000143/2022

Comodoro Rivadavia, de mayo de 2022.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"FCA S.A. D. A. P. F. D. EN AUTOS:"A. P. I. c/ FCA S.A. D.A. P. F. D. - R. S. E. - M. M. SA S/ RECLAMO EXPTE N 355/2021 S/ RECURSO DE APELACION"**, Expte. N° 143/2022.

I. Vienen las presentes actuaciones a conocimiento de ésta Alzada por haber sido apelada por el apoderado de FCA S.A. D.A. P. F. D. la Resolución ODC MCR N° 48/2022 de la Oficina de Defensa del consumidor de la Municipalidad de Comodoro Rivadavia, de fecha 02/03/2022 dictada en el expediente Administrativo N° 355/2021. La resolución le impone una multa de pesos trescientos cincuenta mil ($350.000), por infracción a los arts. 8, 8bis, 19 y 37 de la Ley 24.240, más la suma de $400 en concepto de gastos de publicación de la resolución condenatoria.

El apelante expresa agravios a fs. 83/95 a efectos de que E. Tribunal revoque la multa impuesta o subsidiariamente la reduzca. Formula reserva.

Precisa como agravios los siguientes que a continuación se sistematizan: 1) *Vicios del Acto administrativo sancionador:*

1.1 Incompetencia. En su primer agravio, el apelante plantea la incompetencia en razón de la materia, del grado y territorial de la Oficina de Defensa del Consumidor para conocer en el presente caso.

Primeramente, indica que el organismo es incompetente porque no existe una relación de consumo, ya que la suscripción del plan de A. S. para la adquisición de un vehículo utilitario evidencia es

susceptible de ser integrada a un proceso de producción, extremo que debía ser desvirtuado por el reclamante y que el ordenamiento carece de presunción del carácter de consumidor. Señala las actividades comerciales en las que se encuentra registrado en AFIP el denunciante.

En segundo lugar, desconoce a los Municipios la legitimación para ser el órgano de aplicación de la Ley 24240. Dice que la atribución de competencia nacional y local de la mencionada ley no hace referencia alguna a los Municipios.

Por último, respecto de la incompetencia territorial refiere que la supuesta infracción debe ser cometida en la jurisdicción municipal y que la concesionaria M. M. SA no posee sucursales dentro del territorio del municipio de Comodoro Rivadavia.

1.2. Vicio en la causa y en la motivación.

Postula la inexistencia de infracción alguna y que la decisión no exponga los fundamentos mediante los cuales las considera consumadas, limitándose a realizar afirmaciones dogmáticas y arbitrA., siendo en consecuencia nula.

Refuta cada supuesta infracción a la normativa aplicada por la Administración. Entiende respecto del Art. 8 de la Ley 24240 que "la dependencia no indicó concreta y específicamente, cuál habría sido la publicidad o anuncio que esta sociedad habría incumplido (…) y reitera que el reclamante suscribió un contrato de a. bajo la Solicitud X. a través del concesionario M. M. SA".

Destaca que el art. 3 de la solicitud de Adhesión establece que son nulas las bonificaciones o compromisos de los concesionarios o agentes respecto de la

Administración o Fabricante, y que ello se encuentra resaltado a fin de que los contratantes tengan presentes dicha pauta del contrato.

Referido al Art. 8 bis, dice que "esta disposición tiene como presupuesto de hecho la afectación a la dignidad y el despliegue de conductas vergonzantes, vejatorias o intimidatorias" y que la "dependencia no indicó concreta y específicamente, como se configuró la supuesta infracción".

Señala que al derecho administrativo sancionador le resulta aplicable las garantías propias del derecho penal en tanto ostentan una misma naturaleza, punitiva y que no surge del auto sancionatorio el accionar de su parte contrario al trato digno.

Finalmente, alega en cuanto a los Arts. 19 y 37 inc b, Ley 24.240, que la resolución que se impugna se funda en una propuesta conciliatoria, sin reconocimiento de hechos ni derechos, siendo ello un abuso de la autoridad administrativa. Agrega que la propuesta no implicó renuncia a derecho alguno, porque no sería aplicable la multa del art. 7 inc.k por razones de fuerza mayor, derivado de la restricción a las importaciones.

