Trelew, de julio del año dos mil dieciséis. ----------

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

--El recurso de apelación interpuesto y fundado a fs. 55/62 contra la disposición Nro. 051/2015 dictada por el Director de la Oficina de Defensa del Consumidor de la Municipalidad de Trelew obrante a fs. 50/51vta. ----------

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

--I.- A fs. 50/51vta. el Director de la Oficina de Defensa del Consumidor de la Municipalidad de Trelew dispone aplicar a la Empresa M. T. M. A. S.A. una multa de $ 45.000 por infracción a los arts. 4, 19 y 10 bis de la ley 24240. Establece el modo de cumplir las sanciones impuestas, la publicación de la decisión y hace saber que 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. Asimismo manda abonar a la Sra. M. G. S. M. la suma de $ 80 mensuales desde enero de 2014 al mes de noviembre de 2015 con más la tasa activa del Banco del Chubut S.A. conforme el SICAL, y le asigne el mismo plan que el que tiene en la línea telefónica 280-4677348.----------Para así decidir, tiene en cuenta el acta de imputación labrada a T. de A. S.A. por presunta infracción a los arts. 4, 19 y 10 bis de la ley 24240 en base a los hechos denunciados por la Sra. S. M. (sic).---------- Con referencia al dictamen de fs. 49, señala que la empresa formuló descargo, planteó nulidad del acta y se limitó a manifestar su disconformidad, pero no acompañó la documental que describió por lo que no desvirtuó los dichos del denunciante ni probó lo que invoca.----------

---Transcribe párrafos de los votos de los Dres. Velázquez y López Mesa respecto de una sentencia dictada por la Sala “A” en la cual se menciona que el acta de imputación es prueba suficiente cuando no es desvirtuada por otras pruebas. ----------

-- Menciona la existencia de antecedentes en la Oficina respecto a la imposición de multas a M. T. M. de A. S.A. y transcribe el art. 49 de la ley 24240. ----------

--- Señala que corresponderá mandar a que la Empresa M. reintegre los importes indebidamente percibidos en virtud de no haber puesto en conocimiento del consumidor los mayores costos que afrontaría dándole la oportunidad de descontinuar el contrato o rescindirlo. Asimismo indica que la Sra. S. M. luego de aceptar una propuesta conciliatoria de pesos ochocientos reiteró su solicitud de un plan que no tenga Internet, sin que la contraria haya contestado el respectivo traslado, continuando con el cobro por un servicio que la denunciante no solicitó y no utiliza.----------

Puntualiza que del examen de las facturas acompañadas efectivamente surge en cada una de ellas la suma de pesos ochenta ($ 80) que se cobran de más entre las líneas 2804677348 y la 2804671208 (facturas de fs. 08, 27, 28, 45, 47 y 48). “… Que dichos

importes son percibidos desde enero de 2014 hasta la fecha por lo que la empresa deberá reintegrar la suma de pesos ochenta con sus intereses tasa activa del Banco del Chubut SA conforme el SICAL desde dicha fecha con más los intereses al mes de noviembre de 2015 con lo que se verifica la imputación en cuanto la falta de información (ART. 4 LDC)…" (Sic). Agrega que le deberá asignar el mismo plan control $ 149 a la línea XXXXXXXXXXX que el que tiene en la línea XXXXXXXXXXX, conforme lo dispone el art. 19 LDC.----------

----II.- Agravia a la apelante la decisión adoptada por la Oficina de Defensa del Consumidor, pues sostiene que la misma carece de motivación y fundamentación, y que es más grave aún -dice- que la incurrida en el acta de imputación.----------

Resalta que en el decisorio apelado se incurrió en arbitrariedad toda vez que se resolvió en forma injusta, irrazonable y disvaliosa, abusando de la carencia de fundamento, con apartamiento del derecho y de la realidad. ----------Cita jurisprudencia atinente al ejercicio de la actividad administrativa la que debe desarrollarse conforme a la ley, subrayando la relevancia que adquiere el principio de legalidad en la actuación de la Administración.----------

---Con cita de doctrina y jurisprudencia refiere al principio de razonabilidad, el que penetra todos los intersticios de la actividad del Estado, y se traduce en lo justo, proporcionado y equitativo. ----------

