguien”³⁶. Sobre el particular, corresponde remitir al análisis de los precios máximos que efectuamos en otro lugar, donde se demuestra que se trata de una medida inconstitucional por irrazonable³⁷. A ello cabe aquí agregar que también es violatoria del principio de legalidad, en virtud de las razones expuestas en el punto anterior, que le resultan igualmente aplicables. En efecto, también en este caso existen graves problemas de precisión, en función de que las ganancias son obtenidas como consecuencia de los precios pactados por los bienes o servicios que se produzcan o comercialicen. En consecuencia, resultando imposible determinar objetivamente y *a priori* o *ex ante* si los precios son “abusivos”, etc., como vimos antes, también lo será determinar objetivamente y *a priori* o *ex ante* si las ganancias que se obtienen como consecuencia de ellos revisten dicho carácter, o son “excesivas”, “injustas”, “impropias”, o “indebidamente” adquiridas. Es más, incluso asumiendo que ello fuese posible, la distinción entre “ganancia abusiva” y “ganancia no abusiva”, “justa” o “lícita” resultaría sumamente compleja y conllevaría inevitablemente numerosas dificultades prácticas en su aplicación a casos concretos, pues involucra o remite

35 Fallos, 337:1024.

36 *Diccionario de la Real Academia Española*, 22ª edición, vocablos “abusivo” y “abusar”, <http://lema.rae.es/drae/?val=abusivo> y <http://lema.rae.es/drae/?val=abusar>.

37 CASTRO VIDELA, Santiago M.-MAQUEDA FOURCADE, Santiago, *Tratado de la regulación para el abastecimiento...*, cit., capítulo XIII.

a elementos de valoración subjetivos. En consecuencia, la norma impide al sujeto obligado conocer *a priori* o *ex ante* cuál conducta debe realizar, por lo que viola el principio de legalidad y debe reputarse inconstitucional. En este aspecto el principio de legalidad impediría castigar a agentes económicos que no pueden conocer con precisión y exactitud cuál es la conducta reprimida antes de realizarla ³⁸.

Por otra parte, y desde un punto de vista sustancial, también aquí se estaría castigando la adquisición por parte del agente económico involucrado de la “propiedad” sobre los “frutos” del ejercicio de un derecho constitucional, como es el derecho de propiedad privada y libertad económica, cuyo contenido, fundamento y alcances fue estudiado en otro lugar ³⁹. En efecto, al igual que sucede con los precios, si se considera abusiva la “ganancia”, lo que en realidad se considera abusiva es la propiedad sobre el bien o servicio involucrado, pues aquélla resulta de su intercambio a un precio libremente pactado. En consecuencia, el tipo infraccional reprimiría una conducta que constituye el legítimo ejercicio de un derecho constitucional y que, como veremos seguidamente, no atenta contra el bien jurídico protegido por la ley. Esto último siempre y cuando la ganancia en cuestión se obtenga como consecuencia de un libre intercambio realizado en condiciones de competencia.

Desde esta perspectiva, se ha sostenido que en virtud de una interpretación conjunta con la LDC, este concepto referiría a las ganancias “que resultan, bajo ciertas circunstancias [i. e., abuso de posición dominante en los términos de la LDC], en mercados en que no existe competencia efectiva”⁴⁰. Como hemos visto, esta exigencia adicional tendría, ahora, sustento normativo en el artículo 1° de la LA, en cuanto remite a una noción sustancial del régimen de defensa de la competencia, esto es, la existencia de “posición dominante” en los términos de la LDC. De todos modos, y dejando de lado el supuesto de monopolios o cuasi-monopolios legales (restricciones normativas

38 Remitimos al análisis que hemos hecho de tal principio en CASTRO VIDELA, Santiago M.-MAQUEDA FOURCADE, Santiago, *Tratado de la regulación para el abastecimiento...*, cit., capítulo VIII.

39 CASTRO VIDELA, Santiago M.-MAQUEDA FOURCADE, Santiago, *Tratado de la regulación para el abastecimiento...*, cit., capítulo I.

40 CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Regulación jurídica del comercio interior...*, cit., p. 205.

de entrada al mercado), resultará prácticamente imposible para el empresario detectar *a priori* o *ex ante* si existen objetivamente condiciones de “competencia efectiva”, o bien si el juez entenderá que tales condiciones existieron al obtener la ganancia, por lo que el problema de legalidad continúa irresuelto. En síntesis, el tipo infraccional sólo podría reputarse eventualmente constitucional si, desde esta alternativa interpretativa, se lo entendiera en el sentido de que involucra “ganancias obtenidas mediante un abuso de posición dominante” en los términos de la LDC. Sin embargo, en este aspecto el tipo infraccional no remite expresamente al “*abuso* de posición dominante”, por lo que no cumple con las exigencias constitucionales de legalidad. Por ello, la obtención de ganancias “abusivas” sólo podría ser prevenida mediante las vías y en los casos de la LDC ⁴¹.

En relación a esto último, aclaramos asimismo que el tipo infraccional analizado, tal como está redactado, no reprime la obtención de ganancias mediante el *aprovechamiento de la necesidad ajena*, que bajo ciertas circunstancias permitiría reprimir lícitamente la conducta con una pena, o al menos dar lugar a una indemnización civil, pues en tal caso (la obtención de la ganancia) no constituiría el ejercicio legítimo de un derecho constitucional, sino que violaría antijurídicamente los derechos de terceros. Tampoco se castiga un supuesto de hurto, robo, estafa o defraudación, en cuyo caso resultarían aplicables las disposiciones pertinentes del Código Penal. En definitiva, en este aspecto el tipo infraccional en cuestión castiga la obtención de ganancias que son fruto del legítimo ejercicio del derecho de propiedad privada y la libertad económica del agente económico y, por ende, gozan de protección constitucional ⁴². Ello así, máxime cuando la obtención de tales ganancias tampoco atentaría contra el bien jurídico protegido por la LA sino que, al contrario, en ausencia de barreras legales de entrada al mercado, ese elevado margen de ganancia atraerá a más oferentes que estarán dispuestos a producir los bienes en cuestión, lo que coadyuvaría a asegurar su adecuado abastecimiento y a precios más bajos ⁴³. En efecto, ello los

41 Ley 27.442: BO del 15/05/2018. Arts. 1º, 5º, 6º y 55.

42 Cfr. CASTRO VIDELA, Santiago M.-MAQUEDA FOURCADE, Santiago, *Tratado de la regulación para el abastecimiento...*, cit., capítulo I.

43 Cfr. CASTRO VIDELA, Santiago M.-MAQUEDA FOURCADE, Santiago, *Tratado de la regulación para el abastecimiento...*, cit., capítulo XIII.

incentivaría a ingresar al mercado y producir los bienes en cuestión, lo que aumentaría la competencia y, en el mediano plazo, la cantidad ofertada de tales bienes, por lo que su precio tenderá a bajar ⁴⁴.

También aquí debe considerarse el nuevo artículo 1121 del Código Civil y Comercial de la Nación mencionado anteriormente, que establece expresamente que “no pueden ser declaradas abusivas” “las cláusulas *relativas a la relación entre el precio y el bien o el servicio* procurado”. Si las cláusulas relativas a la relación entre el precio y el bien o servicio procurado no pueden ser consideradas “abusivas”, *mutatis mutandi*, las ganancias que resulten de aplicar tales cláusulas y los precios en ellas previstas tampoco podrían serlo. Ello, obviamente, siempre y cuando no se esté ante casos como los referidos antes, en que exista *un aprovechamiento de la necesidad ajena* en el proceso de negociación para acordar un precio mayor y, así, obtener una ganancia superior como consecuencia de dicho accionar. En tales supuestos lo injusto y eventualmente ilícito es la conducta de aprovecharse de la necesidad ajena, mas no el precio o la ganancia en sí mismos, ni por ende la propiedad ⁴⁵.

En síntesis, por similares razones a las expuestas en el punto anterior, independientemente del análisis desde la perspectiva de los principios de legalidad y razonabilidad, este tipo infraccional también podría ser considerado inconstitucional por violar el derecho de propiedad privada y libertad económica del agente económico involucrado: se estaría reprimiendo una conducta que constituye el ejercicio legítimo de un derecho constitucional y que no atenta contra el bien jurídico protegido por la LA -sino que coadyuva a su realización-

B. Revaluación de existencias no autorizada (art. 4º, inc. b, LA)

El inciso “b” del artículo 4º de la LA castiga a quienes “[r]evaluaren existencias, salvo autorización expresa del organismo de aplicación” ⁴⁶.

44 Cfr. CASTRO VIDELA, Santiago M.-MAQUEDA FOURCADE, Santiago, *Tratado de la regulación para el abastecimiento...*, cit...., capítulo XII.

45 Cfr. CASTRO VIDELA, Santiago M.-MAQUEDA FOURCADE, Santiago, *Tratado de la regulación para el abastecimiento...*, cit., capítulos I y XIII, especialmente p. 102.

46 LA, art. 4º, inciso b.

Esta prohibición no presenta problemas de legalidad, pues la conducta es precisa: consiste en realizar un procedimiento contable por el que se calculan los precios de mercado de las existencias sin vender para elaborar balances contables ajustados por inflación ⁴⁷.

Se trata, así, de un control de los precios contabilizados internamente por la empresa, por lo que le resultan aplicables las consideraciones anteriormente realizadas: es una infracción inconstitucional por ser una medida a todas luces irrazonable para lograr la finalidad de garantizar el abastecimiento ⁴⁸. En efecto, reprime una conducta que constituye el ejercicio de un derecho constitucional -la libertad económica- y que no atenta contra el bien jurídico protegido por la LA -sino que coadyuva a su realización- ⁴⁹, por lo que resultan aquí aplicables las consideraciones efectuadas anteriormente en este sentido. Cabe agregar, asimismo, que la persecución de la práctica de revaluar existencias genera también otra privación no indemnizada de la propiedad al impedir al empresario adecuar los precios estimados de sus bienes frente a la inflación y consecuente depreciación monetaria. Más aun, en términos generales, impide el cálculo económico por parte de los empresarios, que es lo que permite la economización de los recursos y, por ende, la mayor generación de riqueza en la sociedad ⁵⁰.

5. Infracciones primarias vinculadas con la producción

Un segundo grupo de infracciones primarias de la LA se refiere

47 Cfr. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Regulación jurídica del comercio interior*..., cit., p. 207.

48 Sostiene CABANELLAS DE LAS CUEVAS que la revaluación de existencias, dado que es exigida por las normas contables usuales, se trata de una "conducta lícita, lo que torna inaplicable" la norma analizada, "por falta de antijuridicidad de las conductas allí descriptas". *Regulación jurídica del comercio interior*..., cit., p. 207.

49 Si el empresario no revaluara existencias, la depreciación monetaria y la consecuente inflación lo llevarían eventualmente a la quiebra y dejaría de producir el bien en desabastecimiento, por lo que disminuiría la oferta, subirían los precios y se incrementaría la escasez del bien en cuestión.

50 Cfr. CASTRO VIDELA, Santiago M.-MAQUEDA FOURCADE, Santiago, *Tratado de la regulación para el abastecimiento*..., cit., capítulo XI y, en particular, p. 85.

a la *producción*, entendida en el sentido más amplio como todo el conjunto de etapas que lleva a la venta de un bien de consumo al consumidor -i.e., fabricación, distribución, comercialización, abastecimiento-. Tales infracciones son las siguientes:

1) *Acaparamientos y formación de existencias superiores a las necesarias*: sanciona a quienes “acapararen materias primas o productos, o formaren existencias superiores a las necesarias, sean actos de naturaleza monopólica o no, para responder a los planes habituales de producción o demanda” ⁵¹;

2) *Intermediación innecesaria*: sanciona a quienes “intermediaren o permitieren intermediar innecesariamente o crearen artificialmente etapas en la distribución y comercialización” ⁵²;

3) *Actos tendientes a generar escasez*: sanciona a quienes “destruyeren mercaderías o bienes; o impidieren la prestación de servicios o realizaren cualquier otro acto, sea de naturaleza monopólica o no, que tienda a hacer escasear su producción, venta o transporte” ⁵³;

4) *Restricción injustificada del abastecimiento*: sanciona a quienes “negaren o restringieren injustificadamente la venta de bienes o la prestación de servicios, o redujeren sin causa la producción habitual o no la incrementaren, habiendo sido intimados por la autoridad de aplicación a tal efecto con cinco (5) días hábiles de anticipación, en caso de tener capacidad productiva, para responder a la demanda” ⁵⁴; y

5) *Desviación injustificada del abastecimiento*: sanciona a quienes “desviaren o discontinuaren el abastecimiento normal y habitual de una zona a otra sin causa justificada” ⁵⁵.

A continuación se analizará si son razonables y si respetan o no las exigencias del principio de legalidad en materia sancionatoria.

A. Acaparamientos y formación de existencias superiores a las necesarias (art. 4º, inc. c, LA)

⁵¹ LA, art. 4º, inciso c.

⁵² LA, art. 4º, inciso d.

⁵³ LA, art. 4º, inciso e.

⁵⁴ LA, art. 4º, inciso f.

⁵⁵ LA, art. 4º, inciso g.

El inciso “c” del artículo 4º de la LA castiga a quienes “[a]capararen materias primas o productos, o formaren existencias superiores a las necesarias, sean actos de naturaleza monopólica o no, para responder a los planes habituales de producción y/o demanda”⁵⁶.

Esta norma contempla dos figuras típicas distintas, “acaparar materias primas o productos” y “formar existencias superiores a las necesarias”. Sin embargo, no hay diferencias sustanciales en ellas, pues según el *Diccionario de la Real Academia Española*, “acaparar” es “[a]dquirir y retener cosas propias del comercio en cantidad superior a la normal, previniendo su escasez o encarecimiento”. Se asemeja así a la acción de “formar existencias superiores a las necesarias”. Como se ha dicho, estas conductas, “dentro del esquema intervencionista que subyace a la LA, puede[n] resultar lesiva[s] para el abastecimiento”⁵⁷.

Estas conductas son supuestos de *especulación*, entendida como la búsqueda de oportunidades intertemporales de beneficios empresariales, lo que es propio de toda actividad empresarial⁵⁸. Por ello, su prohibición en un mercado de libre entrada y salida -no monopolizado por el Estado- es irrazonable para lograr garantizar el abastecimiento en el largo plazo. Se aplican a ello razones análogas a

56 LA, art 4º, inciso c.

57 CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Regulación jurídica del comercio interior*..., cit., p. 208.

58 A modo de ejemplo, téngase en cuenta que el mero acto de contratar mano de obra para la producción de un determinado bien implica un acto de especulación tanto por el empleador como por el empleado. El empleador, actuando como empresario, prefiere pagar el salario en el momento presente, a cambio de producir en el futuro un determinado bien que estima en mayor valor, y asume el costo temporal y los riesgos inherentes a tal actividad. El empleado especula de la forma inversa: prefiere recibir el salario en el presente en lugar de trabajar por su propia cuenta y riesgo en la producción de dicho bien futuro. Esta diferente preferencia temporal entre el empleado y el empleador, junto con la asunción de los riesgos inherentes a la actividad empresarial, es lo que explica económicamente la alegada “plusvalía” del empresario capitalista. Al respecto, cfr. BÖHM-BAWERK, Eugen, *Karl Marx and the Close of His System*, Augustus Kelley, New York, 1949, *passim*; MISES, Ludwig von, *Human Action: A Treatise on Economics*, Yale University Press, New Haven, 1949; en castellano: *La Acción Humana: Tratado de Economía*, Unión Editorial, Madrid, 2007; capítulos XV.11, XVIII.4, y XXI.3.

las planteadas en el análisis sobre la razonabilidad de los controles de precios máximos ⁵⁹. En efecto, impedir el acaparamiento en tales casos generará una grave distorsión en la economía, pues impedirá la capitalización con la consiguiente mayor producción de bienes y servicios, a la vez que generará bruscos cambios en los precios a raíz de las variaciones en las cantidades ofertadas.

Al respecto debe destacarse que la especulación intertemporal, en la medida en que no haya barreras legales a la competencia, tiende a nivelar los precios del bien a lo largo del tiempo ⁶⁰. En efecto, la abstención de vender en un determinado momento disminuye la oferta, incrementando los precios, pero su venta posterior cuando los precios han subido, al incrementar la oferta, hace que aquéllos bajen. Asimismo, la especulación garantiza el abastecimiento de los bienes en el futuro, bajo la previsión de que entonces serán más valorados por las personas que en el presente ⁶¹.

Sin perjuicio y con independencia de esta última consideración, la norma en análisis es también inconstitucional por violar el principio de legalidad. Es imposible para el agente económico conocer *a priori -ex ante* de la realización de la conducta- cuáles acaparamientos serán “necesarios” y cuáles no. Como bien se ha explicado, “la formación de existencias tiene un costo, en términos financieros, para quien la efectúa; se inmoviliza un capital que en sí no tiene rendimiento alguno. Si se incurre en este costo ello se debe a una diversidad de motivos legítimos: por la multiplicación de costos que implicaría realizar pedidos de muy escaso monto o de atender pedidos de igual naturaleza; por la incertidumbre y el riesgo que supone operar con muy bajos niveles de existencias, debido a siempre posibles dificultades en el abastecimiento de materias primas; por la necesidad de atender pedidos inesperados, que no pueden enfrentarse inmediatamente, ante la duración del período de producción; por la

59 Cfr. CASTRO VIDELA, Santiago M.-MAQUEDA FOURCADE, Santiago, *Tratado de la regulación para el abastecimiento...*, cit., capítulo XII.

60 Cfr. CASTRO VIDELA, Santiago M.-MAQUEDA FOURCADE, Santiago, *Tratado de la regulación para el abastecimiento...*, cit., capítulo XII.

61 Al respecto, remitimos a CASTRO VIDELA, Santiago M.-MAQUEDA FOURCADE, Santiago, *Tratado de la regulación para el abastecimiento...*, cit., capítulo XII, donde analizamos los efectos económicos equilibrantes de la especulación en un mercado libre.

existencia de economías de escala, que requieren series de producción de montos mínimos, que luego se venden durante períodos más o menos prolongados; por motivos estacionales, que hacen que sólo se produzca o se consuma en determinadas épocas del año, acumulándose así la producción de esas épocas, o la que se realiza durante todo el año, para atender a un consumo estacional, etc.”⁶².

En un intento por delimitar razonablemente esta conducta, se ha dicho que el acaparamiento no estaría justificado en una situación de monopolio natural o de distorsión en la competencia, pues “[u]n monopolista puede encontrar ventajoso reducir la oferta de un producto, de modo de elevar o mantener su precio por encima de los niveles que imperarían en condiciones competitivas”⁶³. Sin embargo, tal como se explicó antes, siempre que haya ausencia de *barreras legales* de entrada y salida al mercado, el empresario no podrá conocer la curva de demanda y, por lo tanto, determinar en cuál punto se produciría un precio de monopolio.

Por lo tanto, “la distinción entre formación lícita de existencias y acaparamiento ilícito es compleja y sujeta a graves incertidumbres al querer dársele aplicación práctica”⁶⁴, pues requiere un conocimiento que ningún funcionario o empresario puede tener, por más versado que sea en materia de teoría económica. En consecuencia, la norma impide al sujeto obligado conocer *a priori* o *ex ante* cuál conducta debe realizar, por lo que es inconstitucional por violar el principio de legalidad.

Creemos por ello que esta infracción sólo podría interpretarse como válida, y con las aclaraciones efectuadas, en supuestos de abusos de posición dominante (en los términos de la LDC) y de monopolios *legales*, en los que existen barreras legales de entrada y salida al mercado y el monopolista se encuentra en condiciones de establecer “precios de monopolio”. En terminología de la propia norma en comentario, sólo sería válida aplicarla cuando el acto tenga efectivamente “naturaleza monopólica”.

62 CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Regulación jurídica del comercio interior...*, cit., p. 209.

63 CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Regulación jurídica del comercio interior...*, cit., p. 209.

64 CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Regulación jurídica del comercio interior...*, cit., p. 211.

B. Intermediación innecesaria (art. 4º, inc. d, LA)

El inciso “d” del artículo 4º de la LA castiga a quienes “[i]ntermediaren o permitieren intermediar innecesariamente o crearen artificialmente etapas en la distribución y comercialización” ⁶⁵.

La intermediación consiste en “poner en manos de comerciantes especializados algunas de las etapas que vinculan a los restantes elementos del proceso económico” de producción ⁶⁶. Se dice que la intermediación es necesaria cuando busca abaratar los costos y hacer más eficiente la producción, mientras que es innecesaria cuando busca lo contrario. Desde esta óptica, se ha sostenido que las etapas innecesarias en la producción “pueden ser creadas por el propio productor, dentro de una empresa integrada artificialmente, a fin de crear costos también artificialmente, para aprovecharse de ellos bajo normas que permitan su traslado a los precios, o para beneficiarse de normas que permitan determinados márgenes para distribuidores y comerciantes” ⁶⁷.

Sin embargo, esta situación sólo puede darse en un mercado monopolizado legalmente, o cuando se fijan legalmente precios máximos o márgenes de utilidad para determinadas etapas, creando incentivos para establecerlas “a fin de aprovechar un margen que de otro modo podría escapar a su control”, o bien para “justificar costos en base a los cuales [pueda] solicitar un aumento de precios máximos autorizados bajo la LA” ⁶⁸. Sólo en tales casos, entendemos, la conducta estará delimitada de forma suficientemente precisa -ha sido denominada “intermediación parasitaria” ⁶⁹-.

65 LA, art. 4º, inciso d.

66 CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Regulación jurídica del comercio interior*..., cit., p. 212.

67 CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Regulación jurídica del comercio interior*..., cit., p. 214.

68 CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Regulación jurídica del comercio interior*..., cit., p. 213. En similar sentido SANZ, Pablo, *Regulación económica y sistema político positivo*, cit., ps. 95 y 96.

69 CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Regulación jurídica del comercio interior*..., cit., p. 213.

Como puede verse, la intermediación innecesaria, entendida como la intermediación que genera ineficiencias e incrementa los costos, sólo tiene incentivos para ser creada en mercados intervenidos legalmente⁷⁰. En mercados de libre acceso, en cambio, el incremento en los precios atraerá la competencia para aprovechar el elevado margen de ganancia del empresario en cuestión, lo que llevará a la disminución de los precios. En mercados de libre entrada, el empresario tiene incentivos para optimizar su producción, no para hacerla más ineficiente y llevar su negocio a la quiebra⁷¹.

Por lo tanto, la aplicación de esta medida es irrazonable, pues una medida menos costosa -como es dejar actuar al proceso de mercado en los mercados de libre entrada y/o desregular los mercados monopolizados- permitiría la eliminación de los amplios márgenes de ganancia obtenidos en tales inusuales casos.

C. Actos tendientes a generar escasez (art. 4º, inc. e, LA)

El inciso “e” del artículo 4º de la LA castiga a quienes “[d]estru-

70 Paradójicamente, la misma LA luego de la reforma dispuesta por la Ley 26.991 genera incentivos para la intermediación innecesaria al excluir de su alcance a las MPyMEs que no detenten posición dominante. Véase, al respecto, el análisis realizado en CASTRO VIDELA, Santiago M.-MAQUEDA FOURCADE, Santiago, *Tratado de la regulación para el abastecimiento...*, cit., cap. XIX, en particular p. 150.

