--- Trelew, de Agosto de 2017.----------

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

--- I.- Que T. M. A. S.A. presentó y fundó el recurso de apelación de refs. 56/61 contra la Disposición Nro. 71/2016 de la Oficina de Defensa del Consumidor de la Municipalidad de Trelew, de fs. 40/42vta.---------- --- Allí, critica que la resolución administrativa es arbitraria por ausencia de motivación por cuanto —entiende— que, tanto ésta como el acta de imputación que la fundó, carecen de los antecedentes de hecho o derecho que las motiven. Indica que no se mencionó en la sanción administrativa el objeto de la denuncia formulada por el consumidor. Se agravia asimismo en la aplicación de multa, por cuanto entiende que esta careció de fundamentación, así como que solo se tuvieron en cuenta algunos parámetros que establece la norma para su determinación. Finalmente, solicita la declaración de inconstitucionalidad del art. 40 bis de la ley de defensa del consumidor.-- --- II.- Como previo, cabe señalar que esta Alzada ejerce un control de legitimidad del acto recurrido respecto de las disposiciones de la autoridad de aplicación en materia de defensa del consumidor (art. 7 Ley VII N° 22), que remite a verificar la debida aplicación de las normas, de manera que los hechos se revelen adecuadamente aclarados y lo decidido se ajuste razonablemente al texto legal (esta Sala, S.I.C.A. Nº 06/2011 y S.I.C.A. N° 12/2017, entre otros; S.T.J.Ch., S.D. nº 18/SRE/2002, S.D. nº 13/SCA/2006, y S.I. nº 20/SCA/2010; C.S.J.N., 03/06/08, Fallos 331:1369, del dictamen de la Procuración General, al que remitió el Tribunal). En el ejercicio de ese control, corresponde —justamente— verificar si medió o no exceso de poder que invalide el acto, examinando su legitimidad o validez formal y su legalidad o validez sustancial. Ello en tanto es atribuible al poder jurisdiccional determinar los límites de actuación del Poder Administrador en los casos concretos (conf. CASSAGNE, Juan Carlos, “La prohibición de arbitrariedad y el control de la discrecionalidad administrativa por el Poder Judicial”, L.L, 2008-E,1274; DE LA RÚA, Fernando; “Jurisdicción y Administración”, ed. Lerner, Córdoba, 1979).----------

--- III.- Siendo así, es dable adelantar que no se seguirá al recurrente en su apelación, debiéndose confirmar la resolución cuestionada.----------

--- En primer lugar, dicha parte cuestiona la fundamentación seguida por la Oficina de Defensa del Consumidor en su resolución, la cual califica de arbitraria, infundada y contraria a la defensa en juicio y al principio de legalidad.----------

--- Sin embargo, contrario a ello, la decisión de la autoridad de aplicación presenta los elementos esenciales suficientes al efecto, en tanto incluye los presupuestos de hecho y de derecho en que se traduce su motivación, y lo permiten explicar como un acto administrativo válido y eficaz (conf. esta Sala, S.I.C.A. N° 16/2015, S.I.C.A. N° 10/2015 y sus remisiones, entre otras; Dromi, “Derecho administrativo”, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 10ª ed., 2004, pp. 376-377, entre otros). Así, refiere a los hechos de la denuncia con la remisión al acta inicial y el acta de imputación; y también señaló la

valoración que esos hechos y otras constancias le merecieron; esto en relación con cada una de las normas que la autoridad administrativa estimó aplicables al caso (art. 6º, incs. “a”, “b”, "f", Ley VII nº 22; art. 30, Ley I nº 18; esta Sala, S.I.C.A. N° 05/2015; S.I.C.A. N° 12/2015).---------- Por lo demás, también se advierte del legajo que el procedimiento administrativo se ajustó al que prevé la Ley VII n° 22 y su Dec. 896/98 (conf. Sabrina Buccheri en “Manual de los derechos de usuario y consumidores”, AAVV, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 438), y la empresa recurrente tuvo la posibilidad de ejercer su descargo, aunque no lo haya hecho. Tanto es así que, una vez dictada la disposición en examen, también pudo formular su pretensión recursiva que motivó la intervención de esta Cámara de Apelaciones en su conocimiento. Ello permite descartar la tacha de incongruencia o arbitrariedad y las consecuencias que se pretenden por el debido proceso y los principios de legalidad y razonabilidad, por lo que cabe rechazar los embates que hace a esta cuestión.---------- Huelga señalar asimismo que es criterio de esta Sala, por expresa disposición del art. 6º, inc. “b”, de la Ley VII nº 22, que las constancias del acta de imputación, así como las comprobaciones que la acompañan, constituyen prueba suficiente de los hechos comprobados (S.D.C. Nº 01/2013, S.I.C.A. N° 03/2016; entre otras). No abunda poner de resalto que esta presunción “*iuris tantum*” emerge de la misma ley, en el artículo citado, quien se encuentra en sintonía con lo previsto en idénticos términos por el art. 45, apartado 6º de la ley 24.240. Es decir, la presunción legal establecida en las normas provincial y nacional establece que el acta de inspección –para el caso- constituye prueba suficiente de los hechos comprobados de la que da cuenta (Sala B, SDCA N° 03/2014). Y en autos, más allá de las alegaciones del recurso de apelación, no hay pruebas en concreto que desvirtúen las constancias asentadas en la denuncia y
el acta de imputación de fs. 37 vta.----------

--- En dicha línea, cobra especial relevancia la omisión de la denunciada a contestar el traslado conferido a fs. 38, notificado a fs. 39, respecto de aquella imputación, dando lugar a que la autoridad proceda sin más a dictar la Disposición recurrida. Se ha dicho en este sentido que “el descargo constituye el acto en virtud del cual el presunto infractor responde a la imputación -los cargos- efectuados por la autoridad de aplicación en la imputación y configura la expresión de la legítima defensa de sus derechos” (C.Apel. Trelew, Sala B, S.D.C.A. N° 04/2014, conf. Bersten, Horacio Luis, “Derecho Procesal del Consumidor”, La Ley, 2003, pág. 75). Por ello, el régimen de defensa del consumidor, resguardando la garantía del debido proceso y defensa del proveedor, le “aseguró oportunidad de defensa, esto es de alegar y probar en su favor, como la tuvo aquí el recurrente al ser citado para formular su descargo y ofrecer pruebas, sin que se configure violación alguna cuando el interesado no utilizó el medio de que en su momento dispuso.

Viene a cuento recordar, también con palabras del más Alto Tribunal de la Nación, que la defensa en juicio no ampara la negligencia, ineficiencia o incuria de los litigantes" (esta Sala, S.D.C. N° 29/2003).---------- --- Es curioso asimismo que el recurrente mencione en su recurso la teoría de las cargas probatorias dinámicas, en tanto no debe olvidarse tampoco que no solo son las empresas las que se encuentran en la posición de cumplir diligentemente con las obligaciones impuestas, en tiempo y forma, sino que también soportan la carga de acreditarlo ante un eventual reclamo, en tanto se presume que es la parte de la relación jurídica que se encuentra en mejores condiciones al efecto, por disponer de mayor acceso a los elementos de prueba. Así, estando en mejores condiciones técnicas para acreditar los hechos controvertidos, cabe presumir en su contra sobre la orfandad probatoria producida a partir de su incontestación a la imputación formulada (conf. esta Sala, S.I.C.A. N° 03/2017; C. Apel. Trelew, Sala B, S.I.C.A. N° 005/2016; PicassoVázquez Ferreyra, "Ley de Defensa del Consumidor" Ed. La Ley, Tomo I, 2009, pág.
669.).----------
-
--- Cabe destacar además que el régimen tuitivo consumeril fue establecido precisamente para la defensa del consumidor en las relaciones de consumo, estableciendo una serie de responsabilidades, obligaciones y deberes a cargo de las empresas. Éstas, ciertamente, suponen y exigen una diligencia mayor a la demostrada por la denunciada en estos autos, sobre todo cuando se revisa la existencia de un expediente administrativo donde se les requirió oportunamente que procedan activamente en la solución de dicho conflicto, demostrando —por el contrario— una conducta indolente al respecto. Ello en tanto, se advierte que no solo dejó sin cuestionar oportunamente la imputación que ahora ataca sino que también acompañó extemporáneamente (fs. 12) las facturas que se le requirieron (fs. 08), así como también guardó silencio al traslado de fs. 32 respecto del pedido realizado por el cliente a fs. 31.--- Acreditado el incumplimiento entonces, debe calificarse como violentado el art. 4 de la Ley 24.240, en tanto "el deber de información constituye una obligación de resultado, pues la ley exige que esa información cumpla determinados y precisos contenidos. Por lo tanto, la sola verificación del incumplimiento hace responsable a la obligada, con prescindencia de cualquier circunstancia vinculada con la intencionalidad del sujeto" (Gozaíni, Osvaldo Alfredo, "Protección procesal del usuario y consumidor", Ed. Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2005, pág. 403; ídem C. Apelaciones C. Rivadavia, Sala A, Sentencia Interlocutoria 228/2015, Sumario Nro.: 40843, Eureka!), lo que el recurrente no ha logrado fundar ni —mucho menos— acreditar en contrario.---------- Por su parte, en relación con la arbitrariedad en la determinación de la cuantía de la multa, tampoco asiste razón al recurrente. Reparase en este sentido que para aplicar aquella, en razón del tipo de incumplimiento formal imputado en examen (afectación al derecho a la información; conf. Lorenzetti, "Consumidores", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003, pp. 172-3; Farina, "Defensa del

consumidor", Ed. Astrea, Buenos Aires, 3ª ed., act., 2004, pp. 154-5) a la autoridad de aplicación le basta con mencionar, como lo hizo en concreto, tanto la infracción detectada (art. 4º, L.D.C. conf. arts. 1º y 5º, Res. 7/2002), como la valoración objetiva de los elementos normativos del citado art. 49 de la L.D.C. (esta Sala, S.I.C.A. N° 05/2015; y S.I.C.A. N° 16/2015); pues, para esta infracción, no se requiere de la existencia –ni de la prueba– del daño al usuario o consumidor (conf. WEINGARTEN, Celia y GHERSI Carlos, "Manual de los derechos de usuarios consumidores", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 74).---------- En cuanto al cuestionamiento dirigido al valor asignado a la multa, tampoco prospera el reclamo. Fundamentalmente porque el valor de la sanción no aparece excesivo teniendo en cuenta que la empresa infractora es una de las más importantes de la ciudad en el rubro, y —a la vez— que la conducta sancionada responde a un servicio de telefonía de consumo habitual en la población, lo cual permite presumir el mayor perjuicio para el interés económico de los consumidores en caso de no sancionarse adecuadamente (doc. art. 49, L.D.C.; conf. art. 6º, inc. "f", párr. final, Ley VII nº 22; esta Sala, S.I.C.A. N° 05/2016; Sala B de esta Cámara, S.I.C.A. Nº 6/2015).---------- --- Además, y esto no es menor, lo anterior se dan en el marco de la reincidencia de la empresa infractora (según lo señaló la O.D.C. en los expedientes anteriores a los que se remitió). De modo que, ante la evidencia del insuficiente incentivo que implicó las sanciones precedente para lograr el acatamiento de la manda legal (conf. Ayala Espino, “Instituciones y economía”, Ed. FCE, México, 1999, p. 336 y sig.), esas sanciones aplicadas anteriormente se incrementaron proporcional y razonablemente –según se

advierte– en la presente.----------

-- Por lo tanto, asumiendo que —conforme lo dicho— el control de la legitimidad del acto administrativo remite a verificar la debida aplicación de las normas, de manera que los hechos se revelen adecuadamente aclarados y lo decidido se ajuste razonablemente al texto legal (esta Sala, S.I.C.A. N° 09/2014; S.I.C.A. N° 10/2014, entre otras), puede sostenerse que en el caso concreto no se advierte que la Disposición de fs. 40/42vta sea consecuencia de un desvío de las posibilidades reglamentarias aplicables en cuanto a la sanción de la infracción, su fundamento y

cuantía.----------

-

--- Finalmente, en lo atinente a la inconstitucionalidad del art. 40 bis de la LDC introducida por el recurrente en su último agravio, cabe señalar —en primer lugar— que la autoridad imputó a la empresa por daño directo en el acta de fs. 37/vta., lo que no mereció el reparo por parte de la empresa. En este sentido, juega aquí —*mutatis mutandi*— lo dicho respecto que el recurrente se encuentra impedido de ingresar en la Alzada aquellas defensas que omitió presentar en el momento procesal oportuno, en tanto quien ha sido renuente a cumplir con aquella carga procesal no puede encontrarse en mejor situación procesal que el litigante que se aviene a discutir, amplia y cabalmente, los hechos y el

