-----Trelew, de octubre de 2017.----------

---**Y VISTOS:** Estos autos caratulados: “A., H. G. c/ T. M. A. S.A. s/ Denuncia Ley Defensa al Consumidor” (Expte. Nro. 628 - Año 2016 CAT), venidos de la Oficina de Defensa del Consumidor – Municipalidad de Trelew (Expte. Nro. 2469 Año 2014), a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto y fundado por la denunciada a fs. 47/53, contra la Disposición Nro. 013/16 de fs. 34/36, concedido a fs. 54.----------

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

----------I) A fs. 34/36, el Señor Director de la Oficina de Defensa del Consumidor, Municipalidad de Trelew, dispone aplicar a T. M. A. S.A.una multa de $ 50.000 (pesos cincuenta mil) por infracción a los arts. 4 y 10 bis de la ley 24.240, con más la sanción accesoria de publicar en el diario C. de la Ciudad de Trelew, una breve reseña del caso y la parte resolutiva por el término de 1 día. Asimismo, ordena que la firma denunciada le abone al reclamante la suma que resulte de los importes cobrados por el servicio de 3g no prestado eficientemente desde enero de 2014 a octubre del mismo año, con más el 25 % por ciento, conforme lo dispone el art. 31 de la ley 24.240, más los intereses a la tasa activa del Banco del Chubut S.A. conforme el SICAL. --------

----------Para así decidir tiene en cuenta que a fs. 16se presenta el reclamante y manifiesta que rechaza la propuesta conciliatoria por cuanto la falla no se encuentra en el equipo sino que lo es el servicio que presta la empresa denunciada.----------Refiere que el acta de imputación que luce a fs. 22 contra la denunciada se labra basándose en la aplicación del art. 4 de la ley 24.240, esto es el deber de información, el art. 10 en cuanto al incumplimiento de la obligación y el art. 40 bis de daño directo. Relata que la empresa denunciada debía realizar y pronunciarse respecto al cuestionamiento planteado, ya que el cliente contrata un servicio que no opera en las formas y condiciones preestablecidas. Agrega que no presenta en ningún estado del proceso, documental para la dilucidación de los hechos invocados, no acompaña elementos probatorios para desvirtuar los dichos del denunciante, ni los invoca en su descargo.----------

----------Da cuenta que la impugnación del acta de infracción labrada conforme expresa disposición del art. 6to. de la ley VII Nro. 22, tanto las constancias de imputación como las comprobaciones que la acompañan, constituyen prueba suficiente de los hechos comprobados, salvo en los casos en que resulte desvirtuada por prueba en contrario. Agrega que es la denunciada quien debe aportar las pruebas hábiles que considere para desvirtuar aquéllas.----------

----------Memora que por ante la Oficina obran otros antecedentes donde se condena a la denunciada y considera que es además una de las dos principales telefonías

celulares de la ciudad de Trelew lo que toma en cuenta en los términos del art. 49 de la L.D.C. en la aplicación y graduación de las sanciones previstas en el art. 47 de la citada ley, como también el perjuicio resultante de la infracción para el consumidor o usuario, la posición en el mercado, la cuantía del beneficio obtenido, el grado de intencionalidad, la gravedad de los riesgos y de los prejuicios sociales derivados de la infracción y su generalización, la reincidencia y las demás circunstancias relevantes del hecho.----------

II) A fs. 47/53 luce agregada la expresión de agravios de la empresa denunciada. Se agravia de la Disposición 013/16 por cuanto la misma carece de motivación y fundamentación mínima que requiere un acto administrativo, citando copiosa jurisprudencia y citas doctrinarias al respecto. -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. ----------

------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 24.240, que únicamente transcribe. Que sólo se limitó a citar “los puntos obtenidos en el art. 49 de la ley 24.240”, más no hizo valoración de las circunstancias del caso. 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.----------

