

Defensa del consumidor. Publicidad engañosa. Publicidad con fines turísticos. Multas. Vuelos aéreos

Se confirman las multas impuestas a Despegar.com.ar por la infracción a diversas normas de la ley de defensa del consumidor, al probarse que promocionaba distintos lugares de la República Argentina utilizando imágenes que exhibían atractivos turísticos sin constar la denominación y lugar de origen de los mismos, como así también consignaba información significativa respecto de las condiciones de contratación del servicio por fuera del cuerpo principal del anuncio y en tipografía mínima.

Buenos Aires, 26 de septiembre de 2019.- LRA

VISTO Y CONSIDERANDO:

1º) Que, mediante disposición 166/18, el Subsecretario de Comercio Interior impuso a DESPEGAR.COM.AR S.A. las siguientes sanciones:

(i) una multa de pesos quince mil (\$15.000), por infracción al artículo 9º de la ley 22.802;

(ii) una multa de pesos quince mil (\$15.000), por infracción al artículo 4º bis de la ley 26.104; y

(i) otra multa de pesos veinticinco mil (\$25.000), por infracción al artículo 4º de la ley 24.240 (fs. 164/173).

Para resolver como lo hizo, en lo que aquí interesa, estuvo a las capturas de pantalla obrantes a fs. 3/7, en las que se promocionan distintos lugares de la República Argentina utilizando imágenes que exhiben atractivos turísticos sin constar la denominación y lugar de origen de los mismos; como así también a los avisos publicitarios glosados en las subfs. 2/3 del expediente S01:0281212/2016, agregado a partir de fs. 9, publicados en el Diario Clarín y La Nación el 26 de junio de 2016, en los que se consignó en el cuerpo principal del mensaje la siguiente frase: "MEGA LIQUIDACIÓN... BARCELONA O MADRID VOLÁ DESDE SEPTIEMBRE HASTA NOVIEMBRE... MIAMI VOLÁ DESDE OCTUBRE HASTA NOVIEMBRE... RÍO VOLÁ DESDE OCTUBRE HASTA NOVIEMBRE...?", pero en una llamada "(3)" en caracteres mínimos al pie de la página, remite a información relevante acerca de las condiciones de comercialización del servicio, informando que "Las tarifas no son válidas para feriados o fines de semana largos...?".

En relación con las publicidades gráficas, destacó que la excepción incluida al pie de página sólo podía ser leída si se ponía mucha atención para conocer la existencia de fechas excluidas. Sostuvo que el público promedio no es minucioso ni analítico frente a las publicidades que se promocionan, por lo que concluyó que era susceptible de inducir a error, engaño o confusión respecto de las condiciones de prestación del servicio, en infracción a lo previsto por el artículo 9º de la ley 22.802.

Por otro lado, con relación a la presunta infracción al artículo 4º bis de la ley 26.104, consideró determinante que en la página web de la sumariada sólo se hubiera consignado la imagen de los atractivos turísticos promovidos, sin incluir la información exigida por la norma.

Además, señaló que la infracción al artículo 4º de la ley 24.240 se acreditaba toda vez que no se anotició en forma cierta, clara y detallada las fechas exceptuadas para viajar en las publicidades del 26 de junio de 2016, ni se informaron los atractivos turísticos correspondientes a las imágenes de internet.

Agregó que, tratándose de infracciones de tipo formal, la sola verificación de la conducta imputada hace nacer la responsabilidad del infractor.

Finalmente, para graduar las sanciones, tuvo en cuenta la posición en el mercado de la empresa, el medio de difusión utilizado, la gravedad de los riesgos o perjuicios sociales derivados de la infracción, el grado de responsabilidad de la firma en la infracción imputada y el informe de antecedentes glosado a las actuaciones.

2º) Que, contra dicha disposición, DESPEGAR.COM.AR S.A. interpuso y fundó recurso de apelación directo a fs. 193/214; que se concedió a fs. 236/238, en los términos de los artículos 22 de la ley 22.802 y 45 de la ley 24.240.