71 Contrariamente, cuando se establecen regímenes de precios máximos se producen los efectos opuestos: “a) al reconocerse como causa de aumento el mayor costo de producción, el mayor costo puede resultar beneficioso para las empresas porque les permite aumentar los precios, aumentar la cifra de ventas y con ello, contando con rentabilidad fija en una proporción histórica, tener una mayor ganancia absoluta; b) no hay incentivo para disminuir los costos, por la razón inversa a lo dicho antes: un menor costo produciría una rentabilidad menor. Podría argüirse que el incentivo podría ser un mayor volumen de ventas por menor precio final, pero esto no es realista en un mercado donde todos quedan congelados en sus posiciones relativas, y donde una mejora de los métodos requiere inversiones difíciles de realizar por muchas causas cuya amortización también es difícil y c) las leyes económicas son dejadas de lado, los funcionarios controlarán y decidirán sobre quién puede cubrir sus costos mejor o peor, sobre lo que cada uno deberá ganar y aun sobre lo que debe costar un nuevo producto. Todo indica que en este esquema lo más conveniente para las empresas es trabajar a altos costos, no buscar capitales caros para hacer inversiones y en cambio esforzarse para obtener protección contra la competencia”. SANZ, Pablo, *Regulación económica y sistema político positivo*, cit., ps. 95-96.

yeren mercaderías y bienes; o impidieren la prestación de servicios o realizaren cualquier otro acto, sea de naturaleza monopólica o no, que tienda a hacer escasear su producción, venta o transporte”⁷².

Las conductas de “destruir” bienes y de “impedir” la prestación de servicios son *precisas*, pues señalan conductas materiales reconocibles *a priori* o *ex ante* por el empresario o agente económico alcanzado por la LA. No es así el caso de “realizar cualquier otro acto” que “tienda a hacer escasear” la producción, venta o transporte de bienes o servicios. Esta última es una conducta amplísima e *imprecisa*, que podría llevar a considerar que son actos generadores de escasez el cierre de una sucursal o la liquidación de existencias no vendidas. Se la ha intentado delimitar diciendo que involucra “actos que subjetivamente tengan tal fin y que objetivamente carezcan de justificación frente al régimen jurídico de la economía”⁷³. Sin embargo, el problema de legalidad continúa irresuelto por la imposibilidad de determinar *a priori* o *ex ante* la realización de la conducta qué actos son “justificados” por las regulaciones de la economía y cuáles no. Tampoco es posible determinar con suficiente precisión y *ex ante* cuándo el acto “tiende a hacer escasear”. Se trataría, así, de un elemento de peligro concreto que se considera ocurrido cuando “una alteración del mercado es significativa”, es decir, “es perceptible por los consumidores que operan en el mercado relevante”⁷⁴. Sin embargo, es imposible para las autoridades y los empresarios conocer tales “percepciones de los consumidores”, pues éstas están dispersas en cada uno de ellos y son subjetivas y cambiantes. Por lo tanto, no es posible para el empresario o eventual agente económico involucrado saber con precisión cuándo uno de esos actos “tenderá a generar escasez” de forma significativa.

Respecto de la razonabilidad de esta norma, resultan aplicables las mismas consideraciones que para el acaparamiento: en mercados de libre acceso, el único perjudicado por tales conductas será el propio empresario, quien perderá bienes de capital sin afectar el abasteci-

72 LA, art. 4º, inciso e.

73 CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Regulación jurídica del comercio interior*..., cit., p. 217.

74 CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Regulación jurídica del comercio interior*..., cit., p. 218.

miento. En efecto, si bien la disminución de las cantidades ofertadas tenderá a incrementar el precio, este incremento del precio atraerá más competencia que tenderá a disminuir el precio⁷⁵. Por lo tanto, la conducta sólo puede realizarse en mercados monopolizados o cuasi-monopolizados por el Estado⁷⁶, o también en casos de abusos de posición dominante (en los términos de la LDC); en tales casos, esta norma podría ser adecuada, pero aun así sería innecesaria: sería menos costoso y más eficiente permitir la libre entrada al mercado y, con ella, la competencia que favorecería la reducción de los precios. En terminología de la propia norma en comentario, sólo sería válida aplicarla cuando el acto tenga efectivamente “naturaleza monopólica”.

De más está decir que si la destrucción es de bienes ajenos o si el impedimento es sobre servicios prestados por terceros o bien calificados legalmente como “servicios públicos”, serán de aplicación las normas correspondientes del Código Penal y, eventualmente, el marco regulatorio específico del servicio público de que se trate⁷⁷.

D. Restricción injustificada del abastecimiento (art. 4º, inc. f, LA)

El inciso “f” del artículo 4º de la LA castiga a quienes “[n]egaren o restringieren injustificadamente la venta de bienes o la prestación de servicios, o redujeran sin causa la producción habitual o no la incrementaren, habiendo sido intimados por la autoridad de aplicación a tal efecto con cinco (5) días hábiles de anticipación, en caso de

75 Remitimos sobre el particular al análisis efectuado en CASTRO VIDELA, Santiago M.-MAQUEDA FOURCADE, Santiago, *Tratado de la regulación para el abastecimiento...*, cit., capítulo XI.

76 En mercados de libre acceso, no hay incentivos siquiera para la realización “concertada” de estas clases de destrucciones, v. gr., por un cartel de empresas, pues siempre existen incentivos para abandonar la “concertación”; a la vez que las ganancias extraordinarias del “cartel” atraerían nuevos competidores, disminuyendo los precios. Cfr. ROTHBARD, Murray, *Man, Economy, and State: A Treatise on Economic Principles; with Power and Market: Government and the Economy. Scholar's Edition* [1962], 2ª edición, Ludwig von Mises Institute, Auburn, Alabama, 2009, cap. X.

77 Sobre la inaplicabilidad de las disposiciones de la LA respecto de las empresas prestadoras de “servicios públicos” legalmente calificados como tales remitimos a CASTRO VIDELA, Santiago M.-MAQUEDA FOURCADE, Santiago, *Tratado de la regulación para el abastecimiento...*, cit., capítulo II.

tener capacidad productiva, para responder a la demanda”⁷⁸.

La norma contempla dos acciones que se cometen después de transcurridos cinco días hábiles de ser intimados a hacerlo por la autoridad de aplicación: a) “negar” o “restringir” “injustificadamente” la oferta; o b) “reducir” “sin causa” o “no incrementar” la “producción habitual”. Las acciones de “negar” o “restringir” la oferta y “reducir” o “no incrementar” la producción no presentan problemas de precisión: se refieren a decisiones empresariales sobre la utilización de los factores de producción y la oferta de los servicios o bienes de consumo.

Distinto es el caso de las exigencias de que tales acciones sean “injustificadas” o “sin causa”. Al igual que en los casos analizados anteriormente, el oferente puede tener muchas razones para decidir no ofrecer su producto o disminuir su producción (v. gr., corregir el error empresarial previo de una producción excesiva en relación con la demanda existente); si el mercado es de libre acceso, serán sus competidores quienes aprovechen la oportunidad de ganancia dejada de lado por aquél. Los beneficios que pueda obtener en el corto plazo, debido a la disminución de las cantidades ofertadas con el consecuente incremento del precio, se verán eliminados por el propio proceso de mercado, que tenderá a incentivar a terceros a producir los bienes y servicios en cuestión y abastecer la demanda desaprovechada por aquél. *Tal mecanismo del proceso de mercado, en consecuencia, lleva a considerar como irrazonables estas prohibiciones, salvo que la entrada esté limitada legalmente en el mercado o que se trate de un monopolio del recurso*, en el que sólo existe una persona que es dueña de los bienes necesarios para producir el bien en cuestión. En ambos casos, el monopolista puede llegar a tener incentivos para restringir su producción y abastecimiento⁷⁹.

Finalmente, a nuestro juicio debe interpretarse que la “intimación previa” ha de ser dispuesta en virtud de una medida de regulación para el abastecimiento adoptada con anterioridad con base en el artículo 2º o 27 de la LA. Ello es lo razonable, pues de lo contrario la autoridad no estaría facultada ni siquiera formalmente, en los términos de la propia LA, para regular aspectos sustantivos del derecho de propiedad privada y libertad económica del agente económico involucrado. Como consecuencia de tal interpretación, esta in-

78 LA, art. 4º, inciso f.

79 Cfr. KIRZNER, Israel, *Competencia y empresarialidad*, cit., ps.116 a 124.

fracción bien podría considerarse en los hechos como una infracción *secundaria*, pues presupone el ejercicio de las facultades delegadas por los artículos 2º o 27 de la LA. Ello así, más allá de que el artículo 2 de la LA menciona al inciso “f” entre las infracciones *primarias*. Por ello, no existiendo tales reglamentaciones con anterioridad a la conducta del agente económico involucrado, no podría haber intimación válida y, por ende, no podría entenderse configurada la infracción que allí se tipifica.

E. Desviación injustificada del abastecimiento (art. 4º, inc. g, LA)

El inciso “g” del artículo 4º de la LA castiga a quienes “[d]esvieren o discontinuaren el abastecimiento normal y habitual de una zona a otra sin causa justificada”⁸⁰.

Nuevamente, se trata de una decisión empresarial de producción, esta vez vinculada con el cambio (“desviación” o “discontinuación”) del lugar geográfico donde se prestan servicios o se envían los bienes de consumo para su oferta al público, la que para configurar el tipo infraccional debe ser realizada “sin causa justificada”. Se ha dicho que la “desviación” -y ahora la “discontinuación”- debe generar una “perturbación perceptible en un mercado geográfico relevante, relevancia que surge, a su vez, de la compartimentación que imponen los costos de transporte y comercialización”, y que es “injustificada” cuando “no responde a las fuerzas propias de un mercado competitivo”⁸¹.

En relación a la incorporación del verbo “discontinuar”, tal como quedó redactado el enunciado normativo, es poco precisa y debe por ello entenderse como equivalente a “desviar”. En efecto, si bien esa incorporación dispuesta por la reforma de la ley 26.991 debería ser interpretada con un propósito específico y razonable, lo cierto es que tal como está redactado el tipo infraccional su única interpretación posible es que ambos verbos son ahora empleados como conceptos idénticos. Ello es así en razón de que no se modificó la segunda parte

80 LA, art. 4º, inciso g.

81 CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Regulación jurídica del comercio interior*..., cit., p. 223. El autor da el ejemplo de un desvío injustificado cuando “se desvía la producción para evitar, mediante un accionar conjunto, que los precios caigan en una zona controlada conjuntamente por determinados productores”.

del enunciado normativo que se predica respecto de ambos verbos, esto es: “el abastecimiento normal y habitual *de una zona a otra* sin causa justificada”. Al mantenerse la expresión “de una zona a otra”, dado que “discontinuar” significa “romper o interrumpir la continuación de algo”⁸², incluso considerando solamente aquel verbo la infracción no puede sino ser interpretada en el sentido de que refiere a la acción de “interrumpir” el abastecimiento “normal y habitual” en una zona y “continuarlo” o “comenzarlo” en otra. Como puede apreciarse, ello sería tanto como “desviarlo”⁸³.

Con todo, los problemas de legalidad afectan también a este tipo infraccional incluso frente a tales intentos de delimitación de la conducta. En efecto, sea que se esté ante una “desviación” o “discontinuación”, o se entienda que ambos conceptos refieren a la misma acción, la determinación de si hay una “perturbación perceptible” en el mercado geográfico “relevante” es subjetiva y no objetiva, pues no hay parámetros económicos o empresariales que permitan determinar tal “perceptibilidad” y tal “relevancia” de modo objetivo y *ex ante*. Lo mismo sucede con su “justificación”, por razones análogas a las que explicamos al analizar la infracción prevista en el artículo 4, iniso “f” (restricción injustificada del abastecimiento). Por lo tanto, la punición de una conducta que no es posible determinar objetivamente y de forma *previa* a su realización no cumple con los parámetros del principio de legalidad⁸⁴.

6. Infracciones secundarias por incumplimiento de regulaciones para el abastecimiento

A. Enumeración y consideraciones generales

El último grupo de infracciones es el de las infracciones secunda-

⁸² *Diccionario de la Real Academia Española*, 22^o edición, vocablo “discontinuar”, <http://lema.rae.es/drae/?val=discontinuar>.

⁸³ *Diccionario de la Real Academia Española*, 22^o edición, la primera acepción del vocablo “desviar” es “1. tr. Apartar, alejar a alguien o algo del camino que seguía. U. t. c. prnl. U. t. en sent. fig.”, <http://lema.rae.es/drae/?val=desviar>.

⁸⁴ Cfr. CASTRO VIDELA, Santiago M.-MAQUEDA FOURCADE, Santiago, *Tratado de la regulación para el abastecimiento...*, cit., capítulo VIII.

rias, e incluye diversas conductas que incumplen, obstruyen o están referidas a medidas de regulación para el abastecimiento previamente adoptadas por la autoridad de aplicación en ejercicio de las facultades delegadas por la LA. Tales infracciones son las siguientes:

1) *Negativa de venta o discontinuación de la producción de bienes o servicios con precios regulados o márgenes de utilidad fijados*: sanciona a quienes “no tuvieran para su venta o discontinuaren, según el ramo comercial respectivo, la producción de mercaderías y prestación de servicios con niveles de precios máximos y mínimos, o márgenes de utilidad fijados”⁸⁵, salvo las excepciones que se dispongan por vía reglamentaria;

2) *Falta de entrega de factura, información o documentación*: sanciona a quienes “no entregaren factura o comprobante de venta, la información o documentación” exigidas mediante las facultades del artículo 2, incisos “e” y “f”⁸⁶;

3) *Falta de registro u obtención de licencias*: sanciona a quienes “ejercieran su actividad fuera de los registros y licencias” establecidos mediante las facultades del artículo 2, incisos “h” e “i”⁸⁷; y

4) *Incumplimiento de otras regulaciones dictadas en ejercicio de las facultades delegadas*: sanciona a quienes “vulneraren cualesquiera de las disposiciones que se adoptaren en ejercicio de las atribuciones”⁸⁸ delegadas por los artículos 2 y 3 de la LA.

85 LA, art. 4°, inciso h.

86 LA, art. 4°, inciso i. Acerca de la conducta infraccional consistente en la falta de entrega de factura, información o documentación, hay que advertir que se está aquí ante una falta que se completa con las regulaciones que se establezcan en materia de facturas y comprobantes de venta y obligaciones de información, documentación, registro o licencia. En el caso de las facturas y comprobantes de venta, esta norma se superpone además con otras establecidas en materia tributaria por la AFIP en aplicación de la ley 11.683 (1978) -obligaciones de los consumidores finales de solicitar la factura y de los vendedores de emitirla y conservarla- y por la LDCons. en materia de servicios públicos domiciliarios. Se diferenciaría de ellas en cuanto a su propósito, que es “asegurar el cumplimiento de las restantes disposiciones de la Ley de Abastecimiento, en particular las relativas a niveles de precios”. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Regulación jurídica del comercio interior...*, cit., p. 227.

87 LA, art. 4°, inciso i. En relación a esta conducta infraccional resultan aplicables similares aclaraciones a las efectuadas en la nota anterior.

88 LA, art 4°, inciso j.

Salvo lo que se dirá en el análisis específico que se efectúa a continuación, en su mayoría estas infracciones no presentan en principio problemas graves de legalidad o razonabilidad, al menos no en sí mismas. Sin embargo, su constitucionalidad desde dicha perspectiva dependerá de la concreta medida de regulación para el abastecimiento a que se refieran. Es que, precisamente, lo que caracteriza a las infracciones *secundarias* es su vinculación con una medida previamente adoptada por la autoridad de aplicación en ejercicio de las facultades delegadas por los artículos 2° y 3° de la LA. La configuración de estas infracciones, por eso, exigirá analizar la validez y constitucionalidad de la medida previa que esté involucrada y, en su caso, de la verificación de la infracción que haya dado lugar a su adopción de esta última en ejercicio de tales facultades. De tal modo, para determinar la configuración de estas infracciones y la eventual validez de las sanciones que puedan motivar habrá que considerar la constitucionalidad de tales regulaciones previas en cada caso concreto, a la luz del principio de razonabilidad y, también, de exigencias constitucionales en materia de delegación legislativa ⁸⁹.

Sin perjuicio de lo anterior, conviene de todos modos señalar con carácter general que la interpretación de las medidas de regulación para el abastecimiento a la que estas infracciones estén vinculadas deberá ser restrictiva, por lo que dicho criterio, en consecuencia, también habrá de presidir el análisis de la configuración de las infracciones secundarias en cuestión. Ello así, en efecto, en tanto el dictado de tales regulaciones previas implicará que la autoridad de aplicación ejerció facultades legislativas delegadas por el Congreso y, sobre tal base, estableció regulaciones restrictivas del derecho de propiedad privada y libertad económica del agente económico involucrado. En consecuencia, ese estricto criterio hermenéutico se impone tanto en virtud de la doctrina jurisprudencial sentada por la Corte Suprema en “Colegio Público de Abogados de la Capital Federal c/Estado Nacional” (2008) ⁹⁰, “Y.P.F S.E. c/Esso S.A.P.A”

89 Cfr. CASTRO VIDELA, Santiago M.-MAQUEDA FOURCADE, Santiago, *Tratado de la regulación para el abastecimiento...*, cit., Parte Tercera y capítulo XIX.

90 Fallos, 331:2406. Como explicamos en CASTRO VIDELA, Santiago M.-MAQUEDA FOURCADE, Santiago, *Tratado de la regulación para el abastecimiento...*, cit..., capítulo XVI, a donde corresponde remitir, en “Colegio Público de Abogados de la Capital Federal c/Estado Nacional” (2008) la Corte fue conclu-

(2012) ⁹¹ y “Santa Fe, Provincia de c/Estado Nacional s/acción declarativa de inconstitucionalidad” ⁹², como en función del principio de interpretación restrictiva de las regulaciones al derecho de propiedad privada y libertad económica ⁹³.

yente en el sentido de que una interpretación del texto constitucional basada en el modelo seguido por los constituyentes permite concluir que: a) la delegación sin bases está prohibida; y que b) cuando las bases estén formuladas en un lenguaje demasiado genérico e indeterminado, i) la autoridad pública tiene la carga de demostrar que la disposición dictada en ejercicio de la facultad legislativa delegada concreta la específica política legislativa fijada por la ley delegante; y ii) la interpretación del alcance de la competencia delegada debe ser restrictiva (cfr. idem, considerando 12). Por ello, según el criterio del tribunal, la defensa de un decreto que ejerce facultades legislativas “tendrá mayores probabilidades de éxito cuanto más claras sean las directrices de la ley delegatoria y menores, cuando ellas consistan sólo en pautas indeterminadas” (idem, considerando 12, párrafo 4º, *in fine*). La LA, fundamentalmente en razón de la amplitud de las bases de la delegación que realiza, debe ser interpretada restrictivamente en los términos que se derivan de tal precedente (cfr. CASTRO VIDELA, Santiago M.-MAQUEDA FOURCADE, Santiago, *Tratado de la regulación para el abastecimiento...*, cit., capítulo XIX). Este criterio jurisprudencial ha sido reiterado por la Corte Suprema en *Fallos*, 338:1389, considerando 24, párrafo 3º, del voto unánime de los miembros del tribunal.

91 *Fallos*, 335:1227. La causa citada se había acumulado con las siguientes, todas resueltas en la misma sentencia: “Eso S.A. Petrolera Argentina c/Estado Nacional (Mº O. y S.P.) s/proceso de conocimiento”, causa E.97.XLV; “Shell Compañía Argentina de Petróleo c/Estado Nacional (Mº O. y S.P.) y otra s/proceso de conocimiento”, causa S.442.XLV, y “Shell Compañía Argentina de Petróleo c/Estado Nacional (Mº de Economía y O.S.P) s/proceso de conocimiento”, causa S.443.XLV. En este fallo la Corte Suprema ratificó su doctrina sentada en “Colegio de Abogados de la Capital Federal c/Estado Nacional” (2008) y sostuvo expresamente que “el instituto de la delegación es de interpretación restrictiva, tanto cuando ocurre entre órganos de la Administración (artículo 3º de la ley 19.549), como cuando se trata de delegación de facultades de un Poder del Estado a otros, en particular, cuando se delegan facultades legislativas en órganos del Poder Ejecutivo, en tanto se está haciendo excepción a los principios constitucionales de legalidad y división de poderes. . .” (*Fallos*, 335:1227, cit., considerando 6º, párrafo 4º del voto unánime).

92 CSJ 539/2009 (45-S)/CSJ, sentencia del 24-11-2015, *Fallos*, 338:1389 (2015).

93 Cfr. CASTRO VIDELA, Santiago M.-MAQUEDA FOURCADE, Santiago, *Tratado de la regulación para el abastecimiento...*, cit., capítulos XVI p. 127,

A la par de tales consideraciones generales, conviene también realizar algunas aclaraciones particulares sobre: *a)* la infracción por negativa de venta o discontinuación de la producción de bienes o servicios con precios regulados o márgenes de utilidad fijados; y *b)* la infracción residual por incumplimiento de otras regulaciones dictadas en ejercicio de las facultades delegadas.

B. Negativa de venta o discontinuación en la producción de bienes o servicios con precios regulados o márgenes de utilidad fijados (art. 4º, inc. h, LA)

El inciso “h” del artículo 4º de la LA castiga a quienes “[n]o tuvieren para su venta o discontinuaren, según el ramo comercial respectivo, la producción de mercaderías y prestación de servicios con niveles de precios máximos y mínimos, o márgenes de utilidad fijados, salvo los eximentes justificados que se establezcan por vía reglamentaria, teniendo en cuenta ramo, habitualidad, modalidad, situación de mercado y demás circunstancias propias de cada caso”⁹⁴.

Este tipo infraccional presenta ciertas particularidades, fundamentalmente en razón de que la reforma dispuesta por la ley 26.991, quizás sin advertirlo, lo modificó sustancialmente.

El inciso “h” del artículo 4º de la LA original (1974) castigaba a quienes “[n]o tuvieren para su venta -según el ramo comercial respectivo- mercaderías con precios máximos, precios congelados o márgenes de utilidad fijados y al no poseerlas no vendan a dichos precios mercaderías similares de mayor calidad o precio, salvo los eximentes justificados que se establezcan por vía reglamentaria, teniendo en cuenta ramo, habitualidad, modalidad, situación de mercado y demás circunstancias propias de cada caso”⁹⁵.

Se trataba de una infracción cuya finalidad era prevenir conductas tendientes a incumplir las medidas de control de los precios o establecimiento de márgenes de utilidad previamente adoptadas por la

XVII p. 132, XVIII p 141 y XIX. Véase también CASTRO VIDELA, Santiago - MAQUEDA FOURCADE, Santiago, “Aproximación al principio restrictivo en el dictado e interpretación de regulaciones económicas. Aportes sobre sus fundamentos, alcances y aplicaciones”, ED Administrativo, 31/03/2017, p. 1.

94 LA, art. 4º, inc. h.

95 LA, artt. 4º, inc. h.

autoridad de aplicación. El efecto que tenía era: a) obligar a ofrecer al público el producto con precios regulados; b) en su defecto, obligar a ofrecer al público mercaderías similares de mayor calidad o precio; y c) para tales casos, extender la regulación de precios a estos últimos productos. De este modo, el control de precios por la autoridad de aplicación conllevaba implícitamente tales obligaciones adicionales.

Ahora bien, la ley 26.991 introdujo modificaciones sustanciales en este tipo infraccional. El texto del inciso “h” del artículo 4º, sanciona ahora a quienes “[n]o tuvieran para su venta o discontinuaren, según el ramo comercial respectivo, la producción de mercaderías y prestación de servicios con niveles de precios máximos y mínimos, o márgenes de utilidad fijados, salvo los eximentes justificados que se establezcan por vía reglamentaria, teniendo en cuenta ramo, habitualidad, modalidad, situación de mercado y demás circunstancias propias de cada caso”.

Habiéndose establecido controles de precios o márgenes de utilidad sobre un producto -a través de las facultades de los artículos 2º de la LA ⁹⁶-, la infracción ahora sanciona dos conductas distintas: a) “no tener para su venta” dicho bien; o b) “discontinuar” su producción. De este modo, la reforma por la ley 26.991: a) mantuvo la obligación del vendedor de ofrecer al público los productos con precios regulados, pero al mismo tiempo b) sustituyó las obligaciones supletorias del vendedor -i.e., de ofrecer al mismo precio productos similares de mayor precio o calidad- por la obligación del productor de producir tales bienes ⁹⁷.

96 No del artículo 27 de la Ley de Abastecimiento pues, las facultades previstas en dicho artículo no permitirían a la autoridad nacional de aplicación establecer precios máximos o mínimos (o precios de referencia), ni tampoco márgenes de utilidad. En efecto, el artículo 27 es claro en cuanto sólo la facultad exclusivamente para disponer, respecto de determinados bienes y servicios, su “venta”, “producción”, “distribución” o “prestación”. Es decir, permite establecer obligaciones de abastecer -vinculadas con la producción en sentido amplio-, mas no medidas de regulación de los precios o la imposición de márgenes de utilidad, como las previstas en el artículo 2º, inciso “a”, de la Ley de Abastecimiento. CASTRO VIDELA, Santiago M.-MAQUEDA FOURCADE, Santiago, *Tratado de la regulación para el abastecimiento...*, cit., capítulo XIX.

97 Ley 26.991: BO del 18/9/2014. Desde la perspectiva dirigista de la Ley de Abastecimiento, la nueva configuración de la infracción comentada tiene más lógica. En efecto, al obligar a los productores a producir el bien con precios

Como puede apreciarse, la norma ahora establece no sólo una obligación implícita de “vender forzosamente”, sino también otra de “producir forzosamente” cuando tal era la actividad del agente económico cuyos precios fueron regulados. Ello, salvo los eximentes que se establezcan reglamentariamente. Sobre esto último, nótese también que ahora la referencia al “ramo, habitualidad, modalidad, situación de mercado y demás circunstancias propias de cada caso”, está referida a los eximentes -que puede o no establecer la autoridad de aplicación- y no a la realización de la conducta tipificada en la infracción ⁹⁸.

Por ello, en virtud de las mismas consideraciones efectuadas respecto del artículo 4, inciso “a”, cabe concluir que este tipo infraccional podría ser inconstitucional por resultar irrazonable y, además, suponer una privación de la propiedad que, en su caso, dará derecho a indemnización ⁹⁹. En efecto, la *intervención regulatoria de los factores de producción*, mediante el establecimiento de, v. gr., obligaciones de abastecer o producir o bien de vender forzosamente a precios máximos, configura una expropiación en sentido constitucional, pues priva al dueño de los factores de producción de la totalidad de sus facultades de decisión sobre cómo utilizarlos. La privación derivada de estas medidas de intervención, por tanto, debe ser indemnizada, pudiendo contabilizarse como parte de la indemnización las rentas que puedan percibirse por la producción a la que obligan o la venta forzosa de los bienes involucrados.

Por otra parte, estas medidas sólo pueden llegar a lograr los objetivos buscados únicamente *en el corto plazo*, debiendo *restringirse a los productos* en situación de desabastecimiento, ser *limitadas en el tiempo* y extinguirse una vez paliada la crisis de abastecimiento que

regulados, busca evitar que los vendedores no tengan ese bien para ofrecerlo al público.

⁹⁸ La expresión “ramo comercial respectivo” de la primera parte del enunciado normativo sí se refiere a la conducta infraccional, pero ahora es claro que se la emplea para distinguir entre quienes “comercializan” (no tuviere para su venta) o “producen” (discontinúare) los bienes en cuestión. Dicha expresión, en consecuencia, ahora es utilizada en un sentido claramente distinto de aquel con el que se la parecía emplear en el texto de la Ley de Abastecimiento original (1974).

⁹⁹ Cfr. CASTRO VIDELA, Santiago M.-MAQUEDA FOURCADE, Santiago, *Tratado de la regulación para el abastecimiento...*, cit., capítulos XIII y XIV.

motive su adopción ¹⁰⁰. Sin embargo, no es éste el caso de las medidas analizadas, cuyo establecimiento en situaciones de normalidad y sin plazo no haría más que distorsionar las señales del mercado y generar incentivos para desviar los factores de producción e invertir en la producción de otros bienes no intervenidos. En efecto, en el mediano y largo plazo, esta medida tiende a mantener e incluso *agrarar una situación de desabastecimiento*.

C. Infracción residual por todo incumplimiento de otra medida de regulación para el abastecimiento adoptada en ejercicio de las facultades delegadas (art. 4º, inc. j, LA)

Además de las infracciones secundarias vinculadas expresa y concretamente con las medidas de regulación para el abastecimiento previstas en los incisos “e”, “f”, “h” e “i” del artículo 2º de la LA (esto es, aquellas tipificadas en el artículo 4, inciso “i”), la LA establece una suerte de tipo infraccional residual en cuya virtud se erige en infracción sancionable a todo incumplimiento de cualquier medida de regulación adoptada por la autoridad de aplicación en ejercicio de las facultades delegadas por los artículos 2º y 3º. En efecto, la referida norma sanciona a quienes “[v]ulneraren cualesquiera de las disposiciones que se adoptaren en ejercicio de las atribuciones que se confieren por los artículos 2º y 3º de esta ley”.

Sin perjuicio de lo cuestionable de esta técnica legislativa, lo cierto es que, como se dijo antes, la constitucionalidad de esta infracción secundaria deberá ser analizada en cada caso concreto y dependerá de cuál sea la medida de regulación para el abastecimiento cuyo incumplimiento se atribuya al presunto infractor. Al estar vinculada a una medida previamente adoptada por la autoridad de aplicación en ejercicio de las facultades delegadas por los artículos 2º y 3º de la LA, para determinar la configuración de esta infracción, así como la constitucionalidad y validez de una eventual sanción, habrá que evaluar necesariamente la constitucionalidad de las regulaciones previas que estén involucradas, resultando aplicable aquí también lo dicho anteriormente con carácter general para las infracciones secundarias.

Por otra parte, destacamos que si bien el artículo 4º, inciso “j”, de la LA no se refiere expresamente a las facultades delegadas por el

100 Ibidem.

artículo 27 -sino exclusivamente a las previstas en los artículos 2º y 3º-, el incumplimiento de las medidas adoptadas con fundamento en aquella otra norma sería igualmente sancionable. Ello así en tanto el artículo 27 establece expresamente que las medidas en él previstas pueden ser dispuestas “bajo apercibimiento en caso de incumplimiento de imponer las sanciones previstas en el artículo 5º” ¹⁰¹.

Finalmente, también en este caso resultará aplicable el criterio de interpretación restrictiva al que nos referimos anteriormente, pues la adopción de tales medidas implica el ejercicio de facultades legislativas delegadas por el Congreso.

7. Infracción autónoma por obstrucción o dificultamiento de la aplicación de la LA (art. 9º, LA)

Al margen de las infracciones primarias y secundarias del artículo 4º (incluido el tipo infraccional residual analizado antes), el artículo 9º de la LA establece además una infracción autónoma (que no necesariamente es una infracción secundaria) en la que se reprime con una multa de hasta \$1.000.000 toda acción de un agente económico alcanzado por la ley que consista en: *a)* “obstruir” o “dificultar” la “acción” de “los encargados de aplicar las disposiciones emergentes” de la LA o “vigilar y controlar la observancia de la misma” o “de las disposiciones que en su consecuencia se dicten”; o bien *b)* “no cumplir” con los “requerimientos” de los organismos de aplicación ¹⁰².

A esta infracción autónoma resultan aplicables similares consideraciones a las efectuadas con carácter general para las infracciones secundarias, y las realizadas en el punto anterior específicamente en relación al artículo 4º, inciso “j”. En consecuencia, aunque pueda no presentar problemas de constitucionalidad en sí mismo, la validez de este tipo infraccional dependerá de la concreta medida cuya aplicación sea “obstruida” o “dificultada” por el presunto infractor, o del “requerimiento” de la autoridad de aplicación cuyo incumplimiento se le atribuya en los términos del artículo 9º, lo que habrá de ser analizado en cada caso concreto. Si se tratase de una medida dictada en ejercicio de facultades legislativas delegadas o de una disposición de la ley que involucre una medida de esa naturaleza, resultará también

101 LA, art. 27.

102 LA, art. 9º.

de aplicación el principio de interpretación restrictiva.

Lo importante para destacar aquí es que las eventuales infracciones que se comentan en los términos de este tipo infraccional autónomo no habilitan a la autoridad de aplicación para ejercer las facultades legislativas delegadas por los artículos 2° y 3° de la LA. En efecto, la condición establecida por la ley para el ejercicio de las facultades delegadas en su artículo 2° es la previa configuración de una infracción primaria de las previstas en el artículo 4°, incisos “a” a “g”, en las condiciones que allí analizamos¹⁰³. En consecuencia, la configuración de una infracción a lo dispuesto en el artículo 9° de la LA, verificada por la autoridad de aplicación, no podría habilitarla válidamente para adoptar las medidas de regulación para el abastecimiento previstas en su artículo 2°.

8. Sanciones aplicables

Analizadas las infracciones, corresponde ahora pasar al segundo aspecto sustancial del régimen infraccional: las sanciones aplicables. Las siguientes son las sanciones establecidas por el artículo 5° de la LA: 1) Multa de \$ 500 a \$ 10.000.000, que puede aumentarse hasta el triple de la ganancia obtenida en infracción ¹⁰⁴; 2) Clausura del establecimiento por hasta 90 días, no pudiendo transferirse el fondo de comercio ni los bienes afectados durante 180 días ¹⁰⁵; 3) Inhabilitación de hasta dos años para el uso o renovación de créditos otorgados por entidades financieras ¹⁰⁶; 4) Decomiso de las mercaderías involucradas ¹⁰⁷; 5) Inhabilitación especial de uno a cinco años para ejercer el comercio y la función pública ¹⁰⁸; 6) Suspensión de hasta cinco años en los registros de proveedores del Estado ¹⁰⁹; y 7)

103 CASTRO VIDELA, Santiago M.-MAQUEDA FOURCADE, Santiago, *Tratado de la regulación para el abastecimiento...*, cit., capítulo XIX.

104 LA, art. 5°, inciso a.

105 LA, art. 5°, inciso b.

106 LA, art. 5°, inciso c.

107 LA, art. 5°, inciso d.

108 LA, art. 5°, inciso e.

109 LA, art. 5°, inciso f.

Pérdida de concesiones, privilegios, regímenes impositivos o créditos especiales de que se gozare ¹¹⁰.

Como reglas para la graduación de las sanciones aplicadas, la LA establece en su artículo 7° que las sanciones deben fijarse tomando en cuenta: a) la dimensión económica de la empresa, negocio o explotación, atendiendo, en especial, al capital en giro; b) la posición en el mercado del infractor; c) el efecto e importancia socio-económica de la infracción; d) el lucro generado con la conducta sancionada y su duración temporal; y e) el perjuicio provocado al mercado o a los consumidores.

Las sanciones se aplican también a las personas jurídicas cuando las infracciones se hayan cometido en su beneficio, sin perjuicio de la responsabilidad de sus funcionarios. Asimismo, los directores, administradores, gerentes y miembros de tales entidades que hubieren participado con dolo o culpa grave en tales actos son también susceptibles de las sanciones ¹¹¹.

Conviene a continuación realizar algunas consideraciones particulares acerca de cada una de ellas.

A. Multa (art. 5°, inc. a, LA)

Las multas pueden ser de \$ 500 a \$ 10.000.000, pudiendo este límite máximo aumentarse hasta el triple de la ganancia obtenida en la infracción ¹¹², o bien duplicarse en caso de reincidencia ¹¹³. Al imponer una multa, la autoridad de aplicación está facultada para disponer que la multa se convertirá en una sanción de clausura cuando no sea abonada en el plazo establecido en dicha resolución ¹¹⁴. La falta de pago de las multas hace exigible su cobro por el procedimiento de ejecución fiscal, y el testimonio de la resolución condenatoria firme expedida por el organismo de juzgamiento funciona como título suficiente para la ejecución ¹¹⁵.

110 LA, art. 5°, inciso g.

111 LA, art. 8°.

112 LA, art. 5°, inciso a.

113 LA, art. 6°.

114 LA, art. 19°.

115 LA, art. 20°.

Por aplicación del principio de razonabilidad, así como de las exigencias de la LNPA ¹¹⁶, la razonabilidad de la sanción de multa deberá determinarse en cada caso, según si la cuantía de la multa impuesta es idónea, necesaria y proporcional para lograr los fines preventivos y retributivos en el caso concreto, atendiendo a las circunstancias particulares. En la medida en que la sanción de multa sea desproporcionada en relación a la finalidad perseguida por su imposición, la misma podrá ser cuestionada por tratarse de un exceso de punición. De más está decir que el *quantum* de la sanción de multa deberá necesariamente respetar el máximo establecido por la LA, pues de lo contrario la sanción impuesta violaría el principio de legalidad ¹¹⁷ -y, consecuentemente, el derecho de defensa del infractor-.

B. Clausura del establecimiento (art. 5º, inc. b, LA)

La clausura del establecimiento puede durar hasta noventa días, estando prohibido transferir el fondo de comercio o los bienes afectados durante ese plazo ¹¹⁸. El plazo máximo se duplica en caso de reincidencia ¹¹⁹. La ley 26.991 derogó la sanción de clausura definitiva que existía en caso de reincidencia. Dispuesta la clausura, el propietario puede retirar de inmediato los bienes perecederos, salvo que constituyan elementos de prueba indispensables, debiendo también pagar íntegramente los salarios a su personal ¹²⁰. Esta medida puede considerarse irrazonable para los objetivos buscados: para paliar el desabastecimiento, la clausura de establecimientos productivos es contraria a dicho objetivo, pues no hace sino excluir competidores del mercado, reducir por tanto las existencias disponibles del bien, e incrementar sus precios. En otras palabras, incrementa el desabas-

116 CASTRO VIDELA, Santiago M.-MAQUEDA FOURCADE, Santiago, *Tratado de la regulación para el abastecimiento...*, cit., capítulo VIII donde analizamos ambos principios.

117 Cfr. CSJN, 2/10/2014, “Edenor S.A. e/resolución 289/04 - ENRE (expte. 15.312/04) s/recurso directo” Causa S.C., E.92, L.XLVIII, que adhiere al dictamen de Procuración.

118 LA, art. 5º, inciso b.

119 LA, art. 6º.

120 LA, art. 13º.

tecimiento. En este sentido se ha dicho que “si la ley quiere evitar la escasez de bienes, contraviene su propia finalidad al restringir mediante sanciones la producción o comercialización de los mismos afectados por la maniobra agiotista” ¹²¹.

C. Inhabilitación crediticia (art. 5º, inc. c, LA)

La inhabilitación para usar o renovar créditos otorgados por entidades financieras puede alcanzar hasta dos años ¹²², que se duplican en caso de reincidencia ¹²³. Resulta aplicable al respecto la misma consideración que con de la clausura: al inhabilitar el acceso al crédito, se coarta la competitividad de la empresa sancionada, excluyéndola indirectamente del mercado y contribuyendo así a la disminución de las cantidades ofertadas, lo que sólo tendría como resultado agravar el desabastecimiento. Es una medida irrazonable en cuanto produce el efecto contrario al fin buscado y atenta así contra el bien jurídico protegido por la LA.

D. Decomiso (art. 5º, inc. d, LA)

Lo mismo ocurre con el comiso de las mercaderías y productos objeto de la infracción ¹²⁴: en la medida en que confiscan bienes del empresario que no presentan ningún peligro para la seguridad o salud de terceros ¹²⁵, le disminuyen sus factores de producción o bien sus *stocks* para atender la demanda, incrementando en consecuencia el desabastecimiento. Además, la sanción presenta vicios de legalidad por falta de precisión, pues en muchas infracciones (v. gr., violación de precios máximos) no será posible determinar objetivamente cuántos

¹²¹ Cfr. MALAMUD GOTI, Jaime, “Aspectos penales de la nueva Ley de Abastecimiento (ley 20680)”. ED, 57-843., p. 848.

¹²² LA, art. 5º, inciso c.

¹²³ LA, art. 6º.

¹²⁴ LA, art. 5º, inciso d.

¹²⁵ A diferencia de otros supuestos donde el decomiso está justificado para prevenir futuros incumplimientos -v. gr., decomiso de mercaderías en mal estado o de estupefacientes ilegales-, las mercaderías involucradas en las infracciones al artículo 4º de la Ley de Abastecimiento no presentan, por sí mismas, peligro alguno a ningún bien jurídico o derechos de terceros.

les son los bienes objeto de la infracción ¹²⁶. Esta conclusión no cambia en el caso de que los bienes decomisados sean vendidos o locados por la autoridad de aplicación ¹²⁷, pues esto no evita el desincentivo y el aumento de riesgo en la actividad empresarial del sector en desabastecimiento, reduciendo los *stocks* e incrementando los precios.

E. Inhabilitación para ejercer el comercio y la función pública (art. 5º, inc. e, LA)

La inhabilitación especial para ejercer el comercio y la función pública puede ser de hasta cinco años ¹²⁸, los que se duplican en caso de reincidencia ¹²⁹. La inhabilitación para el comercio es una medida irrazonable por consideraciones similares a las anteriores: excluye a competidores del mercado, limitando la competencia y perjudicando a los consumidores. No sólo es inadecuada sino que es directamente contradictoria con el fin buscado, por lo que atenta contra el bien jurídico protegido por la LA.

F. Suspensión del registro de proveedores (art. 5º, inc. f, LA)

En caso de que se trate de un contratista del Estado, puede suspenderse por hasta cinco años en los registros de proveedores ¹³⁰, los que se duplican en caso de reincidencia ¹³¹. Esta medida no parece presentar en sí misma problemas de razonabilidad pero, lógicamente, en su aplicación deberá respetarse ese principio junto con el de legalidad y el debido proceso ¹³².

126 Cfr. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Regulación jurídica del comercio interior* . . . , cit., p. 240.

127 LA, art. 21º.

128 LA, art. 5º, inciso e.

129 LA, art. 6º.

130 LA, art. 5º, inciso f.

131 LA, art. 6º.

132 CASTRO VIDELA, Santiago M.-MAQUEDA FOURCADE, Santiago, *Tratado de la regulación para el abastecimiento...*, cit., capítulos VIII y IX.

G. Pérdida de derechos y beneficios especiales (art. 5º, inc. g, LA)

La sanción de pérdida de concesiones, privilegios o regímenes impositivos o crediticios especiales ¹³³ puede presentar ciertos problemas. En efecto, si bien el particular no tiene, en principio, derecho a que se le otorguen tales derechos y beneficios, una vez que los adquiere éstos pasan a su patrimonio, y como consecuencia de ello realiza su análisis de costos y toma sus decisiones empresariales asumiéndolos como adquiridos. La eliminación de tales derechos y beneficios lógicamente implicará un aumento de los costos del empresario o agente económico y, con ello, incrementará los riesgos de su quiebra y la consecuente disminución de la producción del bien en desabastecimiento. En tales circunstancias, la aplicación de estas medidas podría ser irrazonable.

H. Pérdida de la personería jurídica (art. 8º, LA)

El artículo 8º establece que las sanciones se aplican también a las personas jurídicas cuando las infracciones se hayan cometido en su beneficio, sin perjuicio de la responsabilidad de sus funcionarios.

Asimismo, cuando las infracciones son cometidas en beneficio de personas jurídicas, se puede imponer complementariamente la sanción de pérdida de la personería y la caducidad de las prerrogativas recibidas ¹³⁴. Tal como ocurre respecto de otras sanciones de la LA, esta medida es inadecuada e irrazonable: excluye empresas de la actividad cuyos bienes están en desabastecimiento, agravándolo mediante la disminución de la competencia y las cantidades ofertadas.

Finalmente, los directores, administradores, gerentes y miembros de tales entidades que hubieren participado con dolo o culpa grave en tales actos son también susceptibles de las sanciones.

9. Procedimiento administrativo y judicial para la imposición de sanciones

En caso de que se cometan infracciones a la LA y sus normas complementarias, y que por ende resulten aplicables las sanciones

¹³³ LA, art. 5º, inciso g.

¹³⁴ LA, art. 8º.

expuestas en el acápite anterior, la LA establece reglas de procedimiento para la imposición de sanciones. A continuación se reseñará: a) el procedimiento de verificación y sanción en sede administrativa, b) las facultades de los funcionarios durante dicho procedimiento, c) las implicancias del derecho de defensa del particular imputado, d) el procedimiento excepcional de sanción en sede judicial, y e) las exigencias de razonabilidad en el acto sancionatorio.

A. Procedimiento de verificación y sanción en sede administrativa

Salvo las sanciones de clausura e inhabilitación especial para ejercer el comercio o la función pública ¹³⁵, todas las restantes son impuestas en sede administrativa por la autoridad de aplicación de acuerdo al siguiente procedimiento ¹³⁶:

1) *Labrado del acta de comprobación*: ante una infracción, el funcionario actuante debe labrar la correspondiente acta de comprobación. El acta debe detallar la conducta imputada y las circunstancias relevantes del tipo correspondiente a la infracción, los datos de los testigos que hubiere, y deberá notificar las instrucciones sobre el plazo y forma de efectuar el descargo ¹³⁷. Tanto el funcionario actuante, como el presunto infractor, su factor o empleado, e incluso los testigos, podrán dejar asentadas en el acta las constancias que estimen “oportunas y que se refieran al hecho o hechos motivo de la misma y a los testigos presentes” ¹³⁸.

2) *Descargo del acusado*: labrada el acta, el acusado tiene diez (10) días hábiles para presentar por escrito su defensa y ofrecer las pruebas correspondientes ¹³⁹.

135 LA, art. 15, párrafo segundo.

136 Para un análisis más detallado de las condiciones del procedimiento remitimos a CASTRO VIDELA, Santiago M.-MAQUEDA FOURCADE, Santiago, *Tratado de la regulación para el abastecimiento...*, cit., capítulos V y XIX.

137 LA, art. 10, inciso a.

138 LA, art. 10, inciso a. Esta norma faculta a ese fin a “cualquiera de los nombrados”, por lo que entendemos razonable incluir también a los testigos como sujeto habilitado para dejar las constancias en el acta que estime oportunas vinculadas a los aspectos mencionados por la norma.

139 LA, art. 10, inciso a.

3) *Período probatorio*: las pruebas ofrecidas por el acusado se admitirán sólo en caso de existir hechos controvertidos y siempre que no resulten manifiestamente inconducentes ¹⁴⁰. Dicha prueba deberá producirse en diez (10) días hábiles -prorrogables cuando haya causa justificada-, teniéndose por desistidas aquellas no producidas dentro del plazo por causa imputable al infractor ¹⁴¹.

4) *Citación a declarar*: tanto antes como durante el período probatorio, los funcionarios actuantes poseen facultades para citar a los presuntos infractores para que concurran a prestar o ampliar su declaración, en fecha que deberá ser posterior a los dos (2) días siguientes al acto infraccional. También pueden citar a las personas perjudicadas por la infracción o a los testigos presenciales de la misma, incluyendo a quienes se negaren a suscribir como tales el acta correspondiente ¹⁴².

5) *Valor probatorio del acta de comprobación*: salvo que sean enervadas por otras pruebas, la LA establece que las constancias del acta labrada correctamente “constituirán prueba suficiente de responsabilidad del infractor” ¹⁴³. Si el acusado se hubiese negado a firmarla, se dejará constancia de ello y se considerará formalmente válida con la sola firma del funcionario actuante y “servirá como principio de prueba” ¹⁴⁴. Al respecto corresponde realizar dos aclaraciones: a) la “responsabilidad” que acredita el acta se refiere exclusivamente a la comisión de la infracción, pero no incluye las demás

140 LA, art. 10, inciso b.

141 LA, art. 10, inciso c.

142 LA, art. 12, inciso g.

143 LA, art. 11. Esta disposición nos parece seriamente criticable respecto a su constitucionalidad, puntualmente en cuanto dispone que el acta constituirá “prueba suficiente” de la “responsabilidad del infractor”. En efecto, el acta es un elemento de prueba que puede ser utilizado al momento de imponer la sanción, que debería ser cuando se determine la “responsabilidad” del infractor. El acta en sí misma es una constatación de diversos hechos y circunstancias fácticas, que incluso podrían acreditar la falta de responsabilidad del infractor. Atribuirle por ello valor de “prueba suficiente” de la “responsabilidad” (y no de los hechos) parece inconstitucional por violar el derecho de defensa y la presunción de inocencia (art. 18, CN).

144 LA, art. 11.

cuestiones jurídicas y fácticas que hacen a la noción más amplia de “responsabilidad”, entre las que cabe incluir la existencia de posición dominante en los términos de la LDC y la ausencia de causales de justificación y eximición, pues éstas escapan al marco cognoscitivo del funcionario actuante que labra la infracción; y b) al infractor, como regla general, nunca le convendrá firmar el acta de infracción, pues la ausencia de su firma la priva del carácter de “prueba suficiente” y la limita únicamente a “principio de prueba”.

6) *Dictamen jurídico previo*: concluidas las diligencias sumariales, debe producirse un dictamen jurídico previo ¹⁴⁵.

7) *Resolución definitiva*: la resolución definitiva debe dictarse dentro de cinco (5) días hábiles ¹⁴⁶. Si impone sanción de multa, la resolución puede disponer que se convertirá en clausura de no ser abonada en plazo, a razón del equivalente entre \$500 y \$1.000.000 por cada día de clausura, no pudiendo exceder de 90 días ¹⁴⁷. Al respecto, cabe aclarar que la conversión de la multa en clausura, para respetar el derecho de defensa del infractor y por aplicación del artículo 15 de la LA, deberá ser dispuesta en sede judicial. Por ello, de no ser abonada la multa, la autoridad de aplicación deberá recurrir a esta última sede a tales efectos.

8) *Cobro de las multas y eventual ejecución*: el importe de las multas ingresará al fisco nacional o provincial, según el órgano que hubiera dictado la resolución condenatoria; los gobiernos locales deben disponer el destino de los fondos que perciban ¹⁴⁸. También, en caso de falta de pago de las multas, el testimonio de la resolución condenatoria firme es título ejecutivo suficiente para exigir su cobro por el procedimiento de ejecución fiscal ¹⁴⁹. Y los bienes decomisados serán vendidos o locados por la autoridad de aplicación en un plazo máximo de treinta (30) días corridos desde su decomiso, atendiendo a la naturaleza y características de aquéllos. Si se trata de bienes perecederos, el plazo es de cinco (5) días corridos. El producto de la

145 LA, art. 10, inciso d.

146 LA, art. 10, inciso d.

147 LA, art. 19.

148 Cfr. art. 23, LA.

149 Cfr. art. 20, LA.

venta o locación ingresará a rentas generales de la Nación ¹⁵⁰.

9) *Actuaciones secretas*: los funcionarios y empleados que de cualquier forma participen en la aplicación de la LA están obligados a “mantener el secreto” sobre “todos los datos de actuaciones que lleguen a su conocimiento en el ejercicio de sus funciones”, siendo falta grave su inobservancia ¹⁵¹.

10) *Facultades de inspección, verificación y adopción de medidas precautorias de los funcionarios*: los funcionarios actuantes poseen diversas facultades para inspeccionar y verificar la comisión de las infracciones del artículo 4º, prevenir u obtener el cese de conductas infraccionales mediante la intervención de mercaderías, y para clausurar preventivamente los locales en los que se hubiere constatado la infracción. Al respecto, corresponde remitir al acápite siguiente.

B. Facultades de la autoridad de aplicación durante el procedimiento administrativo sancionatorio

El artículo 12 de la LA regula las distintas facultades que tienen los funcionarios de la autoridad de aplicación durante el procedimiento de verificación y sanción. A continuación se reseñarán: a) las distintas facultades de la autoridad de aplicación, y b) los problemas constitucionales que tienen algunas de ellas.

1. Facultades otorgadas a los funcionarios actuantes

En cuanto a las facultades reconocidas a los funcionarios actuantes, las mismas que pueden agruparse en facultades de: a) ordenar la inspección y secuestro de documentos; b) disponer la intervención preventiva de mercaderías; c) disponer la clausura preventiva de establecimientos; y d) citar a declarar a testigos e imputados.

a. Inspección y secuestro de documentos (art. 12, incisos “a”, “b” y “c”)

Los funcionarios actuantes poseen diversas facultades para inspeccionar y verificar la comisión de las infracciones del artículo 4º, a saber: a) requerir el auxilio de la fuerza pública (inciso a); b) “ingresar e inspeccionar” establecimientos y locales, siempre en horas há-

¹⁵⁰ Cfr. art. 21, LA.

¹⁵¹ Cfr. art. 24, LA.

biles y días de funcionamiento, y solicitar a los jueces competentes órdenes de allanamiento cuando deba practicarse este procedimiento en días y horas inhábiles o en la morada o habitación del presunto infractor (inciso b); y c) secuestrar libros y todo otro elemento relativo a la administración de los negocios por un plazo máximo de hasta treinta (30) días hábiles (inciso c).

b. Intervención preventiva de mercaderías (art. 12, incisos “d” y “f”)

Los funcionarios actuantes también poseen diversas facultades para prevenir u obtener el cese de conductas infraccionales mediante la intervención de mercaderías, a saber: a) intervenir la mercadería en infracción, aun cuando estuviera en tránsito, y nombrar un depositario (art. 12, inciso d); e b) intervenir y declarar inmovilizadas las mercaderías que hubieren sido objeto de una maniobra tendiente a reducir la oferta (art. 12, inciso f). Lógicamente, debido al carácter preventivo y accesorio de esta medida, en caso de que no se imponga una sanción por la presunta infracción (o que ésta sea revocada en sede judicial), deberá dejarse sin efecto la intervención.

Asimismo, según dispone el artículo 14, los funcionarios tienen también facultades para vender, locar o consignar las mercaderías intervenidas cuando “fueren perecederas y/o cuando el abastecimiento de ellas sea insuficiente”, para lo cual no es necesario depósito previo ni juicio de expropiación. Si eventualmente se exime de responsabilidad a quien era su propietario, se lo deberá indemnizar conforme a las pautas establecidas en materia de expropiaciones.

c. Clausura preventiva (art. 12, inciso “e”)

Los funcionarios actuantes también pueden clausurar preventivamente los locales en los que se hubiere constatado la infracción por hasta tres (3) días, cuando ello fuere “indispensable para el mejor curso de la investigación” o si existiere “riesgo inminente de que se continúe cometiendo la infracción”, pudiendo solicitarse judicialmente la extensión del plazo hasta un máximo de treinta (30) días (art. 12, inciso e).

Asimismo, según dispone el artículo 13, en caso de clausura preventiva, los infractores podrán retirar de inmediato los bienes perecederos, siempre que no constituyan elementos de pruebas indispensables, y deberán pagar íntegramente las remuneraciones y aplicar las correspondientes al personal en relación de dependencia.

d. Citación a declarar (art. 12, inciso “g”)

Finalmente, tanto antes como durante el período probatorio, los funcionarios actuantes poseen facultades para citar a los presuntos infractores para que concurran a prestar o ampliar su declaración, en fecha que deberá ser posterior a los dos (2) días siguientes al acto infraccional. También pueden citar a las personas perjudicadas por la infracción o a los testigos presenciales de la misma, incluyendo a quienes se negaren a suscribir como tales el acta correspondiente (art. 12, inciso g).

2. Constitucionalidad de las facultades de los funcionarios actuantes

Cabe señalar que algunas de las facultades reseñadas presentan diversos problemas constitucionales. En particular, merecen especial consideración las facultades para: a) requerir el auxilio de la fuerza pública, inspeccionar establecimientos, y secuestrar libros comerciales; b) clausurar preventivamente los establecimientos; y c) a pesar de haber sido ahora derogada por la ley 26.991 (2014), cabe mencionar la de detener preventivamente a los presuntos responsables que permitía el anterior texto de la LA.

a. Requerimiento de la fuerza pública, inspecciones y secuestros de documentación comercial

Con respecto al requerimiento de la fuerza pública (art. 12, inciso “a”), éste debe realizarse sólo excepcionalmente, cuando existan razones fundadas para esperar la oposición por el presunto responsable al ejercicio legítimo de las atribuciones de los funcionarios ¹⁵².

La LA original (1974) facultaba a realizar allanamientos sin orden judicial -en establecimientos comerciales en horas y días hábiles- (art. 12, inciso “b”, LA original). Tales facultades eran inconstitucionales (arts. 17 y 18, Const. Nac.), por cuanto configuraban intromisiones en la propiedad privada de los particulares alcanzados por la ley, sin la debida intervención del juez, y sin la necesaria limitación de dicha facultad a los casos excepcionales, en violación de la división de poderes. Esta conclusión resultaba de la aplicación de la doctrina de la Corte Suprema en “Intercorp S.R.L.” (2010) ¹⁵³,

¹⁵² Cfr. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Regulación jurídica del comercio interior...*, cit., p. 275.

¹⁵³ Fallos, 333:935.

según la cual es inconstitucional la traba efectiva y unilateral de medidas cautelares jurisdiccionales por parte de la Administración ¹⁵⁴. Con anterioridad a ello, la inconstitucionalidad de esta facultad había sido declarada por la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata en “Solaris Transporte Internacional” (1995) ¹⁵⁵.

La ley 26.991, sin embargo, sustituyó la facultad de “allanar” por la de “ingresar e inspeccionar”, en hora y día hábil, los establecimientos y locales industriales y comerciales. Si bien parecería tratarse de una modificación terminológica más que de fondo, “ingresar e inspeccionar” debería interpretarse de forma más restrictiva que “allanar”, en particular, excluyendo facultades de tipo coactivo ante la negativa del titular del establecimiento. De no adoptarse esta interpretación, incluso en su actual redacción dicha disposición debería reputarse inconstitucional, por las mismas razones antes indicadas.

Finalmente, los secuestros de libros y de todo otro elemento relativo a la administración del negocio (art. 12, inciso “c”, LA) deben ser dispuestos excepcionalmente, pues configuran una intromisión en la propiedad del particular que puede ocasionar graves daños ¹⁵⁶. Si tales daños ocurren, podrá ser procedente la responsabilidad estatal en la medida en que se verifiquen sus condiciones de procedencia ¹⁵⁷.

b. Clausura preventiva

La clausura preventiva por hasta tres (3) días, prorrogables a treinta (30) días mediando orden judicial (art. 12, inciso “e”, LA), se diferencia de la sanción de clausura del art. 5°, en tanto tiene carácter accesorio para “el mejor curso de la investigación” o “si existiere riesgo inminente de que se continúe cometiendo la infracción”. La Corte

154 La doctrina de “Intercorp”, sin embargo, presenta ciertos problemas con respecto a su compatibilización con la doctrina que acepta el ejercicio de funciones jurisdiccionales por la Administración. Para un análisis de estos problemas. MAQUEDA, Santiago-SAPAG, Mariano, “Recaudación, protección del contribuyente y activismo judicial”, *Jurisprudencia Argentina*, 2010-III, p. 419-432.

155 C. Fed. Mar del Plata, 5/10/1995, “Solaris Transporte Internacional c/Estado Nacional”, *La Ley*, 1996-A, 128.

156 Cfr. CASTRO VIDELA, Santiago M.-MAQUEDA FOURCADE, Santiago, *Tratado de la regulación para el abastecimiento...*, cit., el capítulo XIV, donde analizamos las medidas de requerimiento de información.

157 Idem, capítulo IX.

Suprema ha señalado en “Ducilo S.A.” (1990) ¹⁵⁸ que tales recaudos deben acreditarse suficientemente para la imposición de la medida, la que debe ser razonable y no puede tener carácter sancionatorio.

En similar sentido, la Cámara Nacional en lo Penal Económico ha dicho en “Halabi” (1994) ¹⁵⁹ que la clausura preventiva “tiene consecuencias irreparables, por lo que debe rodearse de elementales resguardos de razonabilidad, tanto más cuando se trata de una facultad que la ley delega, indiscriminadamente, en los funcionarios actuantes, comprendiendo de ese modo a inspectores que obren por delegación de los funcionarios superiores de mayor responsabilidad” ¹⁶⁰.

Más aun, la CNAPE ha sostenido que la clausura preventiva debe estar vinculada a “situaciones de escasez de artículos imprescindibles” y que la sola verificación de la falta “no hace indispensable ninguna clausura para la investigación”, a la vez que hay “muchas maneras de conjura[r]” el riesgo de que se continúe cometiendo la infracción ¹⁶¹. En similar sentido, también ha afirmado en su jurisprudencia que la medida debe vincularse “a emergencias en los abastecimientos o a necesidades de la investigación de carácter excepcional y de interpretación restrictiva” ¹⁶², y que está “prevista para situaciones de verdadera emergencia como puede serlo la escasez de artículos de abastecimiento imprescindibles o bien puede adoptarse en forma muy excepcional para el mejor curso de la investigación” ¹⁶³. Asimismo, la clausura preventiva no podría establecerse para el logro de finalidades ajenas a la LA, como evitar la evasión fiscal ¹⁶⁴.

158 *Fallos*, 313:153.

159 C. Nac. Penal Económico, Sala A, 9/9/1994, “Halabi”, La Ley, 1995-A, 200.

160 *Ibidem*.

161 C. Nac. Penal Económico, Sala II, 10/3/1987, “Empresa Tres C”, La Ley, 1987-B, 472.

162 C. Nac. Penal Económico, Sala A, 23/4/1993, “Kwon”, La Ley, 1994-A, 120.

163 C. Nac. Penal Económico, Sala II, 9/6/1992, “Quintana y Testa S.A.”, La Ley, 1992-D, 562.

164 Cfr. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Regulación jurídica del comercio interior*..., cit., p. 279 y citas allí realizadas.

Sin embargo, si de la imposición de la clausura preventiva se generan daños que configuren un “sacrificio especial”, aun cuando la clausura haya sido legítimamente impuesta, podrá ser procedente la responsabilidad estatal por su actividad lícita ¹⁶⁵. Más aun, entendemos que por aplicación de la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema sentada en “Intercorp S.R.L.” (2010) deberían considerarse inconstitucionales estas facultades, incluso a pesar de tratarse de una medida transitoria, preventiva y de duración breve, pues incluso a pesar de ello reviste carácter jurisdiccional y puede ser dispuesta unilateralmente por la autoridad de aplicación, sin la intervención de un juez. Se trataría, a nuestro juicio, de un típico caso en que la Administración actúa como juez y parte al mismo tiempo, dictando una medida cautelar que es competencia exclusiva de los jueces, por lo que su inconstitucionalidad debe reputarse manifiesta. En efecto, se trata de una violación manifiesta del principio de división de poderes en los términos de “Intercorp S.R.L.” (2010).

Finalmente, en cuanto a la vía de impugnación procedente para cuestionar el acto que dispone la clausura preventiva en los términos del artículo 12, inciso “e”, de la LA, entendemos el mismo debería poder ser recurrido mediante el recurso directo previsto en el artículo 16. En efecto, si bien la clausura preventiva será dispuesta por un acto administrativo que en principio no es definitivo sino “accesorio”, salvo que cause daños irreparables, supone en definitiva -como hemos visto- un verdadero adelantamiento de la pena y el ejercicio de una facultad materialmente jurisdiccional.

Ello, a nuestro entender, justifica aplicar analógicamente la vía del recurso directo ante la CNACAF, que a su vez es la más idónea para asegurar la tutela judicial efectiva del agente económico obligado por la medida. Máxime cuando la sanción de clausura prevista en el artículo 5° no puede ser establecida por la autoridad de aplicación en sede administrativa, sino que la LA exige que sea solicitada al juez competente. De todos modos, cualquier duda que pudiera presentarse en la práctica, v. gr., si el agente económico impugna administrativamente el acto de clausura preventiva, a falta de una previsión expresa en el texto de la LA esa duda deberá ser despejada optando por la solución más favorable para el infractor.

¹⁶⁵ Cfr. CASTRO VIDELA, Santiago M.-MAQUEDA FOURCADE, Santiago, *Tratado de la regulación para el abastecimiento...*, cit., capítulos IX.

c. Detención preventiva (derogada por ley 26.991)

Sobre la detención preventiva de los presuntos responsables que permitía la LA original (1974) en su anterior artículo 12, inciso “h”, se dijo en su momento que se trataba de “otro de los tantos horrores, constitucionales y de política legislativa, que pesan sobre la LA”, a la vez que era “harto peligrosa la posibilidad de detención ‘cuando fuere necesario para el esclarecimiento de la infracción’, que presenta un marcado tinte extorsivo” ¹⁶⁶.

En la medida en que la detención preventiva es una injerencia estatal sobre la libertad individual, ésta debía ser necesariamente dispuesta: *a)* por un juez de forma excepcional; y *b)* sólo cuando ello fuese estrictamente necesario para “asegurar que [el presunto responsable] no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia” ¹⁶⁷. De lo contrario, habría implicado una manifiesta violación el derecho a la tutela judicial efectiva y a la libertad personal, consagrados por los arts. 7° y 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Además, resultaba de aplicación la ya referida doctrina de “Intercorp S.R.L.” (2010), según la cual es inconstitucional la traba unilateral y efectiva de medidas cautelares por parte de la Administración.

Sin embargo, cabe destacar que, felizmente, la ley 26.991 (2014) derogó esta cuestionada facultad, junto con las sanciones de arresto y prisión.

C. El derecho de defensa en el marco del procedimiento en sede administrativa

En el marco del procedimiento descripto y analizado en los puntos anteriores, las autoridades están obligadas a garantizar el derecho de tutela efectiva del agente económico involucrado, presunto infractor, incluso haciendo aplicación de las garantías previstas en el artículo 8° de la CADH.

Al respecto, el moderno derecho a la “tutela judicial efectiva” ha sido consagrado expresamente por diversos instrumentos internacionales,

¹⁶⁶ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Regulación jurídica del comercio interior* . . . , ob. cit., p. 280.

¹⁶⁷ Corte IDH, “Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia del 21/11/2007, Serie C, n° 170, § 145.

entre los que cabe destacar la CADH en sus arts. 8(1) y 25(1) ¹⁶⁸. El artículo 8(1) afirma: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

El artículo 25(1), por su parte, establece: “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a *cualquier otro recurso efectivo* ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”. Otros instrumentos internacionales también consagran este derecho con diversos alcances ¹⁶⁹.

Desde esta perspectiva, el derecho a la defensa en juicio, consagrado por el artículo 18 de la Constitución, no es sino una concreción parcial del genérico derecho a la tutela judicial efectiva, pues éste engloba y supera, bajo una noción comprehensiva, a las diversas garantías procesales tradicionales.

Corresponde destacar que, al interpretar y aplicar las garantías reconocidas en el artículo 8° de la CADH, la Corte IDH les ha reconocido un amplio alcance. En efecto, en el caso “Tribunal Constitucional vs. Perú” (2001) ¹⁷⁰ dijo claramente que “. . .cuando la Conven-

168 Para ampliar, véase CASTRO VIDELA, S., y MAQUEDA FOURCADE, S., *Tratado de la regulación para el abastecimiento*, cit., capítulo IX, y “Regulación económica y tutela efectiva de derechos. Fundamentos y vías procesales para la anulación, suspensión y reparación de daños causados por regulaciones económicas”, *Revista de Derecho Público*, 2017-2, Rubinzal-Culzoni, p. 161-227. Asimismo, para una exposición de los fundamentos y contenidos del derecho a la tutela judicial efectiva, cfr. TOLLER, Fernando, “El moderno derecho a la tutela judicial efectiva: de las garantías formales al derecho a la protección de los derechos materiales”, en *Revista de Derecho Administrativo*, N° 45, LexisNexis Depalma, Buenos Aires, p. 543-599.

169 En tal sentido, cfr. artículos XVIII y XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 8° y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; y art. 2°, inc. 3, aparts. a y b, y 14, inc. 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

170 Corte IDH, “Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia del 31/1/2001, Serie C, n° 71.

ción se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un ‘juez o tribunal competente’ para la ‘determinación de sus derechos’, esta expresión se refiere a *cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas*. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8° de la Convención Americana” ¹⁷¹.

Esta misma posición ha sido reconocida y ampliada por el Tribunal en los casos “Baena, Ricardo y otros vs. Panamá” (2001) ¹⁷² e “Ivcher Bronstein vs. Perú” (2001) ¹⁷³. En el primero, refiriéndose expresamente al procedimiento administrativo y ampliando su jurisprudencia anterior, el Tribunal llegó a sostener que “[e]s un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas” ¹⁷⁴.

La jurisprudencia de la Corte Suprema también ha reconocido expresamente el derecho a la “tutela administrativa efectiva” ¹⁷⁵. Es posible entonces hablar del “derecho a la tutela efectiva de los derechos”, unificando sus facetas tanto en sede judicial como administrativa. Asumiendo esta perspectiva, en “Astorga Bracht” (2004) la Corte Suprema señaló que el derecho a la tutela efectiva de los derechos “supone la posibilidad de ocurrir ante los tribunales de justicia -a lo que cabe agregar, ante las autoridades administrativas competentes- y obtener de ellos sentencia o decisión útil relativa a los derechos de los particulares o litigantes (. . .) y que requiere, por sobre todas las

171 Idem, § 70.

172 Corte IDH, “Caso Baena, Ricardo y otros vs. Panamá. Fondo, reparaciones y costas”, sentencia del 2/2/2001, Serie C, n° 72, § 127.

173 Corte IDH, “Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas”, sentencia del 6/2/2001, Serie C, n° 74.

174 Corte IDH, “Caso Baena, Ricardo y otros vs. Panamá....”, cit., § 127.

175 Cfr. “Astorga Bracht”, *Fallos*, 327:4185 (2004).

cosas, que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieren eventualmente asistirle sino por medio de un proceso -o procedimiento- conducido en legal forma y que concluya con el dictado de una sentencia -o decisión- fundada” ¹⁷⁶.

