----Trelew, de noviembre del año dos mil catorce.----------

--- **VISTO**: ----------

--- El recurso de apelación interpuesto a fs. 39/47vta. contra la disposición dictada por el Director de la Oficina de Defensa del Consumidor a fs. 34/36 yvta., concedido a fs. 48.--

--- **Y CONSIDERANDO**: ----------

--- I.- El Director de la Oficina de Defensa del Consumidor de la Municipalidad de Trelew dispuso como medida preventiva ordenar a V. A. S.A. haga entrega de la unidad 0 Km Amarok 2.0 L TDI 14 CV 4x4 Starline a la Sra. N. T. dentro del plazo de diez días, bajo apercibimiento de iniciar el sumario de imputación correspondiente debiendo acreditar su cumplimiento en autos.---------- Para así decidir tuvo en cuenta la carta documento remitida por la Dra. E. G. B., apoderada de G. G. S.A., por la cual notifica que la entrega de la unidad objeto del reclamo estará lista aproximadamente dentro de 20 días, pero que vencido el plazo no se cumplimentó con la entrega de la misma.---------- Con cita del art. 40 de la LDC sostiene que V. A. S.A. de Ahorro para fines determinados, desde el momento que decide tercerizar la venta de automóviles en vez de hacerlo por sus propios canales, la consecuencia es que debe responder por los riesgos de la concesionaria en razón del sistema implementado.--------

--- Destaca la importancia de la empresa y las expectativas y confianza que despierta en los consumidores. Por lo tanto es razonable que la fábrica responda por las obligaciones de sus distribuidores y además existe una subordinación técnica y económica de la concesionaria con la empresa V. A. S.A. de Ahorro para fines determinados, detallando los aspectos de comercialización que son objeto de control. Afirma que se trata de una concentración vertical en la que existe subordinación económica para comercializar el producto.----------

--- Dice, que en ese contexto corresponde analizar la posibilidad de ordenar una medida preventiva para que la empresa brinde la cobertura por destrucción total, y considera que no es necesaria la existencia de certeza, sino que la mera apariencia que haga conveniente el dictado de la medida no implica prejuzgamiento y dentro de este marco se puede adoptar la misma.----------

--- Sostiene que el organismo a su cargo puede ordenar como medida preventiva en cualquier estado de las actuaciones el cese de conductas infractivas y la reversión de sus efectos, así como el cumplimiento de obligaciones legales.----------

--- Agrega que estas medidas contempladas en las leyes de defensa al consumidor no son medidas cautelares, sino medidas de fondo dictadas anticipadamente con la finalidad de dar cumplimiento al rol de policía que la autoridad administrativa detenta.----

--- II.- Agravia a V. A. S.A. la decisión adoptada toda vez que la medida dispuesta carece de fundamento y es el resultado del ejercicio abusivo de las facultades que posee la Oficina de Defensa del Consumidor del Municipio de Trelew.------- Sostiene que en el caso se está prejuzgando y se la obliga a entregar un vehículo, respecto del que no percibió suma alguna y del que según la factura de preventa no ha tenido

intervención. Asimismo, indica que la suma abonada debe ser considerada como pago a cuenta del precio, y por ello no es posible considerar cancelado el precio y que corresponda la entrega de la unidad.----------

--- Refiere que la disposición contiene transcripciones de doctrina respecto al vínculo que une al concedente con la concesionaria y a la existencia de una supuesta subordinación jurídica, mediante la cual se pretende justificar que deba entregar la unidad 0 Km, sin que medie correlación lógica entre los comentarios transcriptos y una coherencia de los dichos vertidos con las pruebas aportadas. ----------

--- Alega que en el caso de marras no se configuró ningún daño derivado del vicio o riesgo de la cosa o de prestación del servicio, pese a los esfuerzos del organismo para intentar justificar la medida gravosa impuesta apresuradamente que en todo caso debía dirigir a la concesionaria interviniente.----------