En primer término, señaló que las publicidades gráficas no infringían la normativa en cuestión, por cuanto las excepciones dispuestas habían sido incluidas en el tamaño reglamentario y no se habían utilizado términos susceptibles de generar confusión en el consumidor. Agregó que la exhibición de notas al pie constituye una práctica comercial habitual en todas las ramas del negocio y que, en este caso, resultaban aclaratorias para aquellos consumidores interesados que excepcionalmente deseaban viajar dentro de los días en los que la tarifa no estaba vigente.

En segundo término, sostuvo que las imágenes incluidas en las publicidades de internet no pretendían exhibir atractivos turísticos para el consumo del viajero, sino referenciar las ciudades donde ofrecen sus servicios. Y agregó que, en caso de hacer click en la imagen determinada, el consumidor se vería remitido hacia un sitio donde se le presentaría toda la información referente al destino seleccionado.

Finalmente, consideró que las publicidades no habían infringido el artículo 4º de la ley 24.240 por cuanto la información exigida por la norma se encontraba disponible mediante el acceso a la oferta correspondiente. Asimismo, destacó que, con relación a las publicidades gráficas, la sanción resultaba contradictoria puesto que si las excepciones eran susceptibles de inducir a error, engaño o confusión, no podían al mismo tiempo constituir una omisión al deber de informar.

En subsidio, solicitó que se redujera el monto de la multa al mínimo previsto o que se establezca en su lugar apercibimiento.

3º) Que, a fs. 246/253vta., el Estado Nacional contestó el traslado del recurso y a fs. 261/vta. se pronunció el señor Fiscal General Coadyuvante.

4º) Que, en cuanto a la competencia de esta Cámara en razón de la materia, teniendo en cuenta que las infracciones que dieron sustento a las multas refieren a los mismos hechos, que fueron examinados por el órgano administrativo en una única instancia, resulta apropiado que el recurso sea decidido de manera íntegra por un mismo tribunal; sin perjuicio de las modificaciones introducidas por los artículos 53 y 72 del decreto DNU 274/19 (B.O. 22/4/19). Esta solución reposa en la conveniencia de concentrar ante un solo órgano judicial todas las acciones que se hallen vinculadas (Fallos: 328:3903), como así también de evitar resoluciones contradictorias (doctr. Esta Sala, causa 32266/2019/CA1 ?Kansai SA c/ DNCI s/ Defensa del Consumidor Ley 24.220- Art. 45?, sent. del 11/9/19).

Aclarada esta cuestión, sólo resta señalar que esta Cámara resulta temporalmente competente para entender en las actuaciones (arg. art. 76 de la ley 26.993. conf. esta Sala, causa 50798/2014/CA1 ?Fiat Auto Argentina SA c/ DNCI s/ Defensa del Consumidor- Ley 24.220- Art. 45?, sent. del 3/2/15), por lo que cabe ingresar, sin más, al análisis de las cuestiones planteadas.

5º) Que ha de recordarse que las leyes 24.240 y 22.802, junto con las normas complementarias dictadas al efecto, conforman un plexo normativo a través del cual el Estado busca direccionar el actuar de los agentes económicos, con el propósito de tutelar los derechos de los usuarios y consumidores; recomponiendo el equilibrio que debe existir en todos los vínculos entre comerciantes y consumidores o usuarios -afectados por las situaciones abusivas que se presentan en la vida cotidiana-, así como la relación entre los mismos comerciantes, que compiten entre sí (conf. Sala II, causa ?Sud Inversiones y Análisis S.A. c/D.N.C.I. - Disp. 285/12?, sent. del 10/10/13).

6º) Que, cabe mencionar que la multa establecida en el artículo 1º de la disposición apelada, se impuso en los términos del artículo 9º de la ley 22.802, que establece: ?Queda prohibida la realización de cualquier clase de presentación, de publicidad o propaganda que mediante inexactitudes u ocultamientos pueda inducir a error, engaño o confusión respecto de las características o propiedades, naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla, cantidad, uso, precio, condiciones de comercialización o técnicas de producción de bienes muebles, inmuebles o servicios?

Tal como surge de las publicidades gráficas de las subfs. 2/3 del expediente S01:0281212/2016 -agregado a fs. -, allí se consignó por

fuera del cuerpo principal del anuncio y en tipografía mínima información significativa respecto de las condiciones de contratación del servicio. Por lo que, por más de que se haya cumplido con el tamaño reglamentario previsto, lo cierto es que una apreciación superficial del anuncio puede perfectamente inducir a error, engaño o confusión, ya que no se advierte en forma clara la existencia de las fechas excluidas de la promoción.

En resumen, la sumariada no desvirtuó la constatación de subfs. 2/3, y, no resultan atendibles las demás defensas por cuanto consisten en una mera reiteración de los argumentos que ya han sido desvirtuados por la autoridad de aplicación.

Por lo expuesto, corresponde confirmar la multa establecida en el artículo 1º de la disposición apelada.

7º) Que, por otro lado, la multa impuesta en el artículo 2º de la disposición 166/18 encuentra sustento en el artículo 4º bis de la ley 26.104, que dispone: "Toda publicidad contenida en medios electrónicos, cuyas imágenes exhiban atractivos turísticos, deberá indicar la información ordenada por el artículo 1º de la presente ley con caracteres tipográficos no inferiores a DOS MILIMETROS (2 mm) de altura. La misma deberá tener un sentido de escritura idéntico y contraste de colores equivalente al de la imagen reproducida, debiendo ser fácilmente legible". A su turno, el artículo 1º señala "Quienes publiciten con fines turísticos, utilizando imágenes que exhiban atractivos turísticos, por cualquier medio, deberán hacer constar la denominación del atractivo y de la localidad reproducida, seguida de la provincia a la que pertenece (...)" (énfasis añadido).

De las capturas de pantalla obrantes a fs. 3/7 surge que la empresa expuso, en su página web, distintos atractivos turísticos consignando únicamente su imagen, mientras que la norma controvertida es suficientemente clara en cuanto impone que se haga constar en el cuerpo mismo de la publicidad electrónica la denominación de la atracción y localidad reproducida.

En consecuencia, tal omisión configura por sí sola una infracción formal que justifica la aplicación de la sanción establecida, toda vez que los oferentes son libres de publicar la información que consideren relevante para sus objetivos, pero tienen la obligación de incluir los datos exigidos por las normas vigentes (conf. Sala II, causas "Socorro Médico Privado S.A. (Vital) c/ EN -SCIDisp. 218/08", sent. del 19/6/11; "LG. Electronics Argentina S.A. c/ DNCI - Disp. 349/10", sent. del 20/9/11; "Sport S. Life S.A. c/ DNCI - Disp. 787/2011", sent. del 20/12/11 y "Mario Korn Propiedades S.A. c/DNCI -Disp. 40/13", sent. del 3/12/15).

Por ello, deviene irrelevante analizar cualquier otra cuestión, como ser la finalidad referencial que arguye perseguir la sumariada en su descargo.

En razón de lo expuesto, se concluye en que se encuentra verificada la conducta tipificada en el precepto mencionado y, en consecuencia, reunidos los elementos necesarios para atribuir responsabilidad a la recurrente, como lo hizo la disposición apelada en su artículo 2º.

8º) Que, la multa establecida en el artículo 3º de la disposición apelada, se impuso a la actora en los términos del artículo 4º de la ley 24.240 -modificado por el artículo 4º de la ley 26.36- que prevé: "el proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización (...)" (énfasis añadido).

Este derecho a la debida información y su correlativo deber impuesto al proveedor tiene carácter de principio general del derecho del consumidor y usuario, como consagra el artículo 42 de la Constitución Nacional.

La finalidad que persigue es permitir que el consentimiento que presta el consumidor al contratar por un producto o servicio haya sido formado reflexivamente pues, a la hora de contratar, la posición jurídica del oferente es claramente privilegiada respecto de la del consumidor, por su conocimiento de la materia objeto del contrato (o lo que se publicita).

En ese sentido, está orientado a lograr transparencia en la relación de consumo mediante información clara y correcta sobre el producto vendido y las condiciones de venta (conf. Sala II, causa "Viviendas Rolón de Siteca S.R.L. c/Secretaría de Comercio e Inversiones (DISP. DNCI 583/99)", sent. Del 10/8/00).

Por ello, sin perjuicio que la información relativa a las condiciones de contratación se encontraba disponible en ambas publicidades, lo cierto es que no fue anunciada del modo en que el legislador lo juzga claro y detallado para el consumidor.

Ante tales circunstancias los agravios de la recurrente no resultan atendibles para dispensarla de la violación al artículo 4° de la Ley 24240, por lo que la tercer multa también debe ser confirmada.

9°) Que, resta señalar que en la especie se trata de infracciones formales donde la constatación de los hechos hace nacer por sí y como principio la responsabilidad del infractor, de tal manera que no se requiere daño concreto sino simplemente el incumplimiento de lo prescripto por la ley y, por ello, su apreciación es objetiva y se configura por la simple omisión, que basta por sí misma para tener por verificada la violación de las respectivas normas (en igual sentido, conf. Sala III, causa ?Supermercados Norte c/ DNCI-Disp 364/04?, sent. del 9/10/06; Sala V, causas ?José Saponara y Hnos. c/ Sec de Comercio?, sent. Del 25/6/97, y ?Banco del Buen Ayre SA-RDI c/ DNCI s/Disp. 618/05?, sent. Del 6/2/07).

10) Que, la determinación y graduación de la sanción a aplicar es atribución primaria de la autoridad administrativa, principio que sólo cede ante una manifiesta arbitrariedad (conf. esta Sala, causa ?Fate SAICI c/ DNCI s/Defensa del Consumidor - Ley 24240 - Art. 4?, sent. del 8/5/14, y sus citas).

En ese contexto, teniendo en cuenta la naturaleza de las faltas cometidas, la posición en el mercado de la empresa sancionada, el informe de antecedentes glosado a fs. 134 y que las sanciones guardan progresividad con las existentes al momento de dictarse la disposición cuestionada (en sentido concordante, conf. Sala V, causa ?Cablevisión SA c/ DNCI Disp 405/10 (Expte S01114022/10)?, sent. del 12/7/11, y esta Sala, causa ?Bremen motors SA c/DNCI s/lealtad comercial - ley 22802 - art 22?, sent. del 10/11/15), no se advierte que el monto de las multas en cuestión haya sido excesivo, ni arbitrario.

11) Que, por todo lo expuesto, se rechaza el recurso y se confirma la disposición 166/18 en todos sus términos.

Las costas se imponen a la actora vencida, al no existir motivos que justifiquen apartarse del principio general en la materia (art. 68, primer párrafo, CPCCN).

12) Que, en atención a la naturaleza del asunto, el resultado obtenido y la trascendencia económica de la cuestión en debate -conf. sanciones impuestas-; y atento al valor, motivo, extensión y calidad jurídica de la labor desarrollada durante la única etapa que tuvo el trámite de este recurso directo, corresponde REGULAR en la suma de PESOS TRECE MIL SETECIENTOS CUARENTA (\$13.740,54) -equivalentes a la cantidad de 5,73 U.M.A.- los honorarios de la doctora Silvia N. Cerezo, quien actuó en carácter de patrocinante y apoderada en la defensa de la parte demandada (arts. 16, 19, 21, 29, 44, inc. a, 51, 58, inc. a, y ccdtes. de la ley 27.423; ac. CSJN 20/19; y art. 730, primera parte, del CCCN).

Se deja constancia que la regulación que antecede deberá cancelarse de acuerdo con lo previsto en el artículo 51 de la ley 27.423, y que no incluye el Impuesto al Valor Agregado, monto que -en su caso- deberá ser adicionado conforme a la situación del profesional interviniente frente al citado tributo.

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal General, SE RESUELVE: 1) Rechazar el recurso de fs. 193/214 y confirmar la disposición apelada, con costas (art. 68, primer párrafo, CPCCN); 2) Regular los honorarios de la dirección letrada de la parte demandada en los términos y con los alcances del considerando 12.

Se deja constancia que el señor juez de Cámara, Jorge Eduardo Morán no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia (art. 109, RJN).

Regístrese, notifíquese -al Sr. Fiscal General Coadyuvante en su público despacho- y, oportunamente, devuélvase.

MARCELO DANIEL DUFFY

ROGELIO W. VINCENTI