Posteriormente la Corte Suprema recogió expresamente la doctrina jurisprudencial de la Corte IDH al fallar en el caso “Losicer c/ Banco Central de la República Argentina” (2012) ¹⁷⁷. Sostuvo allí claramente el tribunal, con cita expresa del caso “Baena, Ricardo y otros vs. Panamá” ¹⁷⁸, que “cabe descartar que el carácter administrativo del procedimiento sumarial pueda erigirse en un óbice para la aplicación de los principios reseñados, pues en el estado de derecho la vigencia de las garantías enunciadas por el art. 8 de la citada Convención [Americana sobre Derechos Humanos] no se encuentra limitada al Poder Judicial -en el ejercicio eminente de tal función- sino que deben ser respetadas por todo órgano o autoridad pública al que le hubieran sido asignadas funciones materialmente jurisdiccionales” ¹⁷⁹.

176 Idem, considerando 7.

177 Causa L.216.XLV, REX, sentencia del 26/6/2012, La Ley, 2012-E, 34. La doctrina jurisprudencial sentada en dicho precedente fue luego confirmada por la Corte Suprema en numerosas ocasiones: cfr. “Gioda, Pedro D. y otros c/BCRA - Res. 107/04 (expte. 100.064/83)”, Causa G. 698. XLIV, sentencia del 7/8/2012, “Martínez, Julio J. y otro c/BCRA - Res. 229/08 (expte. 100580/87. SUM FIN 713)”, Causa M. 513. XLVI., sentencia del 18/9/2012, “González Chion, Enrique Pedro y otros c/BCRA s/Resol. 110/05”, Causa G. 488. XLVI. y otro, sentencia del 26/9/2012 y “Moriconi, Américo A. y otros c/BCRA - resol. 136/07 (expte. 100.726/86 SUM FIN 741)”, Causa M. 362. XLVII., sentencia del 2/10/2012, “Arcusin, Fernando y otro c/BCRA - resol. 300/04 (expte. 100.815/82 SUM FIN 570), Causa A. 331. XLVI., sentencia del 16/10/2012, “Sanagustin, Raúl amar y otros c/BCRA - resol. 345/06 (expte. 100.963/84 SUM FIN 646)”, Causa s. 479. XLVII., sentencia del 30/10/2012; “Noli, Roberto Rubén y otro c/ BCRA - resol. 180/07 (expte. 106.582/88 SUM FIN 831)”, Causa N. 141. XLVII., sentencia del 13/11/2012; “Rezzónico, Edgardo H. y otro v. BCRA - Resol. 88/08 (expte. 100.563/86 SUM FIN 725)”, Causa R. 769. XLVII., sentencia del 26/9/2012; “Banco de Italia y Río de la Plata (EL) y otros v. BCRA - resol. 49/99 (expte. 102.529/85 SUM FIN 531)”, Causa B. 331. XLVII., sentencia del 2/10/2012, entre muchos otros.

178 Corte IDH, “Caso Baena, Ricardo y otros vs. Panamá. Fondo, reparaciones y costas”, sentencia del 02-02-2001, Serie C, n° 72, §p. 127.

179 “Losicer c/Banco Central de la República Argentina” (2012), cit., considerandos 8° y 9° del voto unánime de los miembros de la Corte.

Como puede apreciarse, la Corte Suprema adoptó como propia la jurisprudencia de la Corte IDH, en el sentido de que las garantías previstas en el artículo 8° de la CADH no sólo resultan aplicables al proceso judicial sino que deben hacerse efectivas “en *cualquier* otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas”¹⁸⁰, pues “es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar soluciones justas, no estando la administración excluida de cumplir con ese deber, especialmente en el procedimiento administrativo”¹⁸¹.

Finalmente, resulta aplicable en el marco del procedimiento administrativo el principio de legalidad o tipicidad en su faz penal y sancionatoria¹⁸².

De allí la importancia de que los funcionarios actuantes, al labrar el acta de infracción, efectúen un verdadero detalle de la conducta imputada y las circunstancias relevantes del tipo correspondiente a la infracción. Ello así, más allá de la adecuada subsunción que luego, la autoridad de aplicación, deberá efectuar al imponer la eventual sanción. En relación a los problemas de precisión específicos que, frente al principio de legalidad, presentan los tipos infraccionales establecidos por la LA, remitimos al análisis efectuado en los puntos anteriores de este trabajo¹⁸³.

180 Corte IDH, “Caso Baena, Ricardo y otros vs. Panamá”, cit., §p 127; y “Losicer c/Banco Central de la República Argentina” (2012), cit., *Fallos*, 335:1126, considerando 9° del voto unánime de los miembros de la Corte. El énfasis es agregado.

181 Ibidem.

182 Cfr. CASTRO VIDELA, Santiago M.-MAQUEDA FOURCADE, Santiago, *Los controles de precios. Ley 20.680 de abastecimiento comentada*, cit., p. 164 y ss. Con respecto al principio de legalidad en materia sancionatoria, cfr. ibidem, nota al pie 330, y también de los mismos autores, *Tratado de la regulación para el abastecimiento*, cit., capítulo VIII, § 57. Asimismo, sobre las demás proyecciones del principio constitucional de legalidad, cfr. CASTRO VIDELA, S., y MAQUEDA FOURCADE, S., *La delegación legislativa y el Estado regulatorio*, cit., capítulo II, § 11. Véase además, ASCÁRATE, Andrés, *Tipificación de la infracción administrativa*, cit., en especial capítulos VI a XI.

183 Para ampliar acerca de los tipos infraccionales, véase lo dicho en CASTRO VIDELA, Santiago M.-MAQUEDA FOURCADE, Santiago, *Los controles de precios. Ley 20.680 de abastecimiento comentada*, cit., comentario al artículo 4.

D. Procedimiento excepcional de sanción en sede judicial

Si la autoridad de aplicación considera que la infracción cometida es merecedora de la sanción de clausura por hasta noventa (90) días, o la de inhabilitación especial para ejercer el comercio o la función pública, debe solicitar su aplicación ante el juez nacional de primera instancia en lo contencioso administrativo federal y, fuera del ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, ante el juez federal correspondiente. Ello, por expresa disposición del artículo 15 de la LA ¹⁸⁴. Asimismo, por lo dicho anteriormente, también resulta aplicable esta regla cuando la autoridad de aplicación entienda procedente la conversión de la multa en clausura por falta de pago en los términos del artículo 19 de la LA ¹⁸⁵.

Si bien la LA no lo establece expresamente, entendemos que la decisión judicial que imponga la clausura o inhabilitación especial será susceptible de apelación ante la Cámara federal que corresponda, con posibilidad de discutir ampliamente hechos y prueba a fin de garantizar adecuadamente el derecho de defensa de los agentes económicos eventualmente involucrados.

Asimismo, en una interpretación sistemática de la LA, debería concluirse que estas sanciones sólo pueden ser impuestas por infracciones que afecten o puedan afectar el comercio interjurisdiccional (y por ende sean competencia de la autoridad nacional de aplicación). Ello así, porque la LA autoriza únicamente la imposición de

184 “Las infracciones a la presente ley afectan los derechos e intereses económicos de los ciudadanos y la Nación. Las que se cometieren en territorios de jurisdicción nacional o cuando afectaren o pudieren afectar el comercio interjurisdiccional, serán controladas y juzgadas en sede administrativa por la autoridad de aplicación, a excepción de las sanciones de clausura e inhabilitación especial para ejercer el comercio o la función pública que serán impuestas, en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por el Juez Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal, y en las demás jurisdicciones, a petición de la autoridad de aplicación, por el juez federal correspondiente” (LA, art. 15, párrafo segundo).

185 “La resolución que imponga pena de multa podrá disponer que la misma se convertirá en la de clausura, en caso de no ser aquélla abonada en el plazo establecido en dicha resolución. El término de la clausura se fijará en el equivalente entre PESOS QUINIENTOS (\$ 500.-) y en PESOS UN MILLON (\$ 1.000.000) por cada día de clausura, pero no podrá exceder de noventa (90) días” (LA, art. 19).

estas sanciones en el artículo 15 (al regular la competencia en relación con infracciones que afecten o puedan afectar el comercio interjurisdiccional) y nada dice al respecto en el artículo 18 (al regular la competencia provincial en cuestiones que no afectan el comercio interjurisdiccional), y es coherente con los principios constitucionales interpretar estas normas de forma restrictiva.

E. Ampliación judicial de medidas de clausura preventiva

Una cuestión no abordada expresamente por la LA es la relativa a la clausura preventiva y la competencia judicial para disponer su extensión ¹⁸⁶. Según su artículo 12, inciso e), los funcionarios actuantes tienen competencia para ordenar en sede administrativa medidas de clausura preventiva por hasta tres (3) días ¹⁸⁷, pero pueden solicitar judicialmente su extensión por hasta treinta (30) días ¹⁸⁸.

De una interpretación conjunta de dicha norma con lo dispuesto en el artículo 15 de la LA, la competencia para resolver estas solicitudes de extensión de la clausura preventiva (proviniedo tanto de la autoridad nacional como de las autoridades provinciales) debe ser

186 Como hemos explicado, existen fundamentos para considerar que estas medidas preventivas (al igual que otras de las facultades previstas en el artículo 12) son irrazonables para los fines buscados por la LA (pues contribuyen a agravar el desabastecimiento que se busca evitar) e inconstitucionales por violar la división de poderes. Véanse los puntos anteriores de este trabajo y, para mayores precisiones, cfr. CASTRO VIDELA, Santiago M.-MAQUEDA FOURCADE, Santiago, *Los controles de precios. Ley 20.680 de abastecimiento comentada*, cit., comentario al artículo 12; y “Procedimiento de imposición y revisión de sanciones bajo la Ley de Abastecimiento”, La Ley, diario del 3-04-2020.

187 En relación a la inconstitucionalidad de esta facultad de la administración para disponer la clausura preventiva en sede administrativa cfr. CASTRO VIDELA, Santiago M.-MAQUEDA FOURCADE, Santiago, “Procedimiento de imposición y revisión de sanciones bajo la Ley de Abastecimiento”, La Ley diario del 3-04-2020, punto IV.2.b.2., p.4.

188 “ARTICULO 12. - Para el cumplimiento de su cometido, los funcionarios actuantes podrán: [...] e) Clausurar preventivamente hasta por tres (3) días los locales en los que se hubiere constatado la infracción, cuando ello fuere indispensable para el mejor curso de la investigación o si existiere riesgo inminente de que se continúe cometiendo la infracción. La autoridad de aplicación podrá solicitar judicialmente la extensión de este plazo, hasta un máximo de treinta (30) días”.

la misma que para imponer las sanciones de clausura, comentadas en el acápite anterior. Esto así, porque la competencia para clausurar de forma preventiva sería accesorio a la competencia para establecer esa medida con carácter de sanción (que el artículo 15, segundo párrafo, de la LA, atribuye a los jueces federales de primera instancia).

Además, tal criterio permite el amplio análisis de cuestiones de hecho y prueba, necesariamente involucradas en tal tipo de decisiones ¹⁸⁹ y que se podrían ver más limitadas en caso de admitir que su solicitud deba hacerse ante la Cámara federal correspondiente. Más aun, ello permite la posibilidad de apelar la decisión de extender la clausura preventiva ante la Cámara, en lugar de tener que acudir exclusivamente ante la Corte Suprema por la vía reducida del recurso extraordinario federal ¹⁹⁰.

Por estas razones, nos parece razonable interpretar que la solicitud de extensión *judicial* de la clausura preventiva por más de tres (3) días corresponde en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a la competencia del Juez Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal y, en las demás jurisdicciones, el juez federal correspondiente.

Finalmente, en lo que refiere a la impugnación del acto administrativo que dispone la clausura preventiva por el plazo de tres (3) días, aunque la LA no establece un recurso específico, creemos que podría interpretarse que procede a su respecto la vía del recurso directo ante la CNACAF, como hemos propuesto en otro lugar ¹⁹¹. No obstante, también podría entenderse que siendo los jueces federales de primera instancia los competentes para decidir su *extensión*, sean

189 En este sentido, conforme lo establece específicamente el artículo 12, inciso e), la clausura preventiva puede disponerse “cuando ello fuere indispensable para el mejor curso de la investigación o si existiere riesgo inminente de que se continúe cometiendo la infracción”.

190 La Corte Suprema, si bien en “Labala c/Secretaría de Comercio”, *Fallos*, 320:1949 (1997), revocó la sentencia de la Cámara Federal de Mar del Plata que había confirmado la declaración de nulidad de una clausura preventiva (en tanto se había sustentado en la declaración de inconstitucionalidad del allanamiento), evidencia que la competencia de los jueces federales de primera instancia para entender en la impugnación de las medidas de clausura preventiva fue confirmada.

191 Cfr. CASTRO VIDELA, Santiago M.-MAQUEDA FOURCADE, Santiago, *Los controles de precios. Ley 20.680 de abastecimiento comentada*, cit., p. 216.

entonces éstos también los jueces competentes para revisar judicialmente la impugnación del acto administrativo que dispone la clausura preventiva en los términos del artículo 12, inciso e, de la LA.

F. El acto sancionatorio y su razonabilidad

Finalmente, y con carácter general, cabe señalar que el acto de sanción de la infracción pone fin al procedimiento administrativo con la imposición al agente económico involucrado de una de las sanciones previstas en el artículo 5º de la LA, de acuerdo con los parámetros y las pautas de graduación establecidos en su artículo 7º y concordantes. El mismo, como veremos en el acápite siguiente, es recurrible en los términos de los artículos 16 y 17 de la LA.

Ahora bien, sin perjuicio de las exigencias de validez y demás principios constitucionales que debe respetar el acto de sanción de la infracción, interesa destacar aquí especialmente los límites impuestos por el principio de proporcionalidad. Como consecuencia de las exigencias del artículo 7 de la LNPA, las sanciones que se adopten en los términos de los artículos 5º y 6º de la LA -además de cumplir las restantes exigencias y reunir los elementos esenciales que exige la LNPA- deben perseguir la finalidad para la cual fueron atribuidas las facultades de que se trate y ser “proporcionales”, es decir, razonables, para lograrla.

Este principio, en consecuencia, se encuentra íntimamente vinculado con el principio de razonabilidad. En este sentido, se ha sostenido que cuando la aplicación de la LA “se dirige hacia otros fines que no son los que le dieron origen, resulta procedente el examen de su razonabilidad” ¹⁹².

El incumplimiento de este principio puede derivar en otros vicios autónomos aunque vinculados con la razonabilidad de las medidas, a saber: la desviación de poder ¹⁹³ y el exceso de puni-

192 CNAPE, Sala I, “Jalife”, sentencia del 25/6/1992, La Ley 1993-A, 58.

193 Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, 4ª ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, t. II, pp. 540 y ss.; GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho Administrativo*, 9ª ed. Fundación de Derecho Administrativo, t. 3, pp. IX-27 y ss.; COMADIRA, Julio R.; ESCOLA, Héctor J., y COMADIRA, Julio P., *Curso de derecho administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, t. I, pp. 456 y ss.; SAMMARTINO, Patricio M., *Amparo y Administración*, Abeledo-

ción ¹⁹⁴.

Por un lado, cuando la medida adoptada no responde a la finalidad que dice perseguir, sino que excede los límites impuestos por el ordenamiento jurídico persiguiendo el logro de objetivos distintos de los que aquél contempla, se produce un *desvío de poder* que determina la nulidad absoluta del acto administrativo por el cual la misma se instrumenta. Se trata de supuestos en los que el acto administrativo es dictado con un fin distinto al previsto por la norma atributiva de competencia ¹⁹⁵.

Perrot, Buenos Aires, 2012, t. I, pp. 368 y ss.; DIEZ, Manuel M., *El acto administrativo*, 2ª ed. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1961, pp. 402 y ss.; FIORINI, Bartolomé, *Teoría jurídica del acto administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976, p. 204 y ss.; BIDART CAMPOS, Germán J., *El abuso de derecho en el derecho público*, Academia Nacional de Derecho, Buenos Aires, 2003, p. 282; VANOSSI, Jorge R., *La revisión de los abusos de derecho en el derecho público y la justiciabilidad de las desviaciones de poder*, Academia Nacional de Derecho, Buenos Aires, 2003, p. 247; MAIRAL, Héctor A., “Los vicios del acto administrativo y su recepción por la jurisprudencia”, *La Ley*, 1989-C, 1014; SILVA TAMAYO, Gustavo A., *Desviación de poder y abuso de derecho*, LexisNexis, Buenos Aires, 2006; JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, María, “La finalidad como elemento esencial del acto administrativo y la desviación de poder”, AA.VV., *Jornadas de derecho administrativo*, Universidad Austral-Ediciones Rap, 2001, pp. 93 a 105; BENTIVEGNA, Matías A., “Reflexiones en torno al instituto de la desviación de poder”, en *Revista de Derecho Administrativo*, N° 76, abril-junio 2011, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, pp. 451-479.; BARRAZA, Javier I., “Finalidad del acto administrativo y la desviación de poder”, *La Ley*, 2012-B, 1053.

194 MARIENHOFF, Miguel S., “El exceso de punición como vicio del acto jurídico de derecho público”, *La Ley*, 1989-E, p. 963; COMADIRA, Julio R., “El exceso de punición y su incidencia sobre la validez del acto administrativo”, en *Revista de Derecho Administrativo*, N° 4, 1990, p. 275; y *Derecho administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, cap. II; SACRISTÁN, Estela B., “El requisito de proporcionalidad ante la tutela judicial”, *Revista de Derecho Administrativo*, N° 40, LexisNexis Depalma, Buenos Aires, 2002, p. 407-412; CAIELLA, Pascual, “El principio de razonabilidad en el acto administrativo”, en *Cuestiones de acto administrativo, reglamento y otras fuentes del derecho administrativo*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2009, pp. 669 a 682; y CORREA, José L., “Exceso de punición”, en *Actualidad en el derecho público*, Ad-Hoc, Vol. 18/20, Buenos Aires, 2002, p. 203-233.

195 Cfr. BENTIVEGNA, Matías A., “Reflexiones en torno al instituto de la desviación de poder”, ob. cit., p. 452, y sus citas. La Corte ha entendido que se incurre en una desviación de poder cuando, v. gr., la Administración utiliza

Desde el punto de vista de la LNPA, el desvío de poder es un vicio que determina la nulidad del acto administrativo cuando el mismo es dictado con una finalidad distinta a la prevista en la norma que atribuye la competencia al órgano emisor, en los términos de los arts. 7º, inc. f y 14 de la LNPA. La CNACAF tiene dicho sobre el particular que “la desviación de poder es el vicio que afecta a la ‘finalidad’ como elemento esencial del acto administrativo, dicho vicio implica interpretar que la finalidad del acto administrativo está encubierta o es falsa, es decir, que no se establece debidamente la relación entre la finalidad del acto administrativo y el interés público que persigue la Administración” ¹⁹⁶.

Por otro lado, y en particular respecto de los actos sancionatorios, la falta de proporcionalidad entre la sanción impuesta y la finalidad perseguida por ésta puede determinar, a su vez, que se produzca un *exceso de punición*. Según enseña MARIENHOFF, ciertas conductas suelen ser sancionadas por la autoridad pública en forma tal que la sanción, sea por su gravedad sustancial o por su monto económico, resulta excesiva o desproporcionada por no existir correspondencia entre esa gravedad o el monto de la sanción y los hechos que concretan la conducta sancionada: eso determinaría un exceso en la punición caracterizado por su irrazonabilidad ¹⁹⁷.

la figura de contratos a tiempo determinado celebrados bajo un cierto régimen que, sin embargo, son renovados indefinidamente a lo largo de más de veinte años, en violación del máximo establecido, con la finalidad de encubrir una designación permanente. Cfr. “Ramos, José Luis c/Estado Nacional (Min. de Defensa - A.R.A.) s/indemnización por despido”, *Fallos*, 333:311 (2010). Concluyó allí la Corte que “la demandada utilizó figuras jurídicas autorizadas legalmente para casos excepcionales, con una evidente desviación de poder que tuvo como objetivo encubrir una designación permanente bajo la apariencia de un contrato por tiempo determinado” (ibidem, considerando 5º). En similar sentido cfr. “Cerigliano, Carlos Fabián c/Gobierno de la Ciudad Autónoma de Bs.As. U. Polival. de Inspecciones ex Direc. Gral de Verif. y Control”, *Fallos*, 334:398 (2011).

196 CNACAF, Sala IV, “Smulevici, Ingrid Susana c/EN-INCUCAI y otros s/daños y perjuicios”, causa 1693/01, sentencia del 11/6/2009. Cfr. en similar sentido “Perlini, Gabriel Esteban c/E.N. Dto. 2314/02 Mº Defensa- resol. 327/01 s/empleo público”, causa 21039/03, sentencia del 7/5/2009; y “Gasc, Javier Orlando c/EN-Mº del Interior-PNA s/Personal Militar y Civil de las FFAA. y de Seg.”, causa 19199/97, sentencia del 20/5/2010, voto del Dr. Coviello, considerando VII.2.

197 MARIENHOFF, Miguel S., “El exceso de punición. . .”, ob. cit., p. 963.

A su vez, en el caso de las multas, la irrazonabilidad puede derivar de su carácter confiscatorio, lo que provoca un menoscabo a las garantías de los artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional que aseguran la inviolabilidad de la propiedad ¹⁹⁸. En este sentido, COMADIRA ha dicho que en los casos de exceso de punición “el acto es excesivo porque al violarse la necesaria proporcionalidad que debe mediar entre su objeto (las medidas que él involucra) y su finalidad (el propósito que resulta de las normas que habilitan a actuar al órgano emisor), se genera una ruptura del equilibrio que también debe existir entre su causa y objeto” ¹⁹⁹.

En consecuencia, desde el punto de vista de la LNPA cabe sostener que el exceso de punición es un vicio que determina la nulidad del acto administrativo por el que se impone la sanción. La CNA-CAF ha sostenido claramente al respecto que “el exceso de punición es producto, antes que de una falta de proporcionalidad entre la causa y objeto del acto (entre la conducta y la sanción a ella imputada), de una ausencia de proporcionalidad entre el objeto y la finalidad de éste” ²⁰⁰, destacando que “se traduce en la ausencia de proporcionalidad entre el objeto y la finalidad del acto administrativo, lo que importa una violación al principio receptado en el art. 7, inc. f) de la ley 19.549, que expresamente establece que las medidas que el acto administrativo involucre deben ser proporcionalmente adecuadas a la finalidad que resulte de las normas que asignan las facultades pertinentes al órgano que lo emite (conf. Sala I, “Banco Credicoop Cooperativo Limitado c/D.N C.I.”, 21/10/2008)” ²⁰¹.

198 Idem, p. 966.

199 COMADIRA, Julio R., *El exceso de punición y su incidencia sobre la validez del acto administrativo*, en Revista de Derecho Administrativo, n° 4, 1990, p. 275.

200 CNACAF, Sala I, “López, Alejandro Humberto c/E. N. - Ministerio del Interior - Policía Federal s/empleo público”, expte. 28978/96, sentencia del 21/5/2002, voto del Dr. Coviello.

201 CNACAF, Sala II, “Edenor S.A. c/DNCI-Disp. 338/11 (Expte S01:242182/09)”, Expte. 38311/11, sentencia del 8/5/2012, sumario disponible en www.pjn.gov.ar, consultado el 4/5/2013. Sostuvo allí la Cámara que “La jurisprudencia reafirmó que la actuación administrativa debe ser racional y justa, y la circunstancia de que la Administración obre en ejercicio de facultades discrecionales no constituye justificativo de conducta arbitraria, pues es

Es más, ha resuelto también que “la ausencia de razón suficiente en que se sustenta el monto de la sanción, configura un exceso de punición que se traduce en la desproporcionalidad entre el objeto y la finalidad del acto administrativo, lo que importa una violación al principio receptado por el art. 7º, inc. f) de la ley 19549”²⁰².