--- Como primer agravio, con cita de doctrina y jurisprudencia distingue el concepto de agencia y concesionaria resaltando que esta última actúa a nombre propio y por cuenta y riesgo propio. Afirma que ambas están vinculadas por una relación contractual de concesión y cada una actúa por cuenta y riesgo propio, por lo que las obligaciones que asuman para con los terceros son exclusivas de aquéllas, no debiendo responder por ellas la apelante.----------

--- Como segundo agravio expresa que no existe actualmente discusión posible respecto de la autonomía de los concesionarios en su actividad.----------

--- Transcribe el reglamento para concesionarios del que se desprende que la concesionaria comprará los productos y luego como propios los revenderá por su propia cuenta y riesgo a los clientes. Cita jurisprudencia en el sentido que el fabricante no tiene responsabilidad emergente de los contratos celebrados por concesionarios que actúan en nombre y por cuenta propia.----------

--- Plantea como tercer agravio y defensa de fondo, la falta de legitimación activa para obrar, toda vez que -afirma- no contrató con la denunciante, no recibió dinero alguno de parte de ella, y que la medida ordenada no puede prosperar porque jamás podría cumplir con la pretensión de la denunciante.----------

--- Como cuarto agravio, alega que la ley 24999 modificatoria de la ley 24240 introdujo sólo dos supuestos de responsabilidad solidaria entre fabricantes, vendedores y distribuidores. La prestación de garantía legal y el daño al consumidor por el vicio o riesgo de la cosa o prestación del servicio y que resulta a todas luces evidente que en el sub examine no se da ninguno de tales supuestos.----------

--- Concluye que la denunciante persigue el cumplimiento de un contrato del cual nunca la apelante formó parte, ni por el cual ha recibido suma alguna de dinero por parte de la denunciante, por ende no es posible endilgarle responsabilidad alguna.----------

--- Hace reserva del caso federal y del recurso extraordinario provincial, solicita se declare la nulidad de la resolución y subsidiariamente su revocación.----------

--- III.- Cabe comenzar analizando la procedencia de la vía impugnativa utilizada por la

concesionaria.----------

--- Al respecto, es de recordar que la competencia jurisdiccional funcional es de orden público por tratarse de las atribuciones de un Poder del Estado, y debe declararse de oficio según surge del art. 4 del Código Nacional, el órgano jurisdiccional es el legitimado para defender su competencia. El orden de las apelaciones y de las instancias, dice Couture, pertenece al sistema de la ley y no a la voluntad de las partes (cfr.: Loutayf Ranea, Roberto G.: “El recurso ordinario de apelación en el proceso civil”, Ed. Astrea, 2009, Tº 2, págs. 1/2). Por ser la competencia de la alzada de orden público, no se puede “imponer” al tribunal de apelaciones el conocimiento de un asunto en el que, por ser inadmisible, no debe conocer; en este aspecto, entonces, el tribunal de alzada tiene amplias facultades para “negar” su intervención cuando no se cumplan los presupuestos de admisibilidad (SDCA Sala “B” Nro. 03/10, SICA 010/10).----------

--- Es que, la Alzada posee la facultad revisora sobre la admisibilidad y efecto impreso al recurso de apelación sin estar obligada ni por la voluntad de las partes, ni por la concesión hecha por el Juez de primera instancia, por más que se halle consentida (S.I.C. 91/98, SIF 015/11 Sala “B”, entre otras).----------

--- Ello así, pues el recurso de apelación está sujeto a un doble examen el de admisibilidad y el de fundabilidad. El primero está destinado a verificar la concurrencia de los requisitos de admisibilidad de la apelación. Queda claro, entonces, que el juicio de admisibilidad es previo al de fundabilidad y que la ausencia de cualesquiera de los recaudos de aquella naturaleza, exime al órgano de apelación de emitir opinión sobre el mérito del asunto. En otras palabras, la admisibilidad se antepone al fundamento, de ahí que si el tribunal declara la inadmisibilidad no debe considerarse el fundamento (Azpelicueta-Tessone, “La Alzada, Poderes y deberes”; Librería Editora Platense, 1993, pág. 9).----------

--- La admisibilidad de las vías recursivas se da solamente cuando concurren en la calidad y actitud del impugnante la personería, el interés, el plazo y la forma, de manera tal que la carencia de cualquiera de estos atributos o circunstancias torna ilegal e improcedente la gestión recursiva, debiendo el tribunal de alzada -aún de oficio- declarar la errónea concesión, por el carácter de orden público del recurso, que nace de la ley y no es susceptible de ser abierto por voluntad de las partes o equivocada decisión del juez al concederlo.----------

--- En efecto, de conformidad con el art. 7 de la ley VII Nro. 22 contra los actos administrativos que disponen sanciones se podrá interponer recurso de apelación que tramitará por ante la Cámara de Apelaciones correspondiente a la circunscripción del lugar de juzgamiento, quien deberá resolver el recurso en el 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 así, el recurso de apelación se admite cuando la instrucción sumarial ha transitado todas sus etapas, es decir se ha puesto en conocimiento del presunto

infractor la existencia del sumario, con oportunidad para hacer su descargo, ofrecer y producir pruebas, y se ha dictado resolución siguiendo el procedimiento previsto en el art. 6 de la citada ley.----------

--- Cumplido dicho procedimiento, recién la norma legal autoriza la intervención de esta Alzada por vía de recurso de apelación, de modo tal que el recurso de apelación interpuesto en razón de una medida precautoria dispuesta de oficio por la autoridad administrativa fue mal concedido, pues es improcedente.----------

--- Es que, reconocida en el texto legal la facultad de apelar únicamente la resolución que dispone sanciones, cabe remitirse al código procesal por remisión del art. 7 de la ley VII Nro. 22 para establecer la procedencia del recurso de apelación interpuesto, el que no contempla esta vía impugnatoria para las medidas precautorias dictadas en sede administrativa.----------

--- El citado código admite el recurso de apelación sólo respecto de decisiones de diversa índole emitidas por magistrados en ejercicio de su jurisdicción y de sentencias en procesos arbitrales, de modo tal que la vía intentada por el denunciado, en principio es improcedente.----------

--- Sin embargo, advierte esta alzada que el Director de Defensa al Consumidor como fundamento de su decisión cita una publicación de La Ley, efectuada en el Tomo B del año 2008, en el que se menciona a los fines de habilitar la vía recursiva el recurso de apelación previsto en el art. 14, inc. e de la ley 22802 de lealtad comercial teniendo en cuenta la conexidad existente entre esta normativa y la normativa de la defensa al consumidor admitiendo la posibilidad de interponer recurso de apelación contra la medida que ordena el cese de la conducta que infrinja las normas establecidas en la citada ley, el que se concederá con efecto devolutivo, resultando competentes las Cámaras Nacionales de Apelaciones en las relaciones de consumo o las Cámaras de Apelaciones competentes según el asiento de la autoridad que dictó la resolución impugnada (art. 22, primer párrafo).----------

--- En tal contexto, en el ámbito provincial por Decreto 417/09, se designó como autoridad de aplicación de la ley 22.802, a la Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor, dado que este organismo es la autoridad de aplicación de la ley 24240, que tiene una importante vinculación con la ley citada y la ley de Defensa de la Competencia, dado que todas ellas buscan la protección del consumidor. Esta integración de leyes se patentiza en el art. 3 de la ley 24240, que establece que dicha ley se integra con las leyes 25.156 de Defensa de la Competencia y la Ley 22802 de Lealtad Comercial o las que en el futuro las reemplacen, debiendo aplicarse en caso de duda en la interpretación de los principios de la ley la más favorable al consumidor.-------

--- Es decir, aunque la ley de defensa al consumidor no prevé específicamente al recurso de apelación contra medidas cautelares dictadas por la autoridad administrativa, sí lo ha hecho en la ley de lealtad comercial, circunstancia que indica el interés de establecer una competencia judicial específica, de modo tal que aunque se

