

DECRETERO DE SENTENCIAS

//tevideo, 6 de mayo de 2014.

No. 178

VISTOS:

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: "CENTER COMPUTACIÓN S.A. con ESTADO. MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS. Acción de nulidad" (Ficha No. 515/11).

RESULTANDO:

I) Que con fecha 18 de agosto de 2011 compareció Gabriel García en representación de Center Computación S.A, entablado demanda de nulidad contra la Resolución de fecha 14 de setiembre de 2010 dictada por el Área de Defensa del Consumidor. Dirección General de Comercio. Ministerio de Economía y Finanzas por la cual se dispuso a la accionante la aplicación de una multa de 100 UR.

Manifiesta que de acuerdo con la resolución resistida, la actuación reprochada se configuró por establecer en diversos contratos de adhesión, cláusulas consideradas abusivas, en especial en cuanto a la cláusula de ajuste de precio en los contratos por considerársela “manifiestamente imprecisa”, y porque se aparta de elementales principios rectores del derecho sancionatorio en especial del principio del “non bis in idem”, dado que la administración demandada por Resolución de fecha 24 de julio de 2008 ya había sancionado a la accionante por la misma cláusula de ajuste en los contratos de adhesión y respecto al mismo período de tiempo.

Apunta en este sentido que la sanción anterior referida se dio respecto de contratos de adhesión celebrados en el período julio 2003 -

setiembre 2007 y la sanción actual es relativa a contratos de adhesión contemporáneos y anteriores que ya tenían esa fórmula de ajuste celebrados en julio de 2002 y en el período 2003- 2006.

Indica que como elemento agravante se le computa la reincidencia al accionante, lo que constituye una sinrazón de la demandada dado que se empleaban “contratos predispuestos de uso genérico”.

Sostiene que las pautas de relacionamiento observadas en los contratos individualizados, lejos de marcar un desajuste desequilibrante, establecen una fórmula de actuación clara, predecible y razonable, entendiéndose que la cláusula que se entiende como “abusiva” no presenta en la especie una plataforma “injustificadamente desequilibrante” como exige el art. 30 de la Ley de Relaciones de Consumo, dado que el soporte del marco de actualización está definido por el rubro que integra el giro de la empresa, sujetándose a las variaciones producidas en el “sub rubro cuidados médicos y salud” y en consideración del índice medio de salarios en el sector, por lo que lo que existe en realidad es un esfuerzo por incluir los factores gravitantes en la composición del precio, trazando un verdadero ajuste que no significa un incremento de ganancia genuina.

Indica por último que desde la proyección normativa de los principios de transparencia y buena fe, se individualizó el anclaje de actualización recogiendo los criterios que colman de contenido el ajuste y garantizan la adecuada prestación del servicio.

En definitiva, solicita el amparo de la demanda.

II) A fs. 14 comparece Rúben Fernández Caviglia en nombre y representación del Ministerio de Economía y Finanzas contestando la demanda.

Sostiene que en lo relativo a la alegada violación del principio de “non bis in idem” el mismo no se ha visto trasgredido dado que los hechos del caso en resolución estuvieron dados por las cláusulas contenidas en los contratos utilizados por la accionante durante el período 2003-2006, y las razones en que se fundamentó la imposición de la sanción estuvieron dadas por la cláusula de ajuste del precio insertada en sus contratos.

Puntualiza que en el Asunto 11/2008 se había sancionado por contratos distintos con diferente fecha de consentimiento y perfeccionamiento de la relación de consumo y con diversos sujetos o personas usuarias de los servicios suministrados para cada convención escrita, los contratos a que hace referencia la accionante son cronológicamente anteriores en sus fechas de perfeccionamiento y dieron lugar al primer procedimiento, abarcando además un período más breve.

Manifiesta que en el caso de los contratos que fueron objeto de fiscalización en el presente, se trata de una reiteración en el empleo por un período considerable de tiempo de los contratos pre-redactados con igual estipulación desequilibrante de derechos, sin que se haya procedido a corregir la conducta considerada ilícita, lo que pone de relieve la reincidencia en el quebrantamiento del principio de la buena fe contractual tutelado por normas civiles y especiales como lo es el art. 32 de la Ley de Relaciones de Consumo.