------Finalmente solicita la declaración de inconstitucionalidad del art. 40 bis de la L.D.C., 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 L.D.C. 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 Constitución Nacional, 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 L.D.C. es el que se configuró de manera inmediata en los bienes o persona del reclamante. Alega que resulta útil las premisas que fija el Código Civil que 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. ----------
----------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.----
----------Sostiene que la norma bajo análisis establece una clara injerencia en el ámbito decisorio propio el Poder Judicial, pues resulta competencia exclusiva de los jueces, la determinación de le existencia de un daño y la obligación de establecer una
indemnización.----------
-----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 según providencia de fs. 72/vta., a fs. 75/vta.se rectifica la razón social de la denunciada procediendo a la modificación de la
Disposición Nro. 013/16 de fs. 34/36.----------
---III) Sentado ello, a fs. 2 el denunciante manifiesta que su reclamo está motivado en la deficiente prestación del servicio de internet 3G suministrado por la compañía denunciada y que la misma no atendió los reiterados reclamos formulados desde el mes de enero de 2014.----------A fs. 8 luce el acta de la audiencia de conciliación donde no comparece la denunciada T. M. A. S.A. y se deja constancia que el apoderado legal de la firma Dr. M. A. se comunica con la Oficina de Defensa del Consumidor y manifiesta que ante la imposibilidad de

comparecer y de contar con una repuesta al día de la fecha pide disculpas del caso y solicita un plazo de diez días para el efectivo cumplimiento de brindar informe y/o propuesta respecto de la denuncia efectuada. Por su parte el denunciante ratifica la denuncia efectuada a fs. 1/2 agregando que le ha sido imposible poder comunicarse con la línea 0810 y con referencia a su reclamo señala que al día de la fecha persiste su inconveniente de conexión a internet y solicita la urgente reposición y/o reparación del servicio. ----------Tal extremo fue luego ratificado al formular su rechazo a la propuesta conciliatoria propuesta por la empresa Movistar por cuanto sostiene que el equipo no es el que falla en la conexión a internet sino que casi todo Trelew no tiene conexión 3 G. Agrega que la empresa está haciendo publicidad engañosa, vende equipos con ciertas características y cobra por servicios que no pueden ser utilizados. Señala que ello puede ser corroborado por distintos técnicos que hagan un análisis pormenorizado en distintos puntos de la ciudad. Asimismo adjunta copia de la revisión efectuada por T. servicio técnico oficial de Samsung en Trelew (ver fs. 16).----------Lo hasta aquí expuesto permite concluir sin margen de duda, que la pretensión del reclamante es la reparación del servicio de internet, aparentemente, defectuoso ofrecido por la proveedora denunciada. ----------Desde tal perspectiva la autoridad de aplicación debía dirigir toda su actividad tendiente a determinar si, efectivamente, el servicio de internet ofrecido por la empresa proveedora denunciada se ajustaba a los términos establecidos en el art. 19 de la Ley de Defensa del Consumidor.----------No obstante la claridad de los hechos denunciados la autoridad de aplicación le imputa a T. M. A. S.A. presunta infracción del art. 4, 10 bis y 40 bis de la citada normativa.----------Antes de entrar a considerar los aspectos sustantivos del acto de imputación realizado por la autoridad de aplicación, resulta ineludible aclarar algunos conceptos jurídicos para llevar adelante una tarea jurisdiccional acertada. ----------En efecto, el art. 10 bis de la ley establece que frente a un incumplimiento contractual del proveedor le permite al usuario afectado elegir libremente, entre varias opciones disponibles.----------La norma bajo análisis no describe conductas que deban cumplirse o evitarse, consecuentemente la autoridad de aplicación no puede imputar “infracción” al art. 10 bis, por cuanto como viene de decirse dicha norma determina opciones que se pueden adoptar frente a un incumplimiento contractual.----------Lo propio ocurre con relación al art. 40 bis de la ley consumeril, esta norma jurídica incluye el llamado “daño directo”, pero ello en modo alguno es una regla que se impute como una