han tratado las vías impugnativas de modo diverso en leyes conexas, guardando silencio una de ellas en lo pertinente al recurso de apelación respecto de medidas preventivas y admitiéndola la restante, el silencio de la primera no debe interpretarse como una prohibición pues tampoco la establece. Por ello, en aras de asegurar el debido proceso y el derecho de defensa en juicio y permitir una mejor dilucidación de la cuestión traída a conocimiento de este Tribunal ha de admitirse el recurso de apelación interpuesto (arts. 18 C.N. y 44 C.P.).---------- --- Cabe hacer la salvedad que en tal caso, el efecto de su concesión debió ser con efecto devolutivo a fin de no entorpecer la continuación del trámite del proceso administrativo. No obstante, razones de economía procesal dado el estado de las actuaciones aconsejan ingresar al tratamiento de la impugnación articulada por V. A. S.A. a fin de evitar un dispendio jurisdiccional innecesario (art. 34, inc. 5to. subincs. a), b), y e) CPCC).---------- IV.- En relación a la nulidad de la disposición planteada por la apelante es aplicable el art. 7 último párrafo de la ley VII Nro. 22 que remite al código procesal civil y comercial en todo lo no previsto en dicha norma.---------- Al respecto, este Cuerpo ha expresado en anteriores pronunciamientos que en relación al recurso de nulidad, cabe aclarar que se desprende del artículo 255 del rito que la nulidad que autoriza el recurso homónimo, subsumido en el de apelación, es la que se asienta en defectos de la resolución cualquiera sea su especie.---------- El recurso de nulidad se halla implícito en el recurso de apelación y procede cuando la sentencia adolece de vicios o defectos de forma o construcción, que la descalifican como acto jurisdiccional, es decir si se dictó sin sujeción a las reglas de tiempo, lugar y forma, prescriptas por la ley adjetiva. Los motivos pueden ser de diversa índole, tales como: a) lo atinente a la fecha del fallo, b) ausencia de la firma del magistrado, c) déficit en la constitución del tribunal, d) ausencia de motivación entre otros supuestos. Y para poder incoar este medio recursivo debe fundarse en el momento oportuno y han de cumplirse los demás requisitos de admisibilidad de la apelación (el resaltado nos pertenece) (Juan Carlos Hitters, “Técnica de los recursos ordinarios”, Ed. Librería Editora Platense, 2da. Edición,, págs. 532 y sigs., en el mismo sentido, De Santo, “Tratado de los Recursos, Tomo I, Ed. Universidad, “Recursos Ordinarios”, pág. 454).------ Y se añadió, que procede el recurso de nulidad en el caso de que la sentencia presente vicios en su construcción que la descalifican como acto jurisdiccional, en particular, cuando ha sido pronunciada sin guardar las formas y solemnidades prescriptas por la ley, vale decir, de irregularidades que afectan a la sentencia “en sí misma” (conf. CN. Civ., Sala C, 5/2/89, JA, 1989-IV-82; entre otros). Se trata de vicios que afectan a la resolución misma, defectos nacidos en la construcción del decisorio y que vinculan la sentencia con la teoría de la nulidad (conf. Fenochietto-Arazi: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Ed. Astrea, 1993, Tº 1, pág. 889) (esta Sala, voto del Dr. De Cunto, SDC Nro. 003/12).---------- El fin inmediato del

recurso nulificatorio es denunciar los vicios extrínsecos de la resolución, no los intrínsecos. Teleológicamente apunta a los aspectos formales de ella, no a la justicia de su contenido, pues esto último es objeto del recurso de apelación. Queda delimitado así el ámbito de este remedio procesal, en principio, a las impugnaciones dirigidas contra los defectos de lugar, tiempo y forma que pudieren afectar a una resolución judicial en sí misma. ...El recurso de nulidad es un remedio excepcional. Síguese por ello que su concesión es de carácter restringido, y las condiciones de admisibilidad deben examinarse con criterio riguroso (SIE 47/12, SIC 55/14).---------- Sin embargo, planteadas por el apelante cuestiones que involucran la aplicación del derecho y los errores in iudicando, corresponden que se resuelvan por vía del recurso de apelación (esta sala SIC 041/11, SIC 28/11).---------- VI.- Sentado ello, debe señalarse que de conformidad con el párrafo 8° del art. 45 de la ley 24240, en el acta prevista en el artículo citado, así como en cualquier momento durante la tramitación del sumario, la autoridad de aplicación podrá ordenar como medida preventiva el cese de la conducta que se reputa en violación de esta ley y sus reglamentaciones, y no obstante que la ley provincial adhirió a la ley nacional al regular el procedimiento en el Capítulo III no hizo mención a esta facultad, ha de prevalecer en el caso la ley que más favorece al consumidor, que es la citada en primer término, pues es la que responde adecuadamente a los derechos reconocidos al mismo en nuestra Constitución Provincial de modo que toda reglamentación en desmedro de los derechos en ella reconocidos es inaplicable.----------