---Resalta que toda decisión administrativa que afecte derechos de particulares debe responder a una motivación suficiente y resultar como derivación razonada de los antecedentes, de modo que se encuentren a resguardo las garantías constitucionales en juego, asegurando la real vigencia del principio de legalidad en la actuación de los órganos administrativos. Sigue diciendo que corresponde conocer las razones que justifican el dictado de un acto administrativo, máxime cuando trasunta el ejercicio de facultades discrecionales, pues éstas no pueden ser ejercidas en forma arbitraria por las autoridades. ----------

----Señala que la disposición apelada con un considerando que refiere a la carga probatoria y con copia de dos párrafos de una sentencia de esta Alzada intenta motivar y fundamentar la sanción exorbitante que aplica, pretendiendo tener por acreditados hechos que ni siquiera menciona.----------

---Refiere que su parte en su descargo planteó la nulidad del acta de imputación y esta nulidad no fue tratada en la disposición y menos aún rebatida. Indica que la disposición imputaba infracción a los arts. 10 bis, 19, 30 y 31 de la LDC y el acta de imputación N° 05/15 imputa infracción a los arts. 4, 10 bis y 40 bis LDC.----------

---Agrega que la decisión carece de motivo o causa que justifique la emisión del acto y de motivación del mismo como la expresión o constancia de que el motivo existe o concurre en el caso concreto. ----------

----Agravia a la empresa de telefonía la multa impuesta –que señala como exorbitante-

pues carece de motivación y no respeta los criterios de aplicación y graduación de penas establecidos en la Ley 24240, que únicamente transcribe. Cita la posición en el mercado de la empresa y un par de antecedentes de multas, pero no refiere al grado de intencionalidad que no lo hay, la cuantía del beneficio obtenido y la gravedad de los riesgos o perjuicios sociales derivados de la infracción. Vuelve a referir al principio de razonabilidad con cita de jurisprudencia.----------

---Asimismo agravia a la apelante la suma de $ 80 por mes con más intereses desde enero de 2014 a noviembre de 2015 que se ordena pagar a la Sra. M. S. en la disposición recurrida como aplicación de daño directo. Ello así toda vez que –refiere- se vio obligada a efectuar el cambio de plan a partir de una disposición legal de la Secretaria de Comunicaciones (Resolución 26 del Año 2013) que implementó a partir del 15 de febrero de 2014 la tasación por segundo; y, al no encontrarse ya vigente el plan como el que tenía el cliente, el mismo no se podía implementar a la tasación por segundo, por lo que no se le podía facturar de acuerdo a la norma de la Autoridad de Aplicación. ----------

---Finalmente 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 cuando 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 Nacional.----------
---A requerimiento de esta Alzada a fs. 77 y fs. 83/vta. se modifica la carátula de los presentes autos y se rectifica la razón social de la denunciada consignado en el encabezado de la disposición apelada y el nombre de la denunciante.----------
---III.- Por razones de método, esta Alzada se expedirá respecto de los agravios del

apelante, según el siguiente orden: 1) Nulidad del acta de imputación; 2) Nulidad de la disposición apelada; 3) Irrazonabilidad de la multa aplicada; 4) Inconstitucionalidad del art. 40 bis de la LDC; y 5) Procedencia del daño directo.----------
---1. Nulidad del acta de imputación:----------
--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 peticione 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 de fs. 29/vta. -labrada luego de haber sido proveída la presentación de la denunciada de fs. 17 y no haber contestado el traslado conferido a fs. 21-, la que no mereció pronunciamiento de la autoridad administrativa.----------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. Es decir, se cumplieron los presupuestos legales que concluyeron con el dictado del acto administrativo. De allí que corresponderá rechazar el planteo de nulidad del acta de imputación. ----------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. 38), 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. 29 y vta. suscripta por la autoridad de aplicación, precisa que claramente la empresa denunciada no cumplió con el deber de información a la Sra. M. S., en tanto que la misma no fue realizada de forma clara cierta y detallada como establece el artículo (art. 4 LDC). La denunciante no estaba informada del cambio de plan impuesto por la empresa de forma masiva. La información brindada no fue cierta, clara y detallada en los aspectos relativos a las características esenciales del servicio y sobre las condiciones de su comercialización al no explicar el cambio de plan telefónico realizado y los servicios que añadía el mismo. Señala que la empresa no respectó los términos, condiciones y modalidad del servicio contratado por la denunciante, al realizar el cambio de plan le imponen el servicio de Internet el cual no fue contratado por la Sra. M. S.. Por otra parte se han consignado los artículos de la ley de defensa del consumidor que se habrían vulnerado (arts. 4, 19 y 10 bis LDC), y fue citada en el plazo de ley para que formulara su descargo y ofrecer la prueba bajo apercibimiento de tenerla por no presentada 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 o motivación errónea que derive de un análisis razonado de los antecedentes en el contenido de la misma, es decir, que carece de antecedentes de hecho y de derecho; y resalta la arbitrariedad y consecuente antijuricidad en que se ha incurrido.----------
---En primer lugar cabe precisar que la alegada falta de correspondencia alegada a fs. 57, sexto párrafo entre el acta de imputación y la disposición dictada en autos, no es tal, pues ambas se fundaron en los arts. 4, 10 bis y 19 de la LDC, a excepción de la sanción prevista por el art. 49 de la misma ley que aplicó la autoridad administrativa.----------
-- Sin embargo, no puede soslayarse que la autoridad administrativa en relación a los hechos, tuvo en cuenta la falta de aportación de pruebas al pronunciarse sobre la nulidad del acta de imputación. ----------En efecto, el texto del art. 45 tercer párrafo de la LDC, establece que el infractor debe ser citado para que ofrezca la prueba que hace a su derecho. Por su parte el art. 6, inc c) de la Ley VII Nro. 22, reglamenta este aspecto en similares términos imponiéndole al infractor la carga de su diligenciamiento en tiempo hábil.---------- --- Ello, sin

perjuicio de las atribuciones otorgadas a la autoridad administrativa para ordenar medidas técnicas o admitir pruebas (décimo párrafo, artículo citado LDC, en concordancia con el art. 6, inc. f) de la Ley VII Nro. 22). Sin lugar a dudas, que es necesaria en la instancia administrativa aportar toda la prueba indispensable para esclarecer el caso, teniendo en cuenta que la decisión de la autoridad administrativa es apelable en sede judicial pero el recurso se concede en relación, modalidad de concesión que no admite la producción de pruebas en sede judicial.---------- --- Al respecto, es de recordar la finalidad tuitiva que persigue la LDC en su integralidad, que se traduce en la protección de la parte débil de la relación de consumo, de allí que las conductas que han desarrollado el denunciante y el infractor en sede administrativa opera como morigeración de la carga de la prueba, de tal modo que recibidas las actuaciones en esta sede se aprecie la actividad seguida por los contradictores en aquella sede, extrayendo indicios de su conducta que servirán de argumentos a la hora de valorar la prueba aportada.---------- --- Resulta útil señalar que ello no implica obligar al infractor a producir prueba en su contra, sino que le impone la carga de colaborar activamente en la dilucidación de la verdad objetiva del caso, evitando actitudes tendientes a obstaculizar el reclamo de la contraria para obtener la satisfacción de su pretensión.---------- --- Estos argumentos de plena aplicación cuando la causa se inicia en sede judicial por aplicación del art. 53, tercer párrafo de la ley citada, no se advierte el por qué no han de ser aplicados en esta sede judicial aunque el origen del reclamo sea administrativo.---------- --- Se ha señalado que si bien el análisis de la conducta de las partes por parte de la doctrina se ha limitado al aspecto procesal, lo cierto es que especialmente en materia de derecho de consumo, su importancia no se limita a éste, sino también resulta de especial relevancia el análisis de las conductas del proveedor de bienes y servicios con anterioridad al proceso. Ello es así, pues los elementos probatorios principales se encontrarán en poder del infractor-apelante, quien es el que se encuentra en mejores condiciones técnicas para resguardar los elementos que determinan el alcance de la relación instaurada con el consumidor. Por ello, si la prueba no es preservada por el proveedor, esta circunstancia constituye un indicio en su contra, teniendo en cuenta que era quien se encontraba en mejores condiciones de acercar los elementos del caso (Picasso-Vázquez Ferreyra, “Ley de Defensa del Consumidor”, Ed. La Ley, Tomo I, 2009, pág. 669)(esta Sala SICA 003/15).---------- La resolución N° 26/13 de la Secretaría de Comunicaciones que ofrece como sustento de su defensa la empresa de telefonía, resulta insuficiente toda vez que no resulta clara que incidencia tiene en la petición de la denunciante de contar con un servicio de llamadas y mensajes únicamente y además no se brinda información respecto de por qué en la línea N° XXX-XXXXXXX podía continuar con un plan sin internet y en la línea N° XXX-XXXXXXX no era factible.---------- --- Ello

