-----Trelew, de agosto de 2018.----------

----**Y VISTOS:** Estos autos caratulados: "J., Y. B. c/ AMX A. S.A.. s/ Denuncia Ley Defensa al Consumidor" (Expte. Nro. 290 - Año 2018 CAT), venidos de la Oficina de Dirección General de Defensa y Protección de Consumidores y Usuarios (Expte. Nro. 823 Año 2014), a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto y fundado por la denunciada a fs. 119/135, contra la Disposición Nro. 52/2018 de fs. 101/111 vta., concedido a fs. 145/146.----------

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

----I) A fs. 101/111, la Señora Directora de la Dirección General de Defensa y Protección de Consumidores y Usuarios de la Provincia del Chubut, dispone aplicar a AMX A. S.A (X) una multa de $ 200.000 (pesos doscientos mil) por infracción a los arts. 8 -bis, 19 y 23 de la ley 24.240, con más la sanción accesoria de publicar en el diario de mayor circulación en la zona y en el Boletín Oficial, una reseña del caso. Asimismo, ordena que la firma denunciada le abone a la reclamante, conforme los términos del art. 40 Bis de ley 24.240 *"…las sumas por el servicio no prestado con más sus intereses calculados conforme se establece en el considerando respectivo (segundo), y entrega de dos teléfonos de la misma naturaleza y calidad que los que fueran objeto de los presentes actuados. Las sumas resultantes deberán ser depositadas en la cuenta de la Secretaría de Trabajo…* (fs. 111, Artículo 2). ----------

-----A fs. 119 la denunciada interpone recurso de apelación contra la resolución administrativa condenatoria. ----------

----La recurrente, en su queja, sostiene diversos agravios que serán enumerados y brevemente descriptos para luego ingresar a su tratamiento pormenorizado y particular.----------

----**Inexistencia de infracción al artículo 8 bis de la ley 24.240**. En este primer agravio, la queja sostiene que, *No puede soslayarse que el Art. 8 bis contempla una situación absolutamente subjetiva que requiere, para su comprobación, de la especificación en cuanto a qué hechos o qué conductas supuestamente desplegadas por mi mandante habilitarían a que el aquí reclamante arguyera haber recibido un trato indigno. …es irrazonable e ilegítimo sancionar a mi representada por maltrato al cliente cuando ninguna constancia de ello existe en el expediente de marras…* (fs. 124, párrafos quinto y sexto). ----------

----**Improcedencia de la sanción por supuesto incumplimiento del art. 19 de la Ley N° 24.240.** Con relación a este segundo agravio, la apelante sostiene que, *Como ya fuera expuesto a lo largo de esta presentación, mi mandante brindó todas las explicaciones sobre la prestación del servicio de telefonía móvil…el incremento del precio del abono no implica el consentimiento del usuario, sino que éste tiene la*

facultad de solicitar la cancelación del servicio o peticionar el cambio de plan a uno que se ajuste a sus necesidades. (fs.128 vta., punto VI. 2, párrafos 2° y 5°).----------

----**Improcedencia de la sanción por supuesto incumplimiento del art. 23 de la Ley N° 24.240.** Frente a esta imputación la recurrente alega que, *En primer lugar debemos destacar que en el caso de marras no se trata de un servicio que haya presentado deficiencias con posterioridad a la conclusión del mismo. Es decir que, como primer punto, el artículo referido no resulta aplicable al caso de marras por no cuadrar los hechos controvertidos al tipo legal.* (129, punto VI 3., párrafo segundo y tercero).-----

-----**Inexistencia de infracción al artículo 40 bis de la ley 24.240. Plantea inconstitucionalidad de la norma**. *En síntesis, la norma bajo análisis establece una clara injerencia en el ámbito decisorio propio del Poder Judicial pues resulta competencia exclusiva de los jueces, que la determinación de la existencia de un daño y la obligación de establecer una indemnización.* (fs. 131, punto VI. 4, párrafo 3°).-----

-----**II. 1) Planteo Preliminar – Inconstitucionalidad del art. 45 de la Ley 24.240.** La parte recurrente, a modo preliminar y antes de exponer sus agravios, formula un planteo de inconstitucionalidad del art. 45 de la LDC, toda vez que dicha norma subordina la tramitación de la vía recursiva a que la parte, previamente, deposite el importe de la multa aplicada. La parte, frente a esta norma sostiene que, *Resulta absolutamente conculcatorio del derecho de propiedad de mi mandante… y un acto lesivo del derecho de defensa en juicio y debido proceso pretender que esta parte cumpla con una sentencia que no se encuentra firma y que es pasible de ser revocada por el Órgano Judicial.*----------

-----Este planteo deviene abstracto en el marco de este expediente. Ello así, porque la autoridad de aplicación, a fs. 145 vta., concede el recurso con efecto suspensivo, tal como expresamente lo establece el art. 7 de la ley provincial VII – N° 22. ----------

----Esa forma de concesión del recurso convierte en abstracto el planteo preliminar formulado por la recurrente, razón por la cual no será tratado.----------

-----2) **La infracción al art. 8 bis de la LDC**. Al tratar la infracción a esta norma, la autoridad de aplicación señala, como base fáctica de su resolución condenatoria que: *"Por lo tanto, entiendo ajustado a derecho sancionar a la empresa… la infracción del Artículo 8° bis de la ley 24.240 por su accionar dilatorio, y groseramente negligente, dejando a la luz una gran indiferencia o menosprecio por los derechos ajenos, priorizando netamente aspectos económicos, no aportando una solución concreta a la problemática y a los sucesivos y reiterados reclamos efectuados, los cuales datan de fecha 04 de abril de 2014, hecho por el cual resulta procedente imponer a la demandada una suma por daño punitivo pues, su contumacia y su reticencia en cumplir con las obligaciones contraídas, lo cual torna aplicable el artículo ya mencionado, y el*

Artículo 52° bis de la presente norma ante la conducta omisiva por parte de la firma denunciada.(fs. 106, párrafo segundo). ----------

----La doctrina especializada, al referirse al art. 8 bis de la LDC, señala algunos criterios útiles para determinar cuándo se está frente a un mero incumplimiento contractual y cuándo el infractor, además, ha incurrido en un trato indigno en perjuicio del usuario o consumidor. ----------

----La existencia de un trato indigno, tal como lo postula el art. 8 bis de la LDC y el art. 1097 del Código Civil y Comercial, requiere determinar si se ha verificado, en concreto, un acto vejatorio o vergonzante o intimidatorio del proveedor en contra de la persona del usuario o consumidor.- En esa línea militan diversos autores que, como Alejandro Chamatropulos, sostienen que, *Existen autores que, con la intención de encuadrar el alcance de los deberes que surgen del art. 8 bis, LDC, advierten que hay que evitar identificar el trato al consumidor con su total satisfacción, que esto último se relaciona con cuestiones comerciales.* (Chamatropulos, Alejandro, *Estatuto del Consumidor Comentado,* T I, Bueno Aires, La Ley, 2016, p. 351.----------

----Entre otros autores, Carlos Tambussi se refiere a estas tres nociones, explicando que, *A título ilustrativo la doctrina ha señalado que: Por vergonzante cabe entender todo aquello que puede resultar deshonroso o humillante. Por vejatorio a aquellas conductas del proveedor que importen maltratos, persecuciones, perjuicios o padecimientos para el consumidor. Por último, intimidatorio refiere a comportamientos que le infundan temor o miedo a aquél.* (Bueres, Alberto, (Dir.), Código Civil y Comercial de la Nación, Buenos Aires, Hammurabi, 2018, p. 573). --------

----Dicho lo que antecede, corresponde analizar si en autos estamos frente a un incumplimiento contractual, una insatisfacción del cliente en queja o si, en adición a esas situaciones, nos encontramos frente a un trato vejatorio y/o vergonzante y/o intimidatorio en perjuicio de denunciante. ----------

-----Y, se anticipa, que en la especie ni siquiera se le endilgó al proveedor recurrente no haber incurrido en las conductas descriptas y que dan contenido a los arts. 8 bis de la LDC y el art. 1097 del CCyC. ----------

-----Lo dicho surge de la lectura de la propia denuncia de fs. 2/4; en ella, el denunciante describe una serie de incumplimientos contractuales (v gr.: una mala señal que imposibilita hacer o recibir llamadas; una defectuosa conexión a internet; una facturación excesiva que no se condice con las prestaciones efectivamente recibidas; una mala atención frente a los reclamos efectuados; etc.) que bien podrían derivar en la aplicación de multas e indemnizaciones pero que, sin embargo, no implican la existencia de conductas equiparables al vejamen, el desprecio o la intimidación. Y sin esos contenidos, es posible que exista incumplimiento contractual pero no es posible que haya lesión a la dignidad humana del usuario.----------

-----No hay en el expediente una sola prueba o indicio que permita conjeturar que en el transcurso de esta relación de consumo haya existido un maltrato que supere el ordinario incumplimiento de una o varias obligaciones contractuales de parte de uno de los contratantes. ----------

-----La resolución recurrida adolece de carencias determinantes para que prospere el agravio propuesto. Veamos. La primera omisión se debe a que el maltrato postulado por la autoridad de aplicación no surge de la narración contenida en la denuncia de fs. 2/4, mientras que la segunda carencia es aún más grave toda vez que ese destrato tampoco surge de alguna constancia del expediente. ----------

-----Lo dicho es suficiente para que prospere el agravio propuesto por la recurrente con relación a la inexistencia de la infracción al art. 8 bis de la LDC (fs. 123 vta./128).-

-------3) **La infracción al art. 19 de la LDC.** A fs. 106 vta., la autoridad de aplicación fundamenta el incumplimiento del art. 19 de la LDC señalando que: *…existiendo una alteración en los términos y modalidades en que el servicio debe ser brindado , ya que la empresa… emitió cobros por servicios no prestados, y por recibir dichas sumas sin antes dar cumplimiento a su carga u obligación, vulnerando así los derechos del Sr…, quien ha abonado por un servicio defectuoso, y no ha podido dar un uso normal, continuo, y que aún así le siguieron facturando indebidamente, llegando incluso a aumentar el abono mensual del servicio…Dejando a la luz que la proveedora no ha respetado los términos económicos y contractuales de la oferta…(*fs. 106 vta., párrafo primero).----------

-----En su agravio, la recurrente se defiende invocando que, *La pauta para determinar si han existido o no incumplimientos por parte de mi mandante, no puede analizarse a la luz de apreciaciones abstractas y genéricas sino que debe basarse en las disposiciones vigentes y en los términos plasmados en el contrato celebrado con el usuario así como la documentación acompañada al expediente administrativo. Los parámetros que surgen de la normativa aplicable son estrictos y surgen de las características especiales de la prestación del servicio* móvil. (fs. 128 vta., Punto VI. 2., párrafo sexto. ----------

-----En primer lugar debe destacarse que los incumplimientos denunciados no se basan en apreciaciones abstractas y genéricas, tal como lo postula la recurrente sino que, por el contrario, las constancias de fs. 3 indican que el usuario denunciante realizó, por lo menos, 10 reclamos contra la empresa prestataria, entre el 30 de octubre de 2013 y el 19 de febrero de 2014. Se trata de quejas concretas del usuario que se mantuvieron insatisfechas a lo largo de, por lo menos, 6 meses sin la debida atención que cabe exigirle a la empresa denunciada. (ver fecha de la denuncia de fs. 03, 3/04/2014).----------

-----Por otra parte y ya adentrándonos en la cuestión probatoria acerca de si existió

una indebida prestación del servicio, es oportuno señalar que es la propia empresa denunciada la que admite la prestación defectuosa. Esta cuestión, que seguidamente será tratada, es determinante para resolver la suerte del recurso en trámite. ----------

-----A fs. 24/26,la recurrente adjunta al expediente un informe, relacionado con el reclamo de la denunciante, en el que manifiesta: a) Que la cobertura del servicio brindado puede variar según el equipo utilizado, el terreno y las condiciones atmosféricas (fs. 24, punto 6); b) Que frente al reclamo efectuado por el cliente se realizó la derivación al área técnica pero sin resultados positivo atento a que "*intentaron conectarse*" pero "*no lograron conectarse con el cliente*" (fs. 24, puntos 7 y 9); c) Que, con relación a la mala prestación técnica, se constató que "*se trataba de un problema general*" (fs. 24, punto 8); d) El punto 12, del citado informe merece que sea resalto textualmente: *"Que en fecha 28-08-2014 desde el área técnica se dictaminó que el sitio del reclamo presenta una utilización promedio que alcanza el 90%. Además presenta interferencia. No es posible realizar acciones de optimización. Tampoco nos han informado una fecha de solución."* (fs. 25, punto 12). ----------

-----En resumen, la denunciada admite la prestación de un servicio imperfecto, pero se excusa aduciendo una serie de razones que van desde las condiciones atmosféricas, pasando por la imposibilidad de contactar al cliente que realizaba los reclamos y, finalmente, admitiendo la existencia de interferencias que no pueden solucionarse o, lo que es lo mismo, no pude precisarse cuando serán subsanadas.----------

----Sin entrar a considerar el valor sustancial de estas excusas, que ciertamente no lo tienen en el marco de la relación de consumo que motiva estas actuaciones, frente a la admitida prestación incorrecta del servicio solo cabe concluir que la empresa prestataria asume la obligación de solucionar cualquier inconveniente técnico que se haya suscitado, siendo inaceptable que se informe que *"No es posible realizar acciones desde optimización*" (fs. 25, punto 12) y que *Tampoco nos han informado una fecha de solución."* (fs. 25, punto 12). ----------

----Ese informe, además de ser un reconocimiento incondicional de la mala prestación del servicio está en las antípodas de lo que debe ser la buena fe en las relaciones de consumo. Es que los prestadores de servicios, más aún aquellos que tienen la envergadura de la empresa denunciada, deben concretar su prestación en los términos rigurosos establecidos en el art. 19 de la LDC; esto es, respetando los términos, los plazos, las condiciones, las modalidades y todas las circunstancias conforme a las *hayan sido ofrecidos, publicitados o convenidos*. ----------

---La letra del art. 19 LDC no deja margen para la duda o la interpretación diversa. Bajo ningún ángulo que se tome, la prestadora puede excusarse de brindar un servicio óptimo invocando excusas relativas a las condiciones atmosféricas o a la falta de

ubicación del cliente, o a la generalidad del problema técnico. La prestadora está obligada a cumplir integralmente y en tiempo y forma las obligaciones asumidas o, en su defecto, cargar con las consecuencias.----------

----La jurisprudencia acompaña este tratamiento y en inúmeros casos ha dicho que: *La falta de servicio de comunicación se debió a una revisión técnica ineficaz y merece ser atribuida su responsabilidad a quien tiene a su cargo la prestación del servicio público de telecomunicaciones, dado que la empresa demandada no constató de donde provenía la falla ante el reclamo demandado en el plazo que el art. 31 del Reglamento General de Clientes del Servicio Básico Telefónico prevé para casos de averías; más aún cuando no obsta a la obligación de la empresa telefónica el estado en que pueda encontrarse el cableado perteneciente a la parte privada, pues quien debe corroborar si el servicio se adecua a las condiciones ofrecidas, es quien tiene a su cargo el servicio público de telecomunicaciones. (M., N. M. c. Telecom Argentina S.A. s/ sumario, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Salta, Sala II, 14/06/2017, La Ley, Cita Online: AR/JUR/80600/2017).* ----------

-----Para cerrar el tratamiento de este agravio, solo cabe agregar que se equivoca la denunciada recurrente cuando dice, a fs. 128 vta. que, *No existen entonces, elementos de prueba que autoricen a concluir lo contrario, sino sólo manifestaciones del reclamante, las cuales no se encuentran probadas, sino contrariamente, mi mandante acreditó el efectivo uso del servicio brindado, correspondiendo lógicamente a la facturación del mismo y su cobro.* (fs. 128 vta., párrafo séptimo).----------

-----Es que, el incumplimiento de la correcta prestación del servicio fue admitido por la propia denunciada en el informe de fs. 24/26 que fuera examinado en los párrafos que preceden, motivo por el cual no requiere de prueba.----------

----Por los fundamentos expuestos, el agravio referido a la improcedencia de la sanción por incumplimiento del art. 19 de la LDC, formulado a fs. 128 vta., punto VI.2, será rechazado. ----------

4) **La infracción al art. 23 de la LDC.** Al tratar esta infracción, la autoridad de aplicación, correctamente, señala que….*Demostrando hasta aquí que C. AMX A. S.A. no cumplió con la obligación que pesaba sobre su cabeza, no aportando una solución concreta a la problemática y a los sucesivos y reiterados reclamos efectuados respecto al servicio… (*fs. 107, párrafo final y vta., primer párrafo).----------

------Este postulado, además de ser acertado, expone sintética y rigurosamente las circunstancias fácticas de este expediente. Ellas son dos. Una referida a la mala prestación del servicio que surge, como fue dicho antes, del informe obrante a fs. 24/6 (Especialmente en los puntos 6, 7, 8, 9 12 de fs. 24 y 25). La segunda cuestión dirimente es la total ineptitud demostrada por la empresa denunciada para resolver el problema

técnico suscitado y que forzó al cliente a un penoso derrotero de reclamos que duró cerca de cuatro meses (fs. 3) sin ningún resultado. En este sentido, no es abundante recordar que en el citado informe, la empresa denunciada señala que "Además presenta interferencia. *No es posible realizar acciones de optimización. Tampoco nos han informado una fecha de solución*.----------

----Al expresar los agravios correspondientes, la recurrente sostiene que: *En primer lugar debemos destacar que en el caso de marras no se trata de un servicio que haya presentado deficiencia con posterioridad a la conclusión del mismo. Es decir que, como primer punto, el artículo referido no resulta aplicable al caso de marras por no cuadrar los hechos controvertidos al tipo legal*. (fs. 129, punto VI 3, segundo y tercer párrafos).-

-----Es del caso señalar que el art. 23 de la LDC actúa como una especie de garantía implícita que los proveedores otorgan frente a los trabajos de reparaciones que realizan. La norma tiene por finalidad que ellos asuman la responsabilidad de reparar exitosamente aquello que se encontraba funcionando defectuosamente. ----------

----En ese orden, y ya analizando el caso bajo estudio, cabe señalar que la norma que se examina supone la prestación un servicio (que es el que presta la empresa denunciada) y también supone una deficiencia en la prestación del servicio (los defectos que denuncia el Sr. J. Y. a fs. 2/4) y, finalmente, supone la reparación del servicio y la garantía -implícita- de que esa reparación se llevó adelante exitosamente. ----------

------A mayor abundamiento, puede decirse que la ley presume, *iuris tantum*, que si dentro de los 30 días de efectuado el arreglo se repiten las fallas, el proveedor deberá corregirlas sin costo para el cliente. Es decir: se presume legalmente que el arreglo no fue exitoso y que debe ser reformulado hasta lograr que la cosa vuelva a funcionar correctamente.----------

----Sin embargo, en el caso que tratamos, no se da el último de los supuestos de la norma porque no hubo una reparación técnica, sino que simplemente se informó la existencia de una interferencia que no era posible de subsanar y que tampoco se podía asegurar en qué momento sería corregida. (Ver fs. 25, punto 12). ----------

-----A modo de concluir el tratamiento referido a la infracción del art. 23 de la LDC, solo cabe agregar que no estamos frente a una reparación defectuosa sino frente a un vicio que se origina en la prestación del servicio y que nunca fue reparado. Con lo cual, a fortiori, se presenta en la especie la infracción al art. 23 de la LDC.----------

-----**5) El art. 40 bis de la LDC.** Con relación a la aplicación de esta norma, la autoridad de aplicación, en la Resolución apelada señala que, *La compra de dos teléfonos con sus respectivas líneas que nunca funcionaron hizo que la inversión económica del consumidor…derive en perjuicio económico, no solo en relación a los teléfonos adquiridos sino también a las líneas que mensualmente abonaba para la utilización de*

cada teléfono…pagó dos teléfonos y sus dos líneas sin poder utilizar el servicio por razones ajenas a su voluntad, lo que se encuentra acreditado en el expediente… (108 vta., párrafo tercero).----------

----Frente a esta aplicación del daño directo, la recurrente enarbola dos agravios. Uno referido a la supuesta inconstitucionalidad del art. 40 bis LDC y otro relacionado al servicio, destacando que los inconvenientes invocados no le pueden ser endilgados a la denunciada.----------

----En ese orden de ideas, en su escrito de agravios la recurrente manifiesta que: *Que a mayor abundamiento, reiteramos que las eventuales deficiencias en la presentación del servicio –las cuales no se encuentran acreditadas – no tienen su correlato en la falta de cumplimiento de las obligaciones de mi mandante, sino que AMX no puede garantizar en forma continua la prestación de un servicios de naturaleza móvil.* (fs. 129 vta., punto VI. 4, párrafo quinto).----------

-----En primer lugar, se examinará el planteamiento de inconstitucionalidad que fue propuesto en los siguientes términos: *Pero lo más importante resulta que el mentado art. 40 bis, resulta inconstitucional en virtud de que asigna a la Administración atribuciones que por manda de la propia Constitución Nacional resultan reservadas a la esfera judicial. (*fs. 129 vta., punto VI. 4, párrafo sexto).----------

-----Los recatos de índole constitucional que, desde siempre, suscitó la norma nunca pudieron consolidarse porque el procedimiento administrativo, en el cual se prevé la aplicación del daño directo, también prevé un sistema recursivo amplio que deja a salvo cualquier vulneración constitucional que a la norma se le quiera hacer.----------

-----La doctrina nacional de mayoría opina a favor de la constitucionalidad del art. 40 bis. Así, Chamatropulos señala que,…*había autores que incluso se habían pronunciado por la inconstitucionalidad lisa y llana del precepto. Contra ello, Mosset Iturraspe señaló que la mayor cuantía, unida a un trámite judicial, se consideran suficientes para dejar de lado los escrúpulos enervantes y admitir, en consecuencia, la reparación del aludido daño directo (*Chamatropulos, Alejandro, Estatuto del Consumidor Comentado, Buenos Aries, La Ley, 2016, p. 110).----------

----En este punto, no puede pasarse por alto que la norma en cuestión fue modificada por imperio de la Ley 26.994. En la actual redacción se establece que *"Art. 40 Bis… Esta facultad sólo puede ser ejercida por organismo de la administración que reúnan los siguientes requisitos:… c) sus decisiones estén sujetas a control judicial amplio y suficiente*. ----------

----En adición a lo dicho, cabe consignarse que la jurisprudencia del orden nacional tiene posición favorable a sostener la constitucionalidad del art. 40 bis de la LDC, excepto que medie, de parte de quien invoque la inconstitucionalidad, pruebas

fehacientes que evidencien la contradicción entre la norma señala y la Constitución Nacional. Así, se ha dicho que: *Por tanto, la procedencia de la declaración de inconstitucionalidad de una norma se encuentra supeditada a que quien la pretenda demuestre claramente de qué forma aquélla contraría la Constitución Nacional, causándole un gravamen y, para ello, es menester que precise y acredite fehacientemente en el supuesto concreto el perjuicio que le genera la aplicación del dispositivo. (Cam. Nac. Apelac. Contec. Adm. Fedral, Sala II, Volkswagen Argentina S.A. c. D.N.C.I. s/ recurso directo de organismo externo , 15/12/2016, La Ley, Cita Online: AR/JUR/97567/2016).*----------

----Va de suyo que la falta de ese rigor, requerido para que proceda la declaración de inconstitucional, torna inadmisible el pedido formulado por la recurrente que no superó el nivel de la vaguedad y no logró acreditar cuál era la contradicción entre la norma y la CN.----------

----El mismo fallo que antes citamos, con relación a esta cuestión sostuvo que: *Adviértase que la recurrente se limitó a referir en forma genérica-y carente de vinculación con el caso concreto - la trascendencia de los principios constitucionales supuestamente afectados…;es decir, omitió llevar a cabo un desarrollo claro y suficiente sobre el alcance de tales cláusulas y su conexión circunstanciada con los hechos materia del caso*…(La Ley, conf., cita Online: AR/JUR/97567/2016). ----------

-----En adición a esas reflexiones, que ya de por sí tornan inaudible el planteo de inconstitucionalidad, este tribunal entiende que la facultad revisora que conserva el poder judicial de todas las medidas tomadas en la sede administrativa, aleja toda sospecha de una posible agresión a la Constitución Nacional.----------

----Por lo tanto, conforme las argumentaciones reseñadas solo cabe concluir la desestimación del planteo inconstitucionalidad formulado por la recurrente. ----------

----Una vez resuelta la constitucionalidad de la norma, corresponde examinar si la autoridad de aplicación hizo correcta aplicación del art. 40 bis LDC. ----------

-----En primer lugar debe señalarse que el análisis que hace la autoridad de aplicación es acertado porque ninguna duda puede existir en cuanto a que adquirir bienes y servicios que resultan defectuosos redunda, inevitablemente, en perjuicios económicos para el adquirente o suscriptor.----------

-----No obstante, ese análisis correcto es insuficiente para justificar el modo en que la autoridad de aplicación calculó la sanción que, por aplicación del instituto del "Daño Directo", le impuso al recurrente. ----------

----La autoridad de aplicación, condena a la empresa denunciada a entregar dos teléfonos de la misma naturaleza y calidad que los que fueran objeto de los presentes actuados, y en adición a esa recompensa también la condena a que le entregue al

denunciante las sumas equivalentes al cobro del servicio no prestado con más sus intereses.----------

----El mayor obstáculo para confirmar la aplicación del daño directo, tal como lo dispuso la autoridad de aplicación es que en autos se reclamó la defectuosa prestación del servicio y no el defectuoso funcionamiento de los teléfonos. ----------

----No debe pasarse por alto que es el propio denunciante quien manifiesta que los equipos telefónicos no presentan defectos al expresar que: *Quisiera dejar en claro que la problemática en cuestión no son los equipos, ya que es la excusa de preferencia por parte de la empresa y lo más fácil de expresar; sin embargo ellos mismos dieron cuenta luego de realizar las pruebas pertinentes para descartar defectos en los equipos y hasta incluso luego de cambiar los chips por otros más modernos, que el defecto de los servicios se debían a problemas técnicos de la empresa*. (fs. 2, anteúltimo párrafo). ---

----Esta manifestación del denunciante hace caer la parte de la condena de Daño Directo referida a la restitución de los aparatos telefónicos porque esos equipos, de tal modo, no pudieron ser causa de ningún perjuicio patrimonial para el denunciante.-----

----No debe soslayarse que, conforme su actual redacción el daño directo contemplado en el art. 40 bis de la LDC se limita a*: todo perjuicio o menoscabo al derecho del usuario o consumidor, susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su persona, como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador de servicios…* (Art. 40 bis, LDC, primer párrafo). -

----Las constancias de autos ponen en evidencia que de la adquisición de los teléfonos no se siguió ningún menoscabo al patrimonio del recurrente. Por el contrario, se repite, es el propio denunciante quien (a fs. 2) reconoció que esos aparatos telefónicos no presentaban fallas. ----------

----En resumen, la sanción por daño directo dispuesta por la autoridad de aplicación será parcialmente revocada, en tanto no se incluirá en ella la restitución de los aparatos telefónicos ordenada en el Artículo 2°(segunda parte) de la Resolución 52/2018.--------

----Sin perjuicio de lo dicho en el párrafo que antecede, se mantendrá la sanción referida a la restitución de las sumas correspondientes a los servicios no prestados, conforme lo indica el Artículo 2°en su primera parte. ----------

-----**6) La cuantificación de la multa**. En la resolución recurrida, la autoridad de aplicación le impuso a la empresa denunciada una multa de $ 200.000. Para fundar el monto aplicado, postuló que: *En resumen, coincido en que es necesario que las sanciones cumplan una finalidad social preventiva del daño, para lo cual es indispensable que los proveedores de bienes y servicios aumenten el nivel de precaución al que se refieren los autores citados… En razón de lo expuesto, se estima que, sopesando los parámetros exigidos por la Ley de Defensa del Consumidor en su*

Art. 49 se fijará la multa de Pesos Doscientos Mil ($200.000) con la accesoria de publicar la presente disposición en un diario de mayor circulación local y en el Boletín Oficial. (110 vta., párrafos primero y tercero).----------

-----A su turno, la recurrente se queja de la sanción impuesta aduciendo que se trata de un monto que no guarda proporción con la infracción que se investigó en el trámite administrativo. *En esas condiciones, la sanción aplicada a C. no respeta un mínimo de proporcionalidad entre el pretendido ilícito administrativo y la sanción impuesta en este caso, de nada más y nada menos que la sideral e injustificada suma de $ 200.00 (pesos doscientos mil) por la supuesta infracción al artículo 8 bis, 19 y 23 de la Ley N° 24240.*(fs. 132 vta., párrafo cuarto).----------

-----Según las constancias del expediente, las quejas del denunciante se originan por desperfectos en las líneas telefónicas correspondientes a los números XXXX-XXXXXXXXX y XXX-XXXXXXXXXX (fs. 2, párrafo primero); asimismo, surge de los actuados que los aludidos desperfectos datan de alrededor de 6 meses, conforme lo manifestado por la denunciante quien, a fs.12, manifiesta: *Como primera medida, solicito que la empresa de telefonía…me provea de un correcto funcionamiento …ya que dicho servicio hace por lo menos 6 meses que es imposible disponerlo sin interrupciones o falla total del mismo* (fs. 12, párrafo primero).----------

-----En congruencia con esta declaración, a fs. 16, la denunciada también alude a las mismas líneas telefónicas a las que, además, identifica como la cuentas n° XXXXXXXXX y n° XXXXXXXXX. Asimismo, agrega en su informa que cada una de esas líneas telefónicas pagaba una suscripción o abono mensual cuyo valor ascendía a la suma de $ 127,82 (fs. 16, punto 1,2 y 3).----------

-----Esto permite concluir, asumiendo que el servicio fue absolutamente incumplido durante todo el período de 6 meses manifestado a fs. 12 por la denunciante, que estamos en un reclamo administrativo cuyo monto total asciende a la suma $ 1533,84 (127,82 x 2 x 6 = 1533,84).----------

----La sanción administrativa para ser adecuada y proporcional debe, además de recitar los presupuestos establecidos en el art.49 de la LDC, explicitar cómo esas pautas serán articuladas para resolver el caso concreto. ----------

----Es decir, la autoridad administrativa debió explicar cómo esos criterios de cuantificación previstos en la ley le permitieron deducir que, frente a las cuestiones fácticas ventiladas en autos (desperfectos en dos líneas telefónicas cuyo monto apenas superaba los $ 1500), correspondía aplicar una sanción equivalente a $ 200.000.--------

-----Es en la trascendente articulación fáctica de las normas jurídicas en donde la resolución administrativa yerra, en simultáneo, por exceso y por defecto. Veamos esta cuestión. En primer lugar, es excesivamente vaga en las formulaciones que realiza a fs.

109/111, toda vez que ellas no logran superar el nivel genérico para impactar en el expediente en trámite. En segundo lugar, carece de concreción al ser incapaz de explicar cómo aplicó las reglas legales genéricas al caso concreto que estaba resolviendo. Y, debe decirse, que ambos defectos son insalvables porque una resolución administrativa que omite considerar las cuestiones fácticas es dogmática o arbitraria.-

----La jurisprudencia apoya este criterio y en más de un pronunciamiento ha dicho que: *En suma, cuando la Administración impone una sanción en los términos del inciso a) del art. 18 de la Ley…, debe considerar los supuestos contemplados en el art. 49 de la ley N° 24.240, además de los establecidos en el art. 19 de la Ley N° 747, de acuerdo con las circunstancias fácticas del caso. (*Cam. Nac. Apelac. Contec. Adm. Fedral, CABA, Sala II, Jumbo Retail Argentina SA c. GCBA s/ recurso directo sobre resoluciones de defensa al consumidor, 22/03/2018, La Ley, Cita Online: AR/JUR/5549/2018). --------

----En ese orden de ideas, este tribunal de alzada entiende que la aplicación de una multa de $ 200.000, motivada en un servicio defectuoso de unos meses y cuyo monto apenas supera los $ 1.500 es desproporcionada. ----------

----En razón de lo expuesto, la sanción de multa aplicada en el Artículo 1° de la Resolución 52/2018 (fs. 111), deberá ser reajustada en la suma de $ 50.000 monto que se estima adecuado y proporcional a las infracciones verificadas en estos actuados. Para ello, también se consideró que fue desestimada la existencia una infracción al art. 8 bis de la LDC. ----------

----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 Dr. E. R. V., en su carácter de apoderado 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, parcialmente, la Disposición Nro. 52/201 de la Dirección General de Defensa y Protección de Consumidores y Usuarios de la Provincia de Chubut, para modificar la multa fijada a la de **pesos cincuenta mil** ($50.000), con más la accesoria de publicar la presente Sentencia Interlocutoria en el diario de mayor circulación de la zona en donde se cometió la infracción y en el Boletín Oficial, en ambos casos por el término de un día, por la infracción al art. 19 y demás concordantes de la LDC.---------

----II) DECLARAR inadmisible el planteo de inconstitucionalidad formulado por la

recurrente contra el art. 40 bis de la LDC. ----------

----III) REVOCAR, parcialmente, el Artículo 2°de la Resolución 51/2018, al solo efecto de ordenar a **AMX A. S.A.** la restitución al Sr. **J. Y. B.** de las sumas correspondientes al cobro del servicio no prestado con más sus intereses calculados conforme se establece en el considerando respectivo de la Resolución 52/2018, dejando sin efecto la orden de entregar al denunciante dos teléfonos de la misma naturaleza y calidad que los que fueran objeto de los presentes actuados. ----------

---IV) 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.). ----------

---V) REGULAR los honorarios del Dr. E. R. V., en su carácter de apoderado 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.----------

---VI) DEJAR constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por haber coincidencia de opinión y por hallarse en uso de licencia el Sr. Juez de Cámara Dr. Raúl Adrián Vergara (arts. 7 y 8 de la ley V Nro. 17 y art. 9 del Acuerdo Extraordinario Nro. 3145 del STJCh.----------

-----VII) REGÍSTRESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE. ----------

SERGIO RUBEN LUCERO
JUEZ DE CÁMARA

ALDO LUIS DE CUNTO
PRESIDENTE

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

UBALDO RENÉ AGUILERA
SECRETARIO DE CÁMARA