29527/2014

SWISS MEDICAL SA c/ DNCI- s/DEFENSA DEL CONSUMIDOR - LEY 24240 - ART 4

Buenos Aires, de julio de 2015.-

VISTOS Y CONSIDERANDO:

I.- Que por medio de la Disposición nro. 127/2014 el Director Nacional de Comercio Interior le aplicó a la empresa Swiss Medical S.A. una multa de 40.000 pesos, por no haber brindado información respecto del cargo denominado “devengado no cobrado” incluido en la facturas emitidas al cliente y, de tal manera, haber infringido el artículo 4º de la ley 24.240. Asimismo, dispuso que la firma sancionada debería publicar la parte dispositiva de esa Disposición, y pagarle un importe equivalente a 3 Canastas Básicas Total para el Hogar 3, en concepto de daño directo.

En primer término, señaló que en las actuaciones administrativas promovidas por la denuncia del usuario de ese servicio se acreditó el incumplimiento, pues en las facturas acompañadas por el usuario se habían incluidos conceptos respecto de los cuales no se había realizado ninguna aclaración. Destacó que en el descargo la empresa no dio explicaciones claras acerca de modo en que había elaborado esas facturas, y, además, tampoco informó adecuadamente sobre ello durante la etapa conciliatoria previa tramitada ante el organismo.

Con respecto al monto de la multa, señaló que en atención a la capacidad económica de la empresa sancionada correspondía imponer una multa severa y rigurosa, y además, tuvo en cuenta la potencialidad del perjuicio causado a los usuarios, la posición dominante de la sumariada en el mercado, la actitud de la empresa durante la sustanciación del sumario, y los antecedentes registrados en el informe agregado a las actuaciones.

Por otra parte, destacó que la empresa sancionada, al no haber brindado en ningún momento información clara y detallada con respecto a los aumentos dispuestos de manera unilateral, le

ocasionó al usuario "… un estado de angustia e incertidumbre en cuanto a los valores de la cobertura médica". Agregó que en tales condiciones aquél se vio obligado a presentar la pertinente denuncia administrativa, con el consiguiente dispendio de tiempo y gastos; por lo que, estimó la medida del daño en el valor equivalente a 3 canastas básicas, en los términos del artículo 40 bis de la ley 24.240.

II.- Que contra esa disposición, la empresa apeló y expresó agravios a fs. 52/98, que fueron replicados por el Estado Nacional – Ministerio de Economía y Finanzas Públicas a fs. 122/138.

En primer lugar, se agravia por considerar que el procedimiento administrativo que concluyó con la aplicación de la sanción se halla viciado, porque se omitió el dictamen jurídico previo del servicio de asesoramiento jurídico de la Dirección Nacional de Comercio Interior, tal como se exige en el artículo 7, inciso d), de la ley 19.549, y que, en el caso, ello adquiere particular relevancia en atención a que el funcionario que firmó la disposición sancionatoria no tiene formación jurídica, sino que es profesor de literatura. Señala que el dictamen jurídico configura un acto preparatorio requerido cuando, como en el caso, el acto puede afectar derechos subjetivos o intereses legítimos, y tiende a garantizar que durante la tramitación del procedimiento administrativo se respeten las normas y principios del derecho. Sostiene que, en el caso, no se emitió un dictamen jurídico válido, puesto que la intervención del abogado Carlos Patricio Scoppa y de la abogada Graciela Peppe tuvo lugar para disponer el pase de una dependencia a la otra.

Por otra parte, con respecto al fondo de la cuestión, sostiene que su parte había informado al denunciante, personal y telefónicamente, el origen del concepto reclamado, que constituyó la razón en virtud de la cual se facturaron los cargos cuestionados y los periodos en los que se aplicarían. También sostiene que esa información fue brindada en la etapa conciliatoria, y que del artículo 4º de la ley 24.240 no surge que esa información haya debido ser brindada por escrito.

Destaca que los aumentos facturados se debieron a los incrementos en los costos y gastos operativos necesarios para la prestación del servicio de medicina prepaga, tales como salarios e insumos, y que, además, hasta la sanción de la ley 26.682 el servicio de

medicina prepaga se encontraba desregulado y los aumentos de carácter general en el precio del servicio con anterioridad a esa ley, no debían ser autorizados por organismo alguno. No obstante, señala, que la aplicación efectiva de los aumentos fue publicada en los medios de comunicación, y que la facturación del rubro “devengado no cobrado” se consignó en las facturas con carácter negativo, es decir, que no se cobraba al usuario, puesto que su aplicación se mantuvo “en suspenso” hasta que finalmente se prorrateó el cobro de manera tal que los aumentos no repercutieran en una única factura.

Por último, sostienen que el monto de las multas aplicadas y del daño directo resulta excesivo. Señalan que al momento de graduarlas la administración la fundamentó en parámetros genéricos, y no tomó en cuenta la necesaria proporcionalidad entre la gravedad de la falta y el perjuicio ocasionado. En consecuencia, aduce que el acto es arbitrario e inconstitucional. En subsidio, y para el caso en que se confirmare la sanción aplicada, solicita que sea reducida.

III.- Que a fs. 104 y 148/149 dictaminó el Fiscal General ante esta Alzada respecto de la admisibilidad formal del recurso, y respecto de la constitucionalidad del artículo 40 bis de la ley 24.240 (texto ordenado según la ley 26.361).

IV.- Que, cabe recordar que el Tribunal no se halla obligado a seguir a la recurrente en todas y cada una de sus argumentaciones, sino tan sólo en aquellas que sean conducentes para decidir la cuestión planteada (cfr. Fallos 278:271; 291:390; 300:584, entre muchos otros).

V.- Que en cuanto al planteo relativo a la nulidad de la disposición recurrida por carencia del requisito del dictamen previo exigido en el artículo 7, inc. “d”, de la ley 19.549, cabe recordar que “el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico” configura un requisito esencial del acto administrativo, siempre que éste pudiere afectar derechos subjetivos e intereses legítimos; por consiguiente, su omisión afecta la validez del acto respectivo. En efecto, tal como se ha expresado el “dictamen letrado previo no es un mero requisito de trámite o de procedimiento. Es una garantía de algún dejo de razonabilidad, prudencia y justicia en el comportamiento administrativo…, y, la omisión de requerir dictamen de los asesores jurídicos permanentes

de la administración en cualquier acto administrativo que verse sobre derechos u deberes de los administrados o de la administración, en buenos principios vicia de nulidad dicha resolución” (Gordillo, Agustín: Tratado de Derecho Administrativo, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2000, Tomo III, IX-11 a 14).

Al respecto, cabe señalar que de las constancias de la causa, en particular a fs. 26, surge que el abogado Carlos Patricio Scoppa manifestó haber examinado las constancias del sumario administrativo, y concluyó que la empresa prestadora efectivamente había cometido la infracción imputada, y que correspondía aplicarle la sanción, en virtud de los motivos expuestos en el proyecto de resolución elaborado por ese funcionario y acompañado a efectos de que se dictara el acto definitivo. A fs. 27, la Directora de Actuaciones por Infracciones manifestó que compartía el criterio del abogado dictaminante, y elevó las actuaciones al Director Nacional de Comercio Interior.

De la compulsa de las actuaciones no surge que en el dictamen, suscripto por el abogado Carlos Patricio Scoppa se haya aclarado que ese agente perteneciera al servicio permanente de asesoramiento jurídico de la Secretaria de Comercio Interior (cfr. art. 1, dec. 877/09, y su Anexo). Sin perjuicio de ello, la firma actora tampoco ha producido la prueba para demostrar que ese profesional no pertenecía al servicio jurídico del organismo, ni explica por qué razones esa opinión jurídica no cumpliría con el requisito esencial previsto en el artículo 7, inc. “d”, de la ley 19.549, ya que se trata de un dictamen jurídico previo al dictado del acto, en el que se llevó a cabo el examen de los hechos y del derecho aplicable al caso y, sobre esa base, el funcionario firmante elaboró el proyecto de resolución que luego fue compartido por la autoridad competente (cfr. Sala II en causa “*American Airlines c/ Secretaría de Comercio e Inversiones – DISP. DNCI nº 1085/99”*, especialmente en su considerando 6º, del 4 de mayo de 2000, “*Tia S.A. c/ Secretaría de Comercio e Inversiones – DISP. DNCI nº731/99*”, del 15.02.2001, “*Swiss Medical SA c/ D.N.C.I. s/ recurso directo de organismo externo*”, considerando 8º, del 21 de octubre de 2014; esta Sala, causa "*Vansal S.A. c/ DNCI-DISP 186/09 (Expte S01:361143/2004)*", del 14 de junio de 2010 y “*Coto Centro Integral de*

Comercialización SA C/ DNCI-DISP 72/13 (Ex S01:450977/10) S/", del 6 de mayo de 2014.; y Sala I en causa "*Hotel Internacional Iguazú SA c/ DNCI – Disp 499/09 (expte. S01 427576/06)*", del 1 de febrero 2012). Por lo expuesto, el planteo de nulidad deducido por la recurrente no puede prosperar.

VI.- Que, en tal sentido, cabe señalar que en el artículo 42 de la Constitución Nacional se establece, en lo que aquí respecta, que: "los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digna. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados...". A su vez, en el artículo 4º de la ley 24.240 se establece que "*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. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con claridad necesaria que permita su comprensión*".

VII.- Que sentado ello, cabe señalar que la recurrente se limita a afirmar que había informado al usuario sobre el origen y las razones del conceptos facturados de manera personal y telefónicamente, sin embargo no acreditó concretamente de qué manera lo hizo y, qué información le proporcionó con relación a los aumentos facturados. Si bien el consumidor puede suponer que existe de que se produzcan incrementos en el precio de los servicios, esta circunstancia no releva a la empresa de suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada, tal como lo exige el artículo 4º de la ley 24.240, toda la información relacionada con las características esenciales de los servicios que provee y las condiciones de su comercialización; máxime si como en el caso, se trata de un elemento esencial de la relación de consumo, como es el precio del servicio contratado.

En tal sentido, la empresa actora debió haber informado al usuario de manera detallada y clara respecto de los rubros o conceptos en virtud de los cuales los cargos se incluyeron en las

facturas y si se trataba de meros incrementos del valor final del servicio, ello debió haber sido explicitado en términos claros y simples**;** porque el usuario no está obligado a conocer el método particular que utiliza cada empresa para dar cuenta en la factura de todos los rubros que integran el precio final, ni tiene conocimiento de las vicisitudes relativas a las negociaciones entre la empresa y el Secretario de Comercio Interior que resultaron en la aplicación de los aumentos. Cabe recordar que el artículo 4 de la ley 24.240 encuentra razón en la necesidad de suministrar al consumidor conocimientos de los cuales legítimamente carece, al efecto de permitirle efectuar una decisión racional y fundada respecto del bien o servicio en cuestión (cfr. Sala III, en causa nro. 25.019/00 “Sprayette S.A.”, del 29 de marzo de 2001; 46261/11 “DirecTv Argentina SA c/DNCI – Disp. N° 414/11 (Expte. S01:391180/09)”, del 7 de junio de 2012).-

Por lo demás, cabe señalar que de acuerdo a los fines tenidos en cuenta por la Ley de Defensa del Consumidor, para la configuración de la infracción susceptible de reproche no resulta exigible, la existencia de un perjuicio real para los consumidores, o la verificación de un beneficio para el incumplidor. En efecto, esta Sala ha señalado que dado el carácter formal de la infracción, no es relevante que exista un consumidor que se haya visto efectivamente inducido a confusión, error o engaño, sino que basta con que tal posibilidad exista, conforme a las circunstancias objetivas de la causa (esta Sala, in re “José Saporana y Hnos. c. Secretaría de Comercio e Inversiones”, sentencia del 25.06.97; “Administradora EMPCO SA c/ DNCI – DISP 193/10 (Expte. S01:274981/07”, del 09.09.10).

VIII.- Que, con relación al resarcimiento por daño directo determinado por el organismo administrativo en favor del denunciante, cabe destacar que por medio de la ley 26.361, se incorporó a la ley 24.240 el artículo 40 bis, en el que se reconoce a la autoridad de aplicación la atribución de disponer la reparación del daño al consumidor que se haya producido como consecuencia inmediata de la infracción a las normas de la ley 24.240. En dicha norma se aclara que daño directo “es todo perjuicio o menoscabo al derecho del usuario o consumidor, susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su persona, como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador de servicios. La

autoridad de aplicación podrá determinar la existencia de daño directo al usuario o consumidor resultante de la infracción del proveedor o del prestador de servicios y obligar a éste a resarcirlo, hasta un valor máximo de cinco (5) Canastas Básicas Total para el Hogar 3, que publica el Instituto Nacional de Estadística y Censos de la República Argentina (INDEC)…".

Al respecto, cabe destacar que, como regla general, la atribución por ley de facultades jurisdiccionales a órganos de la administración está vedada por el artículo 18 de la Constitución Nacional, en el que se garantiza la defensa en juicio de la persona y sus derechos; y en el artículo 109, en el que se prohíbe al Poder Ejecutivo el ejercicio de funciones judiciales. Sin embargo, también se ha reconocido que, en las condiciones descriptas en los precedentes de Fallos 247:646; 321:776; 328:651, entre otros, los organismos o tribunales administrativos pueden ejercer funciones jurisdiccionales siempre que ese ejercicio, entre otros requisitos, haya sido razonable y, además, sus decisiones esté sujetas a un control judicial amplio y suficiente.

En el artículo 40 bis, según el texto de la ley 26.361, se faculta a la autoridad de aplicación, de manera limitada, a fijar el resarcimiento del denominado "daño directo", en los términos previstos en el segundo párrafo de esa norma. Esa atribución, de naturaleza jurisdiccional, ha sido expresamente atribuida por la ley a la autoridad administrativa con una finalidad razonable, es decir, a fin de evitar que cada persona que pudiera resultar afectada como consecuencia de una relación de consumo se vea forzada a promover un pleito para ser resarcido por los daños y perjuicios de menor cuantía que pueda haber sufrido (cfr. *mutatis mutandi*, Procuración del Tesoro de la Nación, Dictamen Nº 64 del 16 de marzo de 2006, esp. pto. 1.6; y esta Sala, en causa nro. 1.809/07 "*Edesur S.A. C/ Resolución 1569/06 ENRE – (EXP 200888/04)*", del 27 de octubre de 2009, 4.113/07 "*Edesur S.A. C/ Resolución 8943/04 ENRE – RESOL 436/07 SE (EXP 191265/04)*", del 11 de febrero de 2009, y 46764/2013 "Collins Automotores SA Y Otros C/ DNCI S/Recurso Directo De Organismo Externo", del 4 de junio de 2015, entre otras). En tales condiciones, y en concordancia con lo dictaminado por el señor Fiscal General ante esta Alzada, corresponde desestimar el planteo de inconstitucionalidad formulado por la demandante.

En el caso, se encuentra probado el incumplimiento atribuido a la firma apelante; que surge de las presentaciones formuladas y el reclamo formulado por el consumidor a la empresa actora. El monto correspondiente al daño directo determinado en la Disposición impugnada, es decir, tres Canastas Básicas Total para el Hogar 3 equivale, al último valor publicado por el INDEC, es decir, diciembre de 2013, a 5.818,44. Por ello, y en atención a que el monto determinado no resulta desproporcionado con el incumplimiento imputado, corresponde confirmar el daño directo fijado en la disposición bajo estudio.

VIII.- Que, en lo atinente al monto de la sanción aplicada es dable señalar que, en numerosas oportunidades se ha dicho que la determinación y graduación de la misma es resorte primario de la autoridad administrativa, principio que solo cede ante una manifiesta arbitrariedad (conf. esta Sala in re “Musso, Walter c/ Prefectura Naval Argentina”, sentencia del 27.05.97). En efecto, no resulta exigible una exacta correspondencia numérica entre la multa y la infracción cometida, sino que es suficiente que la autoridad de aplicación realice una apreciación razonable de los diferentes parámetros legales previstos en el artículo 49 de la ley 24.240 y las circunstancias fácticas tenidas en cuenta para justificar la sanción. En tales condiciones, no se advierte que la sanción por su entidad, resulte desproporcionadas.

Por las razones expuestas, corresponde rechazar el recurso interpuesto y confirmar la disposición apelada, con costas a las vencidas (cfr. art. 68 del C.P.C.C.N.).

Regístrese, notifíquese y devuélvanse.

Jorge Federico Alemany **Guillermo F. Treacy**

Pablo Gallegos Fedriani

Fecha de firma: 14/07/2015
Firmado por: GALLEGOS FEDRIANI PABLO , JUEZ DE CAMARA
Firmado por: JORGE FEDERICO ALEMANY, JUEZ DE CAMARA
Firmado por: GUILLERMO F. TREACY, JUEZ DE CAMARA