así, la falta de aportación de pruebas en la que se funda la disposición no ha logrado ser conmovida por el apelante.---------- Aunque cabe hacer notar que la hoy apelante había ofrecido a modo conciliatorio a fs. 17 un ajuste de $ 800 en la línea, y a fs. 39vta. posteriormente una nota de crédito por la suma de $ 400, como así también no soslaya esta Alzada que aceptó la usuaria la propuesta de la empresa telefónica conforme surge de fs. 20, que además se ajustaba a lo decidido por la autoridad administrativa en la disposición apelada, de allí que debió expedirse la Oficina de Defensa del Consumidor al respecto inmediatamente, para dejar satisfecha la pretensión de la denunciante a noviembre de 2014, y limitar la cuestión a decidir respecto de la posibilidad de ofrecer un servicio de llamadas y mensajes, el que pudo ser resuelto a través de una modalidad distinta a la de facturación.----------

---- 3. Irrazonabilidad de la multa aplicada: ----------

---- Alega el apelante que el monto de la multa carece de motivación que respalde el quantum, no respeta ni tiene en cuenta los criterios de aplicación y graduación de las penas establecidas en la Ley 24240.----------

--- En la decisión apelada, la autoridad de aplicación señaló como fundamento de la sanción el art. 49 de la LDC, la existencia de antecedentes con cita de la empresa M. T. M. de A. S.A., al que se añade los autos caratulados: R., M. G. c/ T. M. DE A. S.A. y/o Quien Corresponda - Presunta Infracción Ley 24.240 Defensa del Consumidor (Expte. 621 – Año 2015) venidos en apelación a esta Alzada; como asimismo señaló que es una de las dos principales empresas de telefonía celular en la ciudad.----------

---------- Es de señalar que la apelante se agravió concretamente acerca de que se enumeraron los puntos del art. 49 sin realizar una valoración de ellos frente a las circunstancias del caso.----------

--- En la apreciación de las pautas pertinentes del art. 49 referenciado, la gravedad de los riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización, no aparece nítida y contundente, sólo puede colegirse un eventual riesgo porque se presume una cantidad importante de usuarios que utilizan el servicio que presta esta empresa. Aquí es dable preguntarse, además, si realmente resulta tan grave la infracción, esto es, percibir el precio de un plan diferente o exigir el pago de una multa por comprar dos teléfonos en promoción. No se advierte que está presente la pauta de “gravedad de riesgo o de perjuicios sociales”.----------

-- --- En cuanto a la posición en el mercado, si bien es cierto que la prestación del servicio de telefonía celular esta reducido a escasos prestadores, y que la recurrente puede llegar a ostentar una posición dominante, también lo es que dicha posición últimamente se ha visto minada por el aumento de la competencia y la habilitación al cambio de prestador conservando el número de línea por su usuario aun cuando con

restricciones temporarias.----------

--- Se menciona finalmente que no se trata de un comportamiento aislado, haciéndose alusión a que la apelante fue objeto de anteriores sanciones (ver fs. 50vta.). Al respecto es de tener presente que la reincidencia referida en el art. 49 “in fine” de la LDC, no se fundamenta en la reiteración de la misma conducta infractora, sino en la circunstancia de haber incurrido en una infracción en el plazo de cinco años luego de ya haber sido sancionado (esta Sala SICA 001/16).----------

---- Respecto del monto de la multa que estima la impugnante es irrazonable, teniendo en cuenta los antecedentes que cita la autoridad administrativa, sumado al de esta sala en la sentencia interlocutoria Nro. 001/16 la sanción de la autoridad administrativa fue de $ 500.000 y se redujo a $ 5.000, como así también que en la sentencias contencioso-administrativas dictadas respecto de otras empresas de telefonía, a saber:

a) la sentencia definitiva 002/14 que impuso una sanción de $ 25.000, y b) la sentencia definitiva Nro. 005/10 en la que la sanción de $ 10.000 impuesta por la autoridad administrativa se redujo a $ 5.000, toda vez que en dichos supuestos no se cumplían la totalidad de los presupuestos previstos en el art. 49 de la LDC que habían servido de fundamento para determinar la sanción, siguiendo el mismo razonamiento, siendo que en esta ocasión se cumple un solo presupuesto -reincidencia en la infracción- la cuantía de la sanción impuesta en esta ocasión muestra visos de irrazonabilidad, motivo por el cual se reducirá a la suma de $ 10.000. ----------

--- 4. Inconstitucionalidad del art. 40 bis de la LDC: ----------

---La apelante argumenta la inconstitucionalidad pretendida con fundamento en el antecedente de la Corte Suprema, “Ángel Estrada”, en el cual se detallaron los requisitos según los cuales resulta constitucionalmente válida la asignación de facultades jurisdiccionales a los organismos administrativos. Completa su argumentación con cita doctrinaria de Cassagne, en el sentido de que tales funciones no deben resolver controversias entre particulares regidas por el derecho común. Considera que las modificaciones introducidas a la LDC, puntualmente el art. 40 bis, no satisface el “test” de constitucionalidad referido. ----------Una vez más habrá de remitirse esta Alzada a pronunciamientos anteriores, pues ya tiene sentado criterio sobre la inconstitucionalidad del art. 40 bis de la ley 24240. En efecto en la SDCA 005/10 se dijo que la Corte Federal, en el antecedente citado (conf. CS, 2005/04/05, in re: “Ángel Estrada y Cía. S.A. c/ Secretaría de Energía y Puertos”, LL, 2005-C-735/743) y en punto al tema relativo a la inconstitucionalidad planteada, sostuvo que “El principio constitucional de defensa en juicio previsto en el art. 18 de la Constitución Nacional y la prohibición al Poder Ejecutivo de ejercer funciones judiciales -art. 109-, quedan a salvo siempre y cuando los organismos de la administración dotados de jurisdicción para

resolver conflictos entre particulares hayan sido creados por ley, su independencia e imparcialidad esté asegurada, el objetivo económico y político considerado por el legislador para crearlo sea razonable y sus decisiones estén sujetas a control judicial amplio y suficiente". En comentario a dicho fallo, Cassagne, señaló que "...el derecho administrativo, no obstante constituir -como modernamente se sostiene- el derecho común de las Administraciones Públicas, debe ceder su lugar (derecho sustantivo y jurisdicción especial) al derecho privado, cuya jurisdicción general es la ordinaria (civil o comercial) cuando se trata de litigios entre particulares extraños a la especialidad de los marcos regulatorios. Esta interpretación, verdadera construcción, permite cumplir con el principio de separación de poderes que surge de nuestra versión constitucional (fundamentalmente arts. 109, 18 y 116 CN). En cualquier caso, de tratarse de materias regidas por el derecho público la atribución de funciones jurisdiccionales sólo sería válida si, aparte de cumplirse los requisitos que se han señalado, deja abierta una revisión constitucional plena, con amplitud de debate y prueba" (conf. Cassagne, Juan Carlos: "Las facultades jurisdiccionales de los entes reguladores (A propósito del caso "Ángel Estrada)", LL, 2005-C-743).----------Se señaló en dicho precedente que resulta claro de la interpretación, que efectuara el citado administrativista del fallo examinado, que uno de los requisitos de validez constitucional de la jurisdicción administrativa es que no verse sobre cuestiones de derecho común o privado. Sin embargo, una lectura contextualizada del antecedente en análisis, debe reparar en que del mismo no surge la prohibición total de que la referida jurisdicción administrativa entienda en reclamos de derecho común, sino que ello queda sujeto a determinados requisitos, entre ellos que "el objetivo económico y político considerado por el legislador para crearlo sea razonable". En "Ángel Estrada", la Corte Federal entendió que el art. 72 de la ley 24065 no comprendía dentro de la jurisdicción asignada al Ente Nacional Regulador de Electricidad (ENRE) los reclamos por daños y perjuicios derivados del incumplimiento de la distribuidora de energía eléctrica. Concretamente, el alto Tribunal argumentó que "La expresión 'toda controversia' contenida en el art. 72 de la ley 24.065 debe entenderse circunscripta a toda controversia válidamente sustraída por el Congreso a la competencia de los jueces ordinarios, por lo cual el poder para dirimir el reclamo de daños y perjuicios derivados del incumplimiento de la empresa distribuidora de energía eléctrica, respecto del contrato celebrado con el usuario y planteado con sustento en el derecho común, es extraño a las atribuciones conferidas al Ente Nacional Regulador de la Electricidad, porque no guarda relación con los motivos tenidos en miras al crear el ente". El mentado art. 72 de la ley 24065 establece, en su parte aquí pertinente: "Toda controversia que se suscite entre generadores, transportistas, distribuidores, grandes usuarios, con motivo del suministro o del servicio público de transporte y distribución de electricidad, deberá ser sometida en forma previa y obligatoria a la jurisdicción del ente...". Se ha entendido que el pronunciamiento de la Corte, en el

