-----Trelew, de noviembre de 2017.----------

-----**Y VISTOS:** Estos autos caratulados: "Ñ., F. M. c/ A. A. S.A. s/ Denuncia Ley Defensa al Consumidor" (Expte. Nro. 340 - Año 2017 CAT), venidos de la Oficina de Defensa del Consumidor – Municipalidad de Trelew (Expte. Nro. 7150- Año 2013), a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto y fundado por la denunciada a fs. 51/56, contra la Disposición Nro. 033/17 de fs. 45/47vta., concedido a fs. 63.----------

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

----------I) A fs. 45/47vta., el Señor Director de la Oficina de de Defensa del Consumidor – Municipalidad de Trelew, dispone aplicar a A. A. S.A. una multa de $ 15.000 (pesos quince mil) por infracción a los arts. 4 y 40 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 de $ 500 (pesos quinientos) del valor declarado con más la de $ 216,12 (pesos doscientos dieciséis con doce centavos) abonado por flete, con más los intereses conforme el SICAL.----------

----Para así decidir tiene en cuenta que el acta de imputación que luce a fs. 29/vta.contra la denunciada se labra basándose en la aplicación del art. 4 de la ley 24.240, esto es el deber de información ya que habiendo sido despachada la encomienda el día 28/11/13 la misma nunca llegó a destino en el tiempo pactado. Agrega que la empresa le informó al suegro del consumidor quien era el encargado de retirar el mismo que no sabían dónde estaba. Expresa que luego de una larga espera de varias horas en el lugar volvió a preguntar y siguieron sin darle una repuesta a la situación. Señala que de ello resulta claramente visible que la empresa no logró brindarle al consumidor una solución en forma clara y concreta al problema. Da cuenta en cuanto al incumplimiento de la obligación del art. 10 bis de la ley consumeril ya que el servicio contratado de encomiendas no fue prestado en forma satisfactoria por la denunciada. Hace referencia al art. 1286 del C.C. y C. en cuanto a la responsabilidad del transportista y refiere que el incumplimiento se vio reflejado porque el transportista se excusa de actuar manifestando que la causa fue ajena a su proceder pero de las circunstancias de la causa se extrae su responsabilidad. ----------

-----En punto a la impugnación del acta de infracción labrada señala con cita de jurisprudencia de la Cámara de Apelaciones local que sostiene que 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 conforme surge de las constancias de autos el envío de la encomienda con mercaderías fue desde la terminal de Trelew hacia Liniers, pero que la misma pasó directo a Retiro y que luego de varios días de no encontrarla y de mandar al consumidor de una terminal a otra, al recibir la mercadería ya no se encontraba en las condiciones debidas. Agrega que por ante la Oficina obran otros antecedentes donde se condena a la denunciada y considera que es además una de las dos principales empresas que trabajan con encomiendas en la zona 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. 51/56 luce agregada la expresión de agravios de la empresa denunciada. Se agravia en primer lugar por cuanto a través de la Disposición Nro. 23/14 se desconoció la prerrogativa de la Sra. M. H. G., apoderada de la empresa, para presentar defensas en las presentes actuaciones. Agrega al respecto que conforme el Código Civil y Comercial de la Nación la apoderada tiene facultades para representar a la denunciada del caso de marras, realizar actos y presentar defensas ante organismos de la Administración Pública conforme el poder acompañado. Agrega que cualquier persona tiene facultades para actuar ante los organismos centralizados y descentralizados de la Administración Pública sin necesitar para ello título, ni matricula ni profesión de abogado y que en el caso de actuar por medio de representante deberá acreditar la facultad conferida. Efectúa una distinción entre la calidad de apoderado y la de abogado y señala que si bien ley XIII Nro. 11 exige la matriculación en la jurisdicción provincial la Sra. M. H. G. actuó en calidad de apoderada. Solicita que no habiéndose incumplido con disposición legal alguna solicita se tenga por presentado el descargo en legal tiempo y forma, se proceda al análisis y al archivo de las actuaciones. Se agravia porque la resolución emana de un órgano que es incompetente ya que en materia de protección de los derechos de los usuarios en cuestiones vinculadas al despacho y transporte de encomiendas ha sido conferida al Ente Nacional de Comunicaciones (ENACOM). Agrega que al ser la resolución recurrida emanada de un órgano incompetente la misma debe ser encuadrada dentro de la categoría de actos nulos por encontrarse gravemente viciada. Da cuenta que la

