

Lealtad Comercial Telefonía Celular Publicidad Engañosa Multa

JURISPRUDENCIA

Lealtad comercial. Telefonía celular. Publicidad engañosa. Multa

Se mantiene la multa aplicada a la empresa de telefonía celular por violar lo dispuesto por el art. 9 de la ley 22802 al publicar información engañosa para el consumidor en la promoción de sus productos y servicios. Buenos Aires, 25 de agosto de 2015.- Y VISTO: El recurso interpuesto a fs. 76/103 por Telefónica Móviles Argentina S.A., en los términos del art. 22 de la ley 22.802 ?sustituido por el art. 63 de la ley 26.993?, contra la resolución de la Secretaría de Comercio 112/2015 (fs. 55/62), replicado por el Estado Nacional (Ministerio de Economía y Finanzas Públicas) a fs. 138/162 vta.; y, CONSIDERANDO: I. Que mediante la resolución 112, del 20 de mayo de 2015, el Secretario de Comercio Interior impuso una multa por la suma de ... pesos (\$...) a la firma Telefónica Móviles Argentina S.A. por considerarla incurso en la infracción prevista y penada por el artículo 9 de la ley 22.802. Para así decidir, en los fundamentos de la resolución se relata que las actuaciones iniciaron con una investigación de oficio tendiente a fiscalizar el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 9 de la ley 22.802, respecto de las presentaciones de los planes ofrecidos a los consumidores en la página de internet www.movistar.com.ar. También, que la Dirección de Lealtad Comercial de la Dirección Nacional de Comercio Interior de la Subsecretaría de Comercio Interior de la Secretaría de Comercio, procedió a labrar un acta de constatación de la citada página de internet y se realizaron diversas capturas de pantalla que fueron incorporadas a dicha acta (obrante a fs. 2/4). Asimismo, que se acreditó (según consta a fs. 5) que la página de internet www.movistar.com.ar pertenece a la razón social Telefónica Móviles Argentina S.A. Por su parte, se señala que el 21 de abril de 2015 se imputó a Telefónica Móviles Argentina S.A. la presunta infracción al artículo 9 de la ley 22.802 por efectuar publicidades con información poco clara y confusa para el consumidor que induciría a error, engaño o confusión, respecto de las condiciones de comercialización de los servicios ofrecidos, y se ordenó a la firma referida el cese de todo tipo de publicidades que contengan información confusa de dichos servicios (obrante a fs. 8/11). También se fundamenta que del análisis pormenorizado de la publicidad efectuada respecto del denominado ?Plan Movistar One 349? se advierte que en ella se publicitan diversas características y términos del citado plan que, al avanzar en la navegación de la página de Internet de la sumariada, resultan modificadas, limitadas y/o condicionadas. Según la autoridad, se advierte que la afirmación ?Hablá libre a todos los Movistar? se ve luego modificada a través de la imposición de ciertos límites, consistentes en la fijación de una determinada cantidad de minutos libres (diez mil minutos), que generan así una contradicción entre lo afirmado previamente y lo informado posteriormente. Se explica en los fundamentos del acto, que análoga situación se verifica respecto de los mensajes de texto SMS, respecto de los cuales se efectúa una limitación en la cantidad de tales textos que podrán cursarse (un mil mensajes) pese a lo publicitado previamente. Asimismo, que dichas circunstancias narradas se replican respecto de las ?Llamadas a América a precio local?, toda vez que al avanzar en la navegación de la página de Internet se verifica una limitación, por cuanto se procede a indicar que sólo ciertos países de América se encuentran comprendidos y no así la totalidad de ellos, como se desprende de lo publicitado en forma previa. Se concluye en el acto que la publicidad del plan en cuestión, mediante inexactitudes y ocultamientos, induce a error, engaño y confusión, por cuanto los parámetros informados en la publicidad sufren numerosas variaciones, condicionantes y limitaciones. A ello se añade que la imputada Telefónica Móviles Argentina S.A. pretende inducir al consumidor a la convicción de que podrá acceder a un plan con ciertas características y peculiaridades que, en realidad, luego no son tales, por sufrir variaciones y limitaciones. Se expresa que tanto la falta de información como una información dada en forma parcial, contradictoria o engañosa, son todas variantes idóneas para inducir a error a los potenciales interesados a consumir determinado producto o servicio. Se recuerda que el bien jurídicamente protegido por la ley 22.802 y sus reglamentaciones es doble, ya que por un lado se busca proteger al consumidor y desde otro enfoque sirve a la defensa del comerciante cumplidor. También se ponderó que sin perjuicio de que el descargo de la imputada fue extemporáneo, en el mismo no formuló defensas de entidad exculpatoria, se limitó a brindar ciertas explicaciones en cuanto a los motivos en que se fundarían las limitaciones impuestas y no desvirtuó la concreta imputación formulada respecto de la publicidad y su capacidad de inducir a error, engaño o confusión en los consumidores. En cuanto al argumento de la imputada ?ensayado en su descargo? de que procedería en los próximos treinta días a efectuar la modificación de ciertas restricciones, ampliando, por ejemplo, la limitación de minutos libres para llamadas, la autoridad recordó que infracciones como la de la especie son de las denominadas formales, donde de la verificación de los hechos nace por sí la responsabilidad del infractor, sin que se requiera daño concreto. Por esos fundamentos, tuvo por probado en incumplimiento detectado y acreditada la infracción al artículo 9 de la ley 22.802. Por su parte, se pondera la posición preponderante en el mercado de la empresa imputada, que el servicio de telefonía celular es masivo y prestado en todo el territorio del país, con alto grado de concentración y pocas empresas competidoras en dimensiones similares.

