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

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

-- El recurso de apelación interpuesto y fundado a fs. 72/78 contra la disposición Nro. 39/15 dictada por el Director de la Oficina de Defensa del Consumidor de la Municipalidad de la ciudad de Trelew obrante a fs. 65/68vta.----------

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

- I.- A fs. 65/68vta. el Director de la Oficina de Defensa del Consumidor de la Municipalidad de la ciudad de Trelew dispone aplicar a la empresa F. S.A. una multa de $ 10.000 por infracción a los arts. 9 y 11 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 a la Sra. B. de la suma de $ 7.508, con más intereses conforme la tasa activa que cobra el Banco del Chubut S.A. para las operaciones de descuentos de documentos hasta su efectivo pago. 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, 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 previstos por el art. 7 de la ley VII Nro. 22.----------

--- Para así decidir tiene en cuenta la denuncia formulada por la Srta. B. respecto a las deficiencias en el funcionamiento del automóvil usado V. G. 1.6, modelo ****6; que adquiriera el 30 de noviembre de 2012, de las que no se hizo cargo la vendedora. Relata que cuando advirtió que no funcionaba el marcador de nafta del automóvil a tres días de comprado, lo llevó a realizar una verificación total a un taller de confianza, donde le señalaron otros defectos: pérdida de aceite, afinación de motor, silenciador trasero roto, cremallera hidráulica rota, sin amortiguadores traseros, el flotante de nafta roto y cable de instalación cortados, la compactera no funcionaba y el freno de mano estaba en malas condiciones.---------- Refiere que el art. 9 de la Ley 24240 establece que cuando se ofrezcan en forma pública a consumidores indeterminados cosas que presenten alguna deficiencia, que sean usadas o reconstituídas, debe indicarse la circunstancia en forma precisa y notoria. Resalta que el deber de información en tal caso es más extenso, pues no basta con decir que la cosa es usada, sino que exige que el proveedor explique y dé las características de la cosa, su defecto, modificaciones o arreglo y cómo éste fue realizado.----------

--- Agrega que la ausencia de las indicaciones de la eficacia no impide que el consumidor acepte, pero ello trae aparejado la responsabilidad que surge del art. 11 LDC en cuanto a la garantía legal, por los defectos o vicios de cualquier índole que afecten la identidad de lo ofrecido y lo entregado. Destaca que la denunciada no acreditó que realizara bonificación alguna en el precio por reparaciones a realizar en conjuntos o sub-conjuntos

mecánicos, y que en la nota de pedido no se marcó ningún casillero a tal efecto.----------
---

--- En base a este marco legal, establece que la empresa debe abonar a la denunciante los gastos acreditados según facturas de fs. 62/64.----------
--- Asimismo, considera el perjuicio sufrido por la Sra. B., la posición de la empresa en el mercado, y la circunstancia de que no tiene antecedentes de denuncia anteriores para imponer a la denunciada una multa de $ 10.000, conforme el art. 49 de la ley 24240.----------
--- II.- Apela F. S.A. la decisión adoptada por la autoridad administrativa, fundando puntualmente en el punto IV, (fs. 73/77), cada uno de sus agravios, los que se agruparán para su tratamiento.----------
--- 1. Primero, segundo y tercer agravios. Califica de grosera irregularidad el otorgamiento de poder por la denunciada a la oficina administrativa, en una clara contraposición de intereses que vicia de parcialidad la actuación de la Oficina. Aduce que en varias ocasiones la denunciante demostró su desinterés en los actuados y no compareció a la audiencia de conciliación, ni a las audiencias de testigos, sino que lo hizo por escritos a requerimiento de la Oficina, de allí que se imponga la nulidad de la decisión.----------
--- Asimismo, se queja del procedimiento seguido en cuanto una vez iniciado el sumario administrativo, el consumidor no está legitimado a participar, de tal modo que cualquier traslado o citación al denunciante en el marco del sumario es una extralimitación de la administración, pues el sumario administrativo no es un acto bilateral y la participación del denunciante está vedada.----------
--- Sigue diciendo, que esta decisión vulneró su derecho de defensa, pues luego de tomar la declaración testimonial se corrió traslado por cinco días a la denunciante, quien se presenta alegando la falta de imparcialidad de los testigos sin considerar que el testigo Ruiz no pertenecía más en la firma. Resalta que la denunciante acompañó en dicha oportunidad documental y denunció hechos nuevos, de nada de ello se corrió traslado a su parte, de tal modo que no pudo ejercer su derecho de defensa, resultando perjudicada por una suma mayor a $ 20.000, desde la ilegalidad.----------
--- 2. Denuncia la arbitrariedad que se evidencia en la imputación toda vez que en la denuncia se invocan los arts. 4 y 10 bis de la Ley 24240 y se termina realizando la imputación en base a los arts. 9 y 11 de la LDC.----------
--- Indica que el art. 9 de la LDC no es aplicable al caso, porque la oferta no es una oferta pública dirigida a consumidores potencialmente indeterminados, que ello no surge de los actuados. Añade que aunque se complementa el fundamento con el art. 4 el mismo no comprende la imputación, y no se dan los elementos del tipo legal reprochable “consumidores potencialmente indeterminados”, de allí que la imputación

es arbitraria y contraria a derecho.---------- --- En relación a la aplicación del art. 11 de la LDC, manifiesta que la norma prevé la garantía legal por vicios o defectos que afecten la identidad de lo ofrecido y lo entregado o su correcto funcionamiento. Refiere que el primer supuesto no se cumple toda vez que se ofertó un auto usado, se verificó su estado y esto es lo que se entregó. En cuanto al segundo supuesto, precisa que no es un hecho controvertido que la adquirente se presentó en la empresa solicitando se realicen las reparaciones según los presupuestos acompañados a fs. 11/16. Estos presupuestos, resalta, fueron observados en su mayoría porque no se compadecen con trabajos que deban ser atendidos dentro el régimen de garantía, pero se le ofreció una suma de dinero que cubría las reparaciones correspondientes a la garantía, que tienden a asegurar el correcto funcionamiento, la que no fue aceptada.---------- 3.- Manifiesta que es evidente que algunos de los presupuestos presentados no estaban comprendidos en la garantía legal, y se confirmó cuando la denunciante acompaña las facturas de los trabajos que efectivamente realizó en el auto, documentación respecto de la cual no tuvo oportunidad de pronunciarse.---------- Subraya que todos los trabajos a la unidad se efectuaron entre el 20 de setiembre de 2013 y el 20 de diciembre de 2013, un año después de la compra del vehículo, lo que demuestra que la unidad funcionaba correctamente y que sin embargo por ser una unidad usada debía hacerle en algún momento trabajos de mantenimiento, pero no reparaciones. Afirma que nadie circula con un automóvil durante un año si no funciona correctamente. Y los trabajos que realizó difieren de los reclamados en la denuncia, lo que demuestra que se está en presencia de una denuncia maliciosa.---------- 4.- Critica la multa impuesta en el marco del art. 49 LDC, manifestando que no existen elementos de juicio o desarrollo argumental válido que pretenda motivar el acto, que dé certezas de cuáles fueron los argumentos y el desarrollo razonado del camino que llega a imponer la sanción que se impone, faltando un elemento del acto administrativo que es la motivación. Que la falta de antecedentes bien pudo valerle que sea aplicada a su representada la sanción de apercibimiento. Cita jurisprudencia en su apoyo. Concluye solicitando la nulidad de la disposición con costas. Hace reserva del caso federal---------- ---------- III.- Antes de ingresar al análisis de los agravios formulados, es de señalar, que en relación a la nulidad de la disposición planteada por la apelante a fs. 78, primer párrafo 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).----------

--- IV.- Tres vicios de procedimiento denuncia el quejoso en torno a la nulidad que plantea, la representación de la denunciada que asumió la autoridad administrativa en la audiencia conciliatoria, el traslado de las testimoniales producidas a la denunciante y la falta de traslado a su parte de los comprobantes de fs. 56/64, en que se basó el daño directo reconocido.----------

--- En orden al primer vicio denunciado, el art. 5 de la ley VII Nro. 22 en su segundo párrafo dispone que ante la denuncia de un particular, la autoridad de aplicación habilitará una instancia de conciliación citando a las partes a una audiencia en un plazo máximo de diez días, en la que se tratará de avenir a las partes y solucionar el conflicto. Agrega que la autoridad administrativa podrá proponer fórmulas conciliatorias con el fin

de arribar a la solución del conflicto en forma rápida y eficaz sin gastos para el consumidor. En el mismo sentido el art. 4, inc. e) del citado cuerpo legal otorga facultades a la autoridad de aplicación para disponer la celebración de audiencias de conciliación, de allí que dada la calidad eminentemente juzgadora y de tercero imparcial de la autoridad administrativa mal puede asumir la representación de una de las partes, pues su función principal y esencial es actuar de mediadora para solucionar el conflicto o en caso contrario decidir sobre la procedencia de la denuncia previa imputación y defensa del imputado (art. 45, segundo, tercer y cuarto párrafos LDCN y art. 5, segundo y tercer párrafos LDCP).---------- Al respecto, cabe considerar el art. 26 inc. 6 de la ley I Nro. 18 que prevé el principio de independencia del órgano que resuelve disponiendo que los órganos deben dirigir el procedimiento y tomar las decisiones en los límites que les atribuyen las leyes, independientemente. El funcionario del órgano competente debe comprobar los hechos y las circunstancias de modo independiente y aplicar las normas al caso concreto sobre la base de los hechos y de las circunstancias comprobadas.----------
-- En consonancia, el art. 3 de la Ley VII Nro. 22 modificado por art. 1 de la Ley VII Nro. 61, delega las facultades de ejercicio de vigilancia, control y juzgamiento de infracciones de las disposiciones de la Ley Nacional Nº 24.240 y su modificatoria Ley Nacional N° 26.361, en los municipios que en forma expresa adhieran a las disposiciones de la presente ley, en un todo de conformidad con lo previsto en el Artículo 41° de la citada ley nacional. Los municipios deberán adherir expresamente al Capítulo III de la presente o en su defecto en el acto de adhesión establecer un régimen de procedimiento compatible con la Constitución Provincial y sus respectivas Cartas Orgánicas. Sin perjuicio de la delegación prevista en el párrafo precedente, la autoridad de aplicación provincial podrá actuar en forma concurrente con las autoridades de aplicación municipal en el ejercicio de las facultades de control y vigilancia, reservándose la facultad de juzgamiento de las infracciones que sometan a tratamiento en el marco de la citada norma, con excepción de aquellos municipios que posean Carta Orgánica, habiendo adherido el Municipio de Trelew mediante Ordenanza 7072/98 y 011774.------- En segundo lugar, la doctrina sostiene que el denunciante una vez formulada la imputación carece de legitimación para intervenir en las actuaciones administrativas (cfr: Picaso-Vázquez Ferreyra, “Ley de Defensa del Consumidor coment. y anot.” Ed. La
Ley, Tomo I, pág. 563).----------
-- En tal sentido, esta sala en un pronunciamiento anterior se expidió señalando que no estaba prohibida la intervención de la denunciante, considerando especialmente en dicho supuesto que la intervención que tuvo en el caso fue inocua, pues sin haberse conferido traslado alguno había realizado una presentación denunciando la extemporaneidad de la presentación de un escrito de la denunciada, cuando era deber de la autoridad administrativa verificar esa circunstancia (SICA Nro. 017/15). A lo manifestado en dicho

pronunciamiento sobre este tópico cabe precisar que este supuesto difiere del mencionado, toda vez que la autoridad de aplicación tomó la iniciativa de conferir un traslado a la denunciante de las audiencias testimoniales producidas. Cabe añadir, que dicho traslado no está previsto por la norma provincial ni su homónima nacional, y que por otra parte si era de su interés pudo la denunciante concurrir a las mismas.----------

-- Para finalizar en orden a las facturas acompañadas al contestar el traslado la denunciante, ningún traslado se confirió a la empresa F. S.A., sino que derechamente se dictó la disposición reconociendo las sumas expresadas en dichas facturas en concepto de daño directo, circunstancia que evidencia la desigualdad en la participación acordada a los interesados en las actuaciones administrativas, ora dándole a la denunciante una participación no prevista, ora negándole la participación a la denunciada, vulnerando con su actuación el art. 26, inc. 4 de la ley I Nro. 18, que consagra el principio de la imprescindible audiencia de la parte o interesados, principio básico y esencial en todo procedimiento administrativo.---------- Ello así, ha vulnerado la autoridad administrativa la garantía constitucional del debido proceso desde dos puntos de vista. El primero desde que omitió tramitar el procedimiento con la imparcialidad que debe observar en el trámite y juzgamiento a su cargo y el segundo privando a la denunciada del derecho a ser oída (arts. 16 y 18 Const. Nac., y desde la órbita de la Constitución Provincial en cuanto su art. 44 dispone que “es inviolable la defensa en juicio de las personas y de los derechos en todo procedimiento….administrativo…contravencional o de cualquier otro carácter. Nadie puede ser privado de un derecho… ni penado sino en virtud de un proceso regularmente tramitado con arreglo a las garantías consagradas en la Constitución Nacional y a las previsiones de la presente”).----------

--- Estas actuaciones tramitadas prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legal establecido para ello constituyen el fundamento de la nulidad de pleno derecho solicitada, que sella la suerte de la disposición en los términos del art. 33 inc. c) de la ley I Nro. 18, de aplicación al caso en virtud del Decreto 896/98, (dictado en virtud del art. 16 de la ley VII Nro. 22), art. 5, inc. XXVII, el que edicta que las disposiciones de la Ley Provincial I Nro. 18 de procedimiento administrativo se aplicarán supletoriamente para resolver cuestiones no previstas expresamente, en tanto no sean incompatibles con las leyes provincial y nacional de defensa del consumidor.----------

- --- En efecto, la forma del acto se integra no sólo con las formalidades de la declaración de la voluntad, sino también con las referentes al procedimiento de formación de dicha voluntad. Esto es, con referencia a la serie de trámites y requisitos que deben cumplirse previamente a la declaración de voluntad por parte del órgano administrativo (Cfr.: Cassagne, Juan Carlos, “Derecho Administrativo”, Ed. Lexis Nexis-Abeledo Perrot,

Octava edición act., Tomo II, pág. 291, ap. A).----------

--- Ha dicho la Corte Nacional en el caso Pustelnik, “Que una de las categorías de la invalidez de los actos administrativos es la concerniente al acto irregular en el cual luce manifiestamente un grave error de derecho que supera lo meramente opinable en materia de interpretación de la ley. Dicho acto irregular no ostenta apariencia de validez o legitimidad en virtud de su título y ha de ser calificado como acto inválido por la gravedad y evidencia del vicio que contiene (con. 5°). De ello se sigue que en derecho administrativo al igual que en derecho civil, se reconoce ahora la existencia de una categoría de actos, tal como los actos nulos del derecho privado, carentes de presunción de validez (aquí llamada presunción de legitimidad), circunstancia que se presenta toda vez que se trate de “actos que adolecen de una invalidez evidente y manifiesta” (cons. 2°), cuya “ilegitimidad o irregularidad aparece patente” (cons. 4°), o “evidente” (cons. 7°) (Cfr.: Gordillo, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo, El acto Administrativo”, Tomo 3, 5ta. edición, pág. XI-14), tal la que exhibe la disposición apelada, consecuencia de un procedimiento irregular con claras inobservancias de las normas que lo regulan.----------

--- En similar sentido, Juan Carlos Cassagne señala que la nulidad manifiesta se configura cuando el vicio que porta el acto administrativo, surge en forma patente y notoria del mismo, sin necesidad de que deba realizarse una investigación de hecho para comprobar su existencia (Cassagne, Juan Carlos, “Derecho Administrativo”, Ed. Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Octava edición act., Tomo II, pág. 255; con cita de Hutchinson, Tomás, “La ley nacional…”, cit. T. I, p. 306).----------

-- En tal supuesto el vicio del acto no es subsanable, o sea que es inconfirmable (Cfr. Linares, “Cosa juzgada administrativa”, op.cit., pp. 27-8 y los fallos que cita, según el autor y obra antes citados, pág. XI-17, ap.9.1.2). Ello así, tratándose de una nulidad absoluta, no es susceptible de ser subsanada, de allí que corresponde declarar la nulidad de la disposición Nro. 039/15.----------

-- Conforme la solución que se propicia, deviene abstracto pronunciarse sobre los restantes agravios.----------

--- Las costas por la actuación en esta sede se imponen a la denunciante por aplicación del principio objetivo de la derrota que impera en la materia (art. 69 CPCC), sin perjuicio del beneficio de justicia gratuita que consagra el art. 53 de la ley 24240 y el beneficio de litigar sin gastos previsto en el art. 11 de la ley VII Nro, 22, toda vez que la primera norma admite el cese del beneficio de acreditarse la solvencia del consumidor, a la vez que la segunda prevé que se mantiene hasta que el beneficiado mejore de fortuna (art.. 85 CPCC, de aplic. sup. art. 7 infine Ley VII Nro. 22). Asimismo, se regulan honorarios al Dr. B. N., en la suma equivalente a 4 jus toda vez que de regular el mínimo legal de 8 jus previsto en el art. 7, cuarto párrafo de la ley XIII n° 4, la suma resultante exhibe una

evidente desproporción atendiendo a la labor desarrollada y el monto del proceso (arts. 6, 6bis, 7, 8, 9, 13, 46 y concs., ley de arancel y sus modif., art. 13 Ley 24432).----------

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

-- I. Declarar la nulidad de la disposición Nro. 039/15.----------

-- II. Imponer la costas de Alzada a la denunciante M. J. B. (Art. 69 CPCC).----------

--- III.- Regular honorarios al Dr. B. N. por su actuación ante la Alzada, en la suma equivalente a 4 jus, por las razones expuestas en el considerando respectivo (arts. 6, 6bis, 7, 8, 9, 13, 46 y concs., ley de arancel y sus modif., art. 13 Ley 24432).------- 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.----------

REGISTRADA BAJO EL NUMERO DE 2015- SICA. Conste.----------