--- En la ciudad de Trelew, a los días de diciembre del año dos mil quince, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Darío Marcelo Gélvez y presencia de los Sres. Conjueces del Cuerpo Dres. Eduardo José Uzcudún y Marcelo Saúl Bahamonde para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“Dirección General de Defensa y Protección de Consumidores y Usuarios c/ P..COM T. M. D. A. S.A. A. A. S.A. (C.) T.. P. s/Contencioso administrativo” (Expte. N° 293 – Año 2011 CAT)** venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Es ajustada a derecho la Disposición apelada?, y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y
expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 219.----------
--- **A LA PRIMERA CUESTIÓN**, el Dr. Bahamonde dijo: ----------
--- Vienen estas actuaciones a conocimiento de la Alzada con motivo de los recursos de apelación interpuestos por la empresa A. A. S.A. (C.) a fs. 103/109, por la empresa T. P. S.A a fs. 110/117, por la empresa T. M. A. S.A. a fs. 125/129, todos contra la Disposición Nº 63/2011 de la Dirección General de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de la Provincia del Chubut de fs. 76/88, concedido a fs. 132. La Disposición apelada sancionó a la empresa P. (Locutorio – Kiosco) propiedad de L. Á. y a las empresas apelantes con una multa de Pesos Tres Mil ($3.000) con más la sanción accesoria de publicar a su costa la parte dispositiva de la Disposición apelada en el diario de mayor circulación de la zona y en el Boletín Oficial, por la infracción de los artículos 7º y 19º de la Ley 24.240.----------
-
--- I.- Comenzaré por reseñar los agravios de la apelante AMX Argentina S.A. (CLARO).----------
--- 1) Se agravia en primer lugar porque la Disposición puesta en crisis le imputa haber infringido el artículo 7º de la Ley 24.240.----------
---- Dicha norma refiere claramente que “…la oferta dirigida a consumidores potenciales indeterminados, obliga a quien la emite durante el tiempo en que se realice, debiendo contener la fecha precisa de comienzo y de finalización, así como sus modalidades, condiciones o limitaciones. La revocación de la oferta hecha pública es eficaz una vez que haya sido difundida por medios similares a los empleados para hacerla conocer. La no efectivización de la oferta será considerada negativa o restricción injustificada de venta, pasible de las sanciones previstas en el artículo 47 de esta ley…”.----------
--- La apelante se defiende manifestando que la oferta que C. realiza respecto del precio que deben abonar sus clientes por las tarjetas prepagas y las cargas virtuales es aquella que la empresa comunica en su página web, a través del *611, en las publicidades que realiza, y el que informa regularmente a los organismos oficiales. Continúa señalando que la empresa honra las obligaciones derivadas de distintas normas que regulan la actividad. Insiste en que la oferta a sus clientes es informada de manera eficaz. Señala

que el precio de la carga de crédito en líneas celulares y el consignado en las tarjetas físicas, es un precio final que incluye la comisión de venta del comerciante involucrado en la venta de las mismas. Dice que en el sub exámine el establecimiento Patagonia.com resolvió modificar el precio establecido por C. para la prestación del servicio y la empresa de telefonía no convalida dicha práctica.---------- 2) El segundo agravio indicado por la empresa C. es que en la Disposición Nº 63/11 también se le imputa haber infringido el artículo 19º de la Ley 24.240 y en consecuencia se le aplica una multa.----------

-- El citado artículo reza que "…quienes presten servicios de cualquier naturaleza están obligados a respetar los términos, plazos, condiciones, modalidades, reservas y demás circunstancias conforme a las cuales hayan sido ofrecidos, publicitados o convenidos…".----------

--- La apelante manifiesta que en el caso de marras el kiosco P. ha resuelto de manera ilegítima e inconsulta, la alteración del precio de las tarjetas prepagas y de las cargas virtuales, en un peso. Continúa, que C. exige a los recaudadores que se respete el precio y que de ninguna manera avala prácticas como la constatada por la Dirección General de Defensa y Protección de Consumidores y Usuarios. C. ha advertido a su red de distribución acerca de la improcedencia del cobro de sobreprecios sobre tarjetas físicas y recargas prepagas.---------- 3) El tercer agravio descrito por C. se refiere a la incompetencia de la Dirección para dictar la Disposición.----------

---------- En tal sentido refiere que los servicios de telecomunicaciones están sometidos a la jurisdicción federal. Cita normativa nacional.----------

--- II.- La empresa T. P. S.A. en primer lugar planteó la incompetencia de la Justicia Provincial para intervenir en estas actuaciones por tratarse en las mismas cuestiones relacionadas con las telecomunicaciones, regidas por la ley Nº 19.798. Cita normativa y jurisprudencia.----------