En síntesis, cabe concluir que un acto administrativo que, con fundamento en la LA, impone una sanción que es excesiva para lograr los fines que persigue, sea porque pueden lograrse con un costo menor en la restricción de derechos, sea porque sus costos son mayores a sus beneficios, adolece de un vicio grave en su “finalidad” y, por tanto, es nulo de nulidad absoluta.

10. Procedimiento judicial para la impugnación de sanciones

La LA, luego de haber regulado las cuestiones sustanciales de infracciones y sanciones aplicables (artículos 4 a 9) y el procedimiento para la aplicación de sanciones (artículos 10 a 14), reglamenta en los artículos 16 y 17 el procedimiento de impugnación en sede judicial de las sanciones que dicte la autoridad de aplicación, a través de un recurso judicial directo.

A continuación, analizaremos: a) el procedimiento aplicable, b) el mecanismo de interposición y efectos del recurso directo, y c) los alcances del control judicial en el marco de dicho recurso.

A. Procedimiento aplicable

La resolución definitiva que imponga una sanción por una infracción a la LA o a las medidas adoptadas con fundamento en ella, dictada en el marco del procedimiento que hemos descripto en el acá-

precisamente la razonabilidad con que se ejercen tales facultades el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado, y que permite a los jueces, ante planteos concretos de la parte interesada, verificar el cumplimiento de dicho presupuesto (CSJN, *Fallos*, 304:721; 305:1489; 306:126; y esta Sala -con otra integración-, ‘Bellatore, Juan Alberto c/E.N.- Mº de Justicia s/empleo público’, 13/06/1996 y -en actual integración-, ‘Cablevisión S.A. c/D.N.C.I.- Disp. 648/10 -Expte. S01:295125/10-’, 17/04/12)” (ibidem).

202 CNACAF, Sala IV, “Telecom Personal S.A. c/DNCI - Disp. 612/10 (Expte. S01:509707/08)”, Expte. 35.821/10, sentencia del 7/6/2011.

pite anterior, agota la instancia administrativa y queda sujeta a un régimen específico de impugnación en sede judicial. Dicha impugnación debe realizarse mediante recurso directo ante la CNACAF o ante las Cámaras federales de apelaciones competentes, según el asiento de la autoridad que dispuso la sanción.

En líneas generales, el procedimiento es el siguiente:

1) *Pago previo de la multa*: si la resolución impuso una sanción de multa, el particular debe depositar previamente, a la orden de la autoridad de aplicación, la totalidad de su monto. De lo contrario, el recurso será desestimado salvo que el cumplimiento de la multa pudiese ocasionar un “perjuicio irreparable” al afectado (cfr. art. 17, LA).

2) *Interposición del recurso judicial directo ante la autoridad de aplicación*: el recurso debe interponerse y fundarse ante la misma autoridad que impuso la sanción dentro de diez (10) días de notificada la resolución (art. 16, LA). Si bien la norma no lo aclara, el plazo debe contarse en días hábiles por virtud de la aplicación supletoria de la LNPA²⁰³. Si era exigible el pago previo de la multa, debe adjuntarse al recurso el comprobante del depósito efectuado.

3) *Contestación del recurso y elevación del expediente por la autoridad de aplicación*: luego de recibir el recurso directo, la autoridad de aplicación debe contestarlo y elevar las actuaciones a la CNACAF o la Cámara respectiva en un plazo de diez (10) días (art. 16, LA). Si bien la LA no lo aclara, por las normas de aplicación supletoria debe considerarse que se trata de días hábiles.

4) *Resolución del recurso*: conforme a las reglas procesales aplicables, la CNACAF o la Cámara respectiva oportunamente deberá emitir sentencia definitiva respecto del recurso directo. Como se señala más adelante, las exigencias del derecho de defensa y a la tutela judicial efectiva exigen que el procedimiento judicial de revisión sea amplio, comprendiendo los hechos y el derecho, así como la posibilidad de producir prueba en la instancia única ante la CNACAF o la Cámara que resulte competente.

B. Interposición y efectos del recurso judicial directo

La LA establece que el recurso directo contra las sanciones de multa no es admisible sin el pago previo de la multa que se haya impuesto, por lo que su interposición posee efecto “meramente de-

203 Cfr. artículo 28, LA y art. 1º, inciso e, apartado 2, LNPA.

volutivo” en tal caso. Al respecto, cabe recordar que la LA original (1974) establecía el efecto meramente devolutivo incluso cuando se tratase de la impugnación de sanciones de clausura ²⁰⁴, extremo que fue modificado por la ley 26.991, que lo derogó. Estas regulaciones plantean serios problemas constitucionales y serán examinados seguidamente desde la óptica del derecho a la tutela judicial efectiva.

1. Pago de la multa de forma obligatoriamente previa a la interposición del recurso

De acuerdo con el artículo 17 de la LA, con carácter previo a la interposición del recurso directo contra una multa, se debe depositar íntegramente su monto y presentar el comprobante del depósito con el escrito del recurso, “sin cuyo requisito será desestimado, *salvo que el cumplimiento del mismo pudiese ocasionar un perjuicio irreparable al recurrente*”. La última frase de la norma fue introducida por la reforma de la ley 26.991 (2014), a efectos de morigerar el alcance de la regla. Sin embargo, al propio tiempo, la reforma dispuesta por dicha ley eliminó la posibilidad de sustituir el depósito previo por una “caución real suficiente o por una garantía sobre el fondo de comercio”, prevista anteriormente en la LA original (1974).

Esta exigencia del pago previo constituye un condicionamiento a la admisibilidad del recurso judicial, análogo, aunque no equivalente, al *solve et repete* en materia tributaria. Al respecto, inicialmente la Corte Suprema consideró a estos condicionamientos como constitucionalmente válidos. Sin embargo, posteriormente morigeró su doctrina en “Livorno S.R.L. c/Dirección de Vinos” (1960) ²⁰⁵ y “Nofal Hnos.” (1961) ²⁰⁶, inaplicando tal exigencia en aquellos casos en los que existe una “desproporcionada magnitud” entre la suma que el contribuyente debe ingresar y su concreta capacidad económica o su estado patrimonial, para evitar que ese pago previo implique un menoscabo efectivo de las garantías procesales constitucionales. Esta doctrina fue reiterada en muchas oportunidades por la Corte Suprema ²⁰⁷.

204 Cfr. artículos 16 *in fine*, LA original (1974).

205 *Fallos*, 247:181 (1960).

206 *Fallos*, 250:208 (1961).

207 En tal sentido, “Adelphia S.A.I.C.”, *Fallos*, 285:302 (1973), “Microómnibus Barrancas de Belgrano S.A.”, *Fallos*, 312:2490 (1989); “Centro Diag-

A la luz de tales precedentes de la Corte Suprema, entonces, ésta permite omitir el cumplimiento del requisito analizado cuando se demuestre que la suma por pagar tiene una magnitud desproporcionada con la capacidad económica demostrada del sumariado. La reforma introducida por la ley 26.991 (2014), en el sentido de eximir de este requisito en casos de “perjuicio irreparable”, parecería tener cierta concordancia con esta línea jurisprudencial.

Ahora bien, sin perjuicio de ello, hay que señalar que la regla en análisis presenta un matiz distinto del *solve et repete* del Derecho Tributario: mientras que en éste se refiere al pago de tributos, en el art. 17 de la LA se refiere al pago de multas, que tienen naturaleza *sancionatoria*. La exigencia del pago previo, en principio, sólo tiene sentido en el caso del cobro de tributos, pues en ellos está en juego la recaudación fiscal²⁰⁸. En cambio, no hay recaudación en la percepción de las multas, pues carecen de carácter fiscal²⁰⁹. En consecuencia, es una situación que resulta asimilable a la del anterior art. 16 de la LA original, que imponía ejecutar la clausura sin perjuicio de

nóstico de Virus S.R.L.”, *Fallos*, 328:2938 (2005); “Asesores Industriales S.R.L. Empresa de Servicios Eventuales”, *Fallos*, 333:2251 (2010). Cfr. DIEGUES, Jorge, “Solve et repete”, *La Ley*, 30/05/2012, p. 10, cita online AR/DOC/2337/2012.

208 En este sentido, la Corte Suprema ha dicho en “Orígenes A.F.J.P. c/AFIP”, *Fallos*, 331:2480 (2010), mediante la adhesión al dictamen del Procurador General, que el principio *solve et repete* tiene por finalidad asegurar el cobro de los montos determinados como deuda del organismo recaudador y evitar que el contribuyente se insolvente.

209 Entre muchos otros, en “Balbarrey, Eduardo Fernando y otro c/ BCRA-Resol. 252/00 (EXPTE 100.016/96 SUM FIN 866)” (2009), Causa B. 769. XLIV, sentencia del 29/9/2009, la Corte Suprema sostuvo que “[...] no existe interés económico sustancial del erario público [...] cuando lo que está en juego es la aplicación de una sanción administrativa -disciplinaria o represiva- cuya finalidad es restaurar el orden jurídico infringido” (ídem, considerando 3°). Es por ello, de hecho, que la Corte Suprema entiende que en tales casos, no importa el monto de la multa, resulta improcedente el recurso ordinario de apelación ante el Máximo Tribunal (cfr. “Establecimiento Modelo Terrabusi S.A. s/transfereencia paquete accionario a Nabisco”, *Fallos*, 324:3083 (2001); “Banco Central de la República Argentina Cresol. 265/00 - (sum. fin. 971) c/Levisman, Valentín”, *Fallos*, 326:2171 (2003); “San Martín Cía. Arg. de Seg. S.A. (T.F. 14.274-I) c/D.G. I.”, *Fallos*, 326:2770 (2003); “Club Atlético Vélez Sarsfield Asociación Civ. (T.F. 15182-I) c/ D.G. I””, *Fallos*, 326:3225 (2003); así como el caso citado en primer término.

la apelación judicial: pagar la multa para poder recurrir la sanción implica *cumplir la pena para poder cuestionarla judicialmente*. Esta razón determina que, a nuestro juicio, resulte aplicable por analogía la doctrina jurisprudencial que surge de los casos “Dumit” (1972)²¹⁰ y “Lapiduz” (1998)²¹¹, a los que nos referiremos en el punto siguiente al tratar el efecto devolutivo de la apelación de la sanción de clausura que establecía la LA original (1974). Por ello, creemos que a la luz de tales precedentes y la naturaleza sancionatoria (y no tributaria) de la multa, debe concluirse que esta suerte de *solve et repete* en materia sancionatoria, tal como está previsto en la LA, es inconstitucional²¹².

2. Efecto meramente devolutivo de la apelación contra la sanción de clausura (derogado por ley 26.991)

Cabe señalar, a título informativo, que antes de la reforma dispuesta por la ley 26.991, el ahora derogado artículo 16 de la LA original (1974) disponía que la apelación judicial de las sanciones de clausura se concedía “al solo efecto devolutivo”.

Esta limitación de los efectos de la apelación tenía por consecuencia hacer que el imputado cumpliera la sanción antes de que ésta quedara firme. Era un adelantamiento de la pena, que no se veía saneado de disponerse ulteriormente su revocación. En consecuencia, a nuestro criterio violaba el derecho a la tutela judicial efectiva, pues disponía la aplicación de una pena antes del juicio. Se había dicho que esta medida “supone tanto como negar el recurso,

²¹⁰ Fallos, 284:150 (1972).

²¹¹ Fallos, 321:1043 (1998).

²¹² En este sentido, cfr. la siguiente jurisprudencia: CFed. Seg. Soc., Sala IV, “Frimca S.A.”, sentencia del 28/12/1998, La Ley, 1999-E, 239; Juz. Cont. Adm. N° 1, La Plata, “Gallo Llorente c/Fisco de la Provincia de Buenos Aires”, sentencia del 28/5/2009, La Ley, 2009-E, 595. En el mismo sentido se pronuncian, entre otros, los siguientes autores: LICHT, Miguel, “El efecto contaminante del ‘solve et repete’ sobre pautas propias del derecho administrativo sancionador”, La Ley, 2000-C, 98; FERNÁNDEZ LAMELA, Pablo, “El ‘solve et repete’ es inconstitucional”, La Ley, 2001-A, 342; ÁLVAREZ ECHAGÜE, Juan M., “Preocupante: la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe convalida el inconstitucional ‘solve et repete’ en materia de multas”, La Ley Litoral, 2005 (marzo), 108; GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, 8ª edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2006, t. 2, p. XIII-36; ÁBALOS, María G., “El solve et repete versus la tutela judicial efectiva”, La Ley, 2008-F, 655.

lo que hace que (. . .) vulnere reglas básicas de nuestra organización jurídica, como son las que (. . .) requieren que los actos administrativos sean susceptibles de recurso ante la justicia” ²¹³.

Esta tesitura fue expresamente receptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación antes de la sanción de la LA original (1974) en “Dumit” (1972) ²¹⁴, donde sostuvo que la clausura tenía carácter “estrictamente penal” ²¹⁵ y que ejecutarla sin que medie sentencia judicial definitiva violaba el debido proceso porque “no cabe hablar de ‘juicio’ (. . .) si el trámite ante el órgano administrativo no se integra con la instancia judicial correspondiente; ni de ‘juicio previo’ si esta instancia no ha concluido y la sanción, en consecuencia, no es un resultado de actuaciones producidas dentro de la misma” ²¹⁶. Esta tesis fue reiterada por la Corte Suprema posteriormente en “Lapiduz” (1998) ²¹⁷, y adoptada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico respecto del art. 16 de la LA en diversos pronunciamientos ²¹⁸.

La ley 26.991 (2014), sin embargo, derogó este cuestionado efecto devolutivo del recurso contra las sanciones de clausura, a la vez que dispuso en su artículo 15 que éstas no son impuestas por la autoridad de aplicación, sino por los jueces de primera instancia en lo contencioso administrativo federal y, en las provincias, por el juez federal correspondiente.

C. Alcances del control judicial en el recurso directo

Finalmente, corresponde analizar los alcances del control judi-

²¹³ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Regulación jurídica del comercio interior...*, ob. cit., p. 237.

²¹⁴ *Fallos*, 284:150 (1972).

²¹⁵ *Idem*, considerando 7.

²¹⁶ *Idem*, considerando 12.

²¹⁷ *Fallos*, 321:1043 (1998).

²¹⁸ Cfr. CNAPE, Sala A, “Valenti Especialidades”, sentencia del 2/4/1993, La Ley 1993-C, 203; Sala B, “Shell Compañía Argentina de Petróleo S.A.”, sentencia del 18/2/2009, www.laleyonline.com.ar, AR/JUR/1646/2009; Sala “B”, “Shell Compañía Argentina de Petróleo S.A.”, sentencia del 13/2/2009, disponible en <http://www.microlex.com.ar/buscar/cij/21268.pdf>, consultada el 18/3/2012.

cial en el recurso judicial directo previsto en la LA. Como se dijo, éste debe ser resuelto por la CNACAF o las Cámaras federales correspondientes, según el asiento de la autoridad que impuso la sanción. Ello significa que la decisión del juez que confirme o revoque la medida sancionatoria recurrida será la “sentencia del superior tribunal de la causa”. Por eso, el único recurso judicial que el particular sancionado podrá interponer es el recurso extraordinario federal (art. 14, ley 48). Esto ha sido expresamente reconocido por la Corte en “La Prensa” (1987) ²¹⁹, “Ferracutti y otros” (1988) ²²⁰, “Polisur Sociedad Mixta s/apelación, multa ley 20.680” (1989) ²²¹, “Roemmers S.A.I.C.F.” (1990) ²²², entre muchos otros.

Esta circunstancia ha llevado a la parte de la doctrina a enfatizar la amplitud que debe acordarse al recurso judicial en la revisión de los actos sancionatorios, máxime cuando se trata de una acción ordinaria específica de pleno conocimiento. En efecto, tal como sostuvo BIDART CAMPOS parafraseando un voto de Moliné O’Connor -refiriéndose expresamente al recurso contemplado en el art. 16 de la LA-: “cuando el recurso ante un juzgado federal es la única vía legal de que dispone quien ha recibido una sanción administrativa, el control judicial tiene que ser amplio -añadiríamos, en cuanto a los ‘hechos’ y en cuanto a las ‘normas’ aplicables a ellos-. En esa holgada revisión judicial, es obvio que el control de constitucionalidad constituye un aspecto visceral, imposible de despacharse con ligereza, superficialidad o ritualismo, e imposible con mayor razón de ser omitido” ²²³.

219 *Fallos*, 310:1715 (1987).

220 *Fallos*, 311:1633 (1988).

221 *Fallos*, 312:1824 (1989).

222 *Fallos*, 313:1594 (1990).

223 Al respecto, cabe destacar que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en la causa “Comisión Nacional de Valores c/Siderar S.A.I.C. s/pedido de investigación de asamblea del 15/05/2011 presentada por la ANSES s/organismos externos” (CNCom., Sala B, “Comisión Nacional de Valores c/Siderar S.A.I.C. s/pedido de investigación de asamblea del 15/05/2011 presentada por la ANSES s/Organismos externos”, causa 39.475/2011, sentencia del 23/11/2012), declaró la inconstitucionalidad de los arts. 14 y 15 de la ley 17.811 en cuanto impedían ejercer un “control judicial suficiente” respecto de las sanciones de apercibimiento allí previstas (ídem, considerando 2º del voto unánime).

En este sentido, específicamente en lo que refiere a la revisión de sanciones impuestas con fundamento en la LA, la Corte Suprema ha admitido un control amplio sobre los hechos y el derecho, incluso valorando, a los efectos de evaluar la arbitrariedad de una sentencia judicial de primera instancia confirmatoria de la sanción, la negativa a producir prueba relevante en sede administrativa y la inexistencia de pruebas suficientes para tener por acreditados todos los elementos de la infracción ²²⁴.

En síntesis, tratándose de una medida sancionatoria impuesta por la Administración, y sólo existiendo un recurso judicial específico que debe ser resuelto en única instancia, resulta un imperativo constitucional que el control que efectúen los jueces competentes al resolverlos sea amplio y comprenda la revisión de los hechos y las normas aplicables ²²⁵. Esto es, que sea un control judicial suficiente ²²⁶ compatible con las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva.

En efecto, es doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia sentada en “Fernández Arias” (1960) ²²⁷ que “el pronunciamiento jurisdiccional emanado de órganos administrativos quede sujeto a control judicial suficiente, a fin de impedir que aquéllos ejerzan un poder absolutamente discrecional, sustraído a toda es-

²²⁴ Cfr. “Shell Compañía Argentina de Petróleo S.A. s/infracción ley 20.680”, *Fallos*, 335:89, dictamen de la Procuración que la Corte Suprema hizo suyo. En el caso, la Corte Suprema revocó por arbitraria una sentencia que confirmó la multa impuesta a la actora por infracción a la LA por no cubrir la demanda de gasoil (cfr. Resolución SCI 25/06), entendiendo que la decisión judicial carecía de fundamentación suficiente, por cuanto se limitó a sostener de manera dogmática que para verificar esa figura sólo correspondía determinar “si existió un incumplimiento en la cobertura solicitada y si ello implicó no cubrir razonablemente, de un modo justificado, aquella demanda”, omitiendo tratar el planteo del recurrente relativo a la comprobación en el caso de los elementos de la infracción, lo que resultaba conducente para la correcta solución del litigio

²²⁵ Para ampliar acerca de la impugnación y revisión judicial de las sanciones administrativas véase el completo trabajo de SANGUINETTI, Juan Carlos, “Impugnación y control judicial de las sanciones administrativas. Sus particularidades a la luz de los principios y garantías constitucionales aplicables”, *ED Administrativo*, 28/02/2020.

²²⁶ Cfr. “Fernández Arias, Elena y otros c/Poggio, José”, *Fallos*, 247:646 (1960).

²²⁷ *Ibidem*.

pecie de revisión ulterior” ²²⁸. Esta doctrina ha sido mantenida a lo largo de los años y ratificada por el Máximo Tribunal ²²⁹. En materia sancionatoria, como se dijo, dicho control “suficiente” exige que el tribunal pueda revisar los hechos y el derecho ²³⁰.

11. Reparto de competencias sancionatorias entre las autoridades nacionales, provinciales y municipales en relación con la LA

Por último, cabe hacer una breve reseña sobre el complejo reparto de competencias de fiscalización y sanción que realiza la LA en relación con las autoridades nacionales y provinciales, como así también la discusión relativa a las posibles competencias de las autoridades municipales que se suscitó con motivo de medidas adoptadas recientemente, en el contexto de la pandemia por COVID-19 ²³¹.

A. Criterios generales

Este reparto de competencias está realizado fundamentalmente

²²⁸ Idem, considerando 13 del voto mayoritario.

²²⁹ Cfr. “Casa Enrique Schuster S.A.I.C. c/Administración Nacional de Aduanas”, *Fallos*, 310:2159 (1987); “Di Salvo, Octavio s/hábeas corpus”, *Fallos*, 311:334 (1988); “Gador S.A. s/infracción ley 16.463 -causa 1626/01-”, *Fallos*, 327:367 (2004), “Ángel Estrada y Cía. S.A. c/resol. 71/96 - Sec. Ener. y Puertos (Expte. 750-002119/96)”, *Fallos*, 328:651 (2005), entre muchos otros.

²³⁰ Cfr. “Casa Enrique Schuster S.A.I.C. c/Administración Nacional de Aduanas”, *Fallos*, 310:2159 (1987); “Di Salvo, Octavio s/hábeas corpus”, *Fallos*, 311:334 (1988); “Gador S.A. s/infracción ley 16.463 -causa 1626/01-”, *Fallos*, 327:367 (2004), “Ángel Estrada y Cía. S.A. c/resol. 71/96 - Sec. Ener. y Puertos (Expte. 750-002119/96)”, *Fallos*, 328:651 (2005), entre muchos otros.

²³¹ Para ampliar, y también en relación con las competencias para regular, véase CASTRO VIDELA, Santiago M.-MAQUEDA FOURCADE, Santiago, “La Ley de Abastecimiento y su aplicación descentralizada. Distribución de competencias administrativas y judiciales en su aplicación por provincias, municipios y sujetos distintos de la Secretaría de Comercio Interior (a propósito del Decreto 351/2020 del Presidente de la Nación y del Decreto 177/2020 del Gobernador de la Provincia de Buenos Aires)”, Rubinzal-Culzoni online, RCD 1603/2020.

en los artículos 3²³², 15²³³ y 18²³⁴ de la LA. A la luz de estas normas:

1. La *autoridad nacional* de aplicación tiene competencias en materia sancionatoria para: (i) Fiscalizar el cumplimiento de la LA y de las normas que dicte con fundamento en ella, cuando las infrac-

232 “ARTICULO 3º - Los Gobernadores de Provincia y/o el Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por sí o por intermedio de los organismos y/o funcionarios que determinen, podrán fijar -dentro de sus respectivas jurisdicciones- precios máximos y las pertinentes medidas complementarias, mientras el Poder Ejecutivo o el organismo nacional de aplicación no los establecieren, dando cuenta de inmediato a este último. Dichos precios subsistirán en tanto el Poder Ejecutivo no haga uso de las facultades que a ese objeto le acuerda esta ley. También podrán disponer las medidas autorizadas en los incisos e), f), g) y h) del artículo 2º. Asimismo las mencionadas autoridades, y únicamente en cuanto se refiere al abastecimiento dentro de sus respectivas jurisdicciones, podrán modificar los precios fijados por la autoridad nacional de aplicación, en tanto la localización de la fuente de producción, la menor incidencia de los fletes o cualquier otra circunstancia o factor permitan una reducción de los mismos. En caso de que a la inversa, dichos factores determinaran la necesidad de incrementar aquéllos, deberá requerirse previa autorización al organismo nacional de aplicación; quien deberá expedirse en el término de quince (15) días hábiles; en caso contrario quedará aprobado el precio propuesto por la autoridad local”.

233 “ARTICULO 15. - El Poder Ejecutivo designará la autoridad de aplicación de la presente ley en el ámbito nacional, con facultades para dictar las normas complementarias que fueren menester para su cumplimiento. Las infracciones a la presente ley afectan los derechos e intereses económicos de los ciudadanos y la Nación. Las que se cometieren en territorios de jurisdicción nacional o cuando afectaren o pudieren afectar el comercio interjurisdiccional, serán controladas y juzgadas en sede administrativa por la autoridad de aplicación, a excepción de las sanciones de clausura e inhabilitación especial para ejercer el comercio o la función pública que serán impuestas, en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por el Juez Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal, y en las demás jurisdicciones, a petición de la autoridad de aplicación, por el juez federal correspondiente. A los efectos de esta norma se entenderá por comercio interjurisdiccional el que se realiza con las naciones extranjeras, el que efectúan las provincias entre sí o con la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el que practica una provincia o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con un establecimiento de utilidad nacional, y el que realiza este último con las primeras”.

234 “ARTICULO 18. - Las infracciones cometidas en las provincias y que afecten exclusivamente al comercio de sus respectivas jurisdicciones serán juzgadas en sede administrativa por los organismos que determine cada una de ellas, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3º”.

ciones afectaren o pudieren afectar el comercio “interjurisdiccional”; y (ii) Imponer sanciones ante el incumplimiento de tales normas, a excepción de las sanciones de clausura e inhabilitación especial, que son de exclusiva competencia judicial (jueces federales de primera instancia).

2. La autoridad provincial de aplicación (designada por las normas de cada provincia) tiene competencia en materia sancionatoria para: (i) *fiscalizar* en su respectivo territorio el cumplimiento de la LA y las normas dictadas por la autoridad nacional y provincial de aplicación (cfr. art. 3, 15 y 18, LA), y (ii) *imponer sanciones* ante el incumplimiento de tales normas, cuando la infracción sea cometida en las provincias y afecte exclusivamente al comercio local (cfr. art. 18, LA).

B. Competencias judiciales en materia de fiscalización y sanciones

Sin perjuicio de lo expuesto en los puntos anteriores, en ningún caso las autoridades de aplicación nacionales, provinciales o municipales tienen competencia para imponer las sanciones de *clausura* e *inhabilitación especial* para ejercer el comercio o la función pública (artículos 5, incisos b y e, respectivamente, de la LA)²³⁵. Sobre las cuestiones relativas a esta facultad corresponde remitir a lo dicho más arriba.

Además, como ya se dijo, parece razonable interpretar que la solicitud de extensión *judicial* de la clausura preventiva por más de tres (3) días corresponde en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a la competencia del Juez Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal y, en las demás jurisdicciones, el juez federal correspondiente.

C. Algunas precisiones sobre la competencia judicial para la revisión de sanciones

Bajo la LA, existe un régimen distinto de *impugnación judicial*

²³⁵ Como explicamos más arriba en este trabajo, estas sanciones son irrazonables para los fines buscados por la LA pues, al clausurar establecimientos o inhabilitar a operadores del mercado, contribuyen a agravar el desabastecimiento que se busca evitar. Para mayores ampliar véase CASTRO VIDELA, Santiago M.-MAQUEDA FOURCADE, Santiago, *Los controles de precios. Ley 20.680 de abastecimiento comentada*, cit., comentario al artículo 5; y “Procedimiento de imposición y revisión de sanciones bajo la Ley de Abastecimiento”, La Ley, diario del 3-04-2020.

de las medidas adoptadas por la autoridad de aplicación nacional en materia sancionatoria, según se trate de:

1. *Sanciones en general (impuestas por comisión de las infracciones del artículo 4)*. Deben ser impugnadas solamente por vía de recurso judicial directo 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 dispuso la sanción (cfr. art. 16, LA) ²³⁶. Asimismo, la decisión judicial que confirme o revoque la medida sancionatoria recurrida será la “sentencia del superior tribunal de la causa”, por lo que será susceptible de impugnación por vía de recurso extraordinario federal (artículo 14, ley 48). Bajo el régimen de la LA previo a la reforma dispuesta por la Ley 26.991, donde se preveía un recurso judicial ante los jueces en lo penal económico que debía ser resuelto en “instancia única”, esto ha sido expresamente reconocido por la Corte en “La Prensa” (1987) ²³⁷, “Ferracutti y otros” (1988) ²³⁸, “Polisur Sociedad Mixta s/apelación, multa ley 20680” (1989) ²³⁹, “Roemmers S.A.I.C.F.” (1990) ²⁴⁰, entre muchos otros.

2. *Sanciones de clausura e inhabilitación especial por infracciones que afecten o puedan afectar el comercio interjurisdiccional*. Dado que, como vimos, la LA establece expresamente en su artículo 15 que estas sanciones deben ser impuestas por los jueces federales de primera instancia (los jueces con competencia en lo contencioso administrativo federal de la CABA o los jueces federales con jurisdicción en las provincias), las mismas serán recurribles -y revisables- judicialmente ante la Cámara Federal respectiva, por vía de apelación.

Ahora bien, la LA no regula de manera clara y expresa ante qué jueces (federales o provinciales) debe acudir para impugnar las

236 Para mayores detalles, remitimos al comentario de los artículos respectivos en CASTRO VIDELA-MAQUEDA FOURCADE, *Los controles de precios*, cit., y también “Procedimiento de imposición y revisión de sanciones bajo la Ley de Abastecimiento”, La Ley, diario del 3-04-2020.

237 *Fallos*, 310:1715 (1987).

238 *Fallos*, 311:1633 (1988).

239 *Fallos*, 312:1824 (1989).

240 *Fallos*, 313:1594 (1990).

sanciones impuestas por autoridades *provinciales*.

Pese a ello, entendemos que una interpretación razonable de las normas de la LA permite concluir lo siguiente en materia sancionatoria:

1. *Sanciones impuestas por la autoridad de aplicación provincial o de la CABA (ante la comisión de las infracciones del artículo 4)*. En nuestra opinión, corresponde que sean impugnadas ante las Cámaras Federales con jurisdicción en el territorio donde tales medidas sean aplicadas. Ello así, en razón de que las sanciones frente a las eventuales infracciones de esas medidas, según lo establecido en el texto de la LA, deben ser impugnadas “solamente” mediante recurso directo ante las Cámaras Federales competentes “según el asiento de la autoridad que dispuso la sanción” (cfr. art. 16, LA). Esta norma, como puede apreciarse, sólo admite el recurso directo ante la *Justicia federal*, no importa cuál sea el “asiento de la autoridad que dispuso la sanción”. Este último dato, en efecto, sólo determinará que sean las Cámaras federales con jurisdicción en el territorio de la provincia de que se trate -y no la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal- las que deban entender en la revisión de las eventuales sanciones.

2. *Sanciones de clausura e inhabilitación especial por infracciones cometidas en las provincias y que afecten exclusivamente al comercio de sus respectivas jurisdicciones*. Dado que la LA establece expresamente en su artículo 15 que estas sanciones deben ser impuestas por los jueces federales de primera instancia (los jueces con competencia en lo contencioso administrativo federal de la CABA o los jueces federales con jurisdicción en las provincias), estas sanciones serán recurribles judicialmente ante la Cámara Federal respectiva.

D. Las discutidas competencias municipales y de otros entes administrativos

Por último, cabe destacar que la pandemia por coronavirus llevó al involucramiento de otras autoridades de aplicación, tanto a nivel nacional como provincial y municipal. Así, ocurrió que funcionarios de la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) como también de autoridades municipales fiscalizaron el cumplimiento de las normas dictadas con motivo de la pan-

demia ²⁴¹. Y no sólo eso, sino que también autoridades provinciales dictaron regulaciones adicionales y más restrictivas que las establecidas a nivel nacional ²⁴². El Poder Ejecutivo de la Nación incluso “convocó” a los Poderes Ejecutivos municipales a fiscalizar el cumplimiento de la LA y normas complementarias dictadas por la SCI, debiendo remitir las actuaciones a la SCI en caso de comprobar infracciones (además de “convocar” a las autoridades provinciales a que hagan lo propio en sus áreas de competencia) ²⁴³.

Si bien corresponde remitir al análisis más extenso que hemos realizado en otro lugar ²⁴⁴, es de señalar que, si bien habría argumentos para considerar que las autoridades municipales podrían fiscalizar y eventualmente sancionar infracciones en jurisdicción federal y jurisdicción provincial (sólo en la medida en que la autoridad nacional o la autoridad provincial le hayan otorgado esa competencia), pensamos que lo correcto sería interpretar restrictivamente el alcance de las disposiciones de la LA y que, por ello, las autoridades municipales no podrían en principio resultar competentes para adoptar regulaciones con fundamento en la LA, ni tampoco para

241 Cfr., por ejemplo, “La AFIP fiscalizó 1.860 comercios, ordenó 9 clausuras y detectó precios abusivos”, *Telam* 30-3-2020, disponible en <https://www.telam.com.ar/notas/202003/446262-coronavirus-afip-fiscalizo-1860-comercios-9-clausuras.html>; “Gobierno saca a la calle ejército de inspectores de AFIP para controlar rebaja en precios de 1.100 productos”, *iProfesional* 19-03-2020, disponible en <https://www.iprofesional.com/negocios/311577-un-ejercito-de-inspectores-de-la-afip-para-controlar-la-rebaja-en-los-precios>; “Unos 300 inspectores ya están en las calles controlando el abastecimiento de productos”, *Ambito.com* 20-03-2020, disponible en <https://www.ambito.com/economia/precios-unos-300-inspectores-ya-estan-las-calles-controlando-el-abastecimiento-productos-n5089978>; “La AFIP clausuró un super rosarino por subir los precios”, *Puntobiz.com* 2-04-2020, https://puntobiz.com.ar/noticias/val/129699/val_s/82/la-afip-clausuro-un-super-rosarino-por-subir-los-precios.html, todas consultadas por última vez el 6-4-2020.

242 Cfr., por ejemplo, Decreto 177/2020 del Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires, que entre otras medidas extendió por 90 días (en vez de 30 días) el congelamiento de los precios alcanzados por la Resolución SCI 100/2020.

243 Cfr. Decreto 351/2020, BO 09-04-2020.

244 Véase CASTRO VIDELA, Santiago M.-MAQUEDA FOURCADE, Santiago, “La Ley de Abastecimiento y su aplicación descentralizada”, cit.

imponer sanciones ante eventuales incumplimientos de los sujetos obligados. Para ello, a nuestro juicio, sería necesaria una modificación del texto de la LA que así lo prevea expresamente.

Asimismo, para que la AFIP o cualquiera otro de tales entes u órganos pudiera fiscalizar el cumplimiento de la LA y sus normas complementarias, el Jefe de Gabinete de Ministros debería atribuirle tales funciones, o bien deberían celebrar un acuerdo o al menos obtener la autorización correspondiente por el Ministerio de Desarrollo Productivo o la SCI.

E. A modo de síntesis

El siguiente cuadro busca sintetizar el reparto referido de competencias:

Tipo de facultad	Alcance de la facultad	Autoridad competente	Mecanismo de revisión	Fuentes
Fiscalización	Infracciones del artículo 4 de la LA que afecten o puedan afectar el comercio interjurisdiccional	Secretaría de Comercio Interior	Instancia administrativa previa, seguido de acción judicial de impugnación ante juzgado federal competente	LA, art. 15
		Poderes ejecutivos municipales		Decreto 351/2020, art. 1
	Infracciones del artículo 4 de la LA cometidas en las provincias y que afecten “exclusivamente” al comercio de sus respectivas jurisdicciones	Autoridad provincial de aplicación (i.e., los “organismos que determine cada” provincia)	Posibilidad excepcional de interponer vías de impugnación judicial directa	LA, art. 18

Tipo de facultad	Alcance de la facultad	Autoridad competente	Mecanismo de revisión	Fuentes
Clausura preventiva	Clausura preventiva por hasta tres días	Secretaría de Comercio Interior	Juzgado federal o Cámara federal competente (según interpretación que se adopte de la LA)	LA, art. 12, inc. e
		Autoridad provincial de aplicación (i.e., los “organismos que determine cada” provincia)		LA, art. 12, inc. e
		Poderes ejecutivos municipales		Decreto 351/2020, art. 3
	Extensión de la clausura preventiva por hasta 30 días	Juzgado federal competente	Recurso de apelación ante Cámara federal competente	LA, art. 12, inc. e
Sanción	Sanciones del artículo 5 de la LA, a excepción de la sanción de clausura e inhabilitación especial	Secretaría de Comercio Interior	Recurso judicial directo ante Cámara federal competente	LA, arts. 15, 16
		Autoridad provincial de aplicación (i.e., los “organismos que determine cada” provincia)		LA, arts. 16, 18
	Sanciones de clausura e inhabilitación especial	Juzgado federal competente	Recurso de apelación ante Cámara federal competente	LA, art. 15

12. Las sanciones impuestas por infracciones a medidas adoptadas con fundamento en la LA durante la pandemia

A. Las medidas de control de precios y de la producción adopta-

das en la pandemia (referencia)

A lo largo de ya más de dos años de emergencia sanitaria (declarada por la Ley 27.541 ²⁴⁵ y ampliada por el DNU 260/20 ²⁴⁶) y aislamiento -luego distanciamiento- social, preventivo y obligatorio (ordenado por el DNU 297/2020 ²⁴⁷ y sus prórrogas y modificaciones ²⁴⁸), establecidos con motivo de la pandemia por coronavirus (COVID-19), el Poder Ejecutivo de la Nación y ciertas autoridades provinciales dispusieron numerosas regulaciones de los precios y de la producción de distintos bienes considerados esenciales.

1. Medidas para facilitar la aplicación de la LA

En primer lugar, cabe señalar que desde el inicio de la pandemia se dictaron una serie de medidas cuya nota común fue tender a facilitar la aplicación de la LA, no sólo por la SCI sino también por otras autoridades de aplicación a nivel provincial y municipal (como vimos en el punto anterior), e incluso ampliando su ámbito de aplicación respecto de sujetos que habían sido excluidos de su alcance por la ley 26.991, como ya se mencionó antes.

Entre esas medidas, merecen ser destacadas las siguientes:

1. *Ampliación del alcance subjetivo de aplicación* ²⁴⁹: por el plazo que dure la emergencia sanitaria, se permitió la aplicación de la LA a micro, pequeñas y medianas empresas (MIPyMEs), suspendiendo a tales efectos la vigencia del último párrafo del artículo 1° de la LA ²⁵⁰.

245 BO 23-12-2019.

246 BO 12-03-2020.

247 BO 20-03-2020.

248 El DNU 297/2020 fue sucesivamente prorrogado.

249 Cfr. DNU 287/2020 (BO 18-03-2020).

250 “Quedan exceptuados del régimen establecido en la presente ley, los agentes económicos considerados micro, pequeñas o medianas empresas (MIPyMEs), de conformidad con lo previsto en la ley 25.300, siempre que no detenten posición dominante en los términos de los artículos 4° y 5° de la ley 25.156” (LA, art. 1, *in fine*; actualmente suspendido).

Esta suspensión provisoria, mediante decreto de necesidad y urgencia, del último párrafo del artículo 1 podría considerarse inconstitucional. Esto, por

2. *Intimación genérica a acatar la LA*²⁵¹: se intimó genéricamente a todos los sujetos alcanzados por la LA a cumplir con sus disposiciones bajo apercibimiento de sanción, disponiendo “[hacer] saber que se aplicará la Ley N° 20.680 y sus modificaciones, a todo aquel cuya acción ponga en riesgo la protección del bienestar común del Pueblo Argentino”²⁵².

3. *Atribución de facultades a la Subsecretaría de Acciones para la Defensa de los y las Consumidores*²⁵³: se encomendó a este órgano de la SCI (i) actuar como órgano de aplicación de, entre otras normas, la LA y sus normas complementarias²⁵⁴, y (ii) modificar los precios máximos que estableció la SCI para la canasta básica y que se comentan más adelante²⁵⁵.

dos razones. Por un lado, por cuanto mediante dicha suspensión el decreto estaría ampliando los alcances subjetivos de la delegación prevista en el artículo 2 de la LA; y esto implicaría, en definitiva, una suerte de ampliación de la delegación legislativa (realizada por el Congreso) mediante decreto de necesidad y urgencia. Si bien es una cuestión a evaluar en detalle, parecería contrario a la lógica interna de la delegación y el sistema de controles de los decretos de necesidad y urgencia admitir que éstos, en una suerte de “auto-delegación”, puedan dictar o ampliar el alcance de leyes delegantes. Y por otro lado, por cuanto dicha suspensión implica extender la aplicación de los tipos infraccionales y sanciones de los artículos 4 y 5 sobre sujetos no contemplados en la LA (MIPyMEs que no detentan posición dominante), lo que podría ser considerado eventualmente una violación de las materias prohibidas por el artículo 99, inciso 3, de la Constitución, aunque es algo que debería evaluarse más detalladamente.

251 Cfr. Res. SCI 98/2020 (BO 19-03-2020).

252 Cfr. id., art. 8.

253 Cfr. Res. SCI 199/2020 (BO 1-7-2020).

254 Cfr. id., arts. 1-2.

255 Cfr. id., art. 3 (modificando la Res. SCI 100/2020 para que su artículo 5 sea el siguiente: “Facúltase a la citada Subsecretaría para que, en aquellos casos en los que se acrediten debidamente variaciones en las estructuras de costos que afecten sustancialmente la situación económica financiera de los sujetos alcanzados por la presente norma y sus modificatorias, con posterioridad al día 6 de marzo de 2020, pueda establecer nuevos precios máximos de los productos incluidos en la presente medida, los que estarán sujetos a las condiciones que ésta establezca”).

4. *Fiscalización por otros organismos nacionales, provinciales y municipales*: se involucró a funcionarios de la Administración Federal de Ingresos Públicos y a autoridades provinciales y municipales en la fiscalización del cumplimiento de las normas dictadas, con fundamento en la LA, en materia de precios y producción (véase al respecto el acápite anterior de este trabajo).

5. *Habilitación de plazos administrativos* ²⁵⁶: se dispuso que los procedimientos iniciados por la SCI en relación con, entre otras, la LA, estarían exentos de la suspensión de plazos administrativos dispuesta inicialmente por el Decreto 298/2020 (BO 20-3-2020) ²⁵⁷.

6. *Tramitación electrónica de expedientes* ²⁵⁸: se dispuso que las notificaciones de los procedimientos de la SCI, incluyendo los relativos a la LA, se puedan realizar mediante la plataforma Trámites a Distancia.

2. Medidas de control de precios y del abastecimiento de productos farmacéuticos

En segundo lugar, y ya analizando las medidas concretas de regulación que fueron adoptadas desde marzo de 2020 hasta la actualidad, ante todo se intervino en los precios y la producción de diversos productos farmacéuticos necesarios para la atención sanitaria en la pandemia, relacionadas tanto con la COVID-19 como con otras enfermedades. Ello, ejerciendo las facultades otorgadas por los artículos 2 y 27 de la LA, pero también en ciertos casos por las normas legislativas de emergencia sanitaria.

En particular, se adoptaron las siguientes medidas:

1. *Alcohol en gel y productos similares* ²⁵⁹: por un plazo de 90 días corridos prorrogados luego por 60 días más ²⁶⁰, se (i) dispuso la “retrocesión transitoria” del precio de venta del alcohol en gel en todas sus presentaciones, y también de productos de aseo similares ²⁶¹, al

256 Cfr. Res. SCI 101/2020 (BO 23-3-2020).

257 Cfr. id., art. 4.

258 Cfr. Res. SCI 126/2020 (BO 5-5-2020).

259 Cfr. Res. SCI 86/2020 (BO 12-03-2020).

260 Cfr. Res. SCI 151/2020 (BO 3-6-2020).

261 Esto último, según la precisión realizada por la Res. SCI 115/2020 (BO 17-4-2020), que aclaró que la Res. SCI 86/2020 alcanzaba a “todos aquellos

15 de febrero de 2020 ²⁶², y se (ii) intimó a las empresas que integran su cadena de producción, distribución y comercialización a “incrementar la producción de tales bienes hasta el máximo de su capacidad instalada” ²⁶³ e informar semanalmente sus precios de venta ²⁶⁴.

2. *Termómetros corporales de contacto y barbijos* ²⁶⁵: por un plazo de 90 días corridos, se (i) dispuso la “retrocesión transitoria” al 6 de marzo de 2020 de los precios de termómetros corporales de contacto y barbijos no quirúrgicos o de una capa ²⁶⁶ y se (ii) limitó la comercialización de barbijos tipo N95, quirúrgico o tri-capa para personal de salud ²⁶⁷.

3. *Insumos sanitarios críticos* ²⁶⁸: por un plazo de 90 días corridos se estableció un conjunto de “insumos sanitarios críticos” para mitigar la pandemia ²⁶⁹ e intimó a las empresas que integran su cadena de producción, distribución y comercialización a (i) “incrementar la producción, distribución y comercialización de dichos insumos hasta el máximo de su capacidad instalada, y arbitrar los medios para asegurar su distribución y provisión a la población y entidades de salud” ²⁷⁰, (ii) otorgar “prioridad de adquisición a entidades sanitarias, de acuerdo con lo que determine el Ministerio de Salud” ²⁷¹, (iii) informar la cantidad de bienes producidos, la cantidad de bienes comercializados y los destinatarios de dichas operaciones de venta,

productos de similares características para el aseo de manos que contengan alcohol como su insumo más importante”.

262 Cfr. Res. SCI 86/2020, arts. 1-2.

263 Cfr. id., art. 3.

264 Cfr. id., art. 4.

265 Cfr. Res. SCI 114/2020 (BO 17-4-2020; posteriormente modificada por Res. SCI 144/2020, BO 29-5-2020).

266 Cfr. id., arts. 1-3.

267 Cfr. id., art. 4.

268 Cfr. Res. Conj. MSAL-MINPRO 1/2020 (BO 21-03-2020).

269 Cfr. id., art. 1.

270 Cfr. id., art. 2.

271 Cfr. id., art. 3.

y sus planes de producción para los siguientes tres meses ²⁷².

Esta medida conjunta se dictó en ejercicio simultáneo de las facultades otorgadas por los artículos 2, inciso c ²⁷³, y 27 ²⁷⁴ de la LA y por la Ley 27.541 (BO 23-12-2019) ²⁷⁵ y el DNU 260/2020 (BO 12-3-2020) y sus modificaciones ²⁷⁶. Posteriormente, el Ministerio de Salud dispuso que los fabricantes, distribuidores y comercializadores de ventiladores mecánicos invasivos deberían obtener la “previa autorización expresa” del Ministerio de Salud para hacer entrega de tales unidades, “independientemente de la existencia de orden de

272 Cfr. id., art. 4.

273 “Disponer la continuidad en la producción, industrialización, comercialización, transporte, distribución o prestación de servicios, como también en la fabricación de determinados productos, dentro de los niveles o cuotas mínimas que estableciere la autoridad de aplicación” (LA, art. 2, inc. c).

274 “Frente a una situación de desabastecimiento o escasez de bienes o servicios que satisfagan necesidades básicas o esenciales orientadas al bienestar general de la población, la autoridad de aplicación podrá disponer mediante resolución fundada su venta, producción, distribución o prestación en todo el territorio de la Nación, cualquiera sea su propietario, bajo apercibimiento en caso de incumplimiento de imponer las sanciones previstas en el artículo 5°. Dicha medida durará el tiempo que insuma la rehabilitación de la situación de desabastecimiento o escasez y será proporcional en su alcance a la gravedad de los hechos que la motivan” (LA, art. 27).

275 “Facúltase al Ministerio de Salud para establecer un mecanismo de monitoreo de precios de medicamentos e insumos del sector salud y de alternativas de importación directa y licencias compulsivas u obligatorias, frente a posibles problemas de disponibilidad o alzas injustificadas o irrazonables que afecten el acceso de la población a los mismos de manera que puedan poner en riesgo su salud” (Ley 27.541, art. 70).

276 “INSUMOS CRÍTICOS: El MINISTERIO DE SALUD, conjuntamente con el MINISTERIO DE DESARROLLO PRODUCTIVO, podrán fijar precios máximos para el alcohol en gel, los barbijos, u otros insumos críticos, definidos como tales. Asimismo, podrán adoptar las medidas necesarias para prevenir su desabastecimiento” (Decreto 260/2020, art. 6). En su versión actualmente vigente según reforma por Decreto 167/2021 (BO 11-3-2021), este artículo es el siguiente: “INSUMOS CRÍTICOS: Los MINISTERIOS DE SALUD y DE DESARROLLO PRODUCTIVO, en forma conjunta, podrán fijar precios máximos para los insumos críticos, definidos como tales. Asimismo, podrán adoptar las medidas necesarias para prevenir su desabastecimiento”.

compra, contrato u obligación de cualquier naturaleza que hubieran contraído las citadas”²⁷⁷.

4. *Medicamentos*²⁷⁸: por un plazo de 150 días corridos, y en relación con la venta institucional a organismos de salud, se establecieron (i) precios máximos de venta para un listado de medicamentos considerados críticos para atender la pandemia²⁷⁹, y (ii) para el resto de los medicamentos, un precio máximo de hasta un 40% por encima de los precios de venta al último día hábil de octubre de 2020²⁸⁰. También (iii) se intimó a las empresas que integran su cadena de producción, distribución y comercialización a “incrementar su producción hasta el máximo de su capacidad instalada y a arbitrar las medidas conducentes para asegurar su transporte, distribución y comercialización”²⁸¹, y se (iv) solicitó a los laboratorios alcanzados que informen a la ANMAT y el MSAL su “capacidad máxima de producción”²⁸². También, por el plazo que dure la emergencia sanitaria, se fijó de forma directa un precio de venta máximo para un medicamento específico²⁸³.

3. Medidas de control de precios y del abastecimiento de otros productos

Finalmente, en tercer lugar, y a la par de las medidas anteriores, también se intervino intensamente en los precios y la producción de otros productos no relacionados con la atención sanitaria sino, más bien, con el consumo masivo, la construcción y, más recientemente, el comercio y la industria en general. Estas medidas fueron las siguientes:

1. *Productos de la canasta básica*²⁸⁴: por el plazo de 30 días co-

277 Cfr. Resolución MSAL 695/2020 (BO 31-3-2020).

278 Cfr. Res. Conj. MSAL-SCI 1/2020 (BO 6-11-2020).

279 Cfr. id., art. 1.

280 Cfr. id., art. 2.

281 Cfr. id., art. 3.

282 Cfr. id., art. 4.

283 Cfr. Res. SCI 202/2020 (BO 1-7-2020).

284 Cfr. Res. SCI 100/2020 (BO 20-3-2020).

rridos actualmente prorrogados hasta el 15 de mayo de 2021 ²⁸⁵, se retrotrajeron al 6 de marzo de 2020 los precios de múltiples productos de la canasta básica de alimentación, higiene y limpieza ²⁸⁶, y se intimó a las empresas que integran su cadena de producción, distribución y comercialización a “incrementar su producción hasta el máximo de su capacidad instalada y a arbitrar las medidas conducentes para asegurar su transporte y provisión durante el período de vigencia de la presente medida” ²⁸⁷.

Se facultó también a la Subsecretaría de Acciones para la Defensa de los y las Consumidores a actuar como órgano de aplicación y reglamentación de este régimen y a publicar los precios aplicables en el Sistema Electrónico de Publicidad de Precios Argentinos (SEPA), de corresponder, y en su propia página web ²⁸⁸. También se exigió a los sujetos obligados por este régimen a publicar listados de precios en sus locales de atención al público ²⁸⁹ y el Jefe de Gabinete de Ministros extendió tales precios máximos a las compras de emergencia que hiciera la Administración Pública Nacional ²⁹⁰.

2. *Productos e insumos de la construcción* ²⁹¹: por el plazo que dure la emergencia sanitaria, se intimó a las empresas que integran la cadena de producción, distribución y comercialización de diversos

285 Cfr. Res. SCI 281/2020 (BO 31-3-2021).

286 Cfr. Res. SCI 100/2020, arts. 1-3. Posteriormente se ha suspendido la aplicación de esta medida a diversos productos (cfr., por ejemplo, Res. SCI 552/2020, BO 12-11-2020; Res. SCI 43/2021, BO 12-1-2021; Res. SCI 118/2021, BO 4-2-2021).

287 Cfr. id., art. 4.

288 Cfr. id., arts. 5-7. En ejercicio de estas facultades, la Subsecretaría de Acciones para la Defensa de los y las Consumidores, por ejemplo, reglamentó el régimen para informar los precios (cfr. Disp. 3/2020, BO 19-3-2020) y autorizó diversas subas de ciertos precios (cfr. Disp. 13/2020, BO 15-7-2020 y Disp. 14/2020, BO 07-10-2020).

289 Cfr. Res. SCI 102/2020 (BO 28-3-2020).

290 Cfr. Dec. Adm. 472/2020 (BO 7-4-2020) que así lo dispuso para las compras que se realicen en el marco del Procedimiento de Contratación de Bienes y Servicios en la Emergencia establecido por la Dec. Adm. 409/2020 (BO 18-03-2020).

291 Cfr. Res. SCI 605/2020 (BO 20-11-2020).

productos e insumos para la construcción a “incrementar su producción hasta el máximo de su capacidad instalada y a arbitrar las medidas conducentes para asegurar su transporte y provisión” ²⁹².

3. *Régimen informativo general para el comercio y la industria (SIPRE)* ²⁹³: por el plazo que dure la emergencia sanitaria, se creó el Sistema Informativo para la Implementación de Políticas de Reactivación Económica ²⁹⁴, exigiendo que todas las empresas de los “sectores de comercio y de la industria”, y que durante el año 2019 hayan registrado ventas totales en el mercado interno superiores a la suma establecida para ser consideradas MIPYMES, informen mensualmente los “precios vigentes y cantidades vendidas de todos sus bienes finales o intermedios” ²⁹⁵.

4. *Sectores del comercio y la industria* ²⁹⁶: por el plazo que dure la emergencia sanitaria, se intimó a todas las empresas alcanzadas por el SIPRE a “incrementar su producción hasta el máximo de su capacidad instalada y a arbitrar las medidas conducentes para asegurar el transporte, distribución y provisión de los insumos y bienes finales producidos en todo el Territorio Nacional” ²⁹⁷.

B. Las sanciones impuestas con fundamento en la LA durante la pandemia: el Registro Nacional de Infracciones a la LA y su falta de implementación

Finalmente, cabe destacar que el decreto 203/15 ²⁹⁸, además de haber erigido a la SCI en “autoridad de aplicación” de la LA, creó el

292 Cfr. id., art. 1.

293 Cfr. Res. SCI 237/2020 (BO 17-3-2021). Cfr., asimismo, las Disp. 4/2021 y 7/2021 de la Subsecretaría de Políticas para el Mercado Interno (BO 19-3-2021 y 31-3-2021, respectivamente), que reglamentaron diversas cuestiones relativas al alcance y procedimiento para cumplir con tales exigencias.

294 Cfr. id., art. 1.

295 Cfr. id., art. 2.

296 Cfr. Res. SCI 330/2021 (BO 8-4-2021).

297 Cfr. id., art. 1.

298 BO, 12/2/2015.

“Registro Nacional de Infracciones a la Ley N° 20.680” y sus modificatorias. Según lo dispuesto en el referido decreto, dicho Registro “tendrá por objeto la inscripción y registración de los actos sancionatorios dictados en el marco de la citada ley, que deberá ser difundido en la página web de la Autoridad de Aplicación y mantenerse permanentemente actualizado” ²⁹⁹. Al respecto, dispuso que la registración en el referido Registro tendrá vigencia por un plazo máximo de cinco años contados desde la fecha de su inscripción, vencido el cual operará su caducidad ³⁰⁰.

Ahora bien, pese a las disposiciones reseñadas, hasta la fecha el Registro Nacional de Infractores a la LA no habría sido instrumentado. En efecto, no hemos podido obtener información oficial actualizada al día de la fecha que se encuentre disponible en la web de la SCI o el Ministerio de Producción, donde no encontramos ningún vínculo o referencia alguna al Registro Nacional de Infractores a la LA, que fuera creado por el citado decreto. Y ello así, pese a que el mismo impone expresamente a la autoridad de aplicación el deber de difundirlo en la página web y mantenerlo permanentemente actualizado ³⁰¹.

Hecha esa aclaración, cabe sin embargo señalar que, según información publicada al 22 de octubre del 2020 en www.argentina.gob.ar, para entonces la SCI había realizado 25.000 fiscalizaciones, clausurado preventivamente 530 comercios e impuesto \$47.000.000 en multas a empresas infractoras ³⁰². Conforme surge de la información referida a esa fecha del año 2020, se habrían impuesto más de 200 multas a empresas, de las que un 46% habrían correspondido a incumplimientos del régimen de precios máximos establecido con fundamento en la LA ³⁰³.

299 Cfr. art. 3, decreto 203/15.

300 Ibidem.

301 Cfr. art. 3, Decreto 203/2015, BO 12/02/2015.

302 Cfr. Noticia titulada “La Secretaría de Comercio realizó 25.000 fiscalizaciones e impuso \$47M en multas a empresas infractoras”, publicada en el sitio web <https://www.argentina.gob.ar/>, disponible en <https://www.argentina.gob.ar/noticias/la-secretaria-de-comercio-realizo-25000-fiscalizaciones-e-impuso-47m-en-multas-empresas-0>, consultada por última vez el 15/07/2022.

303 Ibidem.

Por otra parte, también conforme información publicada en la referida página, al mes de diciembre de 2020 la SCI en conjunto con provincias y municipios, habría realizado durante el año pasado 33.557 fiscalizaciones en toda la cadena de producción, distribución y comercios como hipermercados, supermercados, mayoristas, auto-servicios y de proximidad, para el control del cumplimiento del régimen de precios y abastecimiento de productos de consumo masivo³⁰⁴. Se informa allí que durante las inspecciones se habrían labrado 6.800 actas y concretado 700 clausuras preventivas; también se consigna expresamente que el 45% de las multas impuestas por la SCI por un total de \$87.000.000, habría correspondido a infracciones al régimen de precios máximos establecido en el marco de las Res. SCI 100/2020 con fundamento en la LA³⁰⁵.

Finalmente, según información publicada al mes de febrero de 2021 en el mismo sitio (última disponible), desde que comenzó la pandemia del COVID-19 en marzo del año 2020 hasta febrero de 2022, la SCI, junto con las provincias y los municipios, llevaba coordinados más de 34.000 operativos de fiscalización de precios y abastecimiento de productos esenciales -alimentos, bebidas, artículos de higiene personal y limpieza- en comercios, fábricas y supermercados de todo el país³⁰⁶. De este total, se indica que los fiscalizadores labraron más de 4.000 actas por infracciones a los precios máximos y realizaron más de 600 clausuras preventivas por incumplimientos en los precios³⁰⁷.

304 Cfr. Noticia titulada “El Gobierno Nacional acordó con los intendentes un control coordinado para que se cumpla la Ley de Góndolas”, publicada en el sitio web <https://www.argentina.gob.ar/>, disponible en <https://www.argentina.gob.ar/noticias/produccion/el-gobierno-nacional-acordo-con-los-intendentes-un-control-coordinado-para-que>, consultada por última vez el 15/07/2022.

305 Ibidem.

306 Cfr. Noticia titulada “Comercio realizó 174 inspecciones y clausuró 22 negocios y supermercados esta semana”, publicada en el sitio web <https://www.argentina.gob.ar/noticias/comercio-realizo-174-inspecciones-y-clausuro-22-negocios-y-supermercados-esta-semana>, consultada por última vez el 15/07/2022.

307 Ibidem. Surge asimismo de dicha publicación que sólo en la semana del 8 de febrero de 2021 se habían dispuesto veintidós (22) clausuras preventivas.

No hemos encontrado información oficial publicada que esté actualizada al día de la fecha (julio de 2022).

13. Conclusiones

1) Luego de la reforma dispuesta por la ley 26.991, la LA prohibiría ciertas conductas que atentarian principalmente contra el adecuado abastecimiento de los bienes y servicios comprendidos en ella, pero sólo si las mismas son realizadas cuando no existen condiciones de “competencia efectiva”, circunstancia que debe ser acreditada por la autoridad de aplicación verificando que el agente económico involucrado -al realizar la conducta- detente “posición dominante” en los términos de los artículos 4° y 5° de la LDC. Esto último, que en parte había sido interpretado así por la doctrina especializada antes de esta reforma de la ley, tiene ahora sustento en el artículo 1° de la LA pues, en su nueva redacción, hace una expresa remisión a esa noción sustancial del régimen de defensa de la competencia. Ello también es coherente con la finalidad de defensa de la competencia que parece haber perseguido la ley 26.991.

2) En el esquema mencionado en el punto anterior, la falta de acreditación por parte de la autoridad de aplicación de que el agente económico detente “posición dominante” haría presumir que la conducta se realizó en condiciones de “competencia efectiva” y, por tanto, no se encontraría alcanzada por las prohibiciones establecidas en la LA. Por ello, a nuestro juicio, la verificación de la existencia de “posición dominante” del agente económico involucrado sería actualmente un presupuesto necesario para la configuración de infracciones a la LA y, consecuentemente, una condición ineludible para que la autoridad de aplicación pueda aplicar válidamente sanciones en función de lo dispuesto por sus artículos 5° a 8°.

3) Ahora bien, a pesar de la restricción del alcance de la LA a supuestos de existencia de posición dominante en las condiciones antes descriptas -sea en el marco limitado de las MPyMEs o, como hemos propuesto, respecto de todo agente económico³⁰⁸-, la tutela del bien jurídico de la “competencia efectiva” por la LA puede en ocasiones entrar en conflicto con la LDC, pues ambas leyes utilizan mecanismos que, en buena medida, son abiertamente contradicto-

308 Cfr. CASTRO VIDELA, Santiago M.-MAQUEDA FOURCADE, Santiago, *Tratado de la regulación para el abastecimiento...*, cit., capítulo V.

rios entre sí ³⁰⁹. Además, dicha interpretación no impide que surjan problemas relativos al principio de legalidad. En primer lugar, y con carácter general, porque la misma noción de “competencia efectiva” tiende a ser imprecisa y, en muchas ocasiones, indemostrable *a priori* o *ex ante* la realización de las conductas tipificadas por la LA. En segundo lugar, porque los distintos tipos infraccionales previstos en la LA presentan, a su vez, numerosos problemas específicos de legalidad en razón de cómo se encuentran redactados los respectivos enunciados normativos, fundamentalmente en cuanto utilizan conceptos y verbos típicos *imprecisos* o definibles sólo *a posteriori* de la conducta prohibida.

4) Las infracciones *primarias* vinculadas con la fijación de precios (art. 2º, incs. “a” y “b”, LA), además de ser irrazonables como medios para lograr el abastecimiento y prohibir conductas que constituyen el legítimo ejercicio de un derecho constitucional que no atenta contra el bien jurídico protegido, son incompatibles con el principio de legalidad en cuanto utilizan conceptos y verbos típicos *imprecisos* o definibles sólo *a posteriori* de la conducta: “precios injustificados”, “precios artificiales”, “costos de producción” y “ganancias abusivas”. La única excepción es la prohibición de revaluación de existencias, que es precisa pero, sin embargo, irrazonable.

5) Las infracciones *primarias* vinculadas con la producción (art. 2º, incs. “c” a “g”, LA) -salvo la intermediación innecesaria- son incompatibles con el principio de legalidad en materia sancionatoria: no es posible al empresario conocer de antemano qué actos de acaparamiento, de desabastecimiento o de generación de escasez son “innecesarios”, “injustificables” o “significativos”. Además, en muchos casos prohíben conductas que constituyen el legítimo ejercicio de un derecho constitucional y no atentan contra el bien jurídico protegido por la LA. En tal sentido, todas esas figuras infraccionales -incluyendo la intermediación innecesaria- son además irrazonables, pues las conductas que castigan sólo pueden afectar el “abastecimiento” en el largo plazo si se realizan en actividades cuya entrada está restringida legalmente o cuyos precios están controlados por el propio Estado.

6) Las infracciones *secundarias* por incumplir o obstaculizar las regulaciones para el abastecimiento que se establezcan mediante el

309 Cfr. *idem*, capítulo II.

ejercicio de las facultades delegadas por los artículos 2º y 3º de la LA (art. 4º, incs. “i” y “j”, LA), no presentan en principio problemas de constitucionalidad en sí mismas, sino que su legalidad y razonabilidad dependerá de la regulación concreta a que se refieran. Ello así, pues lo que caracteriza a las infracciones *secundarias* es su vinculación con una medida previamente adoptada por la autoridad de aplicación en ejercicio de las facultades delegadas por tales normas.

7) La configuración de las infracciones *secundarias*, por eso, exigirá analizar la validez y constitucionalidad de la medida previa que esté involucrada y, en su caso, de la verificación de la infracción que haya dado lugar a su adopción de esta última en ejercicio de tales facultades. Además, tanto las medidas de regulación para el abastecimiento a la que estas infracciones estén vinculadas como la configuración de las infracciones secundarias en cuestión, deberán estar sujetas a un criterio de interpretación restrictivo. Ello así en virtud de la doctrina jurisprudencial sentada por la Corte Suprema en “Colegio Público de Abogados de la Capital Federal c/Estado Nacional” (2008) e “Y.P.F S.E. c/Eso S.A.P.A” (2012), y también del principio de interpretación restrictiva de las regulaciones al derecho de propiedad privada y libertad económica.

8) La infracción *secundaria residual* prevista en el artículo 4º, inciso “j”, de la LA establece una suerte de tipo infraccional residual que erige en infracción a todo incumplimiento de cualquier medida de regulación adoptada por la autoridad de aplicación en ejercicio de las facultades delegadas por los artículos 2º y 3º. A su respecto, al estar vinculada esta infracción con una medida previamente adoptada por la autoridad de aplicación en ejercicio de las facultades delegadas por los artículos 2º y 3º de la LA, resultan aplicables las consideraciones del punto anterior.

9) La infracción *autónoma* (art. 9, LA) por obstrucción o dificultamiento de la aplicación de la LA no presentaría en principio problemas de legalidad en sí misma, aunque ello también dependerá de la medida de regulación concreta que involucre. Por ello, resultan a su respecto aplicables similares consideraciones a las efectuadas con carácter general para las infracciones secundarias. Si se tratase de una medida dictada en ejercicio de facultades legislativas delegadas o de una disposición de la ley involucra una medida de esa naturaleza, resultará también de aplicación el principio de interpretación restrictiva al que nos referimos antes.

10) Las sanciones de multa (art. 5º, inc. “a”, LA) pueden ser irrazonables si su magnitud se fija en desproporción con las circunstan-

cias del caso. Por su parte, las sanciones de clausura, inhabilitación crediticia, decomiso, inhabilitación para ejercer el comercio, pérdida de concesiones, privilegios, regímenes impositivos o crediticios, y revocación de la personería jurídica (art. 5º, incs. “b” a “g”, y art. 8º, LA), son medidas irrazonables para los objetivos buscados por la LA: tienden únicamente a excluir a empresas del proceso de mercado, cerrándolo y obstaculizándolo todavía más, con la consecuente disminución de la competencia y de las cantidades ofertadas de los bienes o servicios involucrados, y su correlativo incremento de precios y desincentivo de la inversión.

11) En el marco del procedimiento administrativo sancionatorio de la LA, las facultades de “ingresar e inspeccionar” los establecimientos (art. 12, inc. “b”, LA) deben interpretarse de forma más restrictiva que “allanar”, en particular, excluyendo facultades de tipo coactivo ante la negativa del titular del establecimiento. De lo contrario, se trataría de una norma que permitiría una intromisión en la propiedad sin orden judicial contraria al artículo 18 de la Constitución y, por ende, inconstitucional. Por otro lado, el secuestro de libros y toda otra documentación relativa a la administración del negocio (art. 12, inc. “c”, LA) es una medida que debe ser dispuesta excepcionalmente, pues configura una intromisión en la propiedad del particular que puede ocasionar graves daños. Si tales daños ocurren, podrá ser procedente la responsabilidad estatal en la medida en que se verifiquen sus condiciones de procedencia.

12) El establecimiento de clausuras preventivas (art. 12, inc. “d”, LA) puede ser considerado como inconstitucional por violar sin autorización judicial la libertad individual y la propiedad, implicando la traba efectiva y unilateral por la Administración de medidas cautelares que sólo pueden ser dispuestas por los jueces. Esto, en consecuencia, viola el principio de división de poderes en los términos de “Intercorp S.R.L.” (2010) y afecta gravemente el derecho de defensa de los agentes económicos eventualmente alcanzados por dicha medida.

13) Las sanciones que la autoridad de aplicación puede imponer ante las infracciones previstas en la LA sólo son cuestionables por el afectado mediante la interposición de un recurso judicial directo ante la CNACAF o las Cámaras federales correspondientes. El control judicial de las sanciones realizado en el marco del recurso judicial directo del artículo 16 de la LA ante la CNACAF o las Cámaras federales correspondientes debe ser amplio y revisar tanto los hechos como el derecho, a efectos de garantizar las exigencias del

derecho a la tutela judicial efectiva.

14) El pago previo obligatorio de la multa para poder apelarla judicialmente (art. 17, LA) es, según la jurisprudencia de la Corte Suprema, inconstitucional si el particular demuestra que existe una desproporcionada magnitud de la multa que debe pagarse en relación con su capacidad económica efectiva. Sin embargo, a nuestro criterio, un ulterior análisis de la cuestión nos lleva a considerar que es inconstitucional en todos los casos, pues se trata de una sanción que se ejecuta de forma previa a sentencia judicial alguna. Se trataría así del adelantamiento de una pena que viola el derecho de defensa del presunto infractor.

15) El control judicial de las sanciones realizado en el marco del recurso judicial directo del artículo 16 de la LA ante la CNACAF o las Cámaras federales correspondientes debe ser amplio y revisar tanto los hechos como el derecho, a efectos de garantizar las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva.