000147/2010

--- En la ciudad de Trelew, a los días de abril del año dos mil diez, se reúne la Sala "A" de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Marcelo J. López Mesa y la presencia del Sr. Juez del Cuerpo Dr. Carlos A. Velázquez para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"M., J. D. c/ M. T. M. A. S.A. s/ Denuncia Ley de Defensa del Consumidor - Contencioso administrativo" (Expte. 147 - Año 2010 CAT)** venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿ha sido bien concedido el recurso de apelación a fs. 67?, SEGUNDA: Caso afirmativo del anterior, ¿es justa la sentencia apelada?, y TERCERA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 70.----------

---------- **A LA PRIMERA CUESTION**, el Señor Presidente de la Cámara de Apelaciones de Trelew dijo: ----------

---

--- I. La Disposición Nº 025/10 DDC de la Dirección General de Defensa y Protección de Consumidores y Usuarios de la Provincia del Chubut (fs. 39/53 vta.) sancionó a la empresa M. T. M. D. A. S.A. por infracción a los arts. 4º y 10º bis de la ley 24.240, reformada por Ley 26.361, imponiéndole el pago de una multa de $ 5.000, con más la sanción accesoria de publicar -a su costa- la parte dispositiva, en el diario de mayor circulación de la zona donde se cometió la infracción y en el Boletín Oficial de conformidad con el art. 47º de la ley 24.240 y sus reformas y art. 6º de la ley 4219, fijando el plazo de diez (10) días para su cumplimiento. Asimismo, condenó a resarcir a la usuaria Sra. J. D. M. con una suma de $ 2.996,10, por los daños y perjuicios padecidos conforme lo dispuesto en el art. 40 bis de la ley 24.240, modificada por la ley 26.361, estableciendo en el punto 3º de la parte resolutiva que para determinar el quantum de la multa se consideró el perjuicio resultante de la infracción y la posición que tiene en el mercado la empresa sancionada, en un todo de acuerdo con los parámetros de referencia establecidos por el art. 49º de la ley 24.240 reformada por la ley 26.361, fijando asimismo el plazo de diez (10) días para su cumplimiento. En el punto 7º dispuso notificar a la empresa infractora que, contra la citada decisión administrativa, podrá interponer recurso ante la misma autoridad que dictó la misma, dentro de los diez (10) días hábiles de notificada, por ante esta Alzada.

--- II. La disposición es apelada y fundada con el escrito que corre agregado a fs. 55/64 vta. por el Dr. J. N. R. M. en el carácter de gestor de T. M. A. S.A., siendo concedido con efecto suspensivo el recurso interpuesto a fs. 67 mediante Disposición Nº 37/2010 DDC. Manifiesta en primer término, que la Disposición que recurre adolece de vicios notorios y manifiestos en elementos esenciales del acto administrativo, que la tornan nula de nulidad absoluta, peticionando que así se declare. Cita doctrina y Jurisprudencia al respecto. A renglón seguido, solicita se declare la inconstitucionalidad del art. 40 bis de la ley 24.240, reformada por la ley 26.361, fundando la misma en que