--- Y se agravia en las siguientes cuestiones:----------

--1) La citada empresa refiere como primer agravio la violación a los artículos 7º y 19º de la Ley de Defensa al Consumidor.----------

--- En tal sentido indica que pretende hacerse responsable a T. P. S.A. por el hecho ilícito de un tercero con el cual no tiene ninguna relación. Agrega que no existen circunstancias de hecho ni de derecho que justifiquen la imposición de sanciones a T. P. S.A.----------

---------- Asimismo indica que T. no avala ni convalida el cobro de ningún tipo de adicional sobre el precio de las recargas de saldo electrónico y tarjetas de llamadas prepagas. Que los clientes cuentan con otros medios recarga. Por eso la conducta reprochable al comerciante no debe ser trasladada a T. P. S.A., toda vez que carece de poder de policía a los efectos de hacer cesar al comercio en esta práctica delictiva. Que resulta imposible la extensión de la responsabilidad a quien no solamente

no conocía la conducta del comerciante sino que de haberla conocido, no tenía obligación o deber jurídico alguno de actuar, obligación que compete al Estado.----

--- 2) El segundo agravio es la aplicación ilegal de una multa y una publicación forzosa. Dice que estas imposiciones son desajustadas a derecho. Entiende que al ser arbitrarios los considerandos y fundamentos de la resolución, no menos es la condena a pagar una multa y a hacer una publicación de esa resolución. Señala que ambas penalidades deben ser revocadas y dejadas sin efecto.---------- III.- En cuanto a la empresa T. M. A. S.A., la misma

señala los siguientes agravios:----------

-- 1) En primer lugar se agravia en que la Disposición en cuestión le achaca la violación de los artículos 7º y 19º de la Ley 24240.----------

-- Pone de manifiesto la incongruencia de la Disposición apelada que por un lado considera que la empresa no ha violado el deber de informar consagrado en el artículo 4º de la Ley y por el otro le imputa la violación de los artículos 7º y 19 de la citada ley.----

-- Explica también que no surge del acta obrante a fs. 02 de autos que las tarjetas que se indican en la misma pertenezcan a la empresa. Continúa diciendo que tampoco surge del Acta que los clientes hayan pagado un precio distinto al indicado e informado por la empresa. Expresa que en el Acta de marras no se constata incumplimiento de oferta alguno y menos aún de prestación de servicio distinto al que se hubiere obligado la empresa T. M. A. S.A.---------- 2) El segundo agravio descrito por la apelante es la responsabilidad solidaria sobre la multa aplicada. Dice que agravia la solidaridad por considerarla improcedente habida cuenta la inexistencia de relación entre el punto de venta y la empresa. Manifiesta que a los fines de la distribución de las recargas, T. M. A. S.A. se relaciona con los denominados Gestores de Recargas, los cuales no fueron citados por la autoridad administrativa.----------

---------- --- Señala que dicha solidaridad no ha sido declarada en la parte dispositiva de la

Disposición apelada.----------

-- IV.- Delimitada la materia sobre la cual habrá de ejercer este Cuerpo la facultad revisora, analizaré en primer lugar los agravios de la apelante AMX Argentina S.A.

(CLARO).----------

--- 1) La citada empresa está en lo cierto cuando indica que no se encuentran configurados los extremos del artículo 7º de la Ley 24.240, en función que CLARO no percibe más dinero que el indicado en las cargas virtuales y tarjetas prepagas. Es decir, la empresa percibe el precio que dicen sus tarjetas prepagas o que facturan por las cargas virtuales.----------

--- El comercio Patagonia.com cobraba un adicional por un supuesto servicio de carga virtual o de tarjetas prepagas, según se desprende del Acta de Inspección Nº 2/11. No surge de dicho instrumento si el comerciante percibía dicho plus por cuenta y orden de las empresas de telefonía celular.----------