infracción en los términos que lo hace la autoridad administrativa ya que ella resulta operativa luego de acreditada la contravención de una o varias normas de la ley 24.240.----------IV) Aclarado ello, importa señalar que el acto de imputación es la llave que abre las puertas del derecho constitucional de defensa. La imputación tiene como consecuencia que el proveedor inspeccionado o denunciado pase a ser considerado un presunto infractor a las disposiciones de defensa del consumidor pero también que va a poder ejercitar su derecho de defensa respecto de los hechos que se le atribuyen, si así lo estima conveniente o necesario. (Bersten, Horacio Luis, "Derecho Procesal del Consumidor", Buenos Aires, La Ley, 2003, pág. 74). ----------Conforme surge de fs. 22 se le imputa a la empresa denunciada la infracción al deber de información contenido en el art. 4 de la ley de Defensa del Consumidor. Tal imputación en modo alguno surge de los hechos que el consumidor ha denunciado ante el organismo de defensa del consumidor (ver fs. 1/2vta. y 17). En consecuencia le asiste la razón a la recurrente en su descargo de fs. 33 al poner de manifiesto que el denunciante en pasaje alguno de su denuncia hace referencia al deber de información o por información deficiente. En suma el objeto de este proceso no era determinar si la denunciada había cumplido con su deber de informar, sino determinar si el servicio prestado por la empresa era correcto o defectuoso. ----------La denunciada a través de su letrado apoderado a fs. 12 se presenta y ofrece al Sr. A., a los efectos conciliatorios, que concurriera a la oficina comercial de Trelew sito en la calle Belgrano a los fines de verificar el equipo, ofreciendo además la bonificación del 50 % del abono por tres meses. ----------

-----El denunciante pese a haber sido debidamente notificado (ver cédula de fs. 15) no compareció a la oficina comercial de la denunciada como ésta lo solicitara a los fines de evaluar su teléfono, sino que se presentó y acompañó el informe que luce a fs. 16 del que se desprende que "El teléfono de referencia fue operado por este servicio técnico. Se hizo actualización del sistema operativo en versión libre para que pueda tener conexión 3g ya que con el sistema operativo original del teléfono no funcionaba. Cabe aclarar que este servicio técnico es oficial de Samsung Electronics. Se emite informe para ser presentado donde corresponda. El teléfono se volvió a testear y se encuentra en perfecto estado de funcionamiento (28/05). Teléfono ingresado el día 15/04/2014 y retirado al día siguiente". ----------

----Dicho informe técnico si bien acredita el correcto funcionamiento del aparato o terminal no es suficiente para tener por acreditado o determinar que T. M. A. S.A. presta el servicio de internet en forma defectuosa.----------Las comprobaciones

técnicas son consideradas en un pie de igualdad con las actas, conforme el art. 45 de la Ley de Defensa del Consumidor y las demás normas de procedimiento. Empero debe tenerse en cuenta que cuando se tratan de operaciones que a veces requieren de estudios técnicos que pueden ser falibles, estos deberán quedar sujetos a contrapruebas diversas, obviamente de reconocida seriedad que en este marco y a fin de aventar toda duda que pudiera generarse al respecto. En virtud de ello debió el denunciante haber concurrido a las oficinas comerciales de la denunciada a los fines de posibilitar que el teléfono fuera revisado por el servicio técnico de la empresa.----------

----------La descripción de esa situación resulta de suma utilidad para destacar —a criterio de esta instancia revisora- que ese proceder no contribuyó, por un lado, a que se pudiera esclarecer y determinar si el servicio de internet era o no prestado en forma deficitaria; y, por el otro, a garantizar el adecuado ejercicio del derecho de defensa de la denunciada, máxime teniendo en cuenta que la denuncia inicial no era por si sola suficiente para acreditar el incumplimiento o deficiencia del servicio imputado y para evaluar los alcances del predicado incumplimiento, necesariamente debían producirse comprobaciones técnicas en el terminal en la que supuestamente el servicio de internet resultaba deficitario, dado lo dispuesto por art. 45 de la Ley de Defensa del Consumidor y pese a que la prestataria del servicio se ofreció a realizar su propia verificación técnica, éste no se avino a presentarse en las oficinas de la empresa para que evaluaran a través del servicio técnico especializado el teléfono en cuestión. ----------

----------En síntesis, conforme el texto de la denuncia, es indudable que el presente debate debió haber quedado circunscripto a determinar con carácter exclusivo si la denunciada cumplió o incumplió con las obligaciones asumidas en el contrato de telefonía, esto es la prestación del servicio de internet en forma adecuada, quedando excluida la falta de información pues se trataba de una pretensión ajena a la denuncia efectuada por el usuario y que, como tal, excedía el marco de conocimiento.----------Es que si bien se le impone al proveedor del servicio un deber agravado de aportar al proceso todos los elementos de prueba que se encuentren en su poder, no lo es menos que el denunciante debe contribuir con ello pues se comparte con la doctrina especializada que, en rigor, la ley consumeril no exime al consumidor de la carga probatoria que le cabe como promotor de una causa, porque ella no se desplaza hacia su adversario, sino que, en todo caso y como ocurre en general en materia de presunciones judiciales, la carga del consumidor radica justamente en tener que acreditar los presupuestos fácticos que hagan actuar la presunción allí contenida (conf. Picasso — Vázquez Ferreyra, “Ley de defensa del consumidor.

Comentada y anotada", La Ley, Buenos Aires, 2009, pág. 670). ----------
----------En otros términos, lo contemplado en dicha preceptiva no es más que una aplicación expresa a las relaciones de consumo del deber de conducta de las partes en el proceso, el cual, proviene de los principios generales que rigen en materia probatoria (vgr. deber de colaboración, probidad y buena fe); y se constituye, además, en un método paliativo de las reglas de distribución del onus probandi. ----------Desde esta perspectiva, entonces, cabe remarcar que la mencionada norma no solo releva al consumidor de tener que acreditar los extremos que fundan su pretensión (arg. art. 377, Código Procesal), ya sea que se denuncie el incumplimiento de prestaciones acordadas voluntariamente o de infracciones legales, sino esencialmente no lo exime de actuar bajo los deberes de colaboración, probidad y buena fe a los efectos de producir la constatación de los hechos en que funda su denuncia.----------

----Si bien en estos casos los elementos probatorios principales están en poder de la denunciada, quien es el que se encuentra en mejores condiciones técnicas para resguardarlos y obtenerlos, no lo es menos que si no hay colaboración por parte del denunciante a los fines de la peritación del teléfono no puede imputarse ello como un indicio en su contra y presumir los hechos alegados por el consumidor ya que este último no ha colaborado para que se disipen las dudas respecto de la denuncia efectuada. ----------

----En tales condiciones, y a falta de otros elementos probatorios provistos de mayor eficacia para provocar la convicción acerca de la verdad de los hechos denunciados y controvertidos, no cabe sino hacer lugar al recurso de apelación deducido por la denunciada y revocar en todas sus partes la Disposición Nro. 013/2016 obrante a fs. 34/36.----------

----Tal conclusión nos exime de analizar las restantes cuestiones planteadas ya que cualquiera fuera su resultado en nada modificaría la suerte del pleito ante la falta de acreditación de la denuncia efectuada.----------

----V) En punto a las costas si bien se revoca la Disposición en crisis, al no haber contraparte corresponde que se le impongan a la apelante (conf. art. 7 in fine de la ley VII Nro. 22 y 69 del C.P.C.C.).----------

En virtud de ello, se regulan los honorarios del Dr. O. D. V., por su labor en esta sede, en la suma equivalente a 8 Jus (conf. arts. 5, 6, 6 bis, 7 cuarto párrafo, 13 y conc. de la ley XIII Nro. 4) ello con más el IVA pertinente, si correspondiere, 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) REVOCAR en todas sus partes la Disposición Nro. 013/2016 de la Oficina de Defensa del Consumidor de la Municipalidad de Trelew.----------II) IMPONER las costas a la apelante vencida (conf. art. 7 in fine de la ley VII Nro. 22 y 69 del C.P.C.C.). ----------
----------III) REGULAR honorarios al Dr. Dr. O. D. V., por su labor en esta sede, en la suma equivalente a 8 Jus (conf. arts. 5, 6, 6 bis, 7 cuarto párrafo, 13 y conc. de la ley XIII Nro. 4) ello con más el IVA pertinente, si correspondiere, siempre que no se encuentre comprendido en el supuesto previsto por el art. 2 de la ley de arancel.----------IV) REGÍSTRESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE. ----------

ALDO LUIS DE CUNTO
JUEZ DE CÁMARA

RAÚL ADRIÁN VERGARA
PRESIDENTE

SERGIO RUBÉN LUCERO
JUEZ DE CÁMARA

-----REGISTRADA BAJO EL NRO. _____ DEL AÑO 2017 – SICA – CONSTE.----------
-

UBALDO RENÉ AGUILERA
SECRETARIO DECÁMARA