el Congreso Nacional no puede delegar en los Organismos Administrativos de Defensa del Consumidor, la facultad de determinar la existencia de daños y su consecuente obligación para las empresas de indemnizar a los clientes/usuarios. Sostiene que las modificaciones introducidas a la Ley de Defensa del Consumidor, al autorizar al órgano de aplicación a determinar la existencia de daño y obligar a resarcir el mismo, otorgan facultades a los organismos administrativos que exceden el marco legal de los derechos del Consumidor, resultando cuestionable que el Congreso haya delegado en éstos la resolución de controversias regidas por el derecho común, como es la posibilidad de determinar cuándo existe un daño y la cuantía de la indemnización. Agrega que el órgano administrativo no puede resolver aquellas controversias que requieran aplicar el derecho común, pues ello es exclusiva competencia de los jueces ordinarios. Cita jurisprudencia al respecto. Refiere que el artículo 40 bis de la ley 24.240 colisiona con el ordenamiento jurídico argentino, en tanto y en cuanto adopta un criterio de atribución de facultades y ejercicio de las mismas que está reñido con los postulados de la estructura jurídica en que se asienta la ley fundamental. En síntesis -manifiesta- la norma bajo análisis establece una clara injerencia en el ámbito decisorio propio del Poder Judicial, pues resulta competencia exclusiva de los jueces, la determinación de la existencia de un daño y la obligación de establecer una indemnización y tal función no puede ser delegada por el Poder Legislativo en órganos administrativos, sin que ello suponga un avasallamiento a los principios de la Ley Fundamental, por lo que, concluye, el art. 40 bis de la ley 24.240 debe ser declarado inconstitucional. Seguidamente pasa a expresar los agravios que causa a su representada la Disposición Nº 025/10 apelada. Se agravia en primer término por cuanto la mentada Disposición imputa a la empresa demandada las infracciones establecidas en los artículos 4º y 10º bis de la Ley 24.240 y sus modificaciones, haciéndola pasible de sanciones. Afirma que su mandante, tanto a través de su número de atención al cliente, *611, como de su representante en la etapa conciliatoria, informó debidamente a la denunciante que debía llevar el equipo a reparar al service oficial de la marca del mismo –S. E.- en la ciudad de Puerto Madryn, indicándole que no era obligación de su representada reparar o enviar al service oficial los equipos con líneas prepagas, no obstante lo cual, a los fines conciliatorios ofreció remitir a reparar el mismo. Razón por la cual, sostiene que la obligación establecida en el art. 4º de la ley 24.240 fue debidamente cumplida, resultando infundada la imputación efectuada a su parte respecto del incumplimiento de dicho artículo, resaltando además que la Sra. M. en momento alguno denunció falta o deficiencia de información alguna y menos aún se refirió a la falta de comprensión del contrato suscripto y sus respectivas cláusulas. Afirma que la Disposición en recurso sólo se fundamenta en meras y arbitrarias apreciaciones personales y subjetivas de la autoridad a cargo de la Dirección de Defensa del Consumidor, al sólo efecto de transcribir doctrina relacionada al tema del deber de información consagrado en el art. 4º de la ley 24.240. Manifiesta que también agravia a su representada la improcedente ampliación de la denuncia que

efectuó de oficio la Dirección de Defensa del Consumidor en la Disposición Nº 097/2009, endilgándole información ineficaz por el contrato de adhesión y solicitud de servicios que suscribió con la denunciante y fallas en el servicio que presta su mandante, aludiendo a las facultades que tiene por ley la autoridad de aplicación, lo que no subsana -dice- el vicio de nulidad de que adolece la misma. Sostiene que en pasaje alguno de la Ley 24.240 ni su reglamentación, así como de la ley provincial que se adhiere a la misma, se faculta a la autoridad de aplicación a ampliar las denuncias de los particulares. Refiere que también agravia a su parte la Disposición aludida por cuanto confunde la garantía de fábrica que poseen los equipos de telefonía celular y que exige la ley 24.240, con la garantía M. que es un servicio de valor agregado que el cliente solicita aparte, si es su voluntad y lo abona en la factura como un servicio más y que está explicitado en la cláusula 8.3 de la solicitud de servicio, no contando por otra parte, la Sra. M. con el citado servicio de G. M.. Continúa diciendo que agravia a su representada la Disposición Nº 025/10 en cuanto pretende revertir los planteos de nulidad que efectuó esa parte a la Disposición Nº 097/2009 en su descargo. Afirma que la Disposición Nº 025/10 no puede subsanar el vicio de nulidad que acarrea la falta de un elemento esencial del acto administrativo, como lo es la motivación, en la Disposición Nº 097/2009. Agrega que el intento de la Dirección de Defensa del Consumidor de fundar la Disposición Nº 097/2009, además de extemporáneo, resultó insuficiente inclusive para motivar a la propia Disposición Nº 025/10, y lejos de revertir los planteos formulados por su parte, los sostuvo. Señala que finalmente se agravia en cuanto la citada Disposición impuso a su representada una multa de $ 5.000 y un resarcimiento de daño directo a favor de la denunciante de $ 2.996,10. Afirma que la sanción impuesta resultó manifiestamente irrazonable y arbitraria, ya que la misma no guardó relación alguna con los supuestos incumplimientos, no habiéndose justificado ni fundamentado el quantum de la misma. Refiere que la indemnización por daño directo carece de fundamento y resulta inconstitucional, dado que nunca se verificó incumplimiento ni se acreditó daño alguno, resultando su monto totalmente infundado, apartándose en forma manifiesta de la razonabilidad que debe tener toda decisión de la Administración Pública. Cita abundante doctrina y jurisprudencia al respecto. Sostiene que la sanción impuesta resulta desproporcionada, arbitraria, irrazonable y carente de sustento jurídico. Concluye en definitiva, peticionando se revoque la Disposición Nº 025/10, declarándose su nulidad, así como la institucionalidad del art. 40 bis de la Ley 24.240, haciendo por último reserva del Caso Federal.----------