Disposición Nro. 033/17 transgrede normas nacionales y provinciales al imponer una sanción pecuniaria en abierta contradicción de normas que regulan el contrato de transportes de encomiendas, como la ley 20.216 de la que surge el régimen de responsabilidad. Indica que debe tenerse en consideración que en el caso particular contaba de dos bultos, tal como surge de la guía acompañada, y que el valor declarado voluntariamente por el denunciante fue de $ 500 (pesos quinientos) como también los daños del remitente y destinatario. Refiere que la encomienda fue recibida por B. F. M. en disconformidad, que el denunciante manifiesta que ha enviado dos corderos, dos CDs de fotos y una conservadora que habría arribado rota a destino. Agrega además que al haber sido entregada la encomienda al destinatario la única persona legitimada para reclamar sería éste. Agrega que la responsabilidad ha sido incorrectamente atribuida ya que la demora ocasionada se debió a que el destinatario cometió el error de intentar retirarla en Retiro y no en Liniers. Indica que el remitente debió informar a la empresa el tipo de mercadería que sería transportada a fin de tomar los recaudos técnicos necesarios para la correcta conservación. Explica que en la resolución se ha omitido toda consideración a los fundamentos oportunamente expuestos en el escrito de descargo y que ello ha colocado a su mandante en una evidente situación de desprotección y desventaja que torna ilusoria a la garantía constitucional. Agrega que la resolución recurrida es nula en atención a que no se ha tenido en cuenta por la repartición de los fundamentos vertidos en el pertinente descargo, lo que implica una violación al art. 18 de la Constitución Nacional. Cita jurisprudencia en aval de su postura. Cuestiona además la razonabilidad del acto administrativo una de cuyas manifestaciones es la falta de proporcionalidad entre el hecho que genera el acto administrativo y la decisión que contiene. Cita doctrina, plantea el caso federal, ofrece prueba y formula el petitorio de rigor. ----------

----------III) Por razones de método, esta Alzada se expedirá respecto de los agravios del apelante, según el siguiente orden: 1) Agravios respecto de la Disposición 23/14 por la que se tuvo por no presentada el descargo efectuado por la Sra. M. H. G. y su consecuente violación del derecho de defensa; 2) Incompetencia del órgano para dictar la Disposición apelada y, 2) Irrazonabilidad de la sanción aplicada.-

-----1. Agravios respecto de la Disposición 23/14 por la que se tuvo por no presentada el descargo efectuado por M. H. G. y su consecuente violación del

derecho de defensa:----------

-----Tal agravio planteado será desestimado puesto que teniendo en consideración las constancias de autos la Disposición 23/14 (ver fs. 25/vta.) que ahora cuestiona fue

dictada por el Director de la Oficina de Defensa del Consumidor de la Municipalidad de Trelew el 7 de mayo de 2014 y notificada la denunciada conforme surge de fs. 27/28 el 14/05/14. A ese respecto, pese a encontrarse debidamente notificada en el domicilio denunciado a fs. 19, no dedujo respecto de tal disposición cuestionamiento alguno. Por tal razón no corresponde que sea considerada ahora por resultar extemporánea su presentación habida cuenta que desde que fue notificada hasta la presentación de la apelación en tratamiento transcurrieron más de tres años, por lo que operó en tal sentido perención.----------Es decir, la denunciada tuvo tiempo más que suficiente para ejercer su derecho de defensa y por propia elección no lo hizo, por lo que no puede achacársele ahora a la autoridad administrativa que ha violado su derecho de defensa cuando la empresa denunciada fue notificada fehacientemente de la Disposición que dispuso tener por inexistente el acto de descargo formulado y nada hizo oportunamente al respecto. --------Nótese que tampoco dedujo ningún tipo de remedio procesal en sede administrativa contra la citada Disposición 23/14 todo lo cual impone que el agravio sea rechazado sin más. ----------2. Incompetencia del órgano:----------Señala la apelante que la Dirección de Defensa al Consumidor de la Municipalidad de Trelew es un órgano incompetente para entender en la denuncia formulada en su contra, y consecuentemente, se halla inhabilitado para imponerle sanción alguna. Dice que surge claramente del artículo 75 inciso 13 de la Constitución Nacional, la ley 12.346 y la ley 27.078, que debe interpretarse que la competencia inherente a la “policía de defensa del usuario del transporte” es exclusiva y excluyente del Ente Nacional de Comunicaciones (ENACOM).----------Importa señalar que la competencia se define como el complejo de funciones atribuido a un órgano administrativo, o como la medida de la potestad atribuida a cada órgano o, dicho de otro modo, el conjunto de facultades, poderes y atribuciones que corresponden a un determinado órgano en relación con los demás (Marienhoff, Miguel S., “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo I, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1995, pág. 590). Constituye el principio que predetermina, articula y delimita la función administrativa que desarrollan los órganos y las entidades estatales (Cassagne, Juan Carlos, “Derecho Administrativo”, Tomo I, Ed. Abeledo Perrot, 5ª Edición, Bs. As. 1996, pág. 234 y sus citas; Gordillo, Agustín A., “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo I, 2ª. Edición, Ed. Macchi, Bs.As., 1994, IX-8). ----------Por