antecedente en cuestión, subraya que la asignación de facultades jurisdiccionales a organismos administrativos se justifica en el caso de los “cuerpos expertos” cuya jurisdicción se circunscribe a “las materias que configuran ‘el corazón’ de las tareas que tuvo en miras el Congreso que las emplazó”. En el caso, la especialización y el carácter técnico del ENRE no guardaban relación alguna con la fijación de indemnizaciones por daños y perjuicios, de hecho la Corte señala que esa potestad resulta extraña a las atribuciones conferidas al ente por el marco regulatorio aplicable, y que, de todos modos, su intervención sería estéril, pues la ley respectiva no ha otorgado a su eventual decisión condenatoria la posibilidad de ser cumplida en forma compulsiva conforme las reglas relativas a la ejecución de sentencias (conf. Picasso, op. cit., idem, págs. 527/528).----------Sin embargo, a diferencia del caso indicado, en el supuesto del art. 40 bis de la ley 24240, el texto legal atribuye expresamente a la administración la potestad de fijar indemnizaciones, lo que encontraría su justificación en la especialización de la autoridad de aplicación de la LDC en los distintos aspectos de las relaciones de consumo. Ello no ocurre con el mentado art. 72 de la ley 24065 que se limita a someter a la jurisdicción del ENRE “toda controversia que se suscite...”, expresión harto genérica que da lugar a una interpretación en consonancia con las funciones y objetivos tenidos en miras con la creación del ente regulador. Si a ello se añade que la finalidad de la LDC, en este aspecto, es lograr un mecanismo ágil para permitir el resarcimiento del consumidor en los casos de daños de escasa cuantía, la asignación de la jurisdicción a la autoridad de aplicación que contempla el art. 40 bis, aparece consistente con el “objetivo económico y político considerado por el legislador” -tal como dijera la Corte en “Ángel Estrada”-, el que resulta plenamente razonable de acuerdo al principio tuitivo a favor del consumidor y el usuario, que impera en la ley 24240.----------Dicho lo anterior, se cumplen los demás requisitos que la Corte puntualizara en el antecedente citado para validar constitucionalmente la jurisdicción administrativa. Los mismos, de acuerdo a lo expuesto más arriba comprendían: que los organismos dotados de jurisdicción hayan sido creados por ley, esté asegurada su independencia e imparcialidad, y que sus decisiones estén sujetas a control judicial amplio y suficiente. El restante requisito, esto es, que el objetivo económico y político considerado por el legislador sea razonable, ya fue examinado y tenido por cumplido. ----------La creación por ley surge en primer lugar del propio texto del art. 40 bis que confiere a la autoridad de aplicación la función jurisdiccional en cuestión. Por su parte el art. 41 establece que en el orden nacional, dicha autoridad de aplicación es la Secretaría de Industria y Comercio y que los gobiernos provinciales y la Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires actuarán como autoridades locales de aplicación, pudiendo, las provincias, delegar sus funciones en organismos de su dependencia o en los municipios. De hecho, en nuestra provincia la ley VII Nº 22 hace mención a la autoridad de aplicación provincial (art. 2) y municipal (art. 3). Por su parte el decreto Nº 1545/06 dispone: que “La Dirección de Defensa del

Consumidor, dependiente de la Dirección General de Industria y Comercio, Subsecretaría de Desarrollo Económico, Ministerio de la Producción, actuará en la vigilancia, control y juzgamiento de las infracciones previstas por la Ley Nacional 24240 y la Ley Provincial VII Nro. 22 en jurisdicción de la Provincia del Chubut. Sin perjuicio de las facultades delegadas en el Artículo 3º de la citada Ley Provincial a los municipios que adhieran expresamente a la misma, la Autoridad de Aplicación Provincial se reserva la facultad de juzgamiento y de aplicación de sanciones, si correspondiera; conforme a las previsiones de las normas jurídicas citadas". Finalmente, ante la reforma de la ley 26361 que introdujo el art. 40 bis en la ley 24240, se sancionó la ley provincial VII Nº 53- que en su art. 2 reza: "Establécese como autoridad de aplicación de la presente a la Dirección General de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios, dependiente de la Secretaría de Trabajo de la Provincia del Chubut, para intervenir en el control, vigilancia y resolución de todos los conflictos que se sucedan, de oficio o a petición de parte por la Ley Nacional Nº 26.361, y sus respectivos decretos reglamentarios, la Ley Provincial Nº VII Nro. 22 con las reformas que se consideren y sus respectivos decretos reglamentarios"; y el art. 3 modifica el art. 3 de la ley VII Nº 22-, el que quedó redactado de la siguiente manera: "Los municipios que en forma expresa adhieran a las disposiciones de la presente Ley podrán ejercer las facultades de control y vigilancia de las disposiciones de la Ley Nacional Nº 24.240 y su modificatoria Ley Nacional Nº 26.361. Los municipios deberán adherir expresamente al Capítulo III de la presente. La autoridad de aplicación provincial podrá actuar en forma concurrente con los municipios en el ejercicio de las facultades de control y vigilancia, reservándose la facultad de juzgamiento de las infracciones que se sometan a tratamiento en el marco de la citada Ley Nacional". De la reseña normativa efectuada, en especial de la última ley provincial citada se desprende que se encuentra cumplido el requisito de creación legislativa de la autoridad de

aplicación pertinente. ----------

----La independencia e imparcialidad del organismo administrativo se presume dado que se trata de una oficina estatal ajena a los intereses personales de los usuarios y consumidores y de las empresas o sujetos denunciados. Ello claro está, no priva a la dirección en cuestión de que oriente su actividad de acuerdo al principio tuitivo a favor de los primeros, ya que dicha directiva se encuentra contemplada expresamente, no sólo en la ley 24240 (conf. art. 1 y concs.), sino también y primeramente en los textos constitucionales, tanto nacional (art. 42) como provincial (art. 33). Finalmente el control judicial se encuentra resguardado con la propia previsión de apelación del art. 40 bis de la LDC y la vía recursiva contemplada en el art. 7 de la ley VII Nº 22. (Voto del Dr. De Cunto).----------

----En síntesis de todo lo argumentado, corresponde rechazar el planteo de

inconstitucionalidad del art. 40 bis de la ley 24240. ----------
-- 5. Procedencia del daño directo:----------
----Dicho agravio se fundamenta básicamente en que la apelante se vio obligada a efectuar el cambio de plan a partir de una disposición legal de la Secretaría de Comunicaciones (Resolución 26 del Año 2013) que implementó a partir del 15 de febrero de 2014 la tasación por segundo; y, al no encontrarse ya vigente el plan como el que tenía el cliente, el mismo no se podía implementar a la tasación por segundo, por lo que no se le podía facturar de acuerdo a la norma de la Autoridad de Aplicación. Así – arguye-, respetuosa de las imposiciones de la Secretaría de Comunicaciones, aplica las mismas y, sin perjuicio de ello la Dirección de Defensa del Consumidor le aplica sanción por ello.----------
- Al respecto, cabe señalar que tales manifestaciones resultan meras afirmaciones dogmáticas que, en tanto no se fundamentan en las circunstancias de hechos particulares de la presente causa, se encuentran huérfanas de contenido crítico que atender. En efecto, no precisa de un modo concreto y razonado el contenido de dichas imposiciones y por qué no podría implementarse a la nueva forma de “tasación por segundo” el plan que tenia la denunciante. Ello así, en atención a lo inexplicable del planteo la recurrente ha incurrido en deserción en esta porción de sus agravios (Es el criterio seguido en la SDCA 02/14 y SDCA 02/16, de esta Sala).----------
-- En efecto, la resolución N° 26/2013, estableció en su art. 1° que la unidad de medida de tasación de las llamadas originadas por usuarios de servicios de comunicaciones móviles será el segundo, medido a partir de los primeros treinta segundos de establecida la comunicación, conforme lo dispone la Resolución N° 45 de fecha 31 de mayo de 2012 y en el art. 6° se estableció que tendría vigencia a partir de su publicación, contenido que difiere notablemente de la interpretación dada por el apelante, y no se advierte el vínculo con la solicitud de la usuaria como ya se expresara.----------
--- En tal contexto, de la documental agregada a fs. 45/46 surge que la denunciante ha acreditado el pago de las facturas de servicio hasta el período correspondiente al mes de mayo de 2015 (ver fs. 5 -estado de cuenta al: 06/06-), de allí que mal puede mandarse a reintegrar sumas a la denunciante por el periodo comprendido entre los meses de junio a noviembre de 2015, toda vez que, como se ha señalado, no está acreditada la existencia de tales facturas o que las mismas hayan sido abonadas. Es así que asiste razón a la apelante en el sentido que la condena establecida en el punto 4° de la disposición es arbitraria, dado que afirma hechos que no fueron alegados ni demostrados en autos.----------
---En efecto, la arbitrariedad existiría, según lo dicho por la Corte Nacional, cuando se resuelve contra o con prescindencia de lo expresamente dispuesto por la ley respecto del caso o bien cuando se prescinde de pruebas fehacientes y regularmente traídas al