--- Ingresando al tratamiento de la cuestión traída, anticipo que el recurso ha sido mal concedido por haber sido presentado fuera del plazo que el ordenamiento procesal aplicable al caso concede al efecto. ----------

--- No ignoro que el apelante pudo haber sido confundido por el texto de la cédula glosada a fs. 54/vta, la que informó incorrectamente al sancionado que contaba con un plazo de diez días para apelar ante esta Cámara la resolución (cfr. fs. 54vta.).----------

--- Se trata de un sensible error, ya que el plazo de diez días es el que concede la Ley 24240, a diferencia de la Ley provincial vigente en materia de protección del consumo (LEY VII – Nº 22 (Antes Ley 4219) que se adhiere a la normativa nacional, pero con algunas modificaciones, entre ellas el plazo para interponer el recurso, que en el ordenamiento provincial es de cinco días.----------

--- Varias normas de la LEY VII – Nº 22 (Antes Ley 4219) resultan de aplicación a este caso. En primer lugar, el art. 1 de ella estatuye que "*Adhesión.- A los fines de la plena vigencia y aplicación en el ámbito de la Provincia del Chubut de la Ley Nacional Nº 24.240 de "Defensa del Consumidor", la Provincia del Chubut adhiere a la misma en lo que fuere materia de competencia provincial, correspondiendo que las autoridades provinciales y municipales ajusten su obrar a las previsiones de la presente ley*".----------

--- En segundo, el art. 16 de la misma que edicta: "*Orden Público.- La presente Ley es de orden público y entrará en vigencia a partir de la fecha de su publicación en el Boletín Oficial. Deberá ser reglamentada en un plazo no mayor de NOVENTA (90) días a partir de su entrada en vigencia*".----------

--- Y en tercero, el art. 7° de tal Ley indica: "*Recursos.- Contra los actos administrativos que dispongan sanciones se podrá interponer recurso de apelación que tramitará por ante la Cámara de Apelaciones correspondiente a la Circunscripción del lugar de juzgamiento. Deberá interponerse fundado ante la misma autoridad que dictó la resolución dentro de los CINCO (5) días hábiles de notificado y será concedido con efecto suspensivo. La autoridad administrativa deberá elevar las actuaciones ante la Cámara de Apelaciones que corresponda dentro del plazo improrrogable de CINCO (5) días hábiles de interpuesta la apelación.*----------

--- La Cámara de Apelaciones deberá resolver en definitiva dentro del plazo de VEINTE (20) días hábiles, y en todo lo no previsto por esta ley se aplicarán las disposiciones del Código Procesal Civil y Comercial".----------

