----Trelew, de agosto del año dos mil quince.----------

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

--El recurso de apelación interpuesto y fundado a fs. 70/77 contra la disposición Nro. 33/15 dictada por el Director de la Oficina de Defensa del Consumidor de la Municipalidad de la ciudad de Trelew obrante a fs. 57/59.----------

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

--- I.- A fs. 57/59, el Director de la Oficina de Defensa del Consumidor de la Municipalidad de la ciudad de Trelew dispone aplicar a T. d. A. S.A. una multa de $ 35.000 por infracción a los arts. 4 y 10 bis de la ley 24240, con más la sanción accesoria de publicar la decisión en el Boletín Oficial y un diario de mayor circulación de la zona. Establece el modo de cumplir la sanción impuesta. Ordena el reintegro al usuario de la suma de $ 2.139,70 con más los intereses conforme el considerando respectivo. Deja constancia que la disposición será refrendada por el Sr. Jefe a cargo del Subprograma de Sumario e Imputación y sanción de la Oficina de Defensa del Consumidor, Dr. D. A. E. P. y hace saber que la decisión podrá ser recurrida por vía de apelación por ante la Cámara de Apelaciones correspondiente en la forma y plazo previsto por el art. 7 de la ley VII Nro. 22.----------

-- Para así decidir tiene en cuenta el acta de imputación labrada el 25/03/15 por presunta infracción a los arts. 4, 10 bis, y 40 bis de la Ley 24240 en base a los hechos denunciados por el Sr. Pereyra.---------- Refiere que la empresa formula descargo (fs. 39/41vta.), plantea nulidad y se limita a manifestar su disconformidad sin aportar prueba en contrario. Hace un detalle del servicio prestado y no efectúa aclaraciones sobre la imputación concreta que es sobre el ancho de banda de Internet que debía prestar y que nunca llegó al mínimo ofrecido.---- Menciona que el dictamen legal cita un precedente de la Sala A de esta Cámara de Apelaciones al que se remite. Cita antecedentes que obran en la Oficina de Defensa del Consumidor en donde se condena a la empresa de telefonía, y evalúa que es la única prestataria de la telefonía fija en esta ciudad y la mayor prestataria de Internet lo que debe ser tenido en cuenta a los fines del art. 49 de la ley de defensa del consumidor, el que transcribe.----------

--- Manifiesta que el denunciante no aceptó la propuesta conciliatoria de la empresa denunciada y aportó la factura que debió abonar pese a que no tenía el servicio de S. prometido, razón por la cual si no existía deuda era porque la había pagado. Agrega que corrido traslado a la empresa no desconoció la documental y corroboró la baja del servicio y que no existía deuda, quedando de este modo acreditado que si no existía deuda era porque el denunciante debió abonar las facturas sin contar con el servicio ofertado y contratado de 3 mb de Internet S..---------- Transcribe el art. 31 de la ley de Defensa del Consumidor y concluye que la empresa debe reintegrar al denunciante la suma de $ 1.711,76 con más el 25%, más los

intereses por mora.----------
-- II.- Manifiesta el apelante que se agravia de esta decisión, principal y fundamentalmente, porque la disposición carece de la fundamentación y motivación mínima que requiere un acto de administración, más grave aún en el acta de imputación.----------
-
--- Resalta la arbitrariedad y antijuricidad en que se ha incurrido en la disposición apelada. Aduce que se han vulnerado derechos y garantías constitucionales, como el principio de defensa en juicio y el principio de legalidad. Afirma que en forma arbitraria e infundada se impuso una sanción sin analizar ni dar por acreditado el hecho punible, menos aún se hizo mérito, consideró y contrarrestó el descargo formulado por la denunciada.----------
-
--- Cita pronunciamientos de la Corte Nacional, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV y dictámenes relacionados con el principio de legalidad en la actividad administrativa a los que se remite.----------
--- Alega que se ha vulnerado el art. 18 de la Const. Nacional, en detrimento del principio de legalidad o juricidad y se ha incurrido en violación al principio de razonabilidad que deriva del art. 28 de la citada Constitución---------- --- ----- Con cita de doctrina y jurisprudencia señala que lo razonable es lo justo, proporcionado y equitativo.----------
-- Insiste que toda decisión administrativa que afecte derechos de particulares, debe responder a una motivación suficiente y resultar como derivación razonada de los antecedentes, de tal modo que se encuentren cabalmente a resguardo las garantías constitucionales en juego, asegurando el principio de legalidad en la actuación del órgano administrativo. Añade que interesa conocer el fundamento, las razones que justifican el dictado de un acto administrativo. ----------
--- Expone que se puede observar de la disposición apelada que existe un solo considerando que refiere a la carga probatoria, copia dos párrafos de una sentencia de la Cámara de Apelaciones, intenta motivar y fundamentar la exorbitante sanción que va a aplicar, pretendiendo tener por acreditados los hechos, que ni siquiera menciona. Refiere que en su descargo planteó la nulidad del acta de imputación y no fue tratada en la disposición. Dicha acta afirma, configura un acto nulo de nulidad absoluta, que no requiere de prueba alguna para acreditarla.---------- ----------
--- Agravia al apelante no sólo que no se analizó ni trató ni rebatió ni rechazó la nulidad planteada sino que además se dictó un acto administrativo arbitrario e irrazonable, que carece de los elementos esenciales del acto jurídico necesarios inexcusablemente para que el acto resulte válido y eficaz, toda vez que sabido es, que la falta de alguno de dichos elementos o de uno de ellos determina que el acto administrativo se encuentre viciado y sea nulo en consecuencia.----------

-- Critica la disposición en cuanto le impone una multa de $ 35.000, quantum que –afirma- carece de motivación, lo que la torna irrazonable, arbitraria y totalmente desproporcionada. Sostiene que no se tuvo en cuenta los criterios de aplicación y graduación de penas que prevé la ley 24240, sólo transcribió el artículo. Transcribe jurisprudencia en su apoyo.---------- -- Sostiene el apelante que se reconoció daño directo disponiendo el reintegro de $ 2.139 al Sr. Pereyra, a partir de un cálculo que efectúa siguiendo un procedimiento establecido por el art. 31 de la LDC, al cual el consumidor no se acogió ni cumplió. Dice que del texto de esta norma resulta que son facultades conferidas al usuario y no facultades del organismo de aplicación, de modo tal que el organismo se excedió en sus facultades lo que torna nulo el razonamiento que efectúa y la disposición. Arguye que devolvió los días de servicio no prestado tal como informó en su descargo.---------- Solicita la declaración de inconstitucionalidad del art. 40 bis de la LDC, en base a que corresponde determinar si dentro de las facultades jurisdiccionales otorgadas a los organismos administrativos de Defensa del Consumidor, puede el Congreso Nacional delegar en éstos la facultad de determinar la existencia de daños y su consecuente obligación de las empresas de indemnizar a los clientes/usuarios. Transcribe en su apoyo párrafos del fallo “Estrada” dictado por la Corte Nacional.---------- Refiere que las modificaciones introducidas por la Ley de Defensa del Consumidor al autorizar al órgano de aplicación a determinar la existencia de daño y obligar a resarcir el mismo, otorga facultades a los organismos administrativos que exceden el marco del Derecho de Defensa del Consumidor, y en concordancia con lo manifestado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo citado, resulta cuestionable que el Congreso haya delegado en estos organismos administrativos 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.---------- Indica que el art. 40 bis de la LDC cuya inconstitucionalidad solicita 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. Sigue diciendo que la exorbitante prerrogativa que ha quedado plasmada en la ley que se cuestiona, postergando de manera absoluta el ejercicio de los derechos de petición y de defensa, como mínimo y desde distinto ángulo impidiendo el ejercicio de las funciones de otro poder, constituye una flagrante violación a los principios enunciados en la Const. Nac., norma a la que deben subordinarse todas aquellas que en su consecuencia se dicten.---------- Señala que no hay norma que pueda cercenar la facultad que nuestra carta Magna otorga al Poder Judicial para velar por el cumplimiento de las leyes y la tutela de los derechos subjetivos de los ciudadanos. Lo contrario, indica, importa relativizar las facultades de ese poder, destinadas a hacer prevalecer el principio de legalidad de raigambre constitucional y

consagrado en el pacto de San José de Costa Rica.---------- Manifiesta que nuestra norma fundamental custodia el principio de la tutela judicial efectiva, siendo atribución específica del Poder Judicial, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, resultando obligación indeclinable de los jueces, la resolución de aquellas propuestas en el marco de su jurisdicción. Si así no fuera, añade, se estaría aceptando la preeminencia de un poder sobre otro, la violación del principio de división de poderes, en síntesis, la intromisión en la tarea propia de los jueces, incompatible con el diseño institucional de nuestro régimen político.---------- En segundo término, plantea que el daño al que refiere el art. 40 bis de la LDC es el que se configuró de manera inmediata en los bienes o persona del reclamante. Alega que el art. 1068 del C. Civil prevé que todo daño requiere que haya un perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, y que en ese sentido el usuario debe ser indemnizado por el daño causado directamente en las cosas de su dominio o posesión, así como por el mal hecho a su persona o a sus derechos fundamentales, y puede resultar de una acción u omisión. Dice que el nuevo texto legal al incluir el daño que recae “de manera inmediata” sobre los “bienes” o la “persona” del consumidor o usuario, se refiere al que sufre por haber sido damnificado directamente (art.1079). -------- Informa que en el caso que nos ocupa la carencia de fundamentos y pruebas suficientes y contundentes hacen caer de pleno cualquier tipo de conclusión que se pretenda como fundada en derecho. Ello es así, sostiene, por cuanto la decisión se adoptó por la sola voluntad de la autoridad administrativa, con un procedimiento improcedente de no aplicación al caso, sin siquiera haber manifestado y menos aún instado la producción de al menos una sola prueba de oficio por la cual se hubiera demostrado un indicio de que se configuró perjuicio alguno. ----------Agrega que el daño es el presupuesto central de la reparación, y es la medida de la indemnización, por lo que resulta de suma importancia su exacta comprobación, como así también que reúna los requisitos de indemnizable, lesione un interés propio, que sea cierto y subsistente, y afirma que nada de ello tuvo lugar. Concluye haciendo reserva del caso federal en virtud de haberse conculcado su derecho a la propiedad, al debido proceso, de defensa, igualdad ante la ley, y el ámbito de actuación del Poder Judicial, derechos fundamentales consagrados en la Constitución Provincial. ---------- III.- Por razones de método, esta Alzada se expedirá respecto de los agravios del apelante, según el siguiente orden: 1) Nulidad acta de imputación, 2) Nulidad disposición apelada, 3) Irrazonabilidad de la multa aplicada, 4) Inaplicabilidad del art. 31 de la LDC, 5) Inconstitucionalidad del art. 40 bis de la LDC y 6) Procedencia del daño directo.---------- --- 1) En el marco de las facultades conferidas a esta Alzada por el art. 7, segundo párrafo de la ley VII Nro. 22 para entender en el presente recurso, resulta de aplicación el código de rito en todo aquello que no esté previsto expresamente en la ley. Ello así, este Tribunal

cuenta con atribuciones a tenor del art. 281 del citado código para decidir sobre los puntos omitidos en la decisión apelada, aunque no se solicite aclaratoria siempre que se solicite en la respectiva expresión de agravios.---------- Y en el presente caso ante el pedido expreso formulado por la apelante debe considerarse que siguiendo un criterio de economía procesal, se ha permitido que el tribunal de segunda instancia pueda pronunciarse también respecto de los puntos omitidos de resolver por la sentencia de primera instancia; es la solución consagrada por el art. 278 del Cód. Procesal de la Nación (Loutayf Ranea, Roberto G., “El recurso ordinario de apelación en el proceso civil”, Astrea, 1989, T. 1, pág. 160).---------- --- En consecuencia, corresponde el análisis de la impugnación que mereciera el acta de imputación, labrada luego de haber sido oída la denunciada e incluso haberse acordado un plazo adicional para ello conforme se desprende de fs. 17 - no previsto por la ley VII Nro. 22-. No se advierte que la misma presente vicios de los que derive su nulidad, no sólo respecto de elementos formales, tales el lugar, fecha, firma de la autoridad competente, sino también de su contenido que se ajusta a las previsiones del art. 45 de la ley 24240 en cuanto establece que “previa instancia conciliatoria, se procederá a labrar acta en la que se dejará constancia del hecho denunciado o verificado y de la disposición presuntamente infringida. En la misma acta se dispondrá agregar la documentación acompañada y citar al presunto infractor para que, dentro del plazo de cinco (5) días hábiles, presente por escrito su descargo y ofrezca las pruebas que hacen a su derecho”. En el mismo sentido, el art. 6 de la ley local, regula el procedimiento que finaliza con el acta de imputación, aunque presenta algunas distinciones, toda vez que dispone la fijación de una audiencia para realizar el descargo cuya notificación deberá realizarse con por lo menos cinco días de antelación.---------- Sin embargo, nada obsta a la validez del acta la citación al amparo del art. 45 de la LDC toda vez que la denunciante realizó su descargo sin observación alguna sobre este aspecto en el plazo para el que fue citada.---------- Ingresando al tratamiento del agravio principal del apelante cual es que el acta referida incumple con el art. 30 de la Ley 920 de procedimiento administrativo (actual ley I Nro. 18) (fs. 39), es de señalar que dicha norma legal es de aplicación supletoria para resolver cuestiones no previstas expresamente en tanto no sean incompatibles con la Ley de Defensa del Consumidor 24240 y la Ley VII Nro. 22.---------- El fundamento que se esgrime para solicitar la nulidad del acta de imputación, esto es, falta de motivación del acto administrativo en base a la ley provincial de procedimiento administrativo no ha de prosperar porque tanto la ley nacional como la ley provincial de defensa del consumidor, son leyes especiales que prevalecen sobre la ley general, que establecen en sus arts. 45 y 6, -respectivamente-, el contenido del

acta de imputación.---------- En efecto, el acta labrada a fs. 20 suscripta por la autoridad de aplicación, remite a las

actuaciones labradas en 19 fojas, en las que se denuncia la contratación de servicio de Internet de 3 Mb, el incumplimiento de la denunciada en la prestación del servicio y su presentación con la intención de llegar a un acuerdo. Por otra parte se han consignado los artículos de la ley de defensa del consumidor que se habrían vulnerado (art. 4, 10 bis y 40 bis), y fue citada en el plazo de ley para formular su descargo y ofrecer la prueba bajo apercibimiento de tenerlo por no presentado y continuar el trámite en rebeldía, de tal modo que se han cumplido con los recaudos establecidos por los arts. 45, segundo párrafo LDC y art. 6 inc. a) Ley VII nro. 22, motivo por el cual se desestima este agravio.---------- 2. Nulidad de la disposición apelada: La crítica central del apelante reside en que la disposición impugnada adolece de falta de motivación suficiente que derive de un análisis razonado de los antecedentes en el contenido de la disposición 033/15, es decir, que carece de antecedentes de hecho y de derecho.- Sin embargo, no puede soslayarse que la autoridad administrativa en relación a los hechos, tuvo en cuenta el descargo efectuado por la denunciada, su falta de aportación de pruebas para demostrar que el servicio había sido prestado correctamente (ver el segundo párrafo de fs. 57 y fs. 57vta.), dio por acreditados los pagos realizados por el denunciante (fs. 57vta. sexto párrafo) y tuvo en cuenta la propuesta de conciliación ofrecida por la empresa de telefonía (fs. 57vta. cuarto párrafo), y esta valoración de los hechos la reforzó con la cita de un pronunciamiento de la Sala “A” de esta Alzada.---------- En el mismo sentido, para la aplicación de la multa prevista por el art. 49 de la ley 24240, la autoridad administrativa tuvo en cuenta otras denuncias efectuadas contra la empresa prestataria del servicio, su posición en el mercado toda vez que es la única que presta el servicio de telefonía fija, y la mayor prestadora del servicio de Internet. A su vez respecto del daño directo, contabilizó las facturas presentadas por el denunciante y consideró la nota obrante en la factura de fs. 51 en cuanto a que no registra importes vencidos impagos y lo manifestado a fs. 55 por la denunciante para tenerlas por abonadas por el denunciante cuando no se había prestado el servicio.----------Ello así, no se advierte la existencia de un vicio palmario con mérito suficiente para declarar la nulidad del acto administrativo, en tanto ha sido dictado por la autoridad competente en ejercicio de las facultades regladas, han sido respetados los requisitos de forma y se ha expedido en el marco del derecho aplicable. Esta Sala, propugna aplicar el criterio adoptado por la Corte Nacional de apreciar la importancia y gravedad del vicio que se trata y, dice así, expresamente, que para concluir que nos encontramos ante una invalidez manifiesta debemos hallarnos no sólo ante un vicio evidente, sino también dotado de gravedad. Sostiene además, que se tratará de un vicio no manifiesto cuando no nos encontremos ante un grosero error de derecho que supla lo meramente opinable o no revisten gravedad suficiente para ser calificado como acto irregular (Dictámenes, 198:115,116vta. entre muchos otros; Marienhoff, “Tratado…”, t. II, 1966, pág. 496. cit por Gordillo, Agustín, “Tratado de

derecho administrativo", Ed. Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2000, pág. XI-40).---------- --- Ha señalado el Superior Tribunal de Justicia que "el acto administrativo goza, como principio, de presunción de legitimidad, razón por la cual debe ser considerado válido hasta tanto sea declarada judicialmente su ilegitimidad. De esta presunción se desprende la necesidad de que el particular que considera ilegítimo el acto, alegue y pruebe dicha ilegitimidad... la pretensión básica y siempre necesaria será la de anulación del acto, pues ella actúa como condición del eventual restablecimiento de la situación jurídica afectada por la disposición administrativa..." (C. Nac. Fral. Cont. Adm. Sala IV – 19/6/96 in re "Buján..." – LL 1/4/97) (SD N° 14/SCA/12, SDN° 68/SCA/15).-------- En síntesis, no ha sido demostrada la ilegitimidad del acto, esto es, no se ha probado que el acto administrativo haya desconocido situaciones de hecho relevantes para la decisión que adoptó, a lo que se añade que no exhibe los vicios señalados en el art. 33 de la Ley I Nro. 18 de aplicación supletoria al caso de autos.----------Asimismo, si existe argumentación que confronta con la aplicación del orden jurídico positivo, nada impide que sea revisada en esta sede al amparo del recurso de apelación. Por ello, corresponde desestimar los agravios tendientes a obtener la nulidad de la disposición nro. 33/15.---------- 3) Irrazonabilidad de la multa aplicada: La autoridad administrativa sancionó a la empresa -según surge de fs. 57vta. tercer párrafo- teniendo en cuenta: a) dos antecedentes de condena a la denunciada, que no fueron desconocidos, a los que esta Alzada añade las sanciones aplicadas en razón de la denuncia de D. A. (sent. def. 02/14, Sala "B"); b) que es la única prestataria del servicio de telefonía en la zona y c) que es la mayor prestataria del servicio de Internet, todas pautas

expresamente establecidas en el art. 49 de la LDC.---------- Sin embargo, alega el apelante que la multa carece de motivación, no respeta ni tiene en cuenta los criterios de aplicación y graduación de las penas establecidas en la Ley 24240. Al respecto, cabe señalar que tales manifestaciones resultan meras afirmaciones dogmáticas que, en tanto no se fundamentan en las circunstancias de hecho particulares de la presente causa, se encuentran huérfanas de contenido crítico que atender. En efecto, no se precisa de un modo concreto y razonado en qué se habría equivocado la autoridad de aplicación en la justipreciación de la sanción de multa que cuantificara, en tanto que no se dirige la más mínima referencia a los hechos que por no haber merecido reproche, han sido consentidos, y que fueron los considerados por la autoridad de aplicación para determinar la cuantía de la multa cuestionada. Ello así, ha incurrido en deserción el apelante en esta porción de sus agravios (Es el criterio seguido en la SDCA 02/14, de esta Sala).---------- Respecto del monto de la multa que estima la impugnante es irrazonable, se ha fundado la sanción en los presupuestos previstos por el art. 49 de la LDC de los que se da cuenta en los párrafos

precedentes, esto es la reincidencia en conductas que ameritan la sanción, y su prevalencia en el mercado zonal de la telefonía y en la prestación del servicio de internet que es público y notorio conocimiento.----------Ello así, teniendo en cuenta los antecedentes de esta sala, en la sentencia definitiva 002/14 SDCA se impuso una sanción de $ 25.000; y en la sentencia definitiva contencioso administrativa Nro. 005/10, la sanción de $ 10.000 impuesta por la autoridad administrativa se redujo a $ 5.000, toda vez que en el caso no se daban algunos de los presupuestos del art. 49 de la LDC que habían servido de fundamento para determinar la sanción, la cuantía de la sanción impuesta en esta ocasión no
muestra visos de irrazonabilidad.----------
-- 4) Inaplicabilidad del art. 31 de la LDC: Agravia a la apelante el cálculo que se efectúa de la suma a reintegrar al deudor, $ 2.139,70, en concepto de daño directo pues se realizó en base al procedimiento del art. 31 de la LDC, al que el usuario no se acogió. Afirma que ello configura un exceso en el ejercicio de las facultades del
organismo.----------
--- De una atenta lectura de la denuncia formulada por el usuario glosada a fs. 02/3 queda claro que solicita en el apartado 2) ”la devolución del dinero más un plus por los días sin servicio…”, y en el apartado 3) “que se levante una multa a la empresa por todos los inconvenientes y servicios no prestados”. ----------
Asimismo en el acta de imputación se deja constancia que el consumidor da de baja el servicio y reclama la devolución de lo pagado, con cita de los arts. 10 bis y 40 bis de la LDC. ----------
--- Cabe precisar, que la errónea imputación legal que realice la autoridad administrativa, no impide la devolución de las sumas abonadas con más los accesorios que prevé el art. 31 de la LDC, cuando tomó conocimiento la prestataria de los hechos constitutivos de la denuncia del actor y tuvo oportunidad de ejercer su derecho de defensa, habiendo incluso realizado una propuesta conciliatoria (ver fs. 41). ---------- Al respecto, el derecho procesal se ha ocupado tradicionalmente del “iuria novit curia” como una circunstancia que permite al juez apartarse de las consideraciones jurídicas que realicen las partes. La Corte Nacional ha señalado en relación a este principio que, con arreglo a esta regla, el juez no sólo tiene la facultad sino también el deber de discurrir los conflictos y dirimirlos según el derecho aplicable calificando autónomamente la realidad fáctica y subsumiéndola en las normas jurídicas con prescindencia de los fundamentos que enuncian las partes (Conf. S.C.J.N., Fallos: 296:633; 299:78/429; 300:1034; 305:405; 308:778; 310:1536, etc.).---------- En ejercicio de esta facultad cabe señalar que el art. 31 de la LDC resulta aplicable *“en los casos en que un prestador de servicios públicos facturase sumas o conceptos indebidos…el usuario podrá presentar reclamos”,* y agrega *“el prestador dispondrá de un plazo de treinta días a partir del reclamo del usuario para acreditar en forma fehaciente que el consumo fue efectivamente*

realizado".---------- Atento que el art. 27 impone a las empresas prestatarias de servicios habilitar un registro de reclamos, se tienen por tales los efectuados por el usuario telefónicamente, según detalle presentado por la prestataria a fs. 37/38, respecto de los cuales no acreditó la apelante que se hubiera prestado el servicio facturado.---------- En efecto, es aplicable el principio de las cargas dinámicas probatorias, colocando en cabeza de la empresa prestataria la obligación de acreditar que el consumo facturado
efectivamente fue real.----------
-- Ahora bien, el texto del artículo dispone que el usuario debe formular reclamo ante el "organismo de control correspondiente", entendiéndose por tal a la autoridad de contralor correspondiente según el marco regulatorio. Este reclamo debe realizarse dentro del plazo de caducidad de treinta días desde que venció el plazo de la
prestataria para responder al reclamo.----------
-- Al respecto, efectuado el reclamo el 30/06/14 (fs. 38) se presenta la denuncia ante la Oficina de Defensa del Consumidor el 26/08/14, (fs. 01) esto es dentro del plazo legal previsto por el artículo de marras.----------
-- Sin embargo, no obsta al reconocimiento de los accesorios establecidos en este artículo, que el reclamo se realice ante la Oficina de Defensa del Consumidor y no así ante el ente regulador. Prestigiosa doctrina refiere que cualquier violación a lo dispuesto en este artículo da derecho al usuario a recurrir ante la autoridad de aplicación de la ley 24240, que puede ser nacional o provincial (art. 41) (Farina, Juan M., "Defensa del Consumidor y del usuario", Ed. Astrea, 3ra. ed. actualizada, pág. 340, ap. 9).----------
---Este criterio es el adoptado por esta Sala en anteriores pronunciamientos, al señalar que, tratándose la prestación del servicio de telefonía fija, substancialmente, el que le da inserción en el mercado de las telecomunicaciones a la empresa impugnante, el cual se trata de un servicio público domiciliario; y que, aún cuando no olvidando que es éste algunos de aquellos que son incluidos en el amplio abanico de ofertas de prestación de servicios telecomunicaciones que son dirigidas por "T. d. A. S.A." al potencial e indeterminado público consumidor, servicios éstos que, obviamente tampoco puede ser omitido, se encuentran regulados mediante una legislación específica –de rango legal y reglamentario- y con su propia autoridad de aplicación (Comisión Nacional de Comunicaciones); encuentro que la concurrente y, en su caso, prioritaria aplicación de las normas tutelares del consumidor y usuarios se impone a toda fuerza (Voto Dr. Lucero, SDCA 03/11).---------- Del texto de los arts. 3°; 25° y 31° de la L.D.C., según reforma por Ley 26.361, interpretados armónicamente se desprende que resulta de aplicación la norma más favorable al consumidor. Así la primera de las citadas normas, en su actual redacción, indica que "Las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle esté alcanzado asimismo

por otra normativa específica…” (Sic). Concordantemente el art. 25° prescribe en el 3er. Párrafo que “…Los servicios públicos domiciliarios con legislación específica y cuya actuación sea controlada por los organismos que ella contempla, serán regidos por estas normas y por la presente ley. En caso de duda sobre la norma aplicable, resultará la más favorable para el consumidor…” (Sic). Y, por último, el citado art. 31, establece que “…la relación entre el prestador del servicio público y el usuario tendrá como base la integración normativa dispuesta por los arts. 3° y 25° de la presente ley” (Sic).---------- ---------- Sentado ello cabe verificar si la suma establecida por la autoridad administrativa se ajusta a las premisas que establece el sexto párrafo del art. 31 LDC., la cual no se

explica cómo se calculó.----------
-- Cabe comenzar, señalando que no se tomarán en cuenta las facturas de fs. 44 y 46. La primera porque corresponde a la facturación del mes de mayo que venció el 24/6/14, respecto de la cual no medió queja del usuario. La segunda, porque fue objeto de reimpresión de la glosada a fs. 48. Respecto de los intereses deben reintegrarse los mismos que el prestador percibe en caso de mora, que no puede exceder del 50% de la tasa pasiva para depósitos a treinta días del Banco de la Nación Argentina, correspondiente al último día del mes anterior a la efectivización del pago (octavo párrafo art. 31 LDC), con más el 25% de lo cobrado indebidamente (conforme sexto