Indica que aunque los contratantes hubieren firmado similar o idéntico contrato, los actos de consentimiento tuvieron lugar en fechas muy distantes que no permite considerarlos en términos lógicos como contemporáneos por el simple hecho de que se haya mantenido en el

transcurso del tiempo igual redacción de la cláusula, se trata de la comisión de conductas distintas en cada perfeccionamiento.

Concluyó que en la especie no se ha quebrantado el principio de seguridad jurídica invocado, pudiendo la Administración disponer en forma válida controles de oficio o precedidos por denuncias concretas, y que a contrario de lo afirmado por el accionante, la cláusula regulatoria del ajuste del precio de los contratos no resulta clara ni predecible, dando ventajas al proveedor para fijar unilateralmente el precio del contrato de ejecución continuada. Y ello porque no se establecen bases de cálculo precisas para los futuros ajustes, pudiendo el prestador optar por índices distintos como lo son los salarios o los precios al consumo general. El ajuste del precio lleva ínsita la afectación del sinalagma contractual en el contrato bilateral oneroso, por cuanto puede resultar seriamente alterado de modo sustancial por variaciones en la ecuación económica sin reglas claras en cuanto a la misma.

En definitiva, solicita se desestime la demanda.

III) Se abrió el juicio a prueba, habiéndose diligenciado la que luce certificada a fs. 25, habiendo producido prueba la parte demandada pero no así la parte actora.

IV) Alegó la parte actora a fs. 28, habiendo sido acusada de rebeldía la parte demandada (fs. 36).

V) Oído el Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo (Dictamen N° 164/2013 de fs. 37), aconsejó confirmar el acto encausado.

VI) Se citó para sentencia (fs. 40), pasando los autos a estudio de los Sres. Ministros, quienes la acordaron y dictaron en forma legal.

CONSIDERANDO:

I) Que, en la especie, conforme a lo establecido por la normativa vigente, se han observado los extremos exigidos para el debido accionamiento de la nulidad impetrada (arts. 4 y 9 de la ley 15.869).

II) Que, la empresa actora impugna la Resolución dictada el 14 de setiembre de 2010, por la Encargada de Despacho del Área Defensa del Consumidor, en ejercicio de atribuciones delegadas, por la que se dispuso aplicarle una multa de 100 unidades reajustables (fs. 26 A.A.).

Se agravia la recurrente por entender que se ha violado el principio de non bis idem, ya que se le vuelve a aplicar una sanción dispuesta dos años antes por contratos sustancialmente idénticos.

Señala, asimismo, que las pautas de relacionamiento observadas en los contratos individualizados, lejos de marcar un desajuste desequilibrante, establecen una fórmula de actuación clara, predecible y razonable.

Sostiene que no se le puede endilgar la reincidencia, pues se trata de contratos de adhesión celebrados en el mismo período o anteriormente a la sanción primigenia.

III) Que en cuanto a la violación del principio de non bis ídem.

La accionante ya había sido objeto de una sanción por parte del Área Defensa del Consumidor, por incluir en otros contratos de adhesión celebrados con personas distintas a las que promovieron las presentes actuaciones administrativas, una cláusula de ajuste de precio de la cuota

fundado en “...la variación que experimente el Índice de Precios al Consumo y atendiendo las variaciones del rubro cuidados médicos y salud...” (cláusula 6ª).

Señala en su voto el Sr. Ministro, Dr. Dardo Preza: “...no puede aceptarse el agravio relativo a la violación del principio non bis in ídem, toda vez que los contratos denunciados, aunque fuesen contemporáneos a los que dieron origen a la primera sanción, son otros. Es decir, no resulta admisible la pretensión de que la aplicación de una sanción por el empleo de una cláusula abusiva en los contratos celebrados por un proveedor en determinado momento, inhiba *per se* la posibilidad de imputar nuevas infracciones por la misma causa, toda vez que se verifiquen respecto de otros contratos.

La actora afirma que al tratarse de contratos de adhesión y estar, en consecuencia pre-reglados, quedaría implícito que la sanción los abarca todos, porque aquéllos deberían ser necesariamente idénticos, ya que el consumidor (afiliado) sólo podía adherir integralmente a la redacción dada por el proveedor. Pero para que ello fuese así, debió haber corregido su proceder una vez que tomó conocimiento que la autoridad competente tuvo por ilícita la cláusula de reajuste, arreglándola a derecho en todos los contratos ya celebrados como en los que celebrara a partir de entonces, lo que obviamente no hizo.

De allí, pues, que otros afiliados denunciaran a su vez sus contratos, porque a pesar de un pronunciamiento condenatorio de la Dirección General de Comercio, la empresa actora continuó aplicándoles la cláusula declarada abusiva....”.

El artículo 173 del Decreto 500/91 recoge el principio de non bis in ídem, prohibiendo un nuevo llamado a responsabilidad fundado en “...un mismo y único hecho...”, es decir, prohibición de doble juzgamiento por un mismo supuesto fáctico, hipótesis que en autos no se verifica.

Las actuaciones en examen reconocen como fundamento contratos diversos a los que fueron teniendo en cuenta en el procedimiento anterior y, como se ha dicho, suscritos por otros usuarios o afiliados y en fechas diversas.

En suma, el agravio no resulta de recibo.

IV) Que, en cuanto a la licitud de la cláusula, no se comparte el parecer de la empresa accionante en cuanto a que se trata de una fórmula de actuación clara, predecible y razonable.

En este sentido, se participa del punto de vista expuesto en el informe glosado a fs. 24 de los A.A., en cuanto a que se trata de una cláusula imprecisa, puesto que se refiere al índice de precios al consumo “principalmente” y atendiendo a las variaciones del rubro cuidados médicos y salud.

En consecuencia, la variación del precio no está sujeto a un único índice, ni se da certeza al consumidor de cuál índice se va a utilizar para su cálculo, ni la periodicidad con que se va a efectuar, lo que, como se señala con acierto en la esfera administrativa, tratándose de “...un contrato de tracto sucesivo o ejecución continuada adquiere especial relevancia en lo que hace a la seguridad y certezas jurídicas, en tanto disposiciones a futuro....” (fs. 24 A.A.).

El rubro cuidados médicos y salud no constituye un índice determinado que pueda ser consultado por el consumidor, no se trata de una

información de fácil acceso, lo que pone en tela de juicio su utilidad como mecanismo de reajuste del valor de la cuota.

En este contexto, es dable concluir que media un claro desequilibrio en perjuicio del consumidor en cuanto a que la cláusula cuestionada otorga al proveedor tal margen de autonomía que la fijación del valor de la cuota queda librado a su criterio y arbitrio.

Como expresa en su voto el Sr. Ministro, Dr. Juan Pedro Tobía: “...Entiendo que la cláusula de reajuste de precio del servicio prestado por la accionante encuadra, sin lugar a dudas, en el concepto dado por el artículo 30 de la ley 17.250, en cuanto determina evidentes desequilibrios entre los contratantes, perjudicando directamente al consumidor en cuanto a su derecho de seguridad jurídica y alterando gravemente el sinalagma de la relación contractual....”.

V) Que en cuanto al cómputo de la reincidencia.

En la recurrida se dice: “...que amén de la reincidencia en los incumplimientos antes señalados, conforme a la Ley 17.250, art. 46, deben destacarse asimismo los criterios de la posición en el mercado del infractor, la cuantía del beneficio obtenido puesto que hace a la causa y sinalagma contractuales y la generalización al utilizarse como fórmula en contratos predispuestos de uso genérico la misma ecuación económica desequilibrante....”.

El precitado artículo 46 establece los criterios a tener en cuenta a efectos de determinar si una infracción a la ley 17.250, cabe calificarla como leve, grave o muy grave: “.....el riesgo para la salud del consumidor, la posición en el mercado del infractor, la cuantía del beneficio obtenido, el

grado de intencionalidad, la gravedad de la alteración social producida, la generalización de la infracción y la reincidencia....”.

Si se traslada al ámbito administrativo, la definición penalística de reincidencia: nuevo delito dentro de los cinco años de recaída sentencia condenatoria ejecutoriada, es claro que, en autos, aquélla no se verifica.

En efecto, surge de los antecedentes agregados que, en el año 2002, se celebraron los contratos conteniendo la cláusula cuestionada y que determinarían la Resolución recurrida; en tanto la sanción aplicada a Center Computación S.A. es del 24 de julio de 2008 (fs. 124 A.A.).