Asimismo, que la infracción comprobada se materializó en la página de internet institucional de la empresa, lo que convierte a dicho medio en una fuente esencial y masiva de consulta por parte de los consumidores. Respecto al quantum de la indemnización, se menciona que se tiene en cuenta el informe de antecedentes que se encuentra glosado a las actuaciones, en los términos del artículo 19 de la ley 22.802.

II. Que disconforme con lo así resuelto, Telefónica Móviles S.A. interpuso el recurso previsto en el artículo 22 de la ley 22.208. En primer término, acredita el pago de la multa impuesta, a los efectos de la admisibilidad formal del recurso. Aclara que el pago se efectuó bajo protesto, y solicita que se declare la inconstitucionalidad del citado artículo 22 en cuanto exige el pago previo, por ser contrario al artículo 18 de la CN, cercenar el acceso a la justicia y violentar la tutela judicial continua y efectiva. En lo sustancial, sostiene que el pago previo como requisito de admisibilidad del recurso corresponde a supuestos donde lo que se cuestiona es el pago de un tributo, no de una sanción administrativa. Por otro lado, sostiene que la resolución 112/2015 contiene vicios en sus elementos esenciales causa, motivación, objeto y finalidad, por lo que corresponde declarar su nulidad absoluta. Respecto a la causa, aduce que la Secretaría solo efectuó afirmaciones dogmáticas para justificar la aplicación de la multa, pero nunca expresó verdaderas razones para justificarla. En ese sentido, sostiene que la fiscalización omitió considerar: (i) que en el sitio web, al ingresar a los legales de la promoción, que son vinculantes como la publicidad misma, los detalles no son contradictorios con lo ofrecido en la publicidad cuando se detalla que se trata de llamadas y SMS libres, y que la restricción contenida en la web se estableció solo a los fines de evitar el uso abusivo del servicio o el uso comercial del mismo por terceros no consumidores o de spammers; (ii) que la información de las restricciones es puesta frente al usuario antes de contratar el servicio; (iii) que no posee denuncias o reclamos de consumidores en Defensa del Consumidor u otros organismos sobre la facturación de excedentes; (iv) que en relación a la promoción "Llamadas a América", se dispuso una modificación en todos los canales del nombre de la promoción a "Llamadas a destinos de América", lo cual tampoco ha sido tenido en cuenta; (v) que en los legales de la promoción, se encuentran detallados los países excluidos; (vi) que, sin reconocer los hechos alegados por la Administración, ha procedido a modificar el límite de la restricción a 43.000 minutos, lo cual tampoco habría sido tenido en cuenta para graduar la multa; (vii) que la Secretaría efectúa una valoración sesgada de las publicidades, ya que la información proporcionada era lo suficientemente clara para que el consumidor pueda precisar el alcance y modalidades de los planes ofrecidos. En cuanto al objeto, expresa que la resolución se encuentra viciada en dicho elemento porque fue dictada en violación de la ley aplicable, dada la incorrecta apreciación de los antecedentes de hecho y de derecho que sirvieron de causa para la imposición de una