su lado, el art. 41 de la LDC determina la autoridad nacional de aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor y establece que las provincias y la Ciudad de Buenos Aires actuarán como autoridades de aplicación local respecto de los hechos sometidos a su jurisdicción, facultándolos a delegar funciones en organismos de su dependencia y municipios. ----------

--En principio, articulada una cuestión de competencia entre la autoridad nacional y la autoridad local respecto de un hecho acontecido en el territorio de una provincia o de la ciudad de Buenos Aires debe resolverse a favor de la competencia local por sobre la nacional, puesto que esta última es de excepción y la local es la regla. Ello atendiendo al art. 121 de la Const. Nac. en cuanto establece que las provincias conservan todo el poder no delegado al Gobierno Federal y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación (Bersten, Horacio Luis, "Derecho procesal del Consumidor", Ed. La Ley, 2004, pág. 23), lo que halla su correlato en nuestra Constitución Provincial que expresamente establece en su art. 1ro. que la Provincia dC. "...tiene el libre ejercicio de todos los poderes y derechos que no hayan sido delegados al Gobierno Nacional".----------A ello se añade que los llamados asuntos interjurisdiccionales comprenden las actividades que se desarrollan en el ámbito de más de una provincia y en las que las presuntas infracciones que se puedan cometer afectan a consumidores o usuarios ubicados en más de una jurisdicción, habilitando en tal circunstancia la intervención de la autoridad nacional cuando por idéntica infracción resultan afectados usuarios o consumidores de distintas provincias. Ese no es el caso pues el denunciante reclama por la entrega de una encomienda en forma tardía y con el contenido en mal estado, es decir, una infracción individual derivada del contrato de transporte que celebrara regido por normas del derecho comercial. ----------Si alguna duda se avizora en la cuestión se estará a la aplicación del principio "in dubio pro consumidor" contenido en el art. 3 de la LDC y por ende será competente la autoridad de aplicación ante quien se formuló la denuncia. ----------En consecuencia, de lo expuesto resulta inaplicable la ley 12.346, a la que hace referencia la apelante y que dispuso la creación de la Comisión Nacional de Coordinación de Transportes cuya misión es otorgar los permisos de explotación del servicio de transporte automotor por caminos, especificar a quiénes comprende, establecer cuáles son las necesidades a satisfacer y las conveniencias públicas de transporte, uniformar el valor de las tarifas y reglamentarlas condiciones en las que debe realizarse el transporte. ----------

----------Tampoco resulta aplicable en la especie la

ley 27.078 que hace mención la apelante en tanto la misma está enfocada a las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, las Telecomunicaciones, y sus recursos asociados, norma que además nada tiene que ver con el servicio de encomiendas.----------En punto a que las cuestiones que se susciten en materia de protección de derechos vinculados al despacho y transportes de encomiendas han sido conferidas al Ente de Regulación de Comunicaciones (ENACOM) importa señalar que el citado organismo es un ente autárquico y descentralizado que funciona en el ámbito del Ministerio de Modernización de la Nación que tiene como objetivo conducir el proceso de convergencia tecnológica para crear condiciones estables de mercado garantizando el acceso de todos los argentinos a los servicios de internet, telefonía fija y móvil, radio, postales y televisión, es decir el fin para el cual fue creado en diciembre de 2015 a través del Decreto 267/2015 es el de asegurar que todos los usuarios del país cuenten con servicios de calidad.----------Dentro de los lineamientos que se proyectaron en el mentado Decreto de creación del ENACOM fue dictado en el marco de las leyes 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual y 27.078 de Argentina Digital, así como sus disposiciones complementarias y reglamentarias, se encuentran el de universalizar la inclusión digital, para que los beneficios de las tecnologías de la información estén disponibles para todos los argentinos, potenciando las economías regionales, proteger a los usuarios de comunicaciones, reforzando las facultades de fiscalización y control, simplificando los trámites y generando las modificaciones regulatorias necesarias para lograrlo, aumentar la calidad de servicio en las comunicaciones, a través de la implementación de normativas técnicas y la incorporación de estándares de calidad de nivel internacional, impulsar la competencia para el desarrollo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, a partir de la publicación de estadísticas del mercado y la modificación de regulaciones, normas y gravámenes que ayuden a fomentar la competencia en el sector, promover las inversiones en infraestructura para el desarrollo digital, estableciendo condiciones regulatorias y económicas propicias tanto para el fortalecimiento de redes existentes como para nuevos despliegues, fomentar la transparencia y la integridad en la gestión, desarrollando una cultura organizacional basada en las buenas prácticas y en los códigos de ética y comportamiento, de lo que se desprende que dicho organismo autárquico y descentralizado tiene como lineamiento en forma directa la protección de los derechos de los usuarios y consumidores. ----------Si bien es cierto que el ENACOM tiene la facultad de resolver en instancia administrativa los

reclamos de los usuarios u otras partes interesadas, no lo es menos que su intervención no es exclusiva ni excluyente, toda vez que allende que es una norma de inferior jerarquía, el art. 42 de la LDC contempla la actuación concurrente de la autoridad de aplicación nacional y local, en el sentido de coordinación, de modo tal que tales facultades pueden ser ejercidas indistintamente por cualquiera de ellas, sin otorgar prevalencia a una respecto de la restante (Picasso - Vázquez Ferreyra, directores, "Ley de Defensa del Consumidor Comentada y Anotada", Ed. La Ley-2009, págs. 548 y 549).----------Y para concluir, ya ha señalado esta sala en un pronunciamiento anterior que en los casos en los que se presentan colisión de normas es importante tener en cuenta que no es la ley, sino la Constitución Nacional, la que es fuente principal del derecho consumerista, (Sala C.C. del TSJ Córdoba, in re "D'Andrea, María del Carmen c/ Cajade Seguros de Vida S.A. s/ ordinario-cumplimiento/resolución de contrato- Recurso deApelación- Recurso de Casación", publicado en "Revista de Responsabilidad Civil ySeguros", Ed. La Ley, Año XVI, Número 7, Julio 2014, págs. 223/224). Por eso se afirma que la autonomía del microsistema legal protectorio del consumidor, puede ser complementada por el derecho civil y comercial, pero sólo eso, porque a no dudarlo su génesis interpretativa recala en el sustrato constitucional -art. 42 C.N.- y principio lógico de la norma infraconstitucional (Ley 24.240), (Sala "B" S.I.C.A. Nro. 03/2015), conclusión a la que searriba por disposición expresa de la Constitución Nacional, no así por la vía de interpretación del art. 75, inc. 13 de ésta que propicia la apelante.----------Es decir, el límite de la supremacía otorgada a la ley de defensa del consumidor cede sólo ante la existencia de derechos subjetivos más favorables al consumidor reconocidos en otras normas integrantes del derecho civil o comercial.----------

-----En consecuencia, por lo hasta aquí expuesto corresponderá rechazar este agravio resultando competente para intervenir en el conflicto planteado la autoridad de aplicación local.----------

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

---Alega el apelante que la sanción pecuniaria impuesta en la resolución recurrida resulta desproporcionada y por lo tanto violatoria del principio de razonabilidad.----------

----En la decisión apelada, la autoridad de aplicación señaló como fundamento de la sanción el art. 49 de la L.D.C., la existencia de antecedentes con cita de la empresa A. A. S.A., como asimismo señaló que es una de las principales empresas que presta servicio de encomiendas en la ciudad de Trelew.----------

-----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, respecto de la gravedad de los riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización, se colige un eventual riesgo porque se presume una cantidad importante de usuarios que utilizan el servicio que presta esta empresa. Tocante a la gravedad de la infracción, cabe destacar que la encomienda fue despachada desde Trelew el día 28 de noviembre de 2013 fue entregada cuatro días después, esto es el 2 de diciembre de 2013, cuando en realidad había sido prometida su entrega al día siguiente esto es el 29 de noviembre de 2013, además fue entregada en malas condiciones y rota (ver constancia de fs. 4/5). A más de ello, la persona encargada de retirarla en destino tuvo que esperar, conforme se desprende de la denuncia efectuada, varias horas sin que los operadores de la terminal de retiro le supieran informar acerca de la encomienda.----------De ello se desprende que la actitud asumida por la A. A. S.A. ha sido de total desaprensión y en violación a los derechos del consumidor, puesto que no sólo no cumplió con la prestación del servicio pactado, esto es la entrega en tiempo y forma comprometidos, sino que además no dio información al destinatario de la ubicación de la encomienda y no se molestó por recabarla pese a la espera del destinatario.----------

----Sin lugar a dudas la conducta desarrollada por la empresa prestataria del servicio de encomiendas es descalificable, no sólo desde el punto de vista social,como disvaliosa por la manifiesta indiferencia hacia el prójimo, sino también por su desidia abusando de una posición de privilegio. ----------

-----Y si bien no se advierte que esté presente la pauta de “gravedad de riesgo o de perjuicios sociales”, sí hay un perjuicio para el consumidor el que depende de la mayor o menor difusión y requerimiento del producto o servicio en el mercado: cuanto mayor ésta sea, mayores serán las consecuencias y más grave habrá de ser la sanción (conf. Farina, Juan M., “Defensa del Consumidor y del Usuario”, Editorial Astrea, 3ra. Edición, Año 2004, pág. 514).----------

-----Se menciona finalmente que no se trata de un comportamiento aislado, haciéndose alusión a que la apelante fue objeto de anteriores sanciones (ver fs. 46vta. segundo párrafo), al respecto la apelante ninguna cuestión refirió al respecto en su crítica. Cabe tener presente que la reincidencia referida en el art. 49 “in fine” de la L.D.C., 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 S.I.C.A. Nro. 001/16).----------Importa señalar que para la graduación de la multa, la ley ha otorgado un amplio margen de discrecionalidad a la autoridad administrativa, limitándose a fijar parámetros tales como: “el perjuicio resultante para el consumidor”, “la posición del infractor en el mercado”, y “los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización”. En función de estas pautas, y teniendo en cuenta que en sub examine no se han traspasado los límites legales impuestos (art. 47, ley 24.240), no puede considerarse que el monto de la sanción incurra en los vicios que le imputa la recurrente. Así, este agravio también debe ser desestimado. ----------Por lo hasta aquí expuesto, corresponderá confirmar la Disposición Nro. 033/17 en todas sus partes en cuando fuera materia de agravios. ----------IV) Las costas se imponen a la denunciada recurrente en virtud del principio objetivo de la derrota (art. 69 y 70 del C.P.C.C.).----------En virtud de ello, se regulan los honorarios del Dr. R. J. M. C., 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 (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 y 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)- CONFIRMAR la Disposición Nro. 033/2017 obrante a fs. 45/47vta. de la Oficina de Defensa del Consumidor de la Municipalidad de Trelew en todas sus partes en cuanto fuera materia de agravios. ----------IV) IMPONER las costas a la apelante vencida (arts. 69 y 70 del C.P.C.C.). ----------V) REGULAR honorarios al Dr. R. J. M. C., 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, (conf. arts. 5, 6, 6 bis, 7 cuarto párrafo, 13 y conc. de la ley XIII Nro. 4) con más el IVA pertinente y, siempre que no se encuentre comprendido en el supuesto previsto por el art. 2 de la ley de arancel.----------VI) Tener presente la reserva del caso federal. REGÍSTRESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE. ----------

UILERA
ÁMARA

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