-----Trelew, de febrero de 2018.----------

-----**Y VISTOS:** Estos autos caratulados: "P., C. A. C/ M. T. M. A. S.A. s/ Denuncia Ley Defensa al Consumidor" (Expte. Nro. 605 - Año 2017 CAT), venidos de la Oficina de Defensa del Consumidor – Municipalidad de Trelew (Expte. Nro. 1356 Año 2017), a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto y fundado por la denunciada a fs. 56/60, contra la Disposición Nro. 085/17 de fs. 50/52, concedido a fs. 61. ----------

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

----------I) A fs. 50/52, el Señor Director de la Oficina de 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 El Chubut de la Ciudad de Trelew, una breve reseña del caso por el término de 1 día. Asimismo, ordena que la firma denunciada le abone a la reclamante *"…la suma que resulte de los importes cobrados extraordinariamente por la Empresa ($ 5.445,77) más la actualización del mismo, conforme lo dispone el art. 31 de la ley 24.240, con más sus intereses tasa activa del Banco del Chubut S.A. conforme el SICAL."* (Sic., fs. 51vta, in fine).----------

-----La resolución administrativa, según lo estima la recurrente, carece de adecuada fundamentación y motivación jurídica; así, sostiene en términos generales que, *Observará V.E. que la Disposición 85/17 que se apela, carece de causa y motivación toda vez que se impone una sanción por presuntas violaciones a las normas de los arts. 4°y 10 bis de la ley 24.240, sin tener en cuenta que en cada caso no se ha configurado "el hecho punible."* (fs. 56 vta., segundo párrafo). Continúa la queja con la exposición de cuatro agravios detallados que serán tratados según el orden propuesto por la quejosa. ----------

----En su primer agravio la queja argumenta, como crítica a la Disposición recurrida, que su parte no ha violado el art. 4° LDC, referido al deber de información que grava a los proveedores de bienes y servicios. Así, expresa: *"Se agravia mi mandante toda vez que se le imputa la violación al deber de información contenido en el art. 4° LDC, y no se observa en autos que T. M. haya omitido o retaceado información sobre el servicio prestado al cliente*" (fs. 56, último párrafo). A continuación la parte hace un pormenorizado detalle de las informaciones impartidas a su cliente como así también de sus contenidos (fs. 57 y vta.).----------En el segundo agravio, la recurrente argumenta que no ha omitido ninguna de sus obligaciones ni incumplido la oferta efectuada al denunciante de autos: *"En segundo lugar se agravia T. M. respecto de la sanción impuesta por incumplimiento de la oferta*

o del contrato, toda vez que no se constata en autos conducta alguna por parte de mi mandante que encuadre en una violación de esta norma." (fs. 57 va, último párrafo). Termina este agravio aduciendo la parte que la Disposición administrativa condenatoria arriba a conclusiones arbitrarias que no se ajustan a la realidad. Todo ello, según sostiene la recurrente, determina que la condena se base en fundamentos puramente subjetivos. (Ver fs. 58 vta. /59).----------En su tercer agravio, la parte se queja del Art. 3°de la Disposición n° 085/17, en cuanto ella dispone que la empresa denunciada debe abonar al denunciante una suma determinada de dinero (fs. 51 vta., párrafo final). En concreto la parte critica la imposición de ese reintegro alegando que no ha incumplido ninguna norma que la haga pasible de recibir esa sanción que según dice la parte, emerge de la aplicación del art. 40 bis LDC. *"En consecuencia la citada norma no se puede aplicar en autos, toda vez que no hay infracción alguna por parte de mi mandante a los arts. 4°y 10 bis. No se han configurado los hechos punibles ni se han expuesto los motivos que lleven al juzgador a condenar a T. por las presuntas infracciones a la Ley, por lo que no la puede sancionar a resarcir un daño que no ha producido."* (fs. 59 vta., párrafo segundo y tercero).----------
---

-----La cita es oportuna para señalar una cuestión importante. La resolución administrativa no imputa el reintegro de las sumas de dinero a la aplicación del art. 40 bis LDC, sino al art. 31 de dicho estatuto. Sin embargo, el citado texto legal está incluido en el Capítulo VI de la Ley 24.240. ----------
----Las disposiciones que integran el citado Capítulo de la ley 24.240 (arts. 25 a 31 LDC) se ocupan de regular los aspectos relacionados con la prestación de servicios públicos domiciliarios y no aquellos referidos al suministro de telefonía móvil. Es pocas palabras: la norma invocada por la autoridad de aplicación para fijar el reintegro establecido en el Artículo 3°) de la Disposición N° 085/17, no es aplicable para resolver estos autos (Ver fs. 51 vta.).----------En su cuarto agravio, la queja se refiere a la orden, incluida en la sanción administrativa, de publicar Edictos informando a la comunidad la infracción cometida por el proveedor denunciado. ----------A fs. 50 vta., la autoridad de aplicación fundamenta el incumplimiento del deber de informar que le cabe a la recurrente señalando que, *"La Empresa de Telefonía relata haber informado al consumidor sobre el pack, en las formas correctas…Pero el consumidor un Señor de mediana edad (50 años aproximadamente) con un aparato celular de poca tecnología, y que no accede a los Servicios de Internet sino en forma de Mensajes de Whatssap, no puede consumir bajo ningún concepto los detalles presentados, y a su vez tampoco se*

puede constatar realmente el consumo imputado por la Empresa T. M. de Argentina S.A. porque según los resúmenes presentados a fs. 45/48 tampoco se puede constatar en los mismos sus

aseveraciones." (fs. 50 vta., quinto párrafo).----------

----Esto significa que la resolución en crisis elabora la condena en base a las siguientes circunstancias: a) La edad del actor (50 años); b) que el aparato celular del usuario es de baja tecnología; c) Que el usuario sólo accede, con ese aparato celular, a mandar mensajes por vía de *Whatsapp*; d) Los consumos no están bien detallados en los resúmenes presentados por la empresa denunciada. ----------

-----Este tribunal de alzada no llega comprender cuál es la relación causal entre la edad del usuario denunciante y los hechos denunciados a fs. 02. La denuncia que dio lugar a este proceso consiste en una aparente diferencia entre el uso efectivamente dado por el usuario, el precio final facturado por ese servicio, y una oferta promocional que, según dice el denunciante, la empresa habría incumplido. Es decir, ninguna de las circunstancias invocadas como base del reclamo tiene relación causal con los fundamentos presentados por la autoridad de aplicación para sancionar a la empresa; ello así porque ni la edad del usuario, ni el teléfono celular disponible se relacionan con el caudal y la calidad de información suministrada por la empresa. -----

-----Y, más allá de esta incongruencia, consistente en consignar hechos sin relación causal con las infracciones imputadas, se advierte una total carencia probatoria con relación al deber de informar que recae sobre la empresa recurrente. ----------

-----En ese orden, la propia denunciante, a fs. 2, declara que contrató una promoción que iba a durar tres meses y que sólo luego de transcurrido ese plazo el precio aumentó (fs. 02); inmediatamente, a fs. 4/10, adjunta una serie de facturas de servicio y comprobantes de pago.----------La sola presentación de esta documental no es suficiente para probar la violación del deber de informar emergente del art. 4 LDC. Y de ellas tampoco puede inferirse que la recurrente haya incumplido el contrato dando lugar a los efectos rescisorios previstos en art. 10 bis y siguientes y concordantes de la Ley de defensa del consumidor.----------

----La autoridad de aplicación no puede, sin caer en arbitrariedad, condenar a la empresa denunciada sin que haya una sola prueba que a acredite los hechos denunciados. En ese orden de ideas, resulta determinante remarcar que no hay ninguna prueba tendiente a demostrar la falta de información alegada, ni tampoco evidencias útiles para comprobar la sobrefacturación denunciada.----------Esta indiferencia probatoria de la parte denunciante contrasta con la actividad desplegada

por la empresa denunciada. En efecto, la recurrente aportó –en todo momento y desde que fue citada para la conciliación legal prevista en la ley - diversas constancias documentales que, dicho sea de paso, no fueron rebatidas ni observadas ni mencionadas por la autoridad de aplicación en su resolución de condena.----------

-Esas documentaciones dan cuenta de que la recurrente cumplió con las obligaciones a su cargo y, en simultáneo, muestran su intención de concederle al usuario una suerte de satisfacción tarifaria sin que ello implique reconocimiento de los hechos y/o los derechos invocados en la denuncia de fs. 1/10.----------En ese sentido, resulta ilustrativo examinar las constancias documentales obrantes a fs.14/5; fs.18/vta.; fs. 23 donde se detallan los consumos del cliente en queja y se le ofrece una satisfacción de gracia a su reclamo; y, asimismo, la documental obrante a fs. 39/48 que informan sobre los saldos pendientes de pago, y detallan la información referida al uso del plan correspondiente al usuario.----------

-----Una vez que la empresa requerida presentó el descargo de las imputaciones que le fueron formuladas (fs.36/48), la autoridad de aplicación, sin más trámite y sin ordenar ninguna medida probatoria, dispuso condenar a la empresa al pago de $ 50.000 en concepto de multa y $ 5.445,77, en concepto de devolución al usuario denunciante, y a publicar edictos.----------

----Los ejes fundantes de la Resolución condenatoria n° 085/17 fueron expresados por la autoridad de aplicación a fs. 50 vta.: *"Que pasando a tratar el tema de la impugnación del Acta de infracción labrada…ha dicho al respecto de las mismas que…las constancias del acta de imputación, así como las comprobaciones que la acompañaran, constituyen prueba suficiente de los hechos comprobados, salvo en los casos en que resulten desvirtuados por otras pruebas…"* (fs. 50 vta., último párrafo).------Los errores contenidos en esta disposición no pueden pasarse por alto. Es que, aun admitiendo que las constancias de un acta administrativa puedan ser consideradas como pruebas de los hechos en discusión, lo cierto es que en el acta de fs. 33/34 (que es la que importa para resolver este expediente) no hay ninguna constancia. Veamos esta cuestión.------

----------La Disposición n° 063/2016, (fs. 33/34), al imputar la presunta infracción al art. 10 BIS de la LDC expresa: *"Se establece el incumplimiento porque la Empresa realiza una oferta a un determinado monto la factura durante un tiempo también, pero no son claros los términos a los detalles a cobrar las posteriores, y el consumidor se encuentra con una facturación muy superior a la esperada. En fs. 04/05 aporta las facturas recibidas con un monto una de $ 1.345,49 y otra de $6398,26 muy superiores al abono pactado o convenido con el consumidor. Si bien los pagos se realizaron, se puede ver claramente*

el incumplimiento, por parte de la compañía, porque el cliente contrata servicio mensual pero termina pagando uno superior, el cual no es consentido" (Sic., fs. 33 vta. Segundo párrafo y siguientes).----------

---No hay en estas aseveraciones –sumamente improcedentes, por cierto – que realiza la autoridad de aplicación, ni una sola constancia de los hechos que integran la denuncia. Se trata de una versión, bastante confusa, de cómo pudieron haber ocurrido los hechos y demás circunstancias que, justamente, eran los que debían probarse.----------

----La disposición recurrida, lejos de contener constancias probatorias, intenta sustituir las pruebas por una versión antojadiza de los hechos.----------A mayor abundamiento, la Disposición administrativa confunde los dichos del denunciante con el objeto de la prueba; así asume que se ha probado lo que la parte denuncia sin advertir que, precisamente, era la denuncia la que debía someterse a rigor probatorio. Ello es así, aún tratándose de una relación de consumo amparada por la ley nacional 24.240, y la Ley VII, 22 de la Provincia del Chubut.----------La doctrina no es vacilante con relación a la prueba, las cargas probatorias y los efectos de la insuficiencia probatoria. Como bien señala Fenochietto: *"El objeto de la prueba, señala el tribunal, está constituido por los hechos invocados en las alegaciones de las partes, en tanto sean controvertidos, desconocidos por la otra parte y conducentes, esto es provistos de relevancia para influir en la decisión del conflicto"* (Fenochietto, C. Eduardo, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, T°2, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2001, p. 448).----------

-----En orden a articular la cita doctrinaria con el caso concreto, debe señalarse que el denunciante, en su denuncia de fs. 2/10 y la autoridad de aplicación en la Disposición 85/17 (fs. 50/52), invocan hechos y derechos en forma abstracta y sin acompañar evidencias a partir de la cuales pueda inferirse, con algún grado de certeza, que el denunciante padeció los efectos de la desinformación o la sobrefacturación que motiva su queja. ----------

-----Las relaciones jurídicas de consumo, como es sabido, han incorporado criterios más flexibles con relación a las cargas probatorias asignadas a cada una de las partes; empero, ello no significa que el usuario o consumidor pueda permanecer ajeno o completamente pasivo frente a la prueba de los hechos que invoca en su reclamo. En ese sentido, Horacio Bersten sostiene: *En el terreno específico del derecho del consumidor, la jurisprudencia ha recogido la teoría de las cargas dinámicas de la prueba así como las presunciones, especialmente en cuestiones relacionadas con la prestación de servicios públicos, empezándose a abrir hacia otras situaciones de*

evidente desproporción…Empero, debe tener en cuenta que el consumidor no puede tener un actitud pasiva o meramente contemplativa, sino que debe arrimar los medios de prueba que estén a su alcance proporcionar" (Bersten, Horacio Luis, Derecho Procesal del Consumidor, Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 356). ----------Más recientemente, y en sentido similar, Alejandro Chamatropulos postula: *Más allá de estos deberes puestos a cargo del proveedor, cabe resaltar que el consumidor no queda liberado de aportar la prueba pertinente al proceso. No puede 'descansar' en que todo estará en cabeza del demandado. Si así actuara seguramente saldría derrotado. En otros términos, el texto del art. 53, LDC, lo ayuda' pero no lo 'salva'"* (Chamatropulos, Alejandro, *Estatuto del Consumidor Comentado*, T II, Bueno Aires, La Ley, 2016, p. 370). En sumario: No hay ninguna vertiente doctrinaria que habilite una condena sin que se hayan probado los hechos denunciados. ----------

-----La jurisprudencia nacional sigue esa misma tendencia; así se ha dicho: *A modo de conclusión expresaré que tratándose de una responsabilidad objetiva, a la víctima le basta probar el daño sufrido y la relación de causalidad; no tiene necesidad de acreditar la culpa del organizador pues ésta se presume por el solo hecho del incumplimiento, exteriorizado por el hecho de que el espectador sufrió un perjuicio durante la realización del evento deportivo y como consecuencia o derivación del desarrollo del mismo (conf. Trigo Represas-López, "Tratado de la responsabilidad civil", Bs. As., ed. La Plata, 2004, t. II, p. 820) y por ser objetiva, al organizador no le basta con acreditar que tomó todas las diligencias posibles sino que la prueba de la eximente debe recaer sobre el rompimiento del nexo causal. (*Páez, Héctor Daniel c. Gutiérrez Sport Club s/ d. y p., Cámara 4a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, (C. 4ª Civ Com. Minas Paz y Trib. Mendoza), 09/12/2015, Buenos Aires, La Ley, RCyS 2016-VI, 113, Cita Online: AR/JUR/58875/2015).----------

----Ya fue señalada antes la actividad probatoria desplegada por la recurrente, situación que la pone a resguardo de cualquier reproche emergente del art. 53, párrafo tercero LDC, con relación a la colaboración que los proveedores deben asumir en el marco de un reclamo de consumo. Por eso le asiste razón cuando en su primer agravio manifiesta: *"…en ningún momento mi mandante ha omitido información a su cliente, la que fue brindada al Sr. P. en forma oportuna, cierta, clara y detallada, respecto del plan, sus condiciones, precios, futuros aumentos. Se respetó la oferta pactada de 5 GB con una bonificación del 25 % los primeros tres meses, y se detallaron todos los consumos del cliente…En consecuencia, T. M. ha cumplido en todo momento con su deber informar…Además el juzgador en ningún momento establece qué conducta ha*

*efectuado mi mandante en violación a la presente… No se observa en las actuaciones qué información fue omitida y tampoco surge de la Disposición 85/17. El Sr. Director se limita a transcribir la norma de la ley…pero no explica cabalmente cuál es la información que se omitió… (*fs. 57 vta., tercer párrafo y siguientes). Las constancias obrantes a fs. 39/48 dan cuenta de una adecuada información que no omite ninguno de los rubros facturados en el servicio prestado al denunciante.----------

----------Por más objetivación de la culpa y flexibilidad que quiera sostenerse con relación a las cargas probatorias en los procesos de consumo, el actor de un pleito o –como en la especie - el denunciante de una infracción al estatuto del consumidor, no puede quedar liberado de probar el daño efectivamente padecido y la relación causal que vincula ese daño con el sujeto que demanda o denuncia. Esos son los requisito mínimos que exige la teoría general de la responsabilidad, cualquiera sea la rama del derecho.

-----Ese estándar básico no se ha alcanzado en estos actuados, resultando dicha insuficiencia determinante para concluir que la Disposición n° 085/17 (fs. 50/52), recurrida por la empresa M. T. M. A. S.A. adolece de una arbitrariedad que hace imposible su confirmación en esta instancia. ----------

-----Antes de concluir es menester formular algunas aclaraciones con relación al acta de imputación obrante a fs. 33/34. El art. 10 bis LDC es una norma que, frente a un incumplimiento contractual del proveedor, permite al usuario afectado elegir una entre varias opciones disponibles. Por lógica, ello implica que primero debe ocurrir el incumplimiento contractual y luego la elección de alguna de las opciones ofrecidas en la norma.----------

----Lo dicho es suficiente para postular que la autoridad de aplicación no puede imputar la infracción del art. 10 bis. LDC. Esta norma no describe conductas que deben cumplirse o evitarse sino que determina opciones resarcitorias frente a un incumplimiento contractual. O sea: lo que la autoridad de aplicación categoriza como una infracción a la ley es, en verdad, la consecuencia de esa infracción.----------

-----Y otro tanto debe decirse con relación al art. 40 bis LDC. Esta norma jurídica incluye en el ordenamiento el llamado ´daño directo'. El instituto no puede imputarse como infracción sino que se impone como una reparación luego de acreditada la falta de una o varias normas de la ley 24.240. ----------Por los motivos expuestos, la Disposición Nro. 085/17 ODC, de la Oficina de Defensa del Consumidor – Municipalidad de Trelew es dogmática, no se fundamenta en constancias del expediente y es producto de la voluntad individual de la autoridad de aplicación. Por ello, corresponderá su revocación total.----------En

cuanto a las costas en esta instancia, en atención a como se resuelve la cuestión y conforme lo establecido en el art. 11, Ley VII, N° 22, corresponde que sean impuestas en el orden causado (conf. art. 69 segunda parte).----------En virtud de ello, se regulan los honorarios de la Dra. C. I., en su carácter de apoderada de la denunciada, por su labor en esta sede en 8 jus (conf. arts. 5, 6, 6 bis, 7 cuarto párrafo, 13 y conc. de la ley XIII Nro. 4) 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. 085/2017 de la Oficina de Defensa del Consumidor de la Municipalidad de Trelew.----------II) IMPONER las costas en el orden causado (conf. art. 11, de la ley VII Nro. 22 y art. 69, segunda parte del C.P.C.C.). ----------III) REGULAR honorarios a la Dra. C. I., en su carácter de apoderada de la denunciada, por su labor en esta sede, en 8 jus (conf. arts. 5, 6, 6 bis, 7 cuarto párrafo, 13 y conc. de la ley XIII Nro. 4) 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. ----------

SERGIO RUBEN LUCERO
JUEZ DE CÁMARA

ALDO LUIS DE CUNTO
PRESIDENTE

RAÚL ADRIÁN VERGARA
JUEZ DE CÁMARA

-----REGISTRADA BAJO EL NRO. _____ DEL AÑO 2018 – SICA – CONSTE.----------

UBALDO RENÉ AGUILERA
SECRETARIO DE CÁMARA