000585/2018

Comodoro Rivadavia, de septiembre de 2019.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Llegan a conocimiento del Tribunal estos autos caratulados **"P. O. SA DE AHORRO PARA FINES DETERMINADOS en autos "G., V. A. c/ P. O. SA DE AHORRO PARA FINES DETERMINADOS s/ RECLAMO" (Expte. N° 655/2018 ODC) s/ Recurso de Apelación"** Expte. N° 585/2018, venidos de la Oficina de Defensa del Consumidor, dependiente de la Municipalidad de Comodoro Rivadavia; en virtud del recurso de apelación interpuesto y fundado por P. O. S.A. de Ahorro para Fines Determinados a fs. 28/41 en contra de la resolución de fs. 22/24.

I.- En la resolución en crisis, la Oficina de Defensa del Consumidor, en lo sustancial, sancionó a la apelante "con multa de PESOS QUINCE MIL ($15.000), por infracción al art. 7° de la ley 24.240 y 11° de la Resolución N° 1480/01; con más la suma de PESOS CUATROCIENTOS ($400) por publicación de la resolución condenatoria".

Asimismo, ordena que "en el plazo de DIEZ (10) días hábiles, proceda la firma sancionada a "reintegrar al Sr. V. A. G. … la totalidad de los importes por cuotas puras ingresadas, al valor de la última abonada, sin descuento alguno y sin la aplicación de la penalidad prevista en la Resolución IGJ N° 8/82, con más los intereses conforme a la tasa activa que fija el Banco de la Nación Argentina para operaciones de descuento de documentos a treinta días, desde el día en que se requirió fehacientemente el reintegro de esas cuotas hasta el día del efectivo pago".

Para resolver del modo en que lo hizo la Administración valoró distintos aspectos de la plataforma fáctica llevada a su conocimiento.

Por un lado, indicó que "… transcurrido el plazo de 5 días hábiles otorgados … a la firma reclamada para formular el correspondiente descargo contra las infracciones que le fueran imputadas, la misma no ejerció su derecho de defensa ni probó u ofreció prueba tendiente a desacreditar los hechos alegados y probados por el reclamante en autos"

Luego precisó que "El Sr. G. promovió formal reclamo contra la firma P. O. SA de Ahorro para Fines Determinados planteando la falta de cumplimiento de la oferta efectuada por parte de la administradora del sistema de ahorro para fines determinados, ello en virtud del contrato de adhesión N° 2300866 oportunamente suscripto"

Tuvo en cuenta que "… del referido contrato surge que el reclamante solicita ser adherido al plan "100" de ahorro pagadero en 84 cuotas… que el pago de las cuotas mensuales se efectuó mediante débito automático, por lo que el Sr. G. tomó conocimiento de estar pagando un plan 70% … Al no respetar la reclamada el contrato suscrito, es que el 18 de mayo de 2018, el Sr. G. solicita la rescisión contractual…"

Destaca también, que la firma imputada no compareció ante el Organismo en ninguna de las instancias del procedimiento y no brindo ninguna explicación que justifique su accionar.

En consecuencia, tuvo por configurada la infracción a la norma contenida en el art. 7° de la Ley 24.240, toda vez que la administradora se encuentra obligada frente a los suscriptores a respetar el ofrecimiento efectuado al suscribir el contrato de adhesión, existiendo en efecto por parte de la firma denunciada una obligación incumplida en torno al deber de información y al incumplimiento de la oferta.

II.- En contra de la resolución antes referenciada, se alza la firma sancionada y requiere se declare la nulidad de la resolución por considerar que

la misma adolece de graves vicios que afectan sus elementos esenciales de validez y es contraria a la esencia del ordenamiento jurídico vigente.

Luego de relatar antecedentes de autos, la recurrente expresa que manifestó en la audiencia celebrada que el reintegro de los haberes netos disponibles operaría de conformidad con el art. 16 de las CGC y no obstante ello el Sr. G. solicitó el cierre de la instancia conciliatoria sin más trámite.

Afirma que la Oficina nunca dictó un auto de imputación, por lo que se violan las garantías constitucionales de derecho de defensa y principio de igualdad.

Menciona normativa aplicable al sistema de planes de ahorro y expresa que las cláusulas previstas en las condiciones generales de las solicitudes de adhesión emitidas, han sido controladas y visadas por la Inspección General de Justicia, que las mismas son aceptadas por los clientes quien las firma prestando conformidad, por lo que los adherentes se encuentran debidamente informados sobre las características del sistema.

Alega que por el modo de funcionamiento del sistema y en pos de que no se vean afectados o perjudicados algunos ahorristas en beneficio de otros es que la IGJ no le permite actuar de forma contraria a lo estipulado en las Condiciones Generales de Contratación.

Describe el funcionamiento del sistema del plan de ahorro y dice que se encuentra afectado su derecho de defensa, porque no se le otorgó posibilidad alguna de formular manifestación o descargo en el marco de la sanción que se pretende aplicar, conforme art. 6 Ley VII N° 22.

Afirma textualmente que "… asistió a las audiencias posteriores, dio respuesta a lo requerido por la denunciante y acompañó toda la documentación oportunamente, dando así, cumplimiento a la finalidad

del proceso conciliatorio, propiciando el acercamiento de la empresa con la denunciante y resolviendo el diferendo existente entre las partes", por lo que no procede aplicar multa.

Expresa que no existe infracción al art. 7 de la Ley 24.240 y que el actor suscribió de conformidad el plan 70/30 y no existe constancia que avale haber suscripto uno distinto. El reintegro de las cuotas abonadas debe realizarse en el plazo de 30 días de finalizado el plazo de vigencia del plan o de haberse decidido la liquidación del grupo, conforme condiciones generales de contratación. Concluye en el punto, que la resolución es nula y vulnera el principio de legalidad respecto de la fundamentación que deben guardar los actos administrativos.

Cuestiona la falta de competencia de la Oficina Defensa Consumidor, pues considera que ni la ley nacional o provincial, permiten o facultan para poder ordenar o intimar a cumplir y/o ejercer prerrogativas exclusivas del poder judicial en el juzgamiento de las cuestiones relativas a la Ley de Defensa del Consumidor.

Entiende que de la resolución no surgen las circunstancias del caso y elementos valorados para meritar la pena, haciendo que la sanción dispuesta carezca de fundamento y razonabilidad. No se menciona la cuantía del beneficio obtenido, grado de intencionalidad, gravedad de los riesgos, reincidencia, ni ningún otro criterio que permita arribar a una multa tan elevada.

Considera que la multa resulta exageradamente desproporcionada en relación a la valoración de los hechos efectuada, importando un exceso de punición sin justificación en parte alguna de la resolución cuestionada. La graduación de las multas o sanciones están limitadas por garantías constitucionales como la proporcionalidad, razonabilidad y no confiscatoriedad. Cita jurisprudencia en apoyo de su posición.

Concluye que la imposición de multa y la orden de reintegrar la totalidad de los importes por cuota abonados con más intereses resulta arbitraria, irrazonable y carente de sustento jurídico, por lo que solicita se disponga la nulidad de la Resolución N° 448/2018. Ofrece prueba documental. Formula reserva del Caso Federal.

III.- De los antecedentes obrantes en las presentes actuaciones, surge que el Sr. V. A. G. promueve reclamo contra P. O. S.A., porque se inscribió en un plan de ahorro de un vehículo Ford Ranger 100% y le facturaron un plan 70/30 el cual no corresponde a lo acordado bajo contrato. Dice que luego de abonar la inscripción y tres cuotas, dio de baja el plan enviando carta documento, porque le ofrecieron un plan y le facturaron otro. Solicita el reintegro de la suma abonada por $28.318,65. Adjunta documental.

Notificada la recurrente, a fs. 10/11 no comparece a la audiencia fijada, como así tampoco a la segunda audiencia, según consta en fs. 14/16, donde el reclamante solicita la apertura del sumario y su correspondiente multa.

A fs. 18 se dispuso iniciar actuaciones sumariales contra la recurrente por presunta infracción al art. 7°, incumplimiento de la oferta de la Ley 24.240 y art. 11° de la Resolución 1480/01, el que fue notificado según constancia de fs. 20/21 a la accionada para que comparezca en el término de cinco días hábiles, a efectos de que presente su descargo y las pruebas de que intente valerse, acreditando su personería y constituyendo domicilio en esta ciudad, bajo apercibimiento de tenerlo por no presentado y continuar el trámite en rebeldía.

A fs. 22/24 y ante el vencimiento del plazo otorgado, sin que P. O. comparezca a ejercer su descargo, se dicta la Resolución ODC MCR N° 448/2018

suscripta por el Dr. R. O. A. y D. C., Subsecretario de Fiscalización.

IV.- El artículo 33 de la Ley I N° 18 establece que los actos de la administración cuando fueran dictados "prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legal establecido para ello" son nulos de pleno derecho; esto es, sin necesidad de pronunciamiento judicial (Belluscio, Augusto César "Declaración de oficio de la nulidad", E.D. 95, 1992, 785).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que "las nulidades en el Derecho Administrativo, como en el Derecho Civil, se consideran respecto de los distintos elementos que concurren a la formación del acto considerado, esto es, a la competencia del funcionario que lo otorgó, al objeto o finalidad del mismo y a las formas de que debe hallarse revestido… la omisión de aquellos requisitos de carácter formal prescriptos por las leyes y los reglamentos, constituirían otras tantas causas esenciales de invalidez en la apreciación y examen de un acto administrativo" (Fallos 190:142).

En línea con ello, la doctrina enseña que existen supuestos en los cuales, ante la verificación de un "vicio grosero" en el acto administrativo se lo debe descalificar como tal; y, por ello –entre otras circunstancias- puede ser declarado de oficio (Gordillo, Agustín "Sistemas de Nulidad del Acto Administrativo).

Definido el marco conceptual precedente, cabe señalar que el acto en crisis fue dictado con anterioridad a la emisión de la Resolución N° 76/19 que reorganizó el nomenclador de funciones dentro de la Oficina de Defensa del Consumidor.

En atención a dicha circunstancia, se advierte que al día 01 de octubre de 2018, resultaba de aplicación la Resolución N° 1204/06 que atribuía la facultad de imponer sanciones exclusivamente al Director de la Oficina.

En este sentido, puesto que la validez de los actos jurídicos debe juzgarse en función de las normas vigentes al momento de su dictado, la cuestión debe resolverse a la luz de la Resolución 1204/06 y no de la 76/19.

Señalada la existencia del vicio, se debe recordar que "el concepto de voluntad en el acto administrativo no tiene sino una lejana relación con el concepto de voluntad en el derecho civil. La voluntad del acto administrativo es la voluntad del funcionario en algunas hipótesis, pero no en todas; de allí se sigue que los vicios de la voluntad podrán en algunos casos encontrar referencia a la voluntad psíquica del funcionario, pero que en otros existirán con prescindencia de la manifestación de voluntad de dicho individuo… Los vicios de la voluntad, por lo tanto, pueden aparecer tanto en la declaración misma, objetivamente considerada, como en el proceso de producción de dicha declaración, como, por fin, en la voluntad psíquica del funcionario que produjo la declaración…" (Gordillo, Agustín "Tratado de Derecho Administrativo", Tomo III).

El citado autor, a la hora de analizar el vicio que nos ocupa, explica que una de las formas en las que se manifiesta es el supuesto denominado "funcionario de hecho"; en el cual este ejerce sus funciones "con apariencia de legalidad".

La jurisprudencia ha tenido oportunidad de señalar que "en nuestro sistema jurídico positivo no puede existir supuesto alguno de función ´de facto´, ya que, incluso en las hipótesis posibles del denominado ´funcionario de hecho o de facto´, su constitución admisible sólo puede partir de la preexistencia del cargo, siempre creado por ley". También nos enseña Marienhoff que "Sólo el Estado, a través de sus instrumentos jurídicos (leyes formales o materiales), puede crear cargos, empleos o funciones públicas. De

manera que el cargo, empleo o función deben hallarse establecidos en una norma. Se ha dicho con acierto que si puede haber un funcionario de "facto", nunca puede haber un cargo de "facto". El "cargo" debe estar vigente. Si la función no existe, no puede hablarse de "funcionario", sea éste de jure o de facto. Más aún: el hecho de que la función no exista basta para afirmar que el problema que se planteare está fuera del terreno de la doctrina de facto, la cual requiere una función de "jure" (CCadm, 2° Nominación de Córdoba "Monjes, Mario M. c. E.R.S.E.P. s/ p. j.", 19/02/2013, Cita Online: AR/JUR/2048/2013).

En consecuencia, la resolución en crisis, en los términos del artículo 33 de la Ley I N° 18 resulta nula de pleno derecho como consecuencia del vicio señalado en los párrafos precedentes.

Lo que aquí se decide, sustancialmente análogo a lo resuelto por esta Sala en S.I. N° 189/2018, 194/2018, 193/2018, 195/2018; en modo alguno se ve afectado por el Memorandum remitido por el señor Subsecretario de Fiscalización, Secretaría de Gobierno y Función Pública de fecha 7 de agosto de 2018; puesto que dicho funcionario carece de facultades para alterar la distribución de facultades realizada por el Intendente Municipal en la ya citada resolución 1204/06. (conf. Sala A S.I. N° 234/2018)

V. Lo indicado en el punto anterior torna abstracto el tratamiento de los agravios.

VI. La presente resolución en modo alguno debe ser interpretada como un desconocimiento de los derechos que la Constitución Nacional y la legislación dictada en su consecuencia le reconocen al denunciante en su condición de consumidor; y no constituye un obstáculo para que la Autoridad de Aplicación dicte nuevo pronunciamiento acorde a la normativa actualmente vigente.

VII. Dado que la presente decisión se ha adoptado de oficio, las costas se imponen en el orden causado.

Se regularán los honorarios profesionales teniendo en cuenta la naturaleza del proceso, el mérito de la labor desarrollada, el éxito obtenido, de conformidad a las pautas orientadoras de la ley de aranceles, porcentuales y mínimos establecidos en los arts. 5, 6, 13, 32 y 46 Ley XIII N° 4 y N° 15).

Por ello, la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, **RESUELVE:**

1) Declarar de oficio la nulidad de la resolución ODC MCR N° 448/2018 de fs. 22/24 y de todos los actos que sean su consecuencia.

2) Imponer las costas en el orden causado.

3) Regular los honorarios del Dr. J. M. R., en la suma equivalente a 8 Jus; con más I.V.A. en caso de corresponder.

4) Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvase.

La presente sentencia es firmada por dos vocales de Cámara por encontrarse en uso de licencia el Sr. juez de Cámara Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes y existir concordancia en la solución del caso (Ley V N° 17 Digesto Jurídico Chubut).

MARIA FERNANDA ZANATTA
Jueza de Cámara

GRACIELA MERCEDES GARCIA BLANCO
Presidenta

REGISTRADA BAJO EL N° DEL AÑO 2019

DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS

MARÍA MAGDALENA CONSTANZO
Secretaria de Cámara