-- No se advierte que en el subexámine que la empresa C. haya cambiado o revocado las condiciones de su oferta. Resulta evidente que el comerciante decidió unilateralmente cobrar el “adicional”, el cual, claro está, era para su propio beneficio.------- Es por ello que considero atendible el citado agravio.---------- 2) El segundo agravio está íntimamente ligado con el agravio anterior, pues ambas normas (artículos 7º y 19 de la LC) se refieren al mantenimiento de la oferta, con la aclaración que el último artículo se refiere al mantenimiento de la oferta en la prestación de servicios. Es por ello que, -tal dije en el punto anterior-, no surge de las actuaciones labradas por la Dirección General que la empresa apelante haya incumplido con la manda allí contenida. Por ello estimo que este agravio también debe prosperar.---------- --- 3) El tercer agravio planteado por la empresa C. se refiere a la incompetencia de la Dirección General de Defensa y Protección de Consumidores y Usuarios de la Provincia del Chubut para dictar la disposición atacada. Insistiendo en la Jurisdicción Federal de los servicios de telecomunicaciones.---------- La Ley de Defensa al Consumidor en su artículo 3 último párrafo, claramente señala 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….”.---------- A su turno el artículo 65 de la citada Ley establece que “la presente ley es de orden público y rige en todo el territorio nacional”.----------

--- Por su parte la Ley Provincial VII Nº 22 señala en su artículo 2º que “…será competente para el ejercicio del control y vigilancia en jurisdicción provincial…., la autoridad de aplicación que designe el Poder Ejecutivo por vía de la reglamentación de la presente ley…”.----------

-- Y el Poder Ejecutivo chubutense ha designando como autoridad de aplicación de la ley justamente a la Dirección General de Defensa y Protección de Consumidores y Usuarios, razón por la cual la Dirección resultó competente para dictar la Disposición apelada.----------

-

--- Por lo expuesto considero que este agravio debe ser rechazado.----------

-- V.- En primer lugar me referiré al planteo de incompetencia incoado por la empresa T. P. S.A., para luego analizar los agravios de dicha empresa.---------- La apelante se refiere a la incompetencia de la Justicia Provincial para entender en la presente causa, por considerar que se ventilan en la misma cuestiones relacionadas con las telecomunicaciones, las cuales están regidas por la ley Nº 19.798, y por lo tanto son de jurisdicción federal.----------

Veamos la normativa aplicable al caso.----------

El artículo 3, último párrafo de la LDC señala claramente 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 especial…”.----------
-- A su turno el artículo 7º de la LDC indica que “…contra los actos administrativos que dispongan sanciones se podrá interponer recurso de apelación que tramitará por ante la Cámara de Apelaciones correspondiente…”.----------
-- Por su lado el artículo 65 de la citada LDC indica “…la presente ley es de orden público y rige en todo el territorio nacional…”.---------- En este punto las leyes aplicables son lo bastante claras respecto de la competencia de la Justicia Ordinaria Provincial para entender la presente causa.---------- Por lo citado precedentemente considero que el planteo de incompetencia deber ser rechazado.----------
--- 1) La apelante describe su primer agravio como la sanción que le aplican por la violación de los artículos 7 y 19 de la LDC.----------
-- Adelante aquí que su defensa en este punto no puede ser atendida, en función que el Quiosquero Á. no es un tercero en la relación comercial con la apelante.----------
Respecto a la supuesta comisión de un delito por parte de éste último, estimo que no es una cuestión que deba dilucidarse en esta sede.----------
Es por ello que considero que este agravio debe ser rechazado.----------
2) Ahora el bien, en cuanto al segundo agravio esgrimido por la apelante por considerar ilegal y desproporcionada la aplicación de la multa y la publicación forzosa, como asimismo por considerar arbitrarios los considerandos y fundamentos de la Disposición, y arbitraria la condena a pagar una multa y a realizar la publicación de la citada disposición, estimo que podrían analizarse separadamente.---------- Los argumentos descritos en primer lugar no pueden acogerse en función que la LDC contempla las sanciones de multas y la publicación de la resolución condenatoria, ergo, las sanciones aplicadas en el caso no son ilegales. Entiendo que tampoco puede considerarse desproporcionada la multa de tres mil pesos aplicada, esto así si tenemos en cuenta la capacidad económica de las tres empresas apelantes y la escala contenida en el artículo 47 inciso b) de la LDC. ----------
-- En cuanto a los fundamentos descritos en segundo lugar considero que la apelante incurrió en una deficiencia técnica, dado que no se hizo cargo del razonamiento desplegado en la sentencia.----------
-- Esta Sala “B” (con otra integración) ha dicho al respecto que “... “criticar” no es lo mismo que “disentir”, ya que lo primero importa un ataque directo y pertinente a la fundamentación del fallo apelado, tendiente a demostrar los errores fácticos y jurídicos que éste pueda contener, mientras que lo segundo consiste simplemente en exponer que se está en desacuerdo con la sentencia recurrida (…) La Ley requiere un análisis razonado de la sentencia y también la demostración de los motivos que se tiene para considerar errónea, injusta o contraria a derecho (…) El apelante en la expresión de agravios debe decir con toda claridad por qué considera la sentencia injusta, relatar con detalle los motivos, refutar con razones y fundamentos precisos las conclusiones de

hecho o la aplicación del derecho expuesto, ya que no es suficiente manifestar una discrepancia ni fundamentar en hechos o sin dar las bases jurídicas del diferente punto de vista …" (in re "C., M. A. y otro c/ G., Á. A. s/ Consignación" (Sentencia Definitiva Cámara Nº 022/2013).---------- Es por ello que corresponde declarar la deserción parcial del recurso, en cuanto a lo que se refiere este agravio, por insuficiencia técnica (conforme artículos 268 y 269 del CPCC).----------

--- VI.- Continuaré con los agravios de la empresa T. M. A. S.A..---------- 1) El primer agravio de la citada empresa se refiere a que la disposición de marras le achaca la violación de los artículos 7º y 19º de la LDC.---------- Dice la apelante que resulta incongruente dicha imputación en virtud que se ha considerado en la misma disposición que la empresa no ha violado el artículo 4º de la LDC.----------

--- El artículo 4º de la LDC indica que "…El proveedor está obligado a suministrar en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización" "La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con claridad necesaria que permita su comprensión…".----------

--- Y las normas consideradas violadas por la autoridad administrativa, se refieren: la primera a la obligación genérica del proveedor de mantener la oferta por el tiempo en que se realice, y la segunda norma se refiere a la misma obligación, pero específicamente para el caso de los prestadores de servicios.----------

-- Sin mucho esfuerzo se puede apreciar que las normas indicadas no se refieren a la misma cuestión, razón bien podría cumplirse con el artículo 4 de marras e incumplir con los artículos 7 y 19, todos de la LDC. Es por ello que lo expuesto como argumento defensivo naufraga ante letra de la ley y en consecuencia debe ser rechazado.----------

-- Sin embargo considero que el otro fundamento esgrimido por la apelante si es atendible en virtud que efectivamente no surge del Acta obrante a fs. 02 de las presentes actuaciones que los clientes hayan pagado un precio distinto al indicado e informado por la empresa. Asimismo cabe destacar que tampoco se indica en el citado instrumento el incumplimiento de la oferta o de la prestación del servicio al que se hubiere obligado T. M. A. S.A.---------- Entiendo que en este punto el acta de inspección Nº 02/11 no satisface los requisitos mínimos.----------

--- El acta en cuestión es de una deficiencia en su confección que a la postre va a resultar fatal para Disposición apelada, en función que este acto administrativo se basó en aquél instrumento. Si a esto le sumamos que el acta en cuestión no hace fé de la exactitud y

sinceridad de las manifestaciones del inspector, sino que de lo que hará plena fé se refiere a que el Inspector efectivamente levantó esa acta, considero que la Disposición Nº 63/11 de la Dirección General de Defensa y Protección de

Consumidores y Usuarios de la Provincia deviene nula, de nulidad absoluta.----------
--- La jurisprudencia es conteste en este sentido y ha dicho que "…el acta no contiene certeza de lo afirmado, sino solo de los dichos de los actuantes; no hace prueba en si misma y puede ser desvirtuada por otros medios de prueba. A su vez, la carga de la prueba, tratándose de una pretendida infracción tributaria, incumbe a la acusación y por ende la falta de prueba (el acta no lo es) conduce a desestimar los cargos…" (in re "FAMA y MS Producciones S.R.L. c. AFIP", Juzg. Fed. Nº 1, Tucumán, 22-XII-99, LL NOA,
2000-1087).----------
--- Por lo expuesto considero que este agravio debe acogerse parcialmente.----------
-- 2) El segundo agravio esgrimido por la empresa T. M.
A. S.A. es el referente a la responsabilidad solidaria de la multa aplicada. El argumento por el cual la mentada solidaridad resultaría improcedente no puede ser acogido en virtud que es sabido que la eximente contemplada en el artículo 40 de la LDC actúa sólo cuando se trate de alguien ajeno a la cadena de comercialización, razón por la cual en modo alguno es posible sustentar la exoneración por el obrar de quien
participa en ella.----------
--- Respecto a que la mentada solidaridad no ha sido declarada en la parte Dispositiva del acto administrativo apelado, considero que fácilmente surge dicha condición de la extensísima motivación del mismo.----------
---- Por ello considero que este agravio debe ser desestimado.----------
---- Por los fundamentos expuestos supra, a la primera cuestión, VOTO POR LA
NEGATIVA.----------
--- **A LA PRIMERA CUESTIÓN**, el Dr. Uzcudún dijo:----------
--- Adelantaré que mi argumentación derivará en una conclusión adhesiva al colega preopinante.----------
--
--- Entiendo que de los argumentos vertidos mediante agravios por parte de los apelantes, el más valedero y contundente según mi parecer, es de T. M. A. S.A, cuando afirma que no surge del acta obrante a fs. 02 de autos (Acta de Inspección) que las tarjetas que se indican en la misma pertenezcan a la empresa. Tampoco surge del Acta que los clientes hayan pagado un precio distinto al indicado e informado por la empresa. Concluyendo que en el Acta de marras no se constata incumplimiento de oferta alguno y menos aún de prestación de servicio distinto al que se hubiere obligado la empresa.----------
--- De esta manera deviene una nulidad sobre la Disposición atacada, porque al no reunir el acto administrativo originario de las actuaciones los requisitos, a los efectos de poder luego, la autoridad reprochar las