párrafo del art. 31 de la LDC).----------
---Ello así, se ha considerado la suma total de $ 1.711,76 (ver fs. 57vta., último párrafo), cuando en realidad la sumatoria de todas las facturas asciende a $ 1.711,66, debiéndose deducir $ 209,17 y $ 282,85, de lo que resulta la suma de $ 1.219,64 suma que corresponderá ser devuelta al usuario con más los intereses calculados en la forma señalada en el párrafo anterior y con más el 25% sobre la suma de $ 1.219,64 que fue

la cobrada indebidamente. ----------
---5) Inconstitucionalidad del art. 40 bis de la LDC y 6) Procedencia del daño directo: ----- Atento que ya fue establecida la procedencia de la suma a reintegrar al usuario con fundamento legal en el art. 31 de la ley de defensa del consumidor, que prevé un régimen especial y específico para que las empresas prestatarias de servicios restituyan o indemnicen en los casos en los que los prestadores de un servicio facturen conceptos indebidos, de tal modo que la disposición del art. 40 bis LDC queda reservada para aquellos casos en que se provoque un daño directo al usuario que exceda el marco legal del primero de los artículos citados. Ello así, deviene abstracto expedirse sobre el planteo de inconstitucionalidad del art. 40 bis de la LDC y la procedencia del daño directo.-------- ---------- En conclusión, corresponde confirmar la disposición Nro. 33/ 15, con excepción de la suma a reintegrar al usuario, la que se establece en $ 1.219,64 suma que corresponderá ser devuelta al usuario con más los intereses calculados en la forma señalada en el considerando respectivo y con más

el 25% que fue la cobrada indebidamente.----------

---- Aunque prospera parcialmente uno de los agravios por un escaso valor, y los restantes han sido desestimados ello no modifica la calidad de vencida de la apelante, motivo por el cual se le imponen las costas (arts. 69 y 70 CPCC), y se regulan honorarios al Dr. Oscar Daniel Vitale, por su labor en esta sede, en el 3,5% del monto de la sanción impuesta. En caso que la suma resultante sea inferior al mínimo legal de 8 jus, se regulará este último, (Arts. 5, 6, 6bis, 7 cuarto párrafo, 13 y conc. de la ley XIII Nro. 4) con más el IVA pertinente.----------.---------- En su mérito, la sala “B” de la Cámara de Apelaciones con asiento en la ciudad de Trelew, **RESUELVE**: ---------- I. Modificar el punto 4 de la disposición Nro. 033/15 en el sentido que la suma que deberá reintegrar T. d. A. S.A. al Sr. A. V. D. P. ascenderá a $ 1.219,64, suma que corresponderá ser devuelta al usuario con más los intereses calculados en la forma señalada en el considerando respectivo y con más el 25% sobre la misma que fuera la cobrada indebidamente, y confirmar la disposición Nro. 33/15 dictada por el Director de la Oficina de Defensa del Consumidor de la Municipalidad de la ciudad de Trelew en todo lo demás en cuanto fue materia de apelación.----------

---II. Imponer las costas a la apelante vencida (arts. 69 CPCC).---------- III. Regular honorarios al Dr. O. D. V., por su labor en esta sede, en el 3,5% del monto de la sanción impuesta. En caso que la suma resultante sea inferior al mínimo legal de 8 jus, se regulará este último, (Arts. 5, 6, 6bis, 7 cuarto párrafo, 13 y conc. de la ley XIII Nro. 4) con más el IVA pertinente.---------- IV. Tener presente la reserva del caso federal.----------

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

RAUL ADRIAN VERGARA
JUEZ DE CAMARA

ALDO LUIS DE CUNTO
PRESIDENTE

SERGIO RUBEN LUCERO
JUEZ DE CAMARA

--- **REGISTRADA BAJO EL Nº DE 2015 – SICA.- CONSTE.-**

VILMA NOEMÍ BIRRI
SECRETARIA