

Defensa Del Consumidor Multas Recurso Directo Aviso Publicitario Publicidad Enganosa Ley 22 802 Lealtad Comercial

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

JURISPRUDENCIA

Defensa del consumidor. Multas. Recurso directo. Aviso publicitario. Publicidad engañosa. Ley 22.802.

Lealtad comercial Se confirma la multa impuesta por configurarse un supuesto de publicidad engañosa en violación al artículo 9 de la ley 22.802, al afirmar -sin suficiente fundamento- un anuncio publicitario que "Sensodyne es la marca más recomendada por los odontólogos para tratar la sensibilidad dental", puesto que la encuesta acompañada por la empresa (base de tal conclusión) fue realizada a una muestra de 400 dentistas residentes en el país, pero de ella no puede deducirse que sea verdadero lo afirmado sino solo una probabilidad.

En la Ciudad de Buenos Aires, el 15 de septiembre de 2016, reunidos en acuerdo los señores jueces de la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, para entender en el recurso directo interpuesto por la actora en los autos "Glaxosmithkline Argentina SA c/ GCBA s/ Recurso directo sobre resoluciones de defensa al consumidor", EXP D65239-2013/0, contra la disposición DI-2013-1975-DGDyPC, el tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver: ¿Se ajusta a derecho la disposición apelada? A la cuestión planteada Gabriela Seijas dijo: I. El 11 de julio de 2013 el Director General de Defensa y Protección del Consumidor, Juan Manuel Gallo, dictó la disposición DI-2013-1975-DGPyDC por la que impuso a Glaxosmithkline Argentina SA (en adelante "GSK") una multa de cien mil pesos (0 000), la obligación de publicar la disposición condenatoria en el diario Clarín, la orden de cesar en la publicación de anuncios que contravengan la normativa vigente, y la obligación de difundir la rectificación publicitaria en el mismo medio en el que fue publicado el anuncio cuestionado, como consecuencia de la comisión de la infracción prevista en el artículo 9º de la ley 22802 (v. fs. 50/53). II. Contra tal disposición Luis Augusto Vechio, apoderado de GSK, con el patrocinio letrado de Agustín Waisman, interpuso recurso directo en los términos del artículo 11 de la ley 757. Manifestó que no existió una infracción al artículo 9º de la ley 22802, puesto que la omisión de incluir la fuente que daba sustento a la afirmación cuestionada -luego acompañada en sede administrativa al efectuar el descargo- no convertía a la información en engañosa, si no que por el contrario, acreditaba la veracidad de lo manifestado en el aviso publicitario. Consideró que en el caso se encontraba en discusión el alcance que debe darse al artículo 9º de la ley 22802 y cuáles son los parámetros que permiten calificar una publicidad como "engañosa?". Añadió que "no toda omisión de información convierte a una afirmación en engañosa" (v. fs. 56) y que, en el caso de autos, la omisión incurrida no inducía a error o engaño, puesto que el estudio realizado confirmaba la afirmación del anuncio. A continuación expuso que el monto de la sanción carecía de fundamento y resultaba desproporcionado y solicitó que, en el caso de confirmarse la disposición recurrida, se redujera el monto de la multa (v. fs. 55/60). III. El expediente fue recibido por el tribunal el 18 de septiembre de 2013 (v. fs. 94) y, previo traslado conferido al Sr. Fiscal ante la Cámara (v. fs. 109/109 vta.), se tuvo por habilitada la instancia. La apoderada del GCBA, Nilda Concepción Ruiz procedió a contestarlo (v. fs. 119/123). Reseñó los hechos que dieron origen a la sanción, citó normativa y jurisprudencia que entendió aplicables al caso y expresó que la actora infringió el artículo 9º de la ley 22802. Agregó que el monto de la multa resultaba ajustado a derecho. La cuestión fue declarada como de puro derecho y pasaron los autos para alegar (v. fs. 124). Sólo la parte actora hizo uso de este derecho (v. fs. 128/128 vta.). A continuación, la Sra. Fiscal ante la Cámara, Nidia Karina Cicero, emitió dictamen (v. fs. 130/131 vta.). Estimó que en el caso no se configuró la conducta tipificada por el artículo 9º de la ley 22802, por lo que propició la admisión del recurso interpuesto por la actora. En cuanto al monto de la multa, manifestó que la cuestión se vinculaba con cuestiones de hecho y prueba, ajenas a la competencia del Ministerio Público Fiscal. Por último, previo sorteo, pasaron los autos al acuerdo (v. 133). IV. Conforme se desprende del expediente administrativo, la DGDyPC imputó a la actora la comisión de dos infracciones al artículo 9º de la ley 22802 por la publicación de un anuncio en la revista Viva y otro en su página web. Consideró que las infracciones se configuraron porque los anuncios afirmaron, sin fundamento, que Sensodyne es la marca más recomendada por los odontólogos para tratar la sensibilidad dental. Por su parte, al presentar el descargo la actora acompañó copia del estudio realizado por la empresa consultora Ipsos del que surge que, sobre la muestra consultada (cuatrocientos odontólogos), la mayoría respondió que para el tratamiento de dientes sensibles recomienda el uso de Sensodyne. V. La Administración no cuestionó la validez del estudio acompañado por la actora, ni probó que fuera falso o insuficiente la muestra tomada como referencia para realizar la afirmación cuestionada. Por el contrario, se limitó a expresar que "...las defensas intentadas por la encartada a fs. 9/41 no son de entidad suficiente como para rebatir el plexo probatorio obrante en su contra?, para luego realizar correcciones terminológicas meramente teóricas en relación a los dichos vertidos por GSK en su descargo. Es decir, no tuvo en cuenta las pruebas aportadas por la actora que

permitirían desvirtuar la imputación que dio origen a la sanción. Por lo demás, la afirmación de que "...la omisión de la fuente de medición puede inducir a engaño al consumidor? o que "[l]a realización de una encuesta y sus conclusiones puede variar según las preguntas realizadas, el alcance geográfico de la misma, la idoneidad y cantidad de gente encuestada y demás circunstancias que influyen sobre los resultados? no pasan de ser generalidades que nada dicen respecto del caso puntual. Es decir, no se afirmó que en este caso la omisión por parte de GSK efectivamente pudiera inducir a error y no se realizó un análisis de la documentación acompañada que permitiera determinar que la encuesta, tal y como fue realizada, permite inducir a error, hecho que quedó además descartado por la propia Administración que resolvió (cf. art. 4º de la disposición) que debía citarse la fuente sin realizar otras consideraciones. De lo expuesto cabe concluir que la Administración consideró que la encuesta aportada configuraba fundamento suficiente para tener por acreditada la afirmación cuestionada, lo que descarta en el caso un intento de engañar al consumidor. En el caso de autos la autoridad de aplicación no acreditó que los avisos publicitarios referidos a la oferta del dentífrico Sensodyne conteniendo una especial referencia a su carácter de más recomendado por los odontólogos configuren una "inexactitud u ocultamiento" que produjese error, engaño o confusión. Así, corresponde hacer lugar a los planteos de la recurrente y dejar sin efecto la disposición atacada. VI. Por los argumentos expuestos y, en caso de que mi voto fuere compartido, propongo al acuerdo:

1. Hacer lugar al recurso directo interpuesto por Glaxosmithkline Argentina SA y, en consecuencia, dejar sin efecto la disposición DI-2013-1975-DGPyDC; 2. Imponer las costas al demandado vencido (art. 62, primer párrafo, CCAyT).

A la cuestión planteada Hugo Zuleta dijo: Me remito al relato de los hechos realizado por la Dra. Seijas, pero disiento con la solución que postula, por las razones que expondré.

I. En primer lugar, corresponde determinar si, en el caso bajo análisis, la recurrente infringió el artículo 9 de la ley 22.802, que establece que "[q]ueda 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?". Sobre esta cuestión, la empresa argumenta que del hecho de que haya omitido incluir en sus anuncios publicitarios la fuente en la que se basó para afirmar que Sensodyne es, "en dientes sensibles, la marca más recomendada por los odontólogos" no se sigue que dichos anuncios publicitarios constituyan publicidades engañosas. En este sentido, sostiene que la omisión de incluir la fuente no convierte una afirmación verdadera en una engañosa. No obstante, en el caso bajo análisis, la evidencia obrante en estas actuaciones no da cuenta de que sea verdadero que Sensodyne es "en dientes sensibles, la marca más recomendada por los odontólogos", sino que da cuenta de que ello es tan solo probable. Puesto que la encuesta acompañada por la empresa (en la que se concluyó que "Sensodyne significativamente es más recomendada" - v. fs. 19) fue realizada a una muestra de 400 dentistas residentes en el país (v. fs. 13 y 14), de ella no puede deducirse que sea verdadero que Sensodyne sea, "en dientes sensibles, la marca más recomendada por los odontólogos" en general. En todo caso, de dicha muestra puede tan solo inducirse (en caso de que sea suficientemente representativa de la generalidad de los odontólogos -lo cual no fue probado en estas actuaciones) que es probable que Sensodyne sea, "en dientes sensibles, la marca más recomendada por los odontólogos?". Por lo tanto, puesto que en las publicidades bajo análisis la empresa anunció, lisa y llanamente (y sin hacer referencia alguna a una encuesta que acotara el alcance de lo anunciado), que era verdadero que Sensodyne era, "en dientes sensibles, la marca más recomendada por los odontólogos", cuando ello es tan solo probable, debe concluirse que realizó publicidades engañosas, en violación de lo dispuesto en el artículo 9 de la ley 22.802.

II. En segundo lugar, considero que, en la disposición recurrida, la DGDyPC ha expresado suficientemente los motivos que justificaron la graduación de la multa. En este sentido, cabe señalar que la DGDyPC explicó que había tenido en cuenta, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 16 de la ley 757, el perjuicio resultante de la infracción para los potenciales consumidores y el medio utilizado para la difusión de los avisos en infracción (v. fs. 52). Asimismo, cabe señalar que el monto total de la multa (\$ 100.000) se encuentra considerablemente más próximo al mínimo previsto en el artículo 47 de la ley 24.240 (de \$ 100) que al máximo que prevé dicha norma (\$ 5.000.000). En este marco, considerando que la graduación de las sanciones es una facultad que compete, en principio, a la administración, puesto que no noto que exista una irrazonabilidad o arbitrariedad manifiesta, considero que corresponde confirmar el monto de la multa impuesta en la disposición recurrida.

III. Por los motivos expuestos en los puntos I y II, considero que debe confirmarse la disposición recurrida, en todo cuanto dispone.

IV. Con respecto a las costas, estimo que corresponde imponerlas a la recurrente, puesto que no hallo motivos para apartarse del principio objetivo de la derrota (conf. art. 62 del Código Contencioso Administrativo y Tributario).

V. A los efectos de regular los honorarios de los profesionales intervinientes en estas actuaciones, resulta aplicable lo dispuesto en la ley 5134, que establece, en su artículo 62, que "[l]as disposiciones de la presente ley se aplicarán a todos los procesos en curso, en los que no haya regulación firme de honorarios, al tiempo de su publicación." Por lo tanto, teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 15, 23, 24, 29, inc. a, y 60 de la ley 5134, la calidad y la extensión de la labor profesional y la única etapa cumplida, propicio que se regulen los honorarios correspondientes a las actuaciones de la representación letrada del