derecho, razón por la cual aquella incontestación impide efectuar posteriormente —y menos en el escrito de expresión de agravios— planteamientos tardíos (doc. art. 280 C.P.C.C.; conf. esta Sala, S.D.C. 10/2011; C.Apel. Puerto Madryn, S.D.C. N° 12/2016; “Barello Ernesto Oscar c/ San Juan Daniel A. s/ Cumplimiento de contrato" - CC0100 - SN 4427 RSD-219-2 S - 30-5-2002; Base elDial.com - W16090), so riesgo de contradecir los principios de congruencia, preclusión, igualdad y defensa en juicio (conf. S.T.J.Ch.; S.D. 05/S.R.E./08).---------- --- En esta línea, en virtud del principio de congruencia procesal, el Tribunal está obligado a establecer una correlación total entre los dos elementos definidores del esquema contencioso: la pretensión de las partes y la decisión del magistrado, comprendiendo tanto la resolución de todas las pretensiones deducidas (y nada más que éstas) y aquellas introducidas por el demandado (y nada más que éstas) (conf. esta Sala, S.D.C. N° 008/2015; Grande, Orlando Juan vs. Comuna de Elisa s. Recurso de inconstitucionalidad - 29/08/2002 - Corte Suprema de Justicia de Santa Fe - RC J 411/04), debiéndose agregar que éstas serán tratadas en la medida que hayan sido introducidas en el momento procesal oportuno. Máxime cuando la tardía defensa consiste en la extraordinaria y restrictiva petición de inconstitucionalidad de una norma, ultima *ratio* del orden jurídico (conf. CSJN, Fallos 269:225; 288:325; 290:83; 292:190; 301:962; 306:136. STJCh, SD N° 6/SCA/07 y SD Nº 8/SCA/10, entre otros).---------- --- No obstante ello, cabe recordar que esta Sala ha señalado con anterioridad —al menos desde la S.D.C.A. N° 03/2010 y hasta la fecha— que el daño directo que incorpora el art. 40 bis de la Ley 24.240 (añadido por el art. 16 de la Ley 26.361) incluye aquel de apreciación pecuniaria ocasionado al consumidor o usuario sobre sus bienes o persona, excluyéndose de dicha fórmula el daño moral; aquel que experimenta de rebote otra persona distinta del consumidor; el producido por el menoscabo a una persona, en su integridad física, estética, psíquica (gastos de asistencia médica, incapacidad sobreviniente que importa pérdida de utilidades, etcétera), que constituyen daños indirectos; y aquellos que son consecuencias mediatas (conexión entre el hecho originario y un acontecimiento distinto no ligado invariablemente a aquél, como por ejemplo, las ganancias ocasionales pérdidas (cfr. BUERES, Alberto - PICASSO, Sebastián, “La responsabilidad por daños y la protección del consumidor”, en “Revista de Derecho Privado y Comunitario”, t. 2009-1, p. 61; LAFUENTE, Jesús A., “El "daño directo" en la Ley de Defensa del Consumidor”, LA LEY 2008-E, 810; PICASSO, Sebastián, “Ley de Defensa del Consumidor ~ Defensa del Consumidor ~ Consumidor ~ Daños y Perjuicios ~ Daño Directo”, en “Derecho Comercial Doctrinas Esenciales”, Edit. La Ley, Buenos Aires, 2009, Tomo V, pp. 823 y ss; LAFUENTE, Jesús A., “El "daño directo" en la Ley de Defensa del Consumidor”, LA LEY 2008-E, 810; BUERES, Alberto - PICASSO, Sebastián, “La responsabilidad por daños y la protección del consumidor”, en “Revista de Derecho Privado y Comunitario”, t. 2009-1, pp. 61 y ss). En este sentido,

se incluye dentro del mencionado daño directo, en el sentido legal, al valor del producto o su reparación. Y en este orden, también se dijo que la Oficina de Defensa del Consumidor de la ciudad de Trelew tiene competencia según la Ley VII N° 61 para juzgar las infracciones de las disposiciones de la Ley Nacional Nº 24.240 y su modificatoria Ley Nacional N° 26.361, entre las que se encuentra la restitución de lo abonado en demasía (conf. doc. art. 10 bis Ley 24.240; ésta Sala, S.D.C. N° 04/2016 y S.I.C.A. N° 14/2017; FARINA, Juan M., “Defensa del consumidor y el usuario”, Astrea,
2004, pág. 231).----------

--- IV.- Por las razones analizadas precedentemente entonces, corresponderá rechazar el recurso de fs. 56/61, deducido contra la Disposición N° 71/2016 de fs. 63/65vta., imponiéndose las costas al recurrente perdidoso (art. 70, C.P.C.C.). En mérito de la extensión e importancia de las labores desarrolladas, el resultado obtenido, así como el carácter con que actuó, corresponde regular los honorarios del Dr. O. D. V. (apoderado de T. M. A. S.A.) en la suma de doce (12) JUS,
incluyendo el plus procuratorio (arts. 5º, 6º, 6 bis, 7º, 8º, 13 y 32, Ley XIII nº 4).----------

--- Por ello, la Sala "A" de la Cámara de Apelaciones con asiento en la ciudad de Trelew; **RESUELVE:**----------

--- CONFIRMAR la Disposición nº 371/2016 de fs. 40/42vta.----------

-- IMPONER las costas al recurrente perdidoso.----------

--- REGULAR los honorarios del Dr. O. D. V. en la suma de 12 JUS,
incluyendo el plus procuratorio.----------

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

RAUL ADRIAN VERGARA
JUEZ DE CAMARA

CARLOS A. VELÁZQUEZ
PRESIDENTE

SERGIO RUBEN LUCERO
JUEZ DE CAMARA

--- REGISTRADA BAJO EL N° _____ DE 2017 – SICA. - CONSTE.----------

GUILLERMO N. WALTER
SECRETARIO DE REFUERZO
CÁMARA DE APELACIONES