--- En efecto, el art. 45 de la ley 24240 en su último párrafo establece que las provincias dictarán las normas referidas a su actuación como autoridades locales de aplicación, estableciendo en sus respectivos ámbitos un procedimiento compatible con sus ordenamientos locales. A propósito, la Constitución Provincial en su art. 33 reconoce a "*los particulares legitimación para promover acciones destinadas a la prevención y reparación de daños"*, señalando que *"la ley regula el control…, sancionando a quienes atenten contra el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios"*. A la vez que el art. 10 de la misma, establece que toda ley que imponga al ejercicio de las libertades o derechos reconocidos en esta Constitución otras restricciones que las que la misma permite o prive de garantías que ella asegura, son nulos y no pueden ser aplicadas por los jueces.----------

--- VII.- En orden a las características que exhiben las medidas cautelares asimilables a la medida dispuesta cabe mencionar que no constituyen un fin en sí mismas, son accesorias de un proceso, provisionales, mutables o flexibles, de modo tal que no producen los efectos de la cosa juzgada material.----------

--- En cuanto a los presupuestos indispensables para su procedencia cabe señalar la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora.----------

--- A diferencia de la medida cautelar dictada en sede judicial que busca asegurar el

resultado de una eventual sentencia favorable, la medida preventiva en sede administrativa persigue el cese de una conducta en infracción a la ley, tal a modo de ejemplo la comercialización de productos en mal estado pues aparece ilógico esperar hasta la conclusión del procedimiento establecido en la ley para que cese la conducta .-

--- Por su parte la verosimilitud del derecho, no requiere la existencia de certeza, alcanza con la apariencia de buen derecho, el denominado “fumus bonis iuris”, que haga conveniente el dictado de la medida. Ello importa la apreciación objetiva de las constancias obrantes en las actuaciones, valorando a primera vista el objeto de la denuncia y la posibilidad acerca de la existencia del derecho discutido. ----------

--- En tal contexto, la autoridad administrativa fundó la medida señalando que correspondía analizar la posibilidad de ordenar una medida preventiva para que la empresa brinde la cobertura por destrucción total, la que resulta inaplicable al caso pues la cuestión central que la denunciante expone en su planteo es la falta de entrega por parte de G. G. S.A. y V. A. S.A. de la unidad 0 Km adquirida y pagada al concesionario, requiriendo su inmediata entrega (ver fs. 01/02) .----------

--- Respecto a la aplicación del art. 40 de la LDC que se invoca en la decisión dijo la Corte Nacional en un caso similar que esta norma se refiere a la responsabilidad solidaria por el daño al consumidor que resulte del vicio o riesgo de la cosa, supuesto que no corresponde al de autos (L. 780. XXXVI. "Llop, Omar Mateo c/ Autolatina Argentina S.A.", Junio, 2004).----------

--- Asimismo, de la documental acompañada: factura de preventa de fs. 6, depósito bancario de fs. 7 a favor de G. G. S.A y carta documento de fs. 28 se desprendería que la operación se habría concretado con dicha empresa y la misma es la que habría asumido la responsabilidad de entregar el automotor.---------- A su vez, los emails de fs. 09/11 acompañados por la denunciante parecieran indicar que el número de chasis del vehículo que se le habría asignado es “DA063105”, y el número de motor CNF017607 (fs. 10 y 11), serían los mismos que la fabricante indicó en la carta de porte glosada a fs. 24, por la que dice remitió el automotor a la concesionaria. Aunque no ha de soslayarse el relato de la denunciante glosado a fs. 4/5, séptimo y noveno párrafos, en cuanto refiere que G. G. S.A. con posterioridad a individualizar el vehículo le dice que la fábrica no manda y el 6-1-14, mandan una ficha técnica con datos de otra camioneta, y la fábrica insiste que ya le adjudicó la camioneta con la numeración antes consignada. ---------- En este marco fáctico, se adelanta, no se advierte que se haya acreditado la verosimilitud del derecho que torne admisible la medida preventiva dictada.----------

--- En relación al contrato de concesión, sin desconocer la naturaleza jurídica, derechos y obligaciones que emanan del mismo, aspectos sobre los que no corresponde expedirse en esta ocasión porque hacen al pronunciamiento de fondo sobre la cuestión, aún cuando en ellos centró sus agravios el apelante, estima esta Alzada que “prima facie” resulta prematuro anticipar la decisión de fondo bajo la apariencia de una medida

preventiva, sin instruir el sumario y producir pruebas a fin de determinar cómo se desarrolló este negocio en particular entre concedente y concesionario.----------

--- Se ha resuelto que atribuir responsabilidad a la concedente por la falta de entrega de los vehículos enajenados, por cuenta y a riesgo propio de la concesionaria, sin que se hubiere demostrado en el sub discussio un obrar antijurídico de la primera que habilite su condena en los términos del art. 1109 del Código Civil, ni la concurrencia de los supuestos en que rige la garantía legal prevista por la ley 24.240, no es congruente con la correcta interpretación de las normas legales aplicadas (SCBA,, "Iarritu, Marcos Gabriel contra 'Peugeot Citroen Argentina S.A.' Daños y perjuicios. Incumplimiento contractual", 18/6/14, Juba, sum. B4200027).----------

-- Por las razones apuntadas, cabe concluir que no aparece acreditada la verosimilitud del derecho ni se evidencia el peligro en la demora en grado suficiente para mantener la medida preventiva ordenada, en consecuencia, corresponde revocar la disposición 032/14.----------

--- Es que, si bien no se requiere la prueba acabada de la verosimilitud del derecho, no menos cierto es que el análisis de este presupuesto no debe realizarse superficialmente de modo que no se verifique la existencia de una presunción de legitimidad idónea para determinar la admisibilidad de la medida preventiva, que no se cumple en el caso traído a conocimiento de este Cuerpo por las razones hasta aquí apuntadas.----------

--- Para finalizar, cabe señalar que el procedimiento administrativo previsto en el capítulo III de la Ley VII Nro. 22, no está supeditado a condición ni cumplimiento alguno, de modo tal que debió instruirse el sumario a la par del dictado de la medida preventiva, conforme reclama el apelante (punto III, fs. 40vta.).----------

--- Asimismo, “obiter dicta” debe resaltarse que el apercibimiento dispuesto en el resolutorio es improcedente teniendo en cuenta que la instrucción del sumario es un derecho reconocido por la ley especial como ya se expresara de modo tal que carece de toda eficacia, pues el cumplimiento por la apelante de la medida preventiva es indiferente, dado que es deber de la autoridad administrativa tramitar el sumario en la forma dispuesta por el art. 6 de la ley VII Nro. 22.----------

--- Atento la solución que se propicia no se imponen costas y no se regulan honorarios toda vez que la medida preventiva fue dictada de oficio.----------

--- En su mérito, la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones con asiento en la ciudad de Trelew, **RESUELVE:** ----------

--- I. Revocar la Disposición Nro. 32/14 dictada por el Director de la Oficina de Defensa del Consumidor de la Municipalidad de Trelew.----------

--- II. Sin imponer costas y sin regular honorarios toda vez que la medida preventiva fue dictada de oficio.----------

--- La presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por licencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Sergio Rubén Lucero (Art. 7º Ley V Nº 17).----------

--- Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

ALDO LUIS DE CUNTO
JUEZ DE CAMARA

RAUL ADRIAN VERGARA
PRESIDENTE

--- REGISTRADA BAJO EL Nº /2014. SICA.- CONSTE.----------

VILMA NOEMÍ BIRRI
SECRETARIA