--- Ello hace que esta norma sea de aplicación necesaria a esta temática; estableciendo ella el plazo de cinco días a contar de la notificación para apelar y habiendo sido interpuesto el recurso el décimo día luego de notificarse la resolución, debe declararse interpuesto fuera de plazo recursivo útil el recurso de fs. 55/64vta.----------

--- Es que, que la notificación de la resolución dictada haya informado indebidamente del plazo para interponer el recurso no releva al apelante de haberse cerciorado de que el informado fuera correcto. Y, a la vez, como la Cámara es juez de todo el trámite recursivo, no sólo del acierto de la resolución dictada y elevada en revisión, la Cámara tiene facultades para revisar si el recurso ha sido bien o mal concedido y si fue interpuesto en tiempo o no.----------

--- Se ha resuelto reiteradamente que el tribunal de alzada es el juez del recurso y entre sus innegables facultades está la de constatar, por ejemplo, si éste fue interpuesto en término, si la resolución es apelable, la legitimación o el interés de quien recurra, etc., sin estar atada ni por lo resuelto por el juez a quo ni por lo acordado por las partes (SCBA, 10/9/91, “Sesan, Lorenzo c/ Pera, Carlos y ot. s/ Desalojo”, DJBA 143, 67 y AyS 1991 III, 210; ídem, 12/9/01, “Pirola, Dante Alberto y Rosillo, Adrianne Elizabeth s/ Incidente de revisión en autos "Bahi-Cred S.A. Conc. Preventivo"”, en DJBA 161- 196, voto de la mayoría; ídem, 28/5/08, “Bunge, Wenceslao c/ Pérez de Yabrán, María y otros s/ Cumplimiento de contrato”, en Juba sum. B21692).----------

--- En similar sentido se ha expuesto que el tribunal de alzada es el juez del recurso y entre sus innegables facultades está la de constatar, por ejemplo, si aquél fue interpuesto en término, si la resolución es apelable, la legitimación o el interés de quien recurre, etc., sin estar atado ni por lo resuelto por el juez "a quo", ni por lo acordado por las partes. Y ello es así, por cuanto se trata de una cuestión en la que está comprometido el orden público, toda vez que se refiere a la jurisdicción y a la competencia funcional, lo cual legitima a la Cámara para determinar, oficiosamente, la procedencia formal de los recursos para los cuales es llamada a conocer (Cám. CC 2ª La Plata, Sala 3ª, 14/3/95, “Empresa Mc Sur S.A. c/ Príncipe, Humberto s/ Cobro ejecutivo”, en Juba sum. B352128).----------

--- Habiéndose constatado que el recurso de apelación deducido a fs. 55/64 fue interpuesto luego de vencido el plazo establecido por el art. 7 de la LEY VII – Nº 22 (Antes Ley 4219), corresponde declarar que el mismo ha sido mal concedido.----------

--- Por lo anteriormente expuesto, propongo al acuerdo, 1) declarar mal concedido el recurso de apelación oportunamente interpuesto contra la resolución de fs. 39/53vta.----

--- 2) imponer las costas de esta instancia al apelante vencido (art. 69 CPCyC LEY XIII Nº 5; ex art. 68 CPCyC).----------

--- 3) REGULAR los honorarios de Alzada correspondientes al Dr. J. N. R. M., apoderado de la apelante, en la suma de pesos ciento noventa ($ 190).---------

--- Voto entonces a esta cuestión por la NEGATIVA.----------

----**A ESA MISMA CUESTIÓN PRIMERA** el Dr. Velázquez expresó: ----------

----En acatamiento del principio procesal de celeridad, me remito a la síntesis que de la decisión impugnada y las impugnaciones vertidas por la recurrente realizara el Señor Magistrado ponente.- ----------

----Concuerda mi opinión con la del colega y para fundar mi voto individual, cual lo exigen las mandas de los arts. 169 de la Const. Prov., 9 de la ley 1.130 y 271 C.P.C.C. (textos ambos de la ley 4.550), basta con formular las consideraciones siguientes.- ------

----Resulta meridianamente claro que el procedimiento recursivo en estas causas donde se ventila la defensa de los derechos del consumidor es regido por la Ley Provincial VII n° 22 (numeración del Digesto Jurídico, antes Ley 4.219). No son sólo las disposiciones de ese cuerpo normativo, bien precisadas por el preopinante, las que lo demuestran,

sino, a la par y en forma diáfana, la del art. 45 de la Ley Nacional 24.240, precepto que al reglar las actuaciones administrativas a que ese ordenamiento sustantivo da lugar determina en su último párrafo que “las provincias dictarán las normas referidas a la actuación de las autoridades administrativas locales, estableciendo un régimen de procedimiento en forma compatible con el de sus respectivas constituciones”. Tal precepto se halla por lo demás en perfecta consonancia con el art. 121 de la Const. Nac., pues el poder de legislar en materia procesal no ha sido delegado al Gobierno Federal por nuestra Carta Magna Nacional.----------

----Así pues, el plazo para recurrir en apelación el acto administrativo sancionatorio era en el caso el de cinco días fijado por el art. 7 de la Ley Provincial VII n° 22 (ex Ley 4.219) y no el de diez días establecido en el art. 45 penúlt. párr. de la Ley Nacional 24.240, de donde se sigue sin hesitación que el recurso de fs. 55/64 vta. -deducido el 15/3/10 contra la decisión notificada a la parte apelante el 1/3/10, según constancia de fs. 54 vta.- fue extemporáneo por tardío y erróneamente concedido entonces a fs. 67. Para el instante de su interposición había precluido ya el derecho a recurrir por el transcurso infructuoso del plazo establecido legalmente para hacerlo (confr.: Morello y otros, “Códigos Procesales...”, 2da. ed., I-623).- ----------

----No obsta a declararlo así el actual estado de la causa. Si la competencia en general es de orden público y, por lo tanto, insusceptible de modificación por las partes ni por el juez, la que concierne a los tribunales de alzada es obviamente inderogable (confr.: Morello y otros, opus cit., III-90, n° IX). Cual de modo monocorde se ha destacado a través de décadas, ella no se genera a expensas de la sola voluntad de las partes o del magistrado del precedente grado, de modo que a la cámara, como juez del recurso de apelación tanto en su aspecto sustancial como en su faz formal, le asiste el poder de revisar de oficio la concesión del recurso hecha en la anterior instancia (confr.: C.N. Civ, Sala “A”, L.L. 1975-C-556 sum. 1.326; ídem, Sala “D”, 1985-D-312; íd., Sala “E”. L.L. 1986-B-618, sum. 37.236-S; íd., Sala “G”, 1986-B-246; C.N. Com., Sala “B”, L.L. 1981-A-290). Bien señalaba Couture, en términos tornados ya clásicos, que el orden de las apelaciones corresponde a la voluntad de la ley y no a la de los sujetos del proceso, no encontrándose el tribunal “ad quem” ligado entonces en esta materia por resoluciones del “a quo” que resulten erróneas por más que se encuentre consentidas (confr.: S.C.B.A., Ac. y Sent. 1970-II-486, 1976-III-454; esta alzada, c. 9.992 S.D.L. 32/92. c. 15.502 S.D.L. 68/99, c. 15.520 S.D.L. 67/99). El orden público vigente en la materia legitima la actuación oficiosa del indicado poder de la cámara, quien debe investigar los presupuestos que hacen a la admisibilidad del recurso antes de ingresar a la cuestión de sustancial o de fondo de la causa (confr.: Costa, “El recurso ordinario de apelación en el proceso civil”, A.A.B.A. 1950, pág. 65, n° 41 y nota 130). Es que, en palabras del recordado Ibáñez Frocham, si bien el recurso lo concede el sentenciador de primera instancia, el juez del mismo es siempre el tribunal de apelación (“Tratado de los recursos en el proceso civil”, 3era. ed., pág. 181, n° 46) y, como tal, ha de revisar “ex

officio” los presupuestos procesales de la impugnación (confr. Hitters, “Técnica de los recursos ordinarios”, L.E.P. 1985, pág. 394/396, n° 225; Prieto Castro, “Derecho procesal civil”, R.D.P. 1952, pág. 580).- ----------

