--- 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. Marcelo Saúl Bahamonde y presencia de los Sres. Conjueces del Cuerpo Dres. Darío Marcelo Gélvez y Eduardo José Uzcudún, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“Dirección General de Defensa y Protección de Consumidores y Usuarios de la Provincia del Chubut c/ Z. (Locutorio - Servicios de Internet) Propiedad de Q., J. D. y otros s/ Contencioso administrativo” (Expte. N° 324 – Año 2012 CAT)** venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada?, y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y
expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 241.---------- **A LA PRIMERA CUESTIÓN**, el Dr. Gélvez dijo:---------- Vienen estas actuaciones a conocimiento de la Alzada con motivo de los recursos de apelación interpuestos por los representantes de los sujetos sancionados conforme la Disposición nº 74 / 2011 de D.G.D.P.C y U.---------- Tenemos que por la mencionada Disposición la Directora General S. B. sancionó a las empresas Z. (de J. Q.),T. P. S.A., AMX A. S.A. (C.) y T. M. A. S.A. por infracción a los
artículos 7º y 19ª de la ley 24.240.---------- Es a raíz del referido decisorio que los representantes de los sancionados plantean recursos contra la misma a fs. 90/96 T. P. S.A., a fs. 97/113 A.M.X. A. S.A.(C.) y a fs. 130/134 vta T. M. A. S.A.---------- Luego de haber analizado los actuados pertinentes que vienen a esta alzada, debo sintetizar que trata esta cuestión sobre un arancel cobrado por el punto de venta de carga de crédito para telefonía celular, y la aplicación de la multa para quien lo realiza y quienes, para la ley serían responsables de la infracción.---------- --- La sentencia de primera instancia establece en primer lugar cual ha sido el hecho, o cuestión fáctica merecedora del reproche, y establece con claridad quien es el sujeto que lo ha cometido. Luego, al momento de sancionar establece un sistema de
responsabilidades compartidas, y llega así a su decisorio.---------- --- Vienen estas actuaciones a conocimiento de la Alzada con motivo de los recursos de apelación interpuestos por las empresas T. P. S.A. , AMX A. S.A.(C.),y T. M. A. S.A. todas contra la Disposición Nº 74/2011 de la Dirección General de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de la Provincia del Chubut . La Disposición apelada sancionó a la empresa Z. (Locutorio – Kiosco) propiedad del Sr. J. Q. y a las empresas apelantes con una multa de Pesos Tres Mil ($3.000).-
---------- --- **1) T. P. S.A.** plantea como primer

agravio la violación a los artículos 7º y 19º de la Ley de Defensa al Consumidor, por hacer responsable a la empresa del hecho ilícito de un tercero. Afirmando que no hay elementos de hecho ni de derecho que justifiquen sancionar a T. P. S.A. ---------- Esto se debe, según indican, a que la empresa no convalida el cobro de adicional sobre el precio de recargas de saldo electrónico ni tarjetas prepagas, existiendo otros medios para cargar o recargar, conocidos por los clientes, y entonces la conducta del comerciante es la que debe sancionarse y no a la empresa.---------- --- Que la autoridad estatal tiene poder de policía para hacer cesar al comercio en esta práctica, y es por todo esto que no corresponde extender la responsabilidad a la empresa, la cual no conocía la inconducta del comerciante, y no le cabe el deber jurídico de actuar, y quien si debe hacerlo es el Estado.---------- --- Causa agravio, para la empresa, la aplicación de una multa ilegal y hacer una publicación forzosa. Argumentando que estas imposiciones son desajustadas a derecho, como lo son arbitrarios los considerandos y fundamentos de la resolución dictada, y así deviene la condena a pagar una multa y a hacer una publicación de esa resolución, desajustada a derecho y entonces ambas penalidades deben ser revocadas. --- **2)** Se agravia **AMX A. S.A.(C.)** en primer lugar porque la Disposición puesta en crisis imputa haber infringido el artículo 7º de la Ley 24.240.----------