GCBA en la suma de siete mil quinientos pesos (\$ 7.500). A la cuestión planteada Esteban Centanaro dijo: I. Adhiero al voto del Dr. Hugo Zuleta, con las consideraciones que a continuación detallo. II. Liminarmente, estimo necesario exponer el régimen legal aplicable a la presente controversia, que en diversos aspectos ya he examinado en otras oportunidades (cfr. ?Fast Food Sudamericana S.A. c/ GCBA s/ otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apel.?, Expte. RDC 1812/0, Sala I, sentencia del 19 de diciembre de 2008, ?Zuker Servicios Inmobiliarios SRL c/ GCBA s/ otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apel.?, Expte. RDC 2948, Sala II, sentencias del 14 de febrero de 2012, ?Cablevisión S.A. c/ GCBA s/ otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apelaciones?, Expte. RDC 1788/0, Sala II, sentencia del 17 de mayo de 2012, ?Montaña Inmobiliaria S.A. c/ GCBA s/ otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apelaciones?, Expte. RDC 3194, Sala II, sentencia del 31 de julio de 2012). El art. 3 de la ley 24.240 establece que ?las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones jurídicas antes definidas, en particular las de Defensa de la Competencia y de Lealtad Comercial. En caso de duda se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor?. A su vez, el art. 9 de la ley 22.802 determina: ?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?. En consecuencia, corresponde analizar lo previsto en esta última disposición realizando una interpretación armónica con los principios de las leyes de lealtad comercial y de defensa del consumidor. En este sentido, cabe aclarar que la actora no ha desconocido el aviso publicitario, ni el contenido de sus términos, sino que en su expresión de agravios intenta justificar la presunta infracción detectada por la administración. El sentido del art. 9 de la ley 22.802 consiste en proteger al consumidor o usuario de aquellas tácticas de comercialización que puedan perjudicar su situación frente al proveedor del bien o servicio, afectando su derecho a la información. La razón para 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 porteña cuando agrega que, asimismo, debe ser transparente y oportuna- se halla en la necesidad de suministrar al consumidor conocimientos suficientes, a fin de permitirle efectuar una elección racional y fundada respecto de un determinado bien o servicio. El porqué de la necesidad de una información al consumidor o al usuario radica precisamente en la desigualdad evidente que tiene respecto del proveedor de los conocimientos sobre los productos y servicios (cfr. López Cabana, Roberto, ?Deber de información al usuario?, en Actualidad en Derecho Público [AeDP] 12, p. 89). Dentro de este marco, cabe recordar que el fin que se persigue con la ley 22.802, de lealtad comercial es evitar que los consumidores, mediante publicidades poco claras o engañosas sean inducidos a error o falsedad en la adquisición de mercaderías o en la contratación de servicios, protegiéndose, de este modo el derecho de aquéllos a una información adecuada, completa y veraz, con relación al consumo (cfr. art. 42 Constitución Nacional y art. 46 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires). La mencionada ley pretende preservar la lealtad en las relaciones comerciales, que abarca los derechos de los consumidores y los de los competidores; con publicidades como la examinada se pueden producir desvíos o captación potencial de clientela por medio de métodos contrarios a la lealtad que debe reinar en las relaciones comerciales. Por ello, los argumentos de la actora para justificar su infracción no pueden prosperar de ningún modo. En efecto, de la simple lectura de la publicidad cuestionada se advierte que la leyenda ?la marca más recomendada por los odontólogos? es cuanto menos engañosa. Como puede observarse, no surge de las constancias obrante en autos que en la publicidad se hubiese aclarado que la leyenda se encontraba fundada en una encuesta efectuada a un número determinado de profesionales, ofreciendo entonces tal publicidad una información insuficiente, que induce al error en los consumidores al momento de adquirir el producto (cfr. ?Fast Food Sudamericana S.A.?, ya citado). Así dejo expresado mi voto. De acuerdo al resultado de la votación que antecede, por mayoría, SE RESUELVE: 1) Rechazar el recurso directo interpuesto por Glaxosmithkline Argentina SA y, en consecuencia, confirmar la disposición DI-2013-1975-DGPyDC; 2) Imponer las costas a la actora vencida (art. 62, primer párrafo, CCAyT) y; 3) Regular los honorarios de la representación letrada del GCBA en la suma de siete mil quinientos pesos (\$ 7.500). Regístrese, notifíquese a las partes y a la Sra. Fiscal en su público despacho. Oportunamente, devuélvase. Correlaciones: Ley 22802 - BO: 11/05/1983 Coto Centro Integral de Comercialización SA c/DNCI - Disp. 72/2013 - Cám. Nac. Cont. Adm. Fed. - Sala V - 07/05/2014. 010778E