supuestas violaciones legales, todo lo dispuesto adquiere igual carácter. Es decir las falencias o vicios de los que adolece el acta de inspección, se transmiten a la conclusión sancionadora.---------- Caen en saco roto los reproches enunciados por la Directora General en su Disposición, pues emanan de situaciones fácticas que no se reflejan en el Acta generador del trámite, De esta manera corresponde dictar la nulidad de la misma.---------- Coincido también con lo votado por el Dr. Bahamonde, en cuanto a la improcedencia del planteo de competencia, toda vez que el objeto del presente caso no es el determinado por la L.D.C., y si tiene la calidad para ser tratado en este ámbito.---------- Abono lo expresado en el primer voto, en lo relacionado a las responsabilidades reprochadas a las empresas, siendo que no corresponde sancionarlas, haciéndolas responsables de actos que habría cometido un tercero, en este caso el propietario del punto de venta. Máxime si no surgen de las actuaciones, probanzas que permitan concluir que existió orden, mandato, o instrucción de cobrar monto plus, de las
empresas hacia el punto de venta.----------
-- De esta manera entiendo que no es ajustada a derecho la disposición atacada, Y ASÍ LO VOTO.----------
---- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Dr. Bahamonde dijo:----------
----- En vista del acuerdo arribado precedentemente, corresponde:----------
------ I.- Declarar la nulidad absoluta de la Disposición Nº 63/2011 de la Dirección General de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de la Provincia del Chubut apelada.----------
---
--- II.- Imponer las costas a la Provincia del Chubut - Dirección General de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de la Provincia del Chubut vencida (conf. art. 69 del CPCC).----------
---- III.- Regular los honorarios, por las tareas desempeñadas en esta instancia de la siguiente manera: al Dr. A. F. A., OCHO (8) IUS, al Dr. E. R. V., SEIS (6) IUS, y al Dr. J. N. R. M., CUATRO (4) IUS, todos con más el 40% de dichos importes, por mandato, y con más el IVA si correspondiere.----------
-- --- ASÍ LO VOTO.----------

--- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Dr. Uzcudún dijo:----------
-- Aquí corresponde manifestar cual debe ser, conforme lo expresado en mi primer voto, el contenido a disponerse.----------
-- --- En concordancia con el colega preopinante adhiero a declarar la nulidad absoluta de la Disposición Nº 63/2011 de la Dirección General de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de la Provincia del Chubut, impugnada.----------
---- Con lo que se dio por terminado el Acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por haberse logrado la mayoría (art. 8 Ley V -

Nº 17).----------

--- Trelew, de diciembre de 2015.----------

--- En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede, la Sala “B” de la ciudad de Trelew, pronuncia la siguiente:----------

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

---- DECLARAR la nulidad absoluta de la Disposición Nº 63/2011 de la Dirección General de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de la Provincia del Chubut

apelada.----------

--- IMPONER las costas a la Provincia del Chubut - Dirección General de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de la Provincia del Chubut vencida (conf. art. 69 del CPCC).----------

--- REGULAR los honorarios, por las tareas desempeñadas en esta instancia de la siguiente manera: al Dr. A. F. A., OCHO (8) IUS, al Dr. E. R. V., SEIS (6) IUS, y al Dr. J. N. R. M., CUATRO (4) IUS, todos con más el 40% de dichos importes, por mandato, y con más el IVA si correspondiere.----------

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

MARCELO SAÚL BAHAMONDE
CONJUEZ DE CAMARA

EDUARDO JOSÉ UZCUDÚN
CONJUEZ DE CÁMARA

----REGISTRADA BAJO EL Nº _____ DE 2.015 - SDCA.- Conste.----------

GUILLERMO N. WALTER
SECRETARIO SUBROGANTE