--- La norma refiere 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 efectuación 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 manifiesta que la oferta 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 que informa regularmente a los organismos oficiales. Señala que la empresa honra las obligaciones derivadas de distintas normas que regulan la actividad, y que la oferta a sus clientes es informada de manera eficaz, 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. Refiriendo que el comercio resolvió modificar el precio establecido por la empresa para la prestación del servicio y esta no convalida dicha práctica. ---------- La Ley 24.240 en su artículo 19º establece "…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…".,

por lo que la apelante fija la postura de que el local locutorio de manera inconsulta agregó un sobreprecio de las tarjetas prepagas y de las cargas virtuales, y que esto no puede endilgársele a la Empresa, pues el precio está estipulado sin ese peso de más.----------

--- **3)**.Por su parte la empresa **T. M. A. S.A.,** se ve agraviada porque lo resuelto reprocha haber violado los artículos 7º y 19º de la Ley 24.240, y esto a su entender es incongruente porque al considerar que la empresa no ha violado el deber de informar consagrado en el artículo 4º de la Ley, no puede imputarle la violación de esos artículos de la Ley 24240.----------

No surge del acta que se haya pagado un precio distinto al indicado por la empresa ni que las tarjetas que se indican en la misma pertenezcan a ella, señala la apelante, añadiendo que la responsabilidad solidaria que se reprocha, es improcedente habida cuenta de la inexistencia de relación entre el punto de venta y la empresa. Dando como dato que T. M. A. S.A. se relaciona con los denominados Gestores de Recargas, los cuales no fueron citados por la autoridad administrativa.-------- **4)**.- Pasando ahora a resolver los distintos agravios, analizaré en primer lugar los de la apelante T. P. S.A.---------- Sobre el planteo de incompetencia incoado por la empresa T. P. S.A. en referencia a la Justicia Provincial para entender en la presente causa, al considerar que se ventilan en la misma cuestiones relativas a telecomunicaciones, las cuales están regidas por la ley Nº 19.798 (L.D.C.), tornando al tema de jurisdicción federal, adelanto que rechazaré el planteo, toda vez que el artículo tercero, último párrafo de la L.D.C. establece 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…".y el artículo séptimo que reza "…contra los actos administrativos que dispongan sanciones se podrá interponer recurso de apelación que tramitará por ante la Cámara de

Apelaciones correspondiente…".----------

-- Así conforme los artículos que refieren a la competencia, que ha sido objeto del planteo de la apelante, resulta competente la Justicia Ordinaria Provincial, pues la presente causa no tiene el trasfondo que indica la pretensión recurrente, y así lo declaro, por lo cual el planteo de incompetencia deber ser rechazado.---------- La empresa A.M.X. A. S.A.(C.) está en lo cierto cuando indica que no se encuentran configurados los extremos del artículo 7º de la Ley 24.240, en función que C. 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 Z. cobraba un adicional por un supuesto servicio de carga virtual o de tarjetas prepagas, según se desprende del Acta de Inspección. Noto que no surge de dicho instrumento que el comerciante percibía dicho plus por cuenta y orden de las empresas de telefonía celular. ----------

---------- Tampoco se advierte que la empresa C. haya cambiado o revocado las condiciones de su oferta, por lo cual se evidencia que el comerciante decidió cobrar el “adicional” para su propio beneficio y de manera inconsulta. ---------- Esto hace que sea atendible el citado agravio. ---------- También en cuanto al agravio que se refiere al mantenimiento de la oferta, (artículos 7º y 19 de la LC) adelanto que coincidiré con la apelante en *que no surge de las actuaciones labradas por la Dirección General que la empresa haya incumplido con la obligación allí contenida*. Así este agravio también debe prosperar.----------

--- La empresa T. M. A. S.A realiza con acierto el fundamento esgrimido sobre la deficiencia de la actuación, en virtud que efectivamente no surge del Acta de inspección, obrante en las presentes actuaciones, que los clientes hayan pagado un precio distinto al indicado e informado por la empresa. Como 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.---------- El acta de inspección Nº 01/11 no tiene los requisitos mínimos y esta deficiencia al momento de ser labrada, resulta decisiva. Ya que siendo este acto administrativo el fundamento de las presentes actuaciones, derriba las mismas desde su basamento.------- Aclaro también que el acta no hace fe de la veracidad del contenido, sino de lo

manifestado por el Inspector.----------

-- Así la jurisprudencia en este sentido 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 “FA-MA y MS Producciones S.R.L. c. AFIP”, Juzg. Fed. Nº 1, Tucumán, 22-XII-99, LL NOA, 2000-1087).----------

-- Dejo sentado que mi opinión es que resultan válidas las facultades reconocidas a la administración por la ley de Defensa del Consumidor n° 24.240, para aplicar sanciones ante la detección de infracciones, en tanto se dispuso el control judicial suficiente, mediante el procedimiento recursivo que prevé el art. 45.----------

-- El reconocimiento de facultades jurisdiccionales a órganos administrativos constituye uno de los modos universales de responder al reclamo de los hechos que componen la realidad de este tiempo, basada en la idea de que una administración, eficiente y facultada y con competencia amplia se convierte en un instrumento apto para resguardar, en determinados casos, intereses colectivos.---------- --- Así dicen autores…” que la creciente globalización, el consumo desmedido y el tráfico comercial a gran escala, fueron los factores determinantes que crearon un espacio fértil para que en la relación de consumo, una parte obtuviera ventajas sobre la otra, produciéndose como

consecuencia inmediata de esto un desequilibrio, una situación de minusvalía del consumidor frente al mercado que es lo que se ha pretendido y pretende subsanar con el dictado de la normativa que conforma el Estatuto del Consumidor, cuya estructura normativa se complementa y con raigambre constitucional, con los arts. 42 y 43 de la Constitución Nacional a partir de la reforma de 1994. Este Estatuto, que inicia su movimiento en nuestro país a fines de los ochenta, y que se concreta en 1993 con la sanción de la Ley 24.240 y sus modificaciones de los años 1998 (ley 24.999) y 2008 (ley 26.361), refleja la intención que tuvo el legislador de generar equilibrio frente a la desigualdad fáctica que se vislumbra en toda relación consumidor/usuario - proveedor.”----------

--- En el caso bajo estudio, lo precario resulta ser el acta de constatación que realizó la inspección, y de allí deriva la insuficiencia. ----------

-- Tenemos que en el antiguo Derecho Romano procedía la "condictio indebiti", cuando por error excusable se había pagado lo no debido sin mala fe del receptor (en caso de mala fe debía intentarse la "condictio furtiva"), para, obtener la repetición (devolución) de lo erróneamente pagado. Por eso entiendo que la justiciante en autos, ha considerado que se estuvo dando en pago lo que no debía – el arancel o plus cobrado – pero esto considero, es justo solo para con el comerciante propietario de Z., pues lo detectado por el control, es una infracción cuya maniobra es generadora de un monto solo a favor de este. ----------

-- De esta manera debe prosperar este agravio contra la Disposición atacada.----------

--- Por los fundamentos expuestos, a la primera cuestión, VOTO POR LA NEGATIVA. ----

-- **A LA PRIMERA CUESTIÓN**, el Dr. Bahamonde dijo:----------

--- En primer lugar expresaré mi decisión en acuerdo con lo votado por el Dr. Gélvez, acerca de la improcedencia del planteo de competencia, planteada, pues no corresponde que actúe la justicia federal, ya que la Ley de Comunicaciones no es de aplicación, siendo otro el objeto del caso, y es así que la competencia es de la justicia actuante.----------

---

--- Pasando a los argumentos con que los apelantes han atacado el decisorio en crisis, digo que, resultan desde mi punto de vista válidos, pues tienen consistencia y apoyatura legal. ----------

--- Acierta el representante de T. M. A. S.A, al atacar el acta de inspección inicial, marcando los vicios de los que esta adolece. Así enuncia que no surge del acta de Inspección, que las tarjetas que se indican en la misma sean de la empresa que representa ni surge que los clientes hayan pagado un precio diferente al informado por la empresa. ---------- Entonces no existe constatación de incumplimiento por parte de la empresa y menos aún de prestación de servicio distinto al que se hubiere obligado T.

M. A. S.A. ---------- Califico también como acertado el planteo de las empresas respecto a la endilgada responsabilidad de las mismas, sobre actos que habría cometido el propietario del punto de venta, que es un tercero.----------

-- Coincido también con los apelantes en que no se encuentran pruebas que con grado de certeza, permitan establecer, que de ellas emanó una orden o instrucción para que el punto de venta cobre un plus sobre el precio establecido.----------

--- Corresponde entonces, coincidiendo con mi colega preopinante, decretar la nulidad de la Disposición recurrida, al haber tenido apoyatura en el acto administrativo originario de las actuaciones (acta de inspección), y esta no contar con todos los requisitos, por lo cual, iguales falencias o vicios se trasladaron a la disposición y a los reproches contenidos en ella. Es por ello que corresponde decretar la nulidad de la misma.----------

-- Así entiendo que la disposición atacada no es ajustada a derecho, Y ASÍ LO VOTO.--

--- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Dr. Gélvez dijo:----------

-- Mi voto a esta cuestión, se encuentra estrechamente ligado a lo analizado y concluido en la primera, pues al entender que son válidos y aplicables al caso varios de los fundamentos de los apelantes, el camino a seguir no es otro que el de revocar la sentencia impugnada, favoreciendo así a las empresas encartadas, al declarar la nulidad de la misma, lo cual tiene alcance también para el Sr. Q. como propietario del comercio Z..---------- ---

Pero es pertinente remarcar que no corresponde hacer responsables a las empresas de los actos que habría cometido el responsable del punto de venta. Correspondía no traerlas a la Litis, pues no surgen de las actuaciones probanzas que permitan concluir que había orden, mandato, o instrucción de cobrar monto plus, de las empresas hacia el punto de venta.----------

--- Debe entonces declararse la nulidad absoluta de la Disposición Nº 31/2011 de la Dirección General de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de la Provincia del Chubut apelada, e 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) y regular los honorarios, por las tareas desempeñadas en esta instancia de la siguiente manera: al Dr. E. R. V., DIEZ. (10) IUS, al Dr. J. N. R. M., DIEZ (10) IUS, y al Dr. A. F. A. DIEZ (10) 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. Bahamonde dijo:----------

-- Teniendo pleno acuerdo mi primer voto con el del Dr. Gélvez, corresponde declarar la nulidad absoluta de la Disposición Nº 74/2011 de la Dirección General de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de la Provincia del Chubut, venida en impugnación a esta instancia.----------

--- Correspondiendo la carga de costas a la Dirección General de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de la Provincia del Chubut, por resultar procedentes los recursos interpuestos.-ASI LO VOTO.---------- ---

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 74/2011 de la Dirección General de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de la Provincia del Chubut.------

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. E. R. V., DIEZ (10) IUS, al Dr. J. N. R. M., DIEZ (10) IUS, y al Dr. A. F. A. DIEZ (10) IUS, todos con más el 40% de dichos importes, por mandato, y con más el IVA si correspondiere.----------

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

DARÍO MARCELO GÉLVEZ
CONJUEZ DE CÁMARA

MARCELO SAÚL BAHAMONDE
PRESIDENTE

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

GUILLERMO N. WALTER
SECRETARIO SUBROGANTE