

Ó

4972

DISPOSICIÓN Nº

BUENOS AIRES, 1 4 JUL 2014

VISTO el Expediente Nº 1-47-3955-10-1 del Registro de esta Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica; y

CONSIDERANDO:

Que se inician las referidas actuaciones del VISTO con motivo de una denuncia presentada ante la Comisión de Fiscalización y Control de Publicidad (hoy Programa de Monitoreo y Fiscalización de Publicidad y Promoción de Productos) por la firma SERVICIOS Y PRODUCTOS PARA BEBIDAS REFRESCANTES Sociedad de Responsabilidad Limitada (COCA-COLA) contra la firma AGUAS DANONE ARGENTINA Sociedad Anónima en relación con una publicidad del producto "Ser sin Gas" (sabores manzana deliciosa y pomelo rosado), perteneciente a esta última firma, por considerar que se infringían distintas normas del Código Alimentario Argentino (C.A.A.) y a la Disposición ANMAT Nº 4980/05.

Que de acuerdo con lo que del informe de fojas 47/54 emitido por la ex-Comisión de Fiscalización y Control de Publicidad (hoy Programa de Monitoreo y Fiscalización de Publicidad y Promoción de Productos) surgió que atento su denominación de venta Nueva SER sin Gas(ALIMENTO LÍQUIDO DIETÉTICO CON 5% DE JUGO DE LIMÓN Y VITAMINAS B9 y B12 SIN GAS, BAJAS CALORIAS, SABOR POMELO), composición (según su rótulo posee los siguientes ingredientes

THE PROPERTY.



A.N.M.A.T.

4972

DISPOSICIÓN Nº

distintivos: agua mineralizada artificialmente magnésica-sulfatada, 5% de jugo limón, saborizante y vitaminas) y naturaleza del producto, el producto publicitado es una bebida analcohólica de base de agua mineralizada artificialmente, jugo de frutas y vitaminas.

Que el citado organismo técnico entendió que teniendo en cuenta lo prescripto por los Artículos 985º y 989º del Código Alimentario Argentino (C.A.A.) referido al "AGUA MINERAL" (definición, características, operaciones facultativas, operaciones prohibidas y restricciones y prohibiciones) y el Artículo 9950 "AGUA del mismo normativo sobre MINERALIZADA cuerpo ARTIFICIALMENTE" las publicidades referidas (audiovisual-internet) al indicar "Te conecta con lo más puro del agua mineral" y "con todo lo puro y natural del agua mineral" infringirían los puntos 1 y 3 del Anexo I y 1.1, 1.2 y 2.9 inciso k) del Anexo III de la Disposición ANMAT Nº 4980/05, modificada por Disposición ANMAT Nº 1631/09 y los Artículos 221º y 222º del C.A.A.; ello así por cuanto las publicidades invocan que el producto SER SIN GAS está elaborado con "agua mineral" cuando en realidad contiene "agua mineralizada artificialmente" (agua potable con adición de minerales), siendo tal circunstancia susceptible de inducir a engaño al consumidor en cuanto a la verdadera naturaleza del producto.

Que asimismo las aludidas piezas publicitarias violarían el Artículo 989º del C.A.A. que en su parte pertinente, establece que se encuentra prohibido en cualquier forma de publicidad la utilización de indicaciones, denominaciones, marcas o fabricas comerciales, imágenes, símbolos u otros signos figurativos o



S

DISPOSICIÓN Nº

4972

no que con respecto a aguas mineralizadas artificialmente sean susceptibles de crear confusión con un agua natural (punto 2, segundo párrafo, inciso c).

Que por Disposición ANMAT Nº 5668/11 se ordenó la instrucción de un sumario sanitario a la firma AGUAS DANONE DE ARGENTINA S.A. por presunta infracción a los Artículos 221°, 222° y 989° (punto 2, segundo párrafo inciso c) del Código Alimentario Argentino y los puntos 1 y 3 del Anexo I y 1.1.

1.2 y 2.9 inciso k) del Anexo III de la Disposición ANMAT Nº 4980/05, modificada por Disposición ANMAT Nº 1631/09.

Que corrido el traslado de las imputaciones, la firma AGUAS DANONE DE ARGENTINA S.A. presentó su descargo a fojas 89/160.

Que la sumariada planteó la nulidad de la Disposición ANMAT Nº 4980/05 ya que según la sumariada la citada norma fue dictadas por autoridades incompetentes, en exceso de las facultades delegadas, incurriendo así en una clara invasión de la esfera legislativa, sin motivos que justifiquen su proceder, además fundamentó no se cumplió con lo previsto por la Resolución MS y A Nº 20/05, ya que no ha estipulado qué productos alimenticios quedarían sujetos al control establecidos por la Resolución mencionada.

Que sostuvo que las mencionadas normas violentaban derechos constitucionales (libertad de expresión, derecho a ejercer una industria lícita, comercial, etc.), y también el derecho de los consumidores a proteger su salud, seguridad e intereses económicos, y a obtener una información adecuada y



A.N.M.A.T.

DISPOSICIÓN Nº

4972

veraz, así como a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno (Artículo 42º de la Constitución Nacional).

Que en su descargo la firma entendió que la notificación fue ambigua, ya que de la simple lectura hacia prácticamente imposible ejercer el derecho de defensa, al no saber qué transgresión se le reprochaba, o incluso a qué producto o publicidad se refería la imputación y por ello, la intimación carecía de contenido, lo que mal puede ser contestada y menos aún, considerarse incumplida en los términos que se requiere.

Que señaló que la consecuencia más importante que deriva de la asimilación de las sanciones administrativas a las penales reside en que a las infracciones les resultan aplicables los principios propios del derecho penal y que como consecuencia de ello, en el proceso de marras se vulnera el principio "non bis in idem" ya que se pretende someter a DANONE a un "doble" juzgamiento por el mismo hecho y respecto de los mismos productos.

Que amplió los argumentos esgrimiendo en su defensa que a raíz de una denuncia formulada por COCA-COLA ante la Dirección de Lealtad Comercial se había iniciado un expediente mediante el cual se imputó a la representada la supuesta violación del Artículo 9º de la Ley Nº22.802 de Lealtad Comercial, por consiguiente, concluyó que existió superposición de competencias.

Que sostuvo que la resolución que ordenó el sumario, no se encontraba motivada, ni fundamentada, viciando de tal manera el acto



4972

administrativo de imputación, de conformidad con lo prescripto por el Artículo 7º de la Ley Nº 19.549.

Que señaló que en materia publicitaria la regla es la libertad, justamente por estar afectado un derecho de raigambre constitucional, cual es la libertad de expresión.

Que por otro lado, formuló descargo en subsidio, en el que argumentó en su defensa la falta de afectación de los bienes jurídicos tutelados por las normas cuya presunta infracción se imputó a DANONE.

Que expresó que tal como surge de los certificados obrantes en las actuaciones la empresa obtuvo la autorización a fin de comercializar el producto en sus diferentes variedades indicando en sus rótulos, Agua Mineralizada o Agua Mineral Natural como ingrediente, han sido aprobados por la Autoridad Sanitaria competente a esas efectos, quien ha comprobado el cumplimiento de las normas aplicables del C.A.A.

Que los productos siempre fueron elaborados con Agua Mineral y que ello surge del rótulo de los productos dado que su ingrediente es Agua Mineralizada.

Que los rótulos demostraron que los productos se elaboraban con agua mineral que luego era transformada en Agua Mineralizada Artificialmente, no habiendo posibilidad de error, engaño o confusión en cuanto a las características o propiedades, naturaleza, pureza o mezcla de los productos o de sus ingredientes frente al consumidor destinarlo de las publicidades.



4972

Que en ese sentido, señaló que negar poder invocar el ingrediente principal de los productos, sería engañar a los consumidores y privar a DANONE de comunicar una ventaja comparativa frente al resto de los productos de su misma categoría.

Que manifestó que la doctrina ha sostenido que para la publicidad sea calificada de "engañosa", debe tener idoneidad suficiente como para provocar el error, y que a su vez éste pueda llegar a alterar el comportamiento económico de cualquiera de los destinatarios.

Que señaló que la Disposición ANMAT Nº 4980/05 en sus Anexos referidos por la ANMAT exige como requisito un comportamiento doloso, para configurar la infracción que pena.

Que por último, ofreció prueba: prueba; informativa; testimonial y pericial.

Que la evaluación técnica el Programa de Monitoreo y Fiscalización de Publicidad y Promoción de la ANMAT, a fojas 162/163, emitió su informe en el cual indicó que en las publicidades, objeto del presente sumario, se han atribuido que el producto en cuestión está elaborado con "agua mineral", cuando en realidad lo está elaborado con "agua mineralizada artificialmente" como surge de los rótulos aprobados (fojas 121 y 128), dando lugar al engaño en cuanto a la verdadera naturaleza del producto.

Que referente a los rótulos aprobados en fojas 134 y 136, el Programa se refirió a que los mismos no pueden ser tenidos en cuenta en esta



4972

instancia pues fueron emitidos con fecha 22 de marzo de 2010, posterior a la fecha de inicio de las presentes actuaciones (2 de marzo de 2010).

Que el Instituto Nacional de Alimentos (INAL) informó a fojas 168 que la firma AGUAS DANONE DE ARGENTINA S.A. carecía de antecedentes de sanción ante esta Administración Nacional.

Que del análisis de las actuaciones surge que la firma AGUAS DANONE DE ARGENTINA S.A. efectuó una publicidad audiovisual-internet del producto SER SIN GAS (SABORES MANZANA DELICIOSA Y POMELO ROSADO) en infracción a distintas normas del Código Alimentario Argentino y de la Disposición ANMAT Nº 4980/05 modificada por Disposición ANMAT Nº 1631/09.

Que las afirmaciones: "te conecta con lo más puro del agua mineral" y "con todo lo puro y natural del agua mineral", infringen los Puntos 1 y 3 del Anexo I de la Disposición ANMAT Nº 4980/05, ya que en realidad el ingrediente principal del producto es agua mineralizada artificialmente (agua potable con adición de minerales), siendo engañosa.

Que se infringe también el Artículo 221º del Código Alimentario Argentino por no respetar la definición, composición y denominación del producto.

Que infringe el Artículo 222º del Código Alimentario Argentino indicando un producto de elaboración distinto al real, siendo tal circunstancia susceptible de inducir a engaño al consumidor en cuanto a la verdadera paturaleza del producto.



4972

Que infringe los Puntos 1.1, 1.2 y 2.9 inciso K del Anexo III en referencia a la publicidad del producto realizada en medios audiovisuales, la cual no debe ser engañosa ni llevar a equívocos, debe incluir la denominación de venta y las frases no deben: "Utilicen vocablos, signos, denominaciones, símbolos, emblemas, ilustraciones u otras representaciones gráficas que tornen falsa, incorrecta y/o insuficiente a dicha información, o que puedan inducir a equívoco, error, confusión o engaño al consumidor en relación con la verdadera naturaleza, composición, procedencia, tipo, calidad, cantidad, duración, rendimiento o forma de uso del alimento".

Que respecto al planteo de nulidad invocada por la sumariada, por considerar que ANMAT cercenó su derecho de defensa por la "ambigüedad de la imputación", la Instrucción entendió que corresponde desestimar tal planteo, toda vez que el derecho de defensa no ha sido vulnerado ya que la citada firma pudo ejercer ampliamente su derecho y que la oportunidad procesal oportuna para ejercerlo es la toma de vista y la presentación del descargo.

Que respecto a los "vicios de motivación y causa" alegados por la sumariada, la doctrina tiene dicho: "La motivación es la explicitación de la causa, esto es la declaración de cuáles son la expresión de las razones y las circunstancias de hecho y de derecho que han llevado a dictar el acto, y se halla contenida dentro de los "considerandos". (...) Aparece como una necesidad tendiente a la observancia del principio de legalidad en la actuación de los órganos estatales. Desde el punto de vista del particular responde a una exigencia fundada en la idea de una mayor protección de los derechos



5.

DISPOSICIÓN Nº

4972

individuales. Constituye un requisito referido a la razonabilidad..." (Conforme Tomás HUTCHINSON "Régimen de Procedimientos Administrativos", página 83, Editorial Astrea, 5º edición).

Que en referencia a lo alegado por la sumariada en el punto que la Disposición ANMAT Nº 4980/05 fue "dictada por autoridades incompetentes, en exceso de las facultades delegadas" cabe recordar que la citada Disposición fue dictada por la delegación que el Ministerio de Saludo efectuó a esta Administración Nacional en el Artículo 3º de la Resolución M.S. y A. Nº 20/05.

Que a su vez la Ley de Ministerios Nº 22.520 establece la competencia del Ministerio de Salud en la materia al expresar en su Artículo Nº 23 ter inciso 19 que compete al nombrado Ministerio "intervenir en la normalización, registro, control y fiscalización sanitaria y bromatológica de alimentos, en el ámbito de su competencia, en coordinación con el Ministerio de la Producción"; con lo cual corresponde desestimar el planteo de nulidad impetrado por la sumariada.

Que asimismo cabe señalar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sostiene "que es hermenéutica que las leyes deben interpretarse no de manera aislada sino evaluando la totalidad de sus preceptos y los propósitos finales que la informan (fallo: 304:849 y 892). La inconsecuencia o falta de previsión del legislador no se suponen, por lo que la interpretación debe evitar asignar a la ley un sentido que ponga a prueba sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando como verdadero criterio que las concilie y suponga la integral armonización de sus preceptos" (fallo:313:1149).



4972

Que respecto de la publicidad realizada donde la sumariada aseguró: "los consumidores no son engañados o confundidos por la publicidad del producto y que nadie reclamó haberlo sido", y: "la publicidad no sólo no perjudica a los consumidores, sino que tampoco perjudica a la competencia", la Instrucción señaló que este tipo de infracciones son las llamadas "formales" que con la sola constatación de su incumplimiento basta sin ser necesario la producción de un daño y de que exista dolo o culpa por parte del infractor (CN Penal Económico, Sala B, 9-12-03, Sinectis S.A, L.L. 2004-B, 526).

Que la Instrucción consideró que estamos en presencia de una publicidad engañosa, capaz de inducir a error al consumidor sobre las reales características, propiedades, acciones u otros aspectos del producto publicitado pudiéndose ver afectada su elección.

Que al respecto, cabe traer a colación calificados puntos de vista sobre el tema al calificar a la publicidad engañosa como "(...) una situación de aprovechamiento de la buena fe o inexperiencia del consumidor consistente en la falta de utilización de aserciones positivas y la ausencia de indicación sobre las pautas esenciales de la oferta, que generan efectos sugestivos, falsas convicciones e impresiones erróneas. Crean expectativas que el producto promocionado no puede satisfacer y se trata de una conducta que merece reproche, ya que al empresario le cabe la obligación de informar con precisión para que los intereses económicos del consumidor no devengan así burlados, frustrándose sus razonables expectativas por los anuncios engañosos y desleales que inciden sobre una adquisición motivada, en definitiva, por la falsa



S

4972

DISPOSICIÓN Nº

representación". (STIGLITZ, Gabriel A., "Protección Jurídica del Consumidor", Buenos Aires, Editorial Depalma, 1990, página 15 y siguientes).

Que en relación con ello, se ha escrito que "(...) para percatarse efectivamente de cuándo nos encontramos ante un caso de publicidad engañosa, no debe oponerse al anuncio el test del "buen padre de familia", el hombre diligente, frecuentemente aplicado en el derecho de daños o contractual, sino standards menos rígidos, teniendo en cuenta las características de la audiencia a la que se dirige la publicidad -el público en general y no expertos en la materia de que se trate-, sus particulares limitaciones o susceptibilidades, psicología del consumo en los grandes establecimientos, etcétera". (STIGLITZ, Gabriel y otros, "Defensa de los Consumidores de productos y servicios", Bs. As., Ed. La Rocca, 1994, p. 135).

Que es dable indicar la producción de la prueba ofrecida resultan inconducentes e irrelevantes, ya que de modo alguno la producción de la misma modificaría las infracciones constatadas en autos.

Que concordantemente, se ha expresado que "(...) tanto la falta total de información, como una información dada en forma parcial, contradictoria o engañosa son todas variantes idóneas para inducir a error a los potenciales interesados en consumir determinado producto o utilizar cierto servicio" (Abeledo Perrot OnLine - Fallos a Texto Completo - 2006 - C. Nac. Penal Económico, sala A, 03/11/2006 Citar Lexis Nº 35010176 Laboratorios Elea S.A.C.I. y A).





4972

Que en relación a la vulnerabilidad del principio "non bis in idem" donde la sumariada plantea un doble juzgamiento, indicando que existen proceso iniciados ante la Dirección de Lealtad por la publicidad cuestionada, donde se le imputa la violación de los Artículos 5º y 9º de la Ley Nº 22.802, es necesario destacar que el organismo competente para aplicar el Código Alimentario Argentino es esta Administración Nacional conforme lo dispuesto en el Decreto 1490/02, siendo la Dirección de Lealtad Comercial dependiente de la Subsecretaría de Defensa del Consumidor la autoridad de aplicación de la Ley Nº 22.802 siendo el bien jurídico protegido diferente al tutelado por el C.A.A. razón por la cual la sumariada no puede válidamente aducir un doble juzgamiento.

Que la Dirección General de Asuntos Jurídicos y el Instituto Nacional de Alimentos han tomado la intervención de su competencia.

Que se actúa en virtud de las facultades conferidas por el Decreto Nº 1490/92 y por el Decreto Nº 1271/13.

Por ello,

В

EL ADMINISTRADOR NACIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE MEDICAMENTOS, ALIMENTOS Y TECNOLOGÍA MÉDICA

DISPONE:

ARTÍCULO 1°.- Impónese a la firma AGUAS DANONE ARGENTINA S.A. con domicilio constituido en la callé Moreno 877, Piso 12, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, una multa de PESOS CINCO MIL (\$5.000.-), por haber infringido los Artículos 221°, 222° y 989° (Punto 2, Segundo Párrafo, inciso c) del Código Alimentario Argentino, los Puntòs 1 y 3 del Anexo I y los Puntos 1.1, 1.2 y 2.9



A.N.M.A.T.

DISPOSICIÓN Nº

4972

inciso K del Anexo III de la Disposición ANMAT Nº 4980/05, modificada por su similar Nº 1631/09.

ARTÍCULO 2º.- Anótese las sanciones en el Departamento de Infractores del INAL.

ARTÍCULO 3°.- Hágase saber a la sumariada que podrá interponer recurso de apelación por ante la autoridad judicial competente, con expresión concreta de agravios, dentro de los 5 (cinco) días hábiles de habérsele notificado el acto administrativo, presentando conjuntamente con el recurso el Formulario para Ingreso de Demandas (previsto en la Acordada CNFCA Nº 7/94 inc. 1) y previo pago del 30% de la multa impuesta (conf. Artículo 12 de la Ley 18.284); en caso de no interponer el recurso, el pago de la multa impuesta deberá hacerse efectivo dentro de igual plazo de recibida esa notificación.

ARTÍCULO 4º.- Notifiquese mediante copia certificada de la presente a la Coordinación de Contabilidad dependiente de la Dirección General de Administración, para su registración contable.

ARTÍCULO 5º.- Anótese; por Mesa de Entradas notifíquese al interesado al domicilio mencionado haciéndole entrega de la copia autenticada de la presente Disposición; dese al INAL y a la Dirección General de Asuntos Jurídicos a sus efectos.

EXPEDIENTE Nº 1-47-3955-10-1

DISPOSICIÓN Nº

4972

Dr. OTTO A. ORSINGHER
Sub Administrator Nacional