arbitraria y desproporcionada sanción. Aduce que no se verificaron las circunstancias y supuestos que contempla la norma para aplicar la sanción. Respecto al vicio en la motivación, sostiene que las afirmaciones dogmáticas de la resolución son erróneas y no logran superar el estándar de razonabilidad para comprobar los motivos por los cuales ha incurrido en publicidades que induzcan a ocultamientos. Manifiesta que el sumario ha partido de presupuestos erróneos y carentes de análisis para determinar que habría existido un incumplimiento de parte del recurrente, aplicándole una sanción exorbitante totalmente infundada, por lo que el acto que decreta la misma es nulo. En relación al vicio en la finalidad, expresa que la Secretaría de Comercio se ha apartado de las normas legales que le atribuyen competencia para dictar la resolución impugnada. Añade que bajo la apariencia de una gestión genuina del interés de los consumidores, se encuentra la verdadera intención de aplicar una sanción a la recurrente. A su modo de ver, el accionar de la Secretaría se encontraría incurrido en desviación de poder. Subsidiariamente, solicita la reducción de la multa impuesta, invocando que existió un exceso de punición. A fin de demostrar ello, pone de relieve que no se ha acreditado que exista un perjuicio real para el consumidor como consecuencia de la supuesta infracción cometida. Luego cita diversos precedentes en los cuales se redujeron multas, y finaliza expresando que la Administración no ha justificado en circunstancias fácticas, técnicas y jurídicas la justicia y razonabilidad de la forma en que ha determinado la multa cuestionada, sino que se ha limitado a fijar un monto que arbitrariamente le pareció oportuno, enumerando en forma abstracta y genérica ciertas pautas que habría tenido en cuenta para graduar el monto de la multa. Por último, solicita se ordene la devolución de la multa abonada.

III. Que a fs. 138/162 contestó el traslado el Estado Nacional - Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

IV. Que a fs. 197 el señor Fiscal General (subrogante) dictaminó que el recurso es formalmente admisible.

V. Que, en primer lugar, es necesario advertir que el Tribunal no se encuentra obligado a analizar cada una de las cuestiones formuladas por la recurrente, sino tan solo aquellas que resultan conducentes para decidir el caso y bastan para dar sustento a un pronunciamiento válido (CSJN, fallos: 258:304; 262:222; 272:225; 278:271; 291:390; esta Sala, in re: "Espasa S.A. c/DNCI-DISP 556/2010", del 7/12/11; "Petersen Thiele Cruz SAC y M c/DNCI-DISP 553/10", del 2/2/11, entre muchos otros).

VI. Atento el tenor de los cuestionamientos que formula la parte actora resulta conveniente recordar que el fin que persigue la ley 22.802 de Lealtad Comercial, es evitar que los consumidores, mediante indicaciones poco claras y engañosas o inexactitudes, sean inducidos a error o falsedad en la adquisición de productos, mercaderías o en la contratación de servicios, protegiéndose de este modo el derecho de aquellos a una información adecuada, completa y veraz en relación al consumo (art. 42 de la C.N.) (conf. esta Sala, in re: "Mattel Argentina S.A. c/DNCI-DISP 272/09", del 29/10/10;

?Falabella S.A. c/DNCI-Disp. 546/10?, del 30/8/11; Sala II ?Sevel Arg. S.A. c/SCI-DISP. DNCI 1210/97? del 18/11/99; ?Frávega S.A. c/DNCI-DISP. 726/08?, del 22/9/09, entre muchas otras). Las infracciones que contemplan las normas de lealtad comercial y defensa del consumidor son formales y su verificación supone por sí la responsabilidad del infractor, sin que se requiera la producción de un daño concreto sino simplemente ?pura acción? u ?omisión?, por ello su apreciación es objetiva y se configuran por la simple omisión que basta por sí misma para violar las normas (conf. esta Sala ?Supermercados Norte c/DNCI-DISP. 364/04? del 9/10/06; ?Vecinos de San Diego S.A. c/DNCI DISP. 425/08 (Exp. S01:16442/02? del 8/9/09, entre otros).- En tal sentido, cabe precisar que no se requiere un daño concreto a los derechos de los consumidores, sino la posibilidad de la existencia de tal daño y las normas legales imponen pautas u conductas objetivas que deben ser respetadas, bajo apercibimiento de las sanciones previstas en la norma (conf. Sala V ?José Saponara y Hnos. c/Sec. De Comercio? del 25/6/97 y Banco del Buen Ayre S.A. RDI c/DNCI Disp. 618/05?, del 6/2/07).

VII. Que, concretamente en lo atinente a la infracción imputada a la apelante, cabe recordar que el art. 9 de la n° ley 22.802 establece que: ?Queda prohibida la realización de cualquier clase de presentación, de publicidad o propaganda que mediante inexactitudes u ocultamientos pueda inducir a error, engaño o confusión respecto de las características o propiedades, naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla, cantidad, uso, precio, condiciones de comercialización o técnicas de producción de bienes muebles, inmuebles o servicios?. Al respecto, cabe precisar que cualquiera sea el significado que se asigne al concepto de comunicación publicitaria (presentación, publicidad o propaganda) a la que se refiere la legislación nacional (arts. 7 y 8 de la ley n° 24.240 y art. 9 de la ley n° 22.802), se puede identificar como toda forma de comunicación realizada en el marco de una actividad comercial, con el fin de promover el suministro de bienes o servicios (Santarelli, Fulvio ?Concepto y Tipos de Publicidad?, en la obra colectiva ?Ley de Defensa del Consumidor?, Dir. Picasso, S. y Vázquez Ferreyra, R., Ed. La Ley, Bs. As. junio de 2009, t.I, pág.101/102) y que su característica determinante es la de constituir un segmento del proceso de intercambio de bienes (productos y servicios) de consumo, con la finalidad de contribuir con el proceso de comercialización favoreciendo la colocación de bienes en el mercado. Es decir, que ello trasunta una actividad encaminada a captar la atención y la voluntad de los potenciales adquirentes de determinado producto o servicio, quienes tomarán la decisión de adquirirlos, o no, bajo la influencia que en ellos produzca el contenido de los avisos publicitarios en los que se exhiban sus características, precio y demás condiciones de comercialización.

VIII. Que, sentado lo que antecede, corresponde analizar el alegado vicio en el elemento causa. Al respecto es pertinente señalar que, en lo sustancial y en concordancia con lo desarrollado en la imputación obrante a fs. 8/11, la resolución 112/2015 se sustenta en las siguientes circunstancias fácticas que han sido constatadas en el sitio web de la empresa: (i) la afirmación ?Hablá libre a todos los Movistar? se ve modificada luego, en otra página de la web, por la imposición de ciertos límites, en concreto la cantidad de diez mil minutos libres; (ii) análoga situación se da respecto a los SMS; la publicidad dice ?Mensajeá libre a cualquier operadora?, y luego se imponen restricciones en cuanto a la cantidad de mensajes, y la especie de ellos (se excluyen los SMS Premium, SMS internacionales, SMS a números fijos, etc.); (iii) en cuanto al aviso publicitario ?Llamadas a América a precio local?, luego se ve restringida por la cantidad de países, ya que sólo incluye algunos países de dicho continente. Como se puede advertir del relato de la expresión de agravios, la recurrente no demuestra ni tampoco alega en lo principal, que los hechos recién mencionados no hayan ocurrido o sean falsos, como para considerar que existe un vicio en el elemento causa (art. 14, inciso b), ley 19.549). En efecto, los argumentos de la apelante, en los cuales se reconocen las limitaciones y restricciones al servicio, están más bien dirigidos a: (i) justificar las mismas (al decir que intenta evitar el abuso del servicio); (ii) admitir su existencia y por ende modificación por parte de la empresa, lo cual a los fines de la graduación de la sanción no tiene incidencia desde que, como ya se dijo, se trata de infracciones de pura acción u omisión; (iii) explicar que el consumidor tiene conocimiento de esas limitaciones al consultar los detalles ?legales? y adquirir el servicio. A su vez, es pertinente poner de relieve que la recurrente, al manifestar que ha procedido a la modificación de la publicidad de su promoción así como el límite de la restricción de llamadas, ha reconocido, en consecuencia, los hechos que sustentaron la infracción. En resumen, atento a que no se desconocieron los hechos constatados, se rechazan los agravios en torno a un vicio en el elemento causa.

IX. En cuanto al alegado vicio en la motivación del acto, se debe señalar que, además del relato de las circunstancias fácticas constatadas por la Administración, en la resolución se tuvo en cuenta que: (i) la publicidad del plan en cuestión induce a error, engaño o confusión por cuanto los parámetros informados en primer lugar, sufren luego numerosas modificaciones, condicionantes y limitaciones; (ii) el descargo de la infraccionada fue extemporáneo, pero además, solo se limitó a dar explicaciones del motivo de las limitaciones; (iii) la empresa ocupa un lugar preponderante en el mercado; (iv) el servicio de telefonía celular es masivo y prestado en todo el territorio del país, con alto grado de concentración y pocas empresas competidora; (v) que la infracción se constató en la página web de la empresa, lo que convierte a dicho medio en una fuente esencial y pasiva de consulta por parte de los consumidores. En base a ello, y si bien los agravios de la recurrente no son contundentes en cuanto al presunto vicio en la motivación, debe descartarse su existencia desde que se verifica, como quedó demostrado, que la Administración ha tenido en cuenta diversos elementos para aplicar la sanción impugnada, y el cuestionamiento de la apelante sólo

traduce una disconformidad con dichos argumentos, sin que logre desvirtuarlos. En este punto, es preciso recordar, que el mayor o menor acierto o error, mérito o conveniencia de la solución adoptada por la autoridad administrativa constituyen -en principio- puntos sobre los que no cabe al Poder Judicial pronunciarse, mas ello es así en la medida que el ejercicio de esas facultades discrecionales no se compruebe como irrazonable, inicuo o arbitrario (C.S.J.N Fallos: 316:2044; Sala II, 17/04/08 "Madariaga de Rubio, María Teresa c/Lotería Nacional SE s/proceso de conocimiento"); de tal modo que solo cuando se advierta que las mencionadas facultades hubieren sido ejercidas de modo fundado y razonable, es que corresponderá, en principio, atenerse a los criterios empleados en ejercicio de tal actividad, y siempre y cuando en el caso objeto de juzgamiento no se comprobara una manifiesta arbitrariedad o ilegitimidad (conf. Sala II, 17/0699, "Radio Mitre SA c/ Comfer"). Desde ese marco, no se advierte que los fundamentos por los cuales la Secretaría de Comercio consideró encuadrables los hechos constatados en el sitio web de la actora, sean arbitrarios o irrazonables, por lo cual, la apreciación que efectuó la autoridad administrativa de si se trató una publicidad engañosa o que pudo inducir a error, queda exento, por regla general, de la valoración por parte del Poder Judicial. Ello así, vale reiterar, toda vez que la Administración, en el caso, ha analizado los actos de la actora que estarían en infracción por el artículo 9 de la ley 22.802, y ha dado motivos o justificaciones para encuadrar los hechos en dicha norma, sin que tales explicaciones luzcan irrazonables o arbitrarias.

X. En cuanto al vicio en el objeto y en la finalidad, se debe poner de relieve que la recurrente, más allá de repetir argumentos esbozados en otra parte de su escrito, no explica debidamente las razones que dieran cuenta de una nulidad en los mencionados elementos. Puntualmente, adviértase que la actora se agravia porque la finalidad del acto tuvo como verdadera intención aplicarle una sanción, siendo que, sin dudas, esa fue una de las finalidades de la resolución bajo análisis, y sin que se advierta que ello implique una desviación de poder.

XI. Que, también en relación al presunto vicio en el objeto, tampoco pueden recibir favorable acogida los argumentos mediante los que la recurrente pretende que se le reduzca la multa con sustento en una supuesta desproporcionalidad o arbitrariedad en la cuantía de la sanción. Al respecto, obsérvese que a los efectos de fijarla, la autoridad de aplicación tuvo en cuenta el informe de antecedentes que se encuentra glosado a fs. 48, del que surgen siete (7) actuaciones firmes por infracción a la ley 22.802, y una en trámite, además de ponderar la posición que ocupa la firma imputada en el rubro de telefonía celular y la masividad del servicio, entre otros argumentos ya reseñados. Por lo demás, esta Sala tiene dicho que la determinación y graduación de la sanción es de resorte primario de la autoridad administrativa, principio que sólo cede ante supuestos de arbitrariedad o desproporción manifiesta en su imposición, extremos que no se advierten en el sub examen, pues se han respetado los límites establecidos por el art. 18 de la ley 22.802 (conf. esta Sala ?Provencred 2 Suc. Arg. c/DNCI -DISP 588/09?, sentencia del 11/02/2011; en igual sentido, Sala V, in re ?Musso Walter c/PNA?, pronunciamiento del 27/05/1997, entre otras).

XII. Que, por las razones expuestas, corresponde confirmar la multa impuesta por el Secretario de Comercio Interior por la resolución (SC) 112 del 20 de mayo de 2015. En consecuencia, deviene inoficioso pronunciarse sobre la inconstitucionalidad del artículo 22 de la ley 22.802, en cuanto exige el pago previo de la multa a los efectos de la interposición del recurso. Por ello, oído el señor Fiscal General (subrogante), en mérito de lo precedentemente expuesto el Tribunal RESUELVE: (i) rechazar el recurso interpuesto por Telefónica Móviles Argentina S.A. a fs. 76/103 y, en consecuencia, confirmar la resolución de la Secretaría de Comercio 112/2015. Con costas a la recurrente vencida (art. 68, del CPCCN). (ii) Teniendo presente la naturaleza, monto y resultado del litigio, la calidad y eficacia de la gestión profesional, SE FIJAN los honorarios del Dr. Adrián Osvaldo Decundo en ... PESOS (\$) y del Dr. Nicolás Olivari en ... PESOS (\$) por su carácter de apoderado y patrocinante de la demandada, respectivamente (arts. 6, 7, 8, 9, 37 y 38 del arancel de abogados y procuradores). Los honorarios fijados precedentemente deberán ser abonados dentro de los diez (10) días corridos de notificados (art. 49 del arancel citado). En caso de incumplimiento el acreedor queda facultado para solicitar la intimación de pago para que se cumpla en el plazo de cinco (5) días, bajo apercibimiento de ejecución, la que tramitará por ante primera instancia del fuero. Para ello, se facilitará en préstamo el expediente para la extracción de las copias pertinentes, que serán certificadas por el Tribunal y entregadas al interesado para el ingreso del respectivo incidente en la Mesa de Asignaciones de la Secretaría General de la Cámara. Si vencidos los plazos mencionados el interesado no impulsa el proceso en el término de diez (10) días hábiles, las actuaciones se devolverán sin más trámite. Regístrese, notifíquese y, oportunamente, devuélvanse.

JORGE ESTEBAN ARGENTO CARLOS MANUEL GRECCO SERGIO GUSTAVO FERNANDEZ
003974E