----Tales motivos, plenamente concordantes con los vertidos por el Señor Magistrado antes sufragante, me llevan a concluir que debe declararse mal concedido a fs. 67 el recurso de apelación deducido a fs. 55/64 vta., con costas de segunda instancia a la recurrente (art. 69 C.P.C.C., ex art. 68) y regulando los honorarios del Dr. J. N. R. M., por sus labores de alzada y atendiendo a la extensión y calidad de ellas, en la suma de $ 190 (arts. 6 parte 1era., 8, 13, 59 de la Ley XIII n° 4, antes arts. 7, 9, 14, 60 del Dec.-ley 2.200).----------

----Me expido en esta cuestión entonces por la NEGATIVA.----------

--- **A LA SEGUNDA CUESTION**, el Señor Presidente de la Cámara de Apelaciones de Trelew dijo: ----------

--- Dada la forma en que se resuelve la cuestión anterior, no corresponde ingresar al tratamiento de la presente.----------

----**A ESTA SEGUNDA CUESTIÓN** el Dr. Velázquez manifestó:----------

----Vista la decisión formada al tratar la cuestión previa, improcedente resulta ingresar al análisis de esta otra.- ----------

--- **A LA TERCERA CUESTION**, el Señor Presidente de la Cámara de Apelaciones de Trelew dijo: ----------

--- Los desarrollos realizados respecto de la primera cuestión planteada, al haber sido compartidos por los colegas de Sala, llevan aparejado el dictado del siguiente pronunciamiento: ----------

---1) DECLARAR MAL CONCEDIDO el recurso de apelación oportunamente interpuesto contra la resolución de fs. 39/53vta.----------

--- 2) IMPONER las costas de esta instancia al apelante vencido (art. 69 CPCyC LEY XIII Nº 5; ex art. 68 CPCyC).----------

--- 3) REGULAR los honorarios de Alzada correspondientes al Dr. J. N. R. M., apoderado de la apelante, en la suma de pesos ciento noventa ($ 190).--------

--- 4) Regístrese y notifiquese.----------

--- Tal mi voto.----------

----**A ESTA CUESTIÓN FINAL** el Dr. Velázquez respondió:----------

----Ante el acuerdo antes alcanzado, el pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. López Mesa.- ----------

--- Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal por encontrarse de licencia del Sr. Juez de Camara Dr. Carlos Dante Ferrari al momento de efectuarse el sorteo (Art. 7º Ley V Nº 17; antes art. 8 Ley 1130, To. Ley 4550), ----------

--- Trelew, de abril de 2.010.----------

----En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede, la Sala “A” de la Cámara

de Apelaciones de la ciudad de Trelew; pronuncia la siguiente:----------

---------- **S E N T E N C I A**: ----------

--- DECLARAR MAL CONCEDIDO el recurso de apelación oportunamente interpuesto contra la resolución de fs. 39/53vta.----------

---IMPONER las costas de esta instancia al apelante vencido (art. 69 CPCyC LEY XIII Nº 5; ex art. 68 CPCyC).----------

--- REGULAR los honorarios de Alzada correspondientes al Dr. J. N. R. M., apoderado de la apelante, en la suma de pesos ciento noventa ($ 190).--------

--- 4) Regístrese y notifiquese.----------

--- REGISTRADA BAJO EL Nº _____ DE 2.010 – SDC.- Conste.- ----------

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO DE CAMARA