

## Defensa Del Consumidor Dano Directo Requisitos Peticion De Parte

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

### JURISPRUDENCIA

Defensa del consumidor. Daño directo. Requisitos. Petición de parte Se confirma la multa impuesta a la empresa de telefónica apelante, en tanto incumplió el acuerdo transaccional firmado con la consumidora en relación con una devolución de un monto por una tarifa mal cobrada. Se destacó, por mayoría, la revocación del monto fijado en sede administrativa por daño directo (art. 40 bis LDC). Para resolver así, se dijo que la autoridad de aplicación de la ley de defensa del consumidor no está autorizada a suplir la voluntad del denunciante y disponer de oficio la indemnización. Poniendo de relieve que no debe confundirse la facultad o habilitación legalmente conferida para la fijación del daño directo con los requisitos para su ejercicio, entre los que se destaca la necesaria petición del interesado.

En la Ciudad de Buenos Aires, el 7 de febrero de 2017, reunidos en acuerdo los señores jueces de la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, para entender en el recurso judicial directo interpuesto en los autos "TELEFÓNICA DE ARGENTINA SA c/ GCBA y OTROS s/ OTRAS CAUSAS CON TRÁMITE DIRECTO ANTE LA CÁMARA DE APEL.", RDC 3215/0, establecieron la siguiente cuestión a resolver: ¿Se ajusta a derecho la resolución apelada? A la cuestión planteada GABRIELA SEIJAS dijo:

I. El 31 de octubre de 2008 Sara Isabel Pasión, en S11 carácter de apoderada de Leonor Gina Lucci, denunció el aumento sin previo aviso del costo por minuto en su plan de llamadas de larga distancia nacional (v. fs. 1/5 del exp. adm. 140630/10). En la audiencia celebrada el 25 de noviembre de 2008 las partes acordaron que Telefónica de Argentina SA reintegraría "los conceptos facturados por servicio de larga distancia en el vencimiento 20/10/2008 correspondiente a la línea 1146743941 por \$114.30 más impuestos." Éste sería remitido a la denunciante "junto con su factura siguiente o subsiguiente." (v. fs. 14, punto 1.2, del exp. adm.). El acuerdo conciliatorio fue homologado mediante la disposición 800-DGDyPC-09, del 13 de marzo de 2009 (v. fs. 16 del exp. adm.). El 13 de mayo de 2009 Sara Pasión denunció el incumplimiento de lo convenido y manifestó haber efectuado reclamos telefónicos sin resultado satisfactorio (v. fs. 17 del exp. adm.). Intimada a acreditar el cumplimiento del acuerdo, la denunciada guardó silencio. II En consecuencia, mediante la disposición 277-DGDyPC del 21 de febrero de 2011 Juan M. Gallo, titular de la Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor, impuso a Telefónica de Argentina SA una multa de quince mil pesos (\$15 000) y la obligación de publicar el acto administrativo sancionatorio en el diario La Nación, debido a la infracción a lo dispuesto por el artículo 46 de la ley 24240. A su vez, dispuso un resarcimiento a favor de Leonor Gina Lucci, en concepto de daño directo, equivalente al 50% de una "Canasta Básica Total para el Hogar 3" publicada por el Indec, al momento de su efectivo pago (v. fs. 32/34 del exp. adm.). III. El apoderado de la sancionada, Marcelo A. Cortizas, interpuso recurso judicial directo contra tal decisión. Reseñó los antecedentes de hecho que llevaron al dictado de la disposición y negó tanto haber cometido la infracción como la existencia de daño directo. Planteó que resulta inconstitucional la atribución que el Congreso de la Nación reconoció a los organismos de aplicación de la ley 24240 a: fin de ordenar la reparación del daño directo, ya que -a su criterio- invade la órbita de competencias propias del Poder Judicial. Acompañó documentación (v. fs. 16/17) y sostuvo que el acto administrativo adolecía de vicios en su causa y motivación. Expresó que debía tenerse en cuenta el principio de informalismo y, en subsidio, afirmó que la multa era irrazonable por confiscatoria. (v. fs. 1/11 vta.). La apoderada del GCBA, Nilda C. Ruiz, contestó las críticas reseñadas y pidió su desestimación. Consideró que la recurrente no aportó ningún elemento que permitiera apartarse de lo resuelto por la autoridad administrativa y que la cuantificación de la multa había sido adecuadamente fundada (v. fs. 39/46 vta.). La Fiscal ante la Cámara Nidia