juicio o se hace remisión a las que no constan en él (conf. C.S.J.N., Fallos 207:72; 237:69; 244: 384; 247:713; 250:348, entre muchos otros).----------
---La existencia de arbitrariedad en una decisión, impone atenerse casi prioritaria y excluyentemente a las causales que, de común, han sido admitidas como sustento de la dicente arbitrariedad las cuales, en principio, se acotan al resguardo del principio de congruencia o bien aquellas sentencias que lisa y llanamente no son una razonable derivación del derecho aplicable al caso o que prescinden de los hechos u omiten prueba decisiva (voto Dr. Lucero SDL 32/16). ----------En tal sentido el Superior Tribunal de Justicia de la provincia, aunque refiriéndose al recurso extraordinario de casación fundado en arbitrariedad, ha sostenido que hay arbitrariedad cuando lo decidido comporta un acto irracional o de palmario apartamiento del cuadro normativo que rige el caso, siendo indispensable condición que la arbitrariedad que se reprocha aparezca claramente evidenciada, vinculada con la valoración absurda de los hechos por el juzgador que convierta la sentencia en un acto de mera voluntad (Conf. S.T.J.Ch., sent. 20/99 SER del 1/11/99).----------Ello así, cabe acoger esta porción de los agravios de la apelante para revocar el Articulo 4º de la disposición, toda vez que no se condice con las pruebas existentes en autos, ya que manda reintegrar a la Sra. M. S. la suma de $ 80 desde enero/2014 a la fecha de la disposición –noviembre/2015-. Por ello se limita dicho reconocimiento a los periodos de enero/2014 a mayo/2015. ----------Aunque prosperan parcialmente los agravios respecto al quantum de la multa y al daño directo, los restantes han sido desestimados, esta circunstancia no modifica la calidad de vencida de la apelante, motivo por el cual se le imponen las costas (art. 69 CPCC), y se regulan 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, 6 bis, 7 cuarto párrafo, 13 y conc. de la ley XIII Nro. 4) con más el IVA pertinente, siempre que no se encuentre comprendido en el supuesto previsto por el art. 2 de la ley de arancel.----------
---------- En su mérito, la sala “B” de la Cámara de Apelaciones con asiento en la ciudad de
Trelew, **RESUELVE**:----------
-- I.- Rechazar el planteo de nulidad del acta de imputación glosada a fs. 29 y vta. y de la Disposición 051/2015 obrante a fs. 50/51 y vta.----------
-- II.- Revocar parcialmente la Disposición Nº 051/2015 de la Oficina de Defensa del Consumidor de la Municipalidad de Trelew, a los fines de reducir la multa establecida en su artículo 1º a la suma de pesos diez mil ($ 10.000).----------
-- III.- Modificar el artículo 4°, el que quedará redactado de la siguiente manera: “Mandar que la empresa M. T. M. A. S.A., abone a la Sra. M. G. M. S., la suma de $ 80 mensuales con mas la tasa activa del
Banco del Chubut S.A. conforme el SICAL desde enero de 2014 al mes de mayo de

2015 y le asigne el mismo plan control $ 149 que el que tiene en la línea XXXXXXXXXX.--- IV.- Rechazar el planteo de inconstitucionalidad del art. 40 bis de la ley 24240. ----------V.- Imponer las costas a la apelante vencida (arts. 69 CPCC). ----------VI.- 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, 6 bis, 7 cuarto párrafo, 13 y conc. de la ley XIII Nro. 4) con más el IVA pertinente, siempre que no se encuentre comprendido en el supuesto previsto por el art. 2 de la ley de arancel.----------VII.- Tener presente la reserva del caso federal.----------VIII.- La presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por licencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Aldo Luis De Cunto (Art. 7º Ley V Nº 17).----------Regístrese, notifíquese y devuélvase. ----------

RAUL ADRIAN VERGARA
JUEZ DE CAMARA

SERGIO RUBEN LUCERO
PRESIDENTE

----**REGISTRADA BAJO EL N° _____ DE 2016 – SICA.– CONSTE.** ----------

VILMA NOEMÍ BIRRI
SECRETARIA