Ahora bien, analizando el texto de los artículos 46 y 47 de la ley 17.250, presenta perplejidades determinar si el legislador utilizó los términos reincidencia y reiteración en su sentido técnico, o si, más bien, en su sentido común, esto es de volver a repetir determinada conducta o comportamiento.

Como se vio, en el artículo 46, a efectos de calificar el tipo de infracción, una de las pautas a relevarse es la reincidencia; en tanto que, para la imposición de la sanción prevista en el ordinal 4º del inciso 1º del artículo 47, la clausura temporal del establecimiento comercial o industrial hasta por noventa días, ha de valorarse la “...reiteración de infracciones graves o de infracción muy grave...”.

Tanto la reincidencia como la reiteración constituyen aspectos de la teoría de la pluralidad de delitos (infracciones), distinguiéndose entre sí porque, en el caso de la primera, intermedia una sentencia condenatoria ejecutoriada entre uno y otro ilícito.

Entonces, en este sentido, no resulta convincente que se hable de reincidencia (en sentido técnico) cuando se trata de calificar el grado de

gravedad de una infracción y, en cambio, la misma no se releve a la hora de individualizar una sanción cuando, su razón de ser radica, precisamente, en incidir sobre la responsabilidad del sujeto, agravándola y aumentando la pena como medida que es de la misma.

En suma, media un uso desprejuiciado de ambos vocablos (reiteración y reincidencia) y, en todo caso, referidos más a su significación o vinculación al lenguaje común que al técnico.

Sin perjuicio de ello y aunque se entendiera que la reincidencia ha sido erróneamente computada, a juicio de los firmantes del fallo, tal vicio resulta ininfluyente.

En primer lugar, debe señalarse que la misma no incide en la existencia de la infracción puesto que, como se expresa en el artículo 43 de la ley 17.250, ésta se configura con el incumplimiento de los requisitos, obligaciones o prohibiciones establecidas en la presente ley.

En segundo lugar, conforme al texto legal, la reincidencia opera en sede de calificación de la infracción a la ley y, como se ha visto, ésta establece otros seis criterios valorativos.

En el caso de autos, además de la resistida reincidencia, la Administración relevó y no fueron discutidos por la demandante, “...los criterios de la posición en el mercado del infractor, la cuantía del beneficio obtenido puesto que hace a la causa y sinalagma contractuales y la generalización al utilizarse como fórmula en contratos predispuestos de uso genérico la misma ecuación económica desequilibrante....” (Considerando II) de la recurrida); esto es, tres de los siete criterios legalmente previstos.

En este contexto, no se vislumbra la trascendencia del vicio que se señala, desde que, de todas formas, la infracción merece la nota de grave

por la ocurrencia no discutida de los extremos preindicados que, dicho sea de paso, constituyen extremos de importante gravedad ontológica.

En suma, la calificación de la infracción como grave no puede hacerse depender o atar al cómputo de la reincidencia.

Tampoco se advierte que la sanción, a consecuencia del defecto anotado, aparezca como desproporcionada, sino que, más bien la misma aparece ponderada.

En efecto, la ley prevé, ordinal 2º del inciso 1º del artículo 47, que la multa a imponerse oscile entre 20 y 4.000 unidades reajustables y, en el caso que nos ocupa, la misma fue fijada en 100 unidades reajustables, esto es, muy cercana al guarismo mínimo permitido.

Como reiteradamente se ha señalado por la doctrina, las nulidades no tienen por objeto o finalidad satisfacer pruritos formales, sino enmendar los perjuicios efectivamente sufridos por el reclamante, perjuicio, que en el caso que nos ocupa, no se vislumbran.

Por los fundamentos expuestos, el Tribunal,

FALLA:

No haciendo lugar a la demanda y, en su mérito, confirmando la Resolución impugnada.

Sin sanción procesal específica.

A los efectos fiscales, fijanse los honorarios del abogado de la parte actora, en la suma de \$ 20.000 (pesos uruguayos veinte mil).

Oportunamente, devuélvanse los antecedentes administrativos agregados; y archívese.-

Dr. Tobía, Dr. Preza, Dr. Harriague, Dra. Sassón, Dr. Gómez Tedeschi (r.).

Dr. Marquisio (Sec. Letrado).