2) Violación de la garantía constitucional del "ne bis in idem": Considera que la Administración sancionó a su parte por la supuesta infracción a los art. 8, 8 bis, 19 y 37 ley 24.240. Sin embargo, el hecho por el cual se la sanciona es el mismo, subsumiéndolo bajo diferentes normas, resultando ello violatorio de la garantía constitucional.

3) Por último, refiere a la violación del principio de verdad objetiva y de oficiosidad de la Administración. Afirma que "el organismo actuante se

ha desentendido de toda actividad probatoria para acreditar las circunstancias fácticas relevantes en el caso y corroborar los hechos que condicionan la aplicación de las normas por cuyo supuesto incumplimiento presente sancionar a esta parte".

II. De las constancias de la causa, surge que el Sr. P. I. A., denunció ante la Oficina de Defensa del Consumidor, que en fecha 29/06/19 suscribió por intermedio de la P. R. D. S. un plan de a. 100% financiado (Grupo 15175 orden 3) respecto de un rodado marca FIAT modelo Ducato Maxicargo L4 H2, todo ello mediante la concesionaria oficial FIAT, M. M. SA y con la financiación de FCA S.A. de A. P. F.D.

Relata el denunciante que el plan de a.s era claro pactándose la entrega asegurada de un modelo superior en la segunda cuota, abonando la suma de pesos cuatrocientos mil ($400.000) y luego ochenta y cuatro (84) cuotas fijas de veinticuatro mil ($24.000). El 06/08/20 habiendo dado cumplimiento al pago en concepto de entrega, no le entregaron el vehículo.

Destaca que la finalidad de la adquisición era transformar el utilitario en motorhome y utilizarlos para vacacionar. Ante los infructuosos reclamos telefónicos, remitió carta documento.

Acompañó copia simple de: 1) Factura 2) comprobantes de transferencias. 3) Tres cartas documento 3) Ficha técnica con oferta.

A fs. 19 compareció el apoderado de M. M. S.A. y peticionó la realización de audiencia en forma virtual. A fs. 29 se celebró audiencia de conciliación con la presencia del denunciante, y el apoderado de FCA D. A. P. F. D..

A fs.30/33 compareció el apoderado de FCA D. A. P. F. D.. Formuló propuesta conciliadora consistente en la entrega de una unidad con la condición del cumplimiento del contrato suscripto y la renuncia a reclamar la penalidad establecida en el artículo 7 de la solicitud de adhesión y a efectuar cualquier reclamo por los plazos de entrega del bien adjudicado.

A fs.35/42 el Sr. A. reitera el reclamo, amplia el relato de los hechos y acompaña documental: Solicitud de adhesión X., impresiones de mails y comprobantes de transferencias.

A fs.51, 53, 54 se realizan audiencias conciliatorias, propuesta conciliatoria aceptada parcialmente por el denunciante, no arribando finalmente a acuerdo.

A fs.72/73 se dispuso iniciar actuaciones sumariales, obrando a fs.74 el acta de imputación N° 874 contra FCA SA de A. para f. D., notificándole que debía comparecer dentro de los cinco días hábiles a efectos de presentar descargo y las pruebas de que intente valerse, bajo apercibimiento de tenerlo por no presentado y continuar el trámite en rebeldía, por presunta infracción a los arts. 8 y 19 – al desconocer la publicidad efectuada por el concesionario, al imponer el articulado la obligatoriedad contractual y efecto vinculante de la publicidad glosada a fs.8vta/12 que integra el contrato de consumo, obligando a los proveedores integrantes de la cadena de comercialización-; art. 8 bis –al condicionar la adjudicación administrativa, que es más que cumplir con la obligación estipulada en el contrato, es decir adjudicar la unidad, a la renuncia de reclamar una

penalidad a favor del ahorrista ante el incumplimiento en la entrega del bien en el plazo determinado en el contrato por un hecho no atribuible al consumidor-; y 37 –nulidad del art. 3.1 de la solicitud de adhesión, al desnaturalizar las obligaciones publicitA., restringiendo los derechos del actor, invirtiendo la carga de la prueba-, todos de la ley 24.240.

La sociedad no formula descargo, por lo que, a fs. 76/76/81, la Oficina de Defensa del Consumidor, mediante Resolución N° 48/22 sancionó a la sociedad aquí recurrente por infracción a los arts. 8, 8 bis, 19 y 37 de la Ley 24.240.

Valoró la falta de presentación de descargo, la posición de las empresas en el mercado, el grado de intencionalidad, carácter de reincidente, los perjuicios derivados de su conducta y las circunstancias relevantes del presente hecho conforme establece el art. 49 ley 24240, 6 inc. d) Ley VII 22 y 4 Ordenanza 6758/99, para aplicar la sanción por infracción formal arts. 8, 8 bis, 19 y 37 LDC, en la suma de pesos trescientos cincuenta mil.

III. Sintetizados los antecedentes del proceso, corresponde ingresar a la revisión propuesta.

En forma preliminar, corresponde tratar la incompetencia planteada por el recurrente.

Al respecto, el recurrente en sus agravios plantea la incompetencia de la Oficia de Defensa del Consumidor porque aduce la inexistencia de relación de consumo, desconoce su facultad sancionatoria y su competencia territorial.

De las constancias del expediente administrativo, surge que FCA D. A. P. F. D., tomó participación mediante

su apoderado participando durante toda la etapa de conciliación. En efecto, formuló propuesta conciliatoria, participó de las audiencias señaladas y contestó la propuesta de aceptación de la denunciante. Es decir que consintió desde el inicio la actuación de la Oficina, no planteando su incompetencia en ninguna oportunidad, ni aún al ser notificada del acta de imputación al dar inicio a la instancia sumarial. A ello debe agregarse, que la sociedad sancionada no formuló descargo en el plazo otorgado para su defensa.

De tal forma la recurrente introduce en sus agravios cuestiones que no fueron sometidas a consideración en el proceso administrativo, lo cual en consecuencia no puede ser materia de revisión en esta instancia (Art. 280 CPCCCh).

Además, por aplicación de la doctrina de los actos propios, según la cual nadie se puede poner en contradicción con sus propios actos anteriores, por medio del ejercicio de una conducta incompatible con una anterior deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz, la recurrente cometió una acción reprobada, inválida, que el orden jurídico no tolera, al haber participado activamente ante el proceso administrativo y luego al fundar su apelación, opone la incompetencia pretendiendo desconocer extemporáneamente (Art. 280 CPCCCh) la relación de consumo, la actuación de la Oficina y de esta ciudad, consintiendo en consecuencia su competencia, razón suficiente para desestimar el agravio (Salas, Trigo Represas, López Mesa: op. cit., T 4 A, ps. 665 n° 14 en comentario al art. 1198; 1998).

Sin perjuicio de ello, es dable recordar La ley 26361 modifica el artículo 41 de la ley 24240 y establece las autoridades de aplicación nacional y local.

En el orden nacional determina que será la Secretaría de Comercio Interior dependiente del Ministerio de Economía y, en el orden local la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las Provincias, que ejercerán el control, vigilancia y juzgamiento en el cumplimiento de la ley y normas reglamentA. respecto de las presuntas infracciones cometidas en las respectivas jurisdicciones (art. 17 ley 26361). También modifica los artículos 42 y 43 de la ley 24240 y determina la existencia de facultades concurrentes entre la autoridad nacional de aplicación y las autoridades locales respecto del control y vigilancia en el cumplimiento de la ley, como asimismo, autoriza la posibilidad de delegar algunas atribuciones a la autoridad local como por ejemplo: recibir denuncias, realizar inspecciones, pericias, celebrar audiencias entre denunciantes y presuntos infractores (arts. 18 y 19 ley 26361).

El texto del presente artículo, por imperio de la ley 26.361, eliminó el párrafo que establecía que “Las provincias, en ejercicio de sus atribuciones, podrán delegar sus funciones en organismos de su dependencia o en los gobiernos municipales”.- Tal previsión resultaba sobreabundante ya que una vez que la prerrogativa se encuentra en cabeza de una administración provincial, será su respectiva organización constitucional la que establecerá la factibilidad de que se deleguen funciones en las administraciones municipales o en organismos de su dependencia (Cfme. Jorge Mosset Iturraspe y Javier H. Wajntraub, Ley de Defensa del

Consumidor, Edit. Rubinzal Culzoni 2008, p. 252vta.; Hernán Colombo E., La delegación de facultades de las provincias a los municipios en la nueva ley de defensa del consumidor, DJ, 01/10/2008, 1589).

Ello así, el Estado Provincial adhiere la ley nacional por ley N°5830 de fecha 12/12/2008 y publicada en el Boletín Oficial el 5/01/2009, la que luego es sustituida por la Ley VII N° 22, que en el artículo 1° dice: "Adhesión. A los f. de la plena vigencia y aplicación en el ámbito de la Provincia del Chubut de la Ley Nacional N° 24.240 de "Defensa del Consumidor", la Provincia del Chubut adhiere a la misma en lo que fuere materia de competencia provincial, correspondiendo que las autoridades provinciales y municipales ajusten su obrar a las previsiones de la presente ley".

Esta última normativa determina en el Art 2°: "Autoridad de aplicación provincial.- Será competente para el ejercicio del control y vigilancia en jurisdicción provincial de las disposiciones de la Ley Nacional N° 24.240 y que afecten exclusivamente al comercio local, la autoridad de aplicación que designe el Poder Ejecutivo por vía de la reglamentación de la presente ley".

El art. 1 de la Ley VII N° 22 sustituyó el art. 3°:"Autoridad de aplicación municipal. Deléganse las facultades de ejercicio de vigilancia, control y juzgamiento de infracciones de las disposiciones de la Ley Nacional N° 24.240 y su modificatoria Ley Nacional N° 26.361, en los municipios que en forma expresa adhieran a las disposiciones de la presente ley, en un todo de conformidad con lo previsto en el Artículo 41°

de la citada ley nacional. Los municipios deberán adherir expresamente al Capítulo III de la presente o en su defecto en el acto de adhesión establecer un régimen de procedimiento compatible con la Constitución Provincial y sus respectivas Cartas Orgánicas...” La Municipalidad de Comodoro Rivadavia mediante Ordenanza N° 10.387/12 adhirió a las citadas Leyes Nacionales y Provinciales en lo que fuere materia de competencia municipal y en especial en aquellas materias en las que se delega expresamente las facultades de control, vigilancia y juzgamiento de infracciones que se sometan a tratamiento en el marco de las citadas normas de consumo.

Por lo expuesto se concluye que la Municipalidad de Comodoro Rivadavia es competente para resolver y juzgar en la presente causa.

IV. En el tratamiento de los agravios –vicio en la causa y en la motivación, y violación de la garantía constitucional del “ne bis in idem”- referidos a las infracciones refutadas por el recurrente, por cuestiones de vinculación se analizará primeramente el arts. 8 y 19 seguidamente las contenidas en los arts. 8 bis y 37.

La resolución recurrida, impone sanción fundada en la infracción del art. 8 de la ley 24.240 que establece *“Efectos de la publicidad. Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor y obligan al oferente”* y art 19 “Quienes prE.n servicios de cualquier naturaleza están obligados a respetar los términos, plazos, condiciones, modalidades, reservas y demás

circunstancias conforme a las cuales hayan sido ofrecidos, publicitados o convenidos”.

Siguiendo tales lineamientos, se advierte que, en la decisión, el órgano administrativo subsumió los hechos en las disposiciones del art. 8 y 19 de la ley de Defensa del Consumidor. Valoró que FCA reconoció la existencia de la solicitud de adhesión N° X. y la vinculación entre ésta y M. M. SA para la realización del negocio, surgiendo ello de las propuestas conciliatorias efectuadas por ambas para la entrega del vehículo, no logrando finalmente arribar a acuerdo.

Se advierte de la documentación agregada, la publicidad en cuestión fs. 8vta/12, 38/39, y el pago de la suma de cuatrocientos mil ($400.000) a M. M. SA (fs.7 vta y 8), no obrando constancia de su desconocimiento por las denunciadas, limitándose a decir en los agravios y en forma genérica que desconoce conversaciones, promesas del concesionario y a señalar el contenido del art. 3.1 de la Solicitud de Adhesión. Se destaca, asimismo, que ninguna de las partes ha adjuntado copia del contenido del contrato de adhesión, privando, en esta instancia recursiva, la posibilidad de su ponderación. En efecto, sólo surge a fs. 8vta a 12, la publicidad, con información sobre los términos de lo que sería el contrato y a fs. 40 copia de la Solicitud de Adhesión N° X., de la cual no se desprende la cláusula 3.1 ni art. 7 mencionados por ambas partes, sin perjuicio que, respecto a su existencia y contenido, pareciera no existir controversia entre las partes del proceso administrativo llevado a cabo. La controversia, se vería configurada en el alcance, dado por las partes, de ambas pautas contractuales.

De ello se concluye que -no habiendo sido incorporado el contrato de adhesión-, de acuerdo a las pruebas y constancias obrantes en el expediente, habiéndose cumplido los requisitos publicitados para la petición de la unidad, no le fue entregada no cumpliendo tampoco el plazo ofrecido, incluso a pesar del intento conciliatorio fallido, configurándose las infracciones a los artículos mencionados.

Ergo, de la Resolución surgen suficientes fundamentos de hecho y de derecho que motivan la solución aplicada.

En cuanto a la infracción a los arts. 8 bis y 37 de la ley 24.240, la Administración la considera configurada en razón de ponderar abusiva la propuesta conciliadora efectuada por FCA, cuando la adjudicación de la unidad es la obligación que debe cumplir derivada del contrato y por lo tanto no debe ser sujeta a condición alguna.

En E. sentido, las propuestas efectuadas en el marco de negociaciones con f. conciliatorios, constituyen ofrecimientos tendientes a componer el conflicto existente entre las partes, que implican renuncias, transacciones e incluso, otorgamiento de mejoras en los derechos originarios, lo cual deriva de los intereses propios de cada parte al entrar en tratativas, propios del negocio en sí o fundado en cuestiones ajenas.

Por ello, no se evidencia en el ejercicio de dicha facultad de las partes y dentro del marco controlado del procedimiento administrativo -que garantiza la protección del consumidor-, una conducta abusiva de la denunciada contraria a la dignidad de éste, derivada de una propuesta que puede ser simplemente rechazada,

modificada u objeto de una contrapuesta, máxime contando el reclamante con patrocinio letrado, lo cual efectivamente aconteció. Por lo que no surge la infracción al artículo 8 bis de la ley 24240 que pretende el organismo, correspondiendo hacer lugar al agravio y revocar la infracción configurada.

Por último, el agravio referido al principio non bis in ídem, es decir, no ser perseguido o sometido a proceso dos veces por el mismo hecho, toda vez que se refiere a varios hechos que se encuentran subsumidas en diferentes supuestos fácticos de las infracciones de la LDC, no reviste entidad suficiente para revisar la resolución de la Administración.

V. Resta el último agravio que considera el apelante fundado en la violación del principio de verdad objetiva y de oficiosidad de la Administración.

Esta Cámara ya se ha pronunciado en E. sentido, que "si constitucional es la garantía del debido proceso, no lo es menos la de protección de los derechos del consumidor. No se trata de consagrar la absoluta primacía de una de ellas sobre la otra, sino de armonizarlas y, puesto a tal labor, el legislador logró conciliarlas, pues al dar protección a los derechos del consumidor resguardó suficientemente la garantía del debido proceso del productor de bienes y del prestador de servicios, pues les aseguró oportunidad de defensa, esto es de alegar y probar en su favor, como la tuvo aquí el recurrente al ser citado para formular su descargo y ofrecer pruebas, sin que se configure violación alguna cuando el interesado no utilizó el medio de que en su momento dispuso. Viene a cuento recordar, también con palabras del más Alto Tribunal de

la Nación, que la defensa en juicio no ampara la negligencia, ineficiencia o incuria de los litigantes" (S.I N 55/14 C. Ap C. Riv, Sala B). "A su vez el descargo constituye el acto por el cual el presunto infractor responde a la imputación efectuada por la autoridad de aplicación, por lo tanto configura la expresión de la legítima defensa de sus derechos, la que a su vez incluye su derecho a ofrecer pruebas" (C.Ap Trelew, Sala B SD 1/14).

Habiendo el apelante mantenido una conducta pasiva durante la instancia sumarial administrativa, no resulta atendible endilgar a la Oficina falta de actividad probatoria cuando siendo la recurrente la principal interesada no contribuyó en tiempo oportuno con la averiguación de la verdad que ahora predica, y pretender desligarse con ello de su responsabilidad. Así, no reviste entidad suficiente el agravio para revocar la decisión apelada.

VI. Finalmente, establecida la existencia de la infracción al artículo 8 y 19 de la ley 24.240, corresponde ahora abordar el examen del quantum de la multa impuesta. En relación con los parámetros que se encuentran en la Ley de Defensa del Consumidor relativos a la graduación de las sanciones, cabe recordar que el art. 47 establece, en cuanto aquí interesa, que "Verificada la existencia de la infracción, quienes la hayan cometido se harán pasibles de la siguiente sanción: (...) b) multa de cien pesos ($ 100) a cinco millones de pesos ($ 5.000.000) hasta alcanzar el triple de la ganancia o beneficio ilegal obtenido por la infracción". A su vez, el art. 49 de la misma ley prescribe que "en la aplicación y graduación de las

sanciones previstas en el art. 47 se tendrá en cuenta el perjuicio resultante de la infracción para el consumidor o usuario, la posición en el mercado del infractor, la cuantía del beneficio obtenido, el grado de intencionalidad, la gravedad de los riesgos, o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización, la reincidencia y las demás circunstancias relevantes del hecho (art. 49, primer párrafo).

Teniendo en cuenta éstos parámetros, y la forma en que se resolvió, habiendo revocado parcialmente la decisión respecto de la comisión infracciones a la ley 24.240, corresponde modificar el monto establecido por la autoridad administrativa.

Por lo expuesto, se resuelve hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por FCA S.A. D. A. P. F. D., revocar la configuración de la infracción a los art. 8 bis y 19. En consecuencia, modificar parcialmente el punto 1) de la parte resolutiva de la Resolución N° 48/2022 de la ODC y fijar el monto de la multa impuesta, por infracción al art. 8 de la Ley 24.240, en la suma de pesos DOSCIENTOS MIL ($200.000).

VII. Las costas de la Alzada atento la naturaleza de la cuestión se imponen por su orden.

Se regulan los honorarios profesionales teniendo en cuenta, la naturaleza del proceso, el mérito de la labor desarrollada, el éxito obtenido, de conformidad a las pautas orientadoras de la ley de aranceles, porcentuales y mínimos establecidos en los arts. 5, 6, 13, 32 y 46 Ley XIII N° 4 y N° 15.

Por ello, la Cámara de Apelaciones de la

Circunscripción Judicial II con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia,

RESUELVE:

1) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por FCA S.A. DE A. P. F. D., revocar la configuración de la infracción a los art. 8 bis y 37; y en consecuencia, modificar parcialmente el punto 1) de la parte resolutiva de la Resolución N° 48/2022 de la ODC y fijar el monto de la multa impuesta, por infracción al art. 8 y 19 de la Ley 24.240, en la suma de pesos DOSCIENTOS MIL ($200.000).

2) Costas de la Alzada por su orden. Regular los honorarios profesionales del Dr. Norberto Juan MORETTI en la suma equivalente a CUATRO (4) JUS, más el IVA si correspondiere.

3) Tener presente las reservas del caso Federal de fs. 94 vta.

4) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

FERNANDO NAHUELANCA
Juez de Cámara

MARÍA MARTA NIETO
Presidenta

VERÓNICA DANIELA ROBERT
Jueza de Cámara

REGISTRADA BAJO EL N° DEL AÑO 2022
DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS