

Defensa Del Consumidor Multa Monedero Deber De Informacion Ley 22802 Publicidad Enganosa

JURISPRUDENCIA

Defensa del consumidor. Multa. Monedero. Deber de información.

Ley 22802. Publicidad engañosa Se confirma la multa impuesta por la Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor a Metronec SA -administradora de la tarjeta Monedero- por infracción al artículo 9 de la ley 22802, al comprobarse que las publicidades voluntarias efectuadas inducían a error, engaño o confusión acerca de las condiciones de comercialización de los servicios destinados a consumidores.

En la Ciudad de Buenos Aires, a los 8 días del mes abril de dos mil dieciséis, reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para conocer en el recurso directo de apelación interpuesto y fundado a fs. 1/9 contra la disposición 32/DGDYPC/2011 dictada por la Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor, en los autos caratulados "Metronec S.A. c/ GCBA s/ Otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apelaciones", Expediente N° RDC 3235/0,y habiéndose practicado el sorteo pertinente resulta que debe observarse el siguiente orden: Dr. Esteban Centanaro, Dr. Hugo Zuleta y Dra. Gabriela Seijas, al tiempo que resuelven plantear y votar la siguiente cuestión: ¿se ajusta a derecho la resolución apelada? A la cuestión planteada, el Dr. Esteban Centanaro dijo: I. El 04/12/2008el Sr. Alejandro Daniel Mogni presentó una denuncia ante la Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor (en adelante DGDyPC) contra los operadores de la tarjeta Monedero [cfr. fs. 1/4 del expediente administrativo N° 22504/2010]. Describió allí que el 25/11/2008 había adquirido la tarjeta Monedero, efectuando una carga inicial en efectivo. Ese mismo día, vía web, advirtió que podía adherir el servicio a una tarjeta de crédito o débito a fin de que se recargue automáticamente el saldo de disponibilidad. Subrayó que esta publicidad motivó que al día siguiente se presentara en una sucursal de Monedero y solicitara la adhesión del servicio a su tarjeta de débito Maestro, petición que no pudo ser procesada en tanto aquella red no constituía una de las aceptadas por el comercio. Dejó en claro que esa exclusión no se informaba en el sitio web de la prestadora ni en los folletos que se encuentran disponibles en los locales. II. Iniciadas las actuaciones, se ordenó efectuar una inspección en el local de la empresa Metronec S.A. -administradora de la tarjeta Monedero- cito en la estación de subterráneos "Independencia" [cfr. fs. 8 de las actuaciones administrativas] con el fin de constatar la imposibilidad denunciada por el consumidor. La manda fue cumplimentada el 27/02/2009dejándose constancia de que la tarjeta Monedero podía adherirse a tarjetas de débito y crédito, a excepción de Cabal 24 y Maestro en la operatoria de débito y tarjeta Shopping en tarjeta de crédito [v. acta de inspección de fs. 9 del expediente administrativo]. III. A fs. 11 de las actuaciones administrativas consta el acto de imputación por la presunta infracción al art. 9 de la ley 22.802, donde se le hace saber a la sumariada que dispone de 10 días hábiles para constituir domicilio y presentar descargo ante la DGDyPC. El acto fue notificado el 04/06/2009 [cfr. cédula de fs. 12 del expediente administrativo], presentándose la empresa el día 22/06/2009 a las 12 hs. [cfr. fs. 16/23 de las actuaciones administrativas]. El 04/08/2009 la Administración tuvo por no presentado el descargo por extemporáneo. Asimismo ordenó el pase de los autos a resolver [v. fs. 29 del expediente administrativo]. Emitido el dictamen jurídico previo [cfr. fs. 36/37 del expediente administrativo], el 25/01/2011 se dictó la disposición 32-DGDyPC/2011. Allí se impuso a Metronec S.A. una multa por pesos diez mil (\$ 10.000) por infracción al art. 9 de la ley 22.802 y se ordenó la publicación de la disposición condenatoria en el diario La Nación. En los fundamentos del acto administrativo, el director general, indicó que de los antecedentes obrantes en las actuaciones -folleto de fs. 4 e impresión de página web de fs. 6/7- surgía que las publicidades voluntarias efectuadas por Metronec S.A. inducían a error, engaño o confusión acerca de las condiciones de comercialización de los servicios destinados a consumidores potenciales e indeterminados, toda vez que de su lectura no se desprendía que quedaban exceptuados de la recarga automática las redes Cabal 24 y Maestro en la operatoria débito y Tarjeta Shopping en la operatoria crédito. En este sentido mencionó que el derecho a la información bien puede ser planteado en el centro de los derechos sustanciales del consumidor, ya que le permite realizar elecciones bien fundadas, en este caso en el aspecto económico. Asentado lo anterior, subrayó que la sumariada no era reincidente en los términos de la ley 22.802. Con relación a la graduación del monto de la multa tuvo en cuenta el incumplimiento constatado, la potencialidad de los consumidores que pudieron resultar afectados por la conducta descrita, la posición en el mercado de la infractora, siendo relevante a los fines de su determinación la zona geográfica en la que se sitúa el comercio explotado por la sumariada [art. 16 de la ley 757]. IV. La empresa sancionada interpuso recurso de apelación judicial [cfr. fs. 1/9]. En primer lugar sostuvo que el procedimiento llevado adelante en sede administrativa presentaba vicios graves que lo tornaban nulo. En este sentido mencionó que la DGDyPC no había respetado el trámite establecido en la ley 757 al: 1) no haber promovido la instancia conciliatoria [art. 7]; 2) no haber notificado el rechazo de la presentación del descargo [art. 12] y 3) no haber dictado la resolución en

el plazo de 30 días [art. 11]. Expuso que estas irregularidades violaron su derecho de defensa. Enlazado con lo anterior, indicó que la decisión de la Administración de tener por no presentado el descargo resultaba errada en tanto el horario indicado en el cargo era inexacto. De modo subsidiario sostuvo que aunque aquél se considerara válido, la presentación se habría efectuado una hora después del vencimiento del plazo y por aplicación del principio de informalismo, debería tenérselo por presentado en tiempo y forma. Con relación a la supuesta infracción al art. 9 de la ley 22.802 mencionó que el consumidor no había sufrido ningún perjuicio puesto que éste había adquirido la tarjeta Monedero con el servicio de carga en efectivo. Asentado ello, resaltó que la publicidad indica de modo genérico la posibilidad de adherir el servicio a una tarjeta de crédito o débito, debiendo el consumidor comunicarse con la empresa para recibir una información más detallada. Para el caso en que se decida confirmar la infracción endilgada, afirmó que ésta violaba el principio de proporcionalidad, en tanto al graduar la sanción no se había tenido en cuenta que no había existido un perjuicio al consumidor, no había existido un beneficio particular de la empresa y no se había ponderado adecuadamente su posición en el mercado. Finalmente planteó la vulneración del derecho a la doble instancia, solicitando que el Tribunal Superior de Justicia se constituya como segunda instancia al presente proceso, declarándose la inconstitucionalidad de todas las normas procesales de la ciudad que no lo autoricen. Ofreció prueba, hizo reserva del caso federal y solicitó la revocación de la disposición 32/DGDyPC/20011. V. Corrido el pertinente traslado, el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante GCBA) contestó los agravios a fs. 57/62, escrito al que corresponde remitirse en honor a la brevedad. Producida la prueba [cfr. fs. 207] y presentados los alegatos [fs. 212], se corrió vista a la Fiscalía ante la Cámara [cfr. fs. 217] y a fs. 219/221 se expidió el Sr. Fiscal. A fs. 222 se dispuso el pase de los autos al acuerdo. VI. Como paso previo a entrar en el análisis de aquello que fuera materia del recurso, cabe recordar que los jueces no están obligados a pronunciarse sobre todos los argumentos esgrimidos por las partes, ni a hacer referencia a la totalidad de las pruebas producidas, bastando que valoren las que sean conducentes para la correcta composición del litigio (conf. art. 310 del CCAyT y doctrina Fallos 272:225; 274:486; 276:132 y 187:230, entre otros). VII. Sentado ello, corresponde abordar el tratamiento de los agravios esgrimidos por la sumariada. Por razones de orden y mérito me expediré, en primer lugar, sobre el planteo de nulidad invocado, pues la conclusión a la que se arribe condicionará las restantes defensas incoadas. El recurrente mencionó que la DGDyPC no había respetado el trámite establecido en la ley 757 al: 1) no haber promovido la instancia conciliatoria [art. 7]; 2) no haber notificado el rechazo de la presentación del descargo [art. 12] y 3) no haber dictado la resolución en el plazo de 30 días [art. 11]. Estas irregularidades, en su visión, violaron su derecho de defensa. Con relación al primer agravio vale mencionar que de acuerdo con lo establecido en el art. 11 del decreto 17/2003 -reglamentario de la ley 757 y vigente al momento de la tramitación administrativa-, la instancia conciliatoria "[n]o procede, en ningún caso, (...) cuando la denuncia se refiera a infracciones a la Ley 22.802 y sus normas reglamentarias". En orden a la segunda queja, vale mencionar que la obligación de notificación no surge ni del decreto 1510/97 ni del Código Contencioso Administrativo de la Ciudad -aplicable de forma supletoria conforme lo establecido en el art. 1 del decreto 17/2003-. Junto con lo anterior es necesario resaltar que, más allá de la genérica alegación de violación de su derecho de defensa, el recurrente no ha expresado cuál habría sido el perjuicio sufrido. En este sentido, tal como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, "la nulidad procesal requiere un perjuicio concreto para alguna de las partes, pues no procede su declaración en el sólo interés del formal cumplimiento de la ley, ya que resulta inaceptable la declaración de una nulidad por la nulidad misma" (Fallos: 324:1564; 325:1649; 322:507; 320:1611; 319:119; 307:1774, entre muchos otros). Es que toda la teoría de las nulidades procesales apunta fundamentalmente al resguardo del derecho de defensa de las partes. Por eso indica Maurino, con cita de Couture, que la nulidad no procede si la desviación no tiene trascendencia sobre las garantías esenciales de la defensa en juicio (Maurino, Alberto L., Nulidades procesales, Astrea, Buenos Aires, 1990, pág. 45). En idéntico sentido cabe referirse con relación al tercer argumento expuesto por Metronec. Así las cosas, el presente cuestionamiento debe ser rechazado. VIII. Superada la primera crítica, corresponde abocarse al tratamiento del agravio relativo a la presentación extemporánea del descargo. En primer lugar corresponde señalar que el planteo de invalidez del cargo obrante a fs. 23 debe ser descartado en tanto no se ha producido prueba que acredite el error en el horario, la prueba pericial de fs. 180/183 ratificó que la firma que figura al pie fue efectuada por un agente de la Administración y de acuerdo con la planilla de asistencia de fs. 77 aquella prestaba servicios en el día y horario en que se efectuó la presentación. En siguiente orden, a fin de constatar si el descargo fue presentado en tiempo hábil, cabe mencionar que el proveído que notificó el plazo para la presentación del descargo fue diligenciado el 04/06/2009 [v. cédula de notificación de fs. 12 y vta. de las actuaciones administrativas], por lo que dicho término empezó a correr 05/06/2009, venciendo el 19/06/2009 [art. 22 inc. 3 de la ley de procedimientos administrativos], de modo que la presentación efectuada el 22/06/2009 ha sido fuera del plazo. En otro orden, en lo que atañe al informalismo que alega el sumariado, cabe recordar que este es un principio procedimental que tiende a garantizar al particular que sus peticiones realizadas en sede administrativas no serán obstaculizadas por defectos formales. En el caso lo que está en discusión es el cumplimiento de un plazo que, de acuerdo con lo establecido en el art. 22 inc. e) del decreto

1510/97 es obligatorio para las partes y para la administración. IX. Asentado lo anterior, corresponde abordar el agravio relativo a la improcedencia de la sanción aplicada. La prohibición impuesta por el art. 9 de la ley 22.802 tiene por objeto garantizarle al consumidor su derecho a ser informado correctamente respecto de las características esenciales del producto o servicio ofrecido. La razón de proteger este derecho -que encuentra base en el art. 42 de la Constitución Nacional, en cuanto consagra el derecho de los consumidores a una información adecuada y veraz; notas que son complementadas por el art. 46 de la Constitución local cuando agrega que, asimismo, debe ser transparente y oportuna- se halla en la necesidad de suministrar al consumidor conocimientos de los cuales legítimamente carece, al efecto de permitirle efectuar una elección racional y fundada respecto de un determinado bien o servicio. Es evidente que para cumplir con el objetivo de este artículo se hace indispensable que la información sobre las condiciones para la adquisición del servicio o producto promocionado se otorgue en forma clara y correcta. En cuanto a su fundamento, éste reside en la necesidad de equilibrar la evidente disparidad de conocimientos que existe entre el proveedor y el consumidor, entre las características y cualidades de los productos y servicios (cfr. López Cabana, Roberto, "Deber de información al usuario", AeDP, N°12, p.89). Por ello, los argumentos del recurrente para justificar su infracción, no pueden prosperar de ningún modo. En efecto, de la simple lectura de la publicidad cuestionada se advierte que el modo de informar la posibilidad de vincular la tarjeta Monedero con una tarjeta de débito o crédito para su recarga automática resulta incompleto, puesto que no podía conocerse inequívocamente que las redes Maestro y Cabal 24 (para débito) y tarjeta Shopping (para crédito) no son aceptadas. Ello así, es claro que la publicidad conduce a un engaño en el lector. En definitiva, las estrategias comerciales y las publicidades que la firma lleve adelante para su promoción, deben realizarse conforme al régimen jurídico vigente. Por lo demás, el hecho de que la propaganda se realice habitualmente de una manera determinada no la exime de la obligación de cumplir con los recaudos impuestos por la normativa vigente al momento de promocionar sus servicios o productos. En otro orden de cosas, el recurrente manifiesta que no ha producido ningún daño al consumidor. Sin embargo, sólo corresponde analizar si existió, o no, infracción a la norma en cuestión, independientemente del perjuicio producido por su violación. En este sentido, se ha considerado que "Lo que sanciona la ley de defensa del consumidor es la omisión o incumplimiento de los deberes u obligaciones a cargo de los prestadores de bienes y servicios que fueron impuestos como forma de equilibrar la relación prestatario-consumidor. Se trata de infracciones formales donde la verificación de tales hechos, hace nacer por sí la responsabilidad del infractor. No se requiere daño concreto sino simplemente el incumplimiento de lo prescripto por la ley..." (cfr. "CAPESA S.A.I.C.F.I.M c/Sec. de Com. e inv.", C. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala III, 18/12/97). En efecto, basta que se configure infracción al deber que impone el art. 9 de la ley 22.802, más allá de cuáles sean los resultados concretos que pudieran haberse seguido de dicho incumplimiento [cfr. mi voto en la causa "Cablevisión S.A. c/ GCBA s/ Otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apelaciones", RDC 1788/0, sentencia del 17/05/2012, Sala II]. Sobre este aspecto, considero que, para brindar una respuesta adecuada a los planteos de la recurrente, es necesario agregar algunas consideraciones básicas. Las infracciones administrativas no exigen, por lo general, la presencia de dolo, entendido, de forma elemental, como la intención deliberada de realizar el supuesto de hecho típico que derive en la afectación del bien jurídico protegido, sino que basta el obrar con mera culpa para que, en general, se configure la conducta típica. Es suficiente entonces la negligencia, la imprudencia, el descuido, la ligereza en el comportamiento para que se configure la conducta descripta por la ley. Así, por ejemplo, para que se verifique la infracción imputada en esta causa, no se exige que quien ofrece un servicio o producto tenga la intención de incumplir deliberadamente con las formas exigidas por las normas, pues basta solo con realizar de forma descuidada su tarea, a la luz de los deberes que la ley fija para equilibrar la relación de consumo. En definitiva, se está ante ilícitos que sólo exigen un obrar culposo, donde resulta claro que aquél que realiza la acción prohibida no tiene, para decirlo de forma sencilla, una "voluntad maliciosa" (cfr. voto del Dr. Corti in re "Día Argentina S.A. c/ GCBA s/ otras causas con trámite directo ante la Cámara", Expte. N.º RDC 482, sentencia del 18/10/04; Sala I). Tal como se expone en el ámbito penal, en términos que aquí son plenamente aplicables: "La voluntad de realización del autor culposo no se dirige al resultado jurídico-penalmente relevante, de manera que la relevancia jurídica de su voluntad no surge directamente de lo querido, sino de una comparación con respecto al comportamiento debido" (cfr. Stratenwerth, Günter, Derecho Penal. Parte General, Edersa, Madrid, 1982, pág. 321). Como señala Zaffaroni: "El tipo culposo no puede explicarse desde el resultado, puesto que no se halla estructurado de este modo, toda vez que la conducta culposa es tal en la medida en que la programación de la causalidad dentro de la finalidad es defectuosa respecto del deber de cuidado exigido" (cfr. Zaffaroni, Eugenio R.; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, Derecho Penal. Parte General, segunda edición, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2002, pág. 554). Efectuadas estas aclaraciones sólo resta señalar que estas características de las infracciones administrativas nada tienen que ver con negar la reprochabilidad de la conducta o, en otros términos, con suponer que tales infracciones no requieren la existencia de culpabilidad. Más allá de los matices que haya que reconocerle a la culpabilidad en el ámbito del derecho sancionador administrativo, lo cierto es que se trata de una dimensión del ilícito que prima facie no puede negarse. Esto significa que nada impide que el presunto infractor alegue causales

que excluyan la culpabilidad, tal el caso del error, más allá de las peculiaridades que pudiera tener el error en este tipo de infracciones (cfr. voto del Dr. Corti in re "Día Argentina S.A." ya citado). En el marco de las ideas expuestas, considero que los argumentos del recurrente no tienen incidencia para desvirtuar la infracción imputada. X. Dicho lo anterior, corresponde referirse al planteo de la recurrente acerca de la exorbitancia de la multa, circunstancia que torna necesario considerar la razonabilidad de la sanción aplicada por la Administración. El art. 18 de la ley 22.802 dispone: "El que infringiere las disposiciones de la presente ley, las normas reglamentarias y resoluciones que en consecuencia se dicten, será sancionado con multa de \$ 100 hasta \$500.000".

Si bien la ley 22.802 no contiene criterios para graduar la sanción, es preciso tener en cuenta que la ley de lealtad comercial conforma un sistema protector en conjunción con las leyes de defensa de la competencia (ley 22.262) y de defensa del consumidor (ley 24.240). Así debe entenderse en el mencionado art. 3 de esta última, cuya función integradora -como ya dijimos- configura este sistema general. La referida concepción implica que las tres leyes deben interpretarse de forma conjunta y armónica, a los efectos de cumplir con una finalidad que tienen en común: defender y proteger los derechos del consumidor. En este claro contexto hermenéutico cabe tener en cuenta lo establecido en el art. 49 de la ley de defensa del consumidor, que dispone: "En la aplicación y graduación de las sanciones previstas en el artículo 47 se tendrá en cuenta el perjuicio resultante de la infracción para el consumidor o usuario, la posición en el mercado del infractor, la cuantía del beneficio obtenido, el grado de intencionalidad, la gravedad de los riesgos, o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización, la reincidencia y las demás circunstancias relevantes del hecho. Se considerará reincidente a quien, habiendo sido sancionado por una infracción a esta ley incurra en otra de similar naturaleza dentro del término de tres (3) años". También debe considerarse el art. 16 de la ley 757 -ley de procedimiento administrativo para la defensa de los derechos del consumidor y del usuario-, que receptó estas pautas de graduación para aplicarlas a las infracciones previstas, no sólo en la ley de defensa del consumidor, sino también en la ley de lealtad comercial (cfr. art. 15, ley 757), plasmando así, en el ámbito local, la concepción antes expuesta. Ahora bien, la DGDyPC ha expresado los extremos tenidos en cuenta para la graduación de la multa recurrida: a) que no obra en autos que la sumariada sea reincidente; b) el incumplimiento constatado y la potencialidad de los consumidores que pudieron resultar engañados por la conducta descripta; c) la posición en el mercado de la infractora y d) la zona geográfica donde se ubica el local del recurrente. Al mismo tiempo encuentro que el monto de la multa impugnada (\$ 10.000) se encuentra mucho más cerca del mínimo previsto (\$100), según el art. 18 de la ley 22.802, que del límite máximo de graduación establecido (\$500.000). En consecuencia, considero que debe confirmarse el monto de la multa impuesta.

XI. Finalmente, resta analizar si correspondería hacer lugar al pedido de constituir al TSJ como una segunda instancia para el caso en que se denegase el recurso directo interpuesto y, en consecuencia, declarar inconstitucionales "...todas las normas procesales de la Ciudad que así no lo autoricen..." (fs. 8 vta.). En virtud de ello, al no encontrarse configurado el posible agravio que manifestó el recurrente, resultaría prematuro pronunciarse en esta instancia respecto a la petición de declaración de inconstitucionalidad formulado. En consecuencia, al no estar materializada la situación fáctica planteada por el recurrente, no correspondería resolver la cuestión planteada (cfr. doctr. Sala II en la causa "Metrovías S.A. c/ Ente Único Regulador de Servicios de la CABA s/ otros rec. judiciales contra res. pers. públicas no est.", Expte. N°: RDC 3315/0, sent. del 19/02/2015).

XII. En atención al modo en que se resuelve, entiendo que las costas deben ser impuestas al actor en su condición de vencido [art. 62 del CCAyT]. Corresponde fijar los honorarios de la perito calígrafa en la suma de quinientos pesos (\$ 500) [art. 386 del CCAyT] y los de la representación letrada de la parte demandada en la suma de seis mil seiscientos ochenta y siete pesos (\$ 6.687) de conformidad con lo dispuesto en los arts. 16, 17, 21, 23, 24, 29, 54, 60 y 62 de la ley 5134. XIII. Por las consideraciones efectuadas, se propone al acuerdo que, en caso de ser compartido este voto, se rechace el recurso de apelación judicial interpuesto, con costas a la parte vencida [art. 62 del CCAyT] y se fijen los honorarios de la perito calígrafa en la suma de quinientos pesos (\$ 500) [art. 386 del CCAyT] y los de la representación letrada de la parte demandada en la suma de seis mil seiscientos ochenta y siete pesos (\$ 6.687) de conformidad con lo dispuesto en los arts. 16, 17, 21, 23, 24, 29, 54, 60 y 62 de la ley 5134. El Dr. Hugo Zuleta adhiere al voto que antecede.

En mérito a las consideraciones expuestas, se RESUELVE: 1) Rechazar el recurso judicial de apelación interpuesto por Metronec S.A. y, en consecuencia, confirmar la disposición N° 32-DGDyPC-2011; 2) Imponer las costas a la vencida (art. 62 CCAyT); 3) Fijar los honorarios de la perito calígrafa en la suma de quinientos pesos (\$ 500) [art. 386 del CCAyT] y los de la representación letrada de la parte demandada en la suma de seis mil seiscientos ochenta y siete pesos (\$ 6.687) de conformidad con lo dispuesto en los arts. 16, 17, 21, 23, 24, 29, 54, 60 y 62 de la ley 5134. Se deja constancia de que Gabriela Seijas no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia. Regístrese. Notifíquese y -oportunamente- devuélvase.

Esteban CENTANARO	Juez de Cámara Subrogante Sala III	Contencioso Administrativo y Tributario	Ciudad Autónoma
de Buenos Aires	Dr. HUGO R. ZULETA	Juez de Cámara	Contencioso Administrativo y Tributario
			Ciudad Autónoma
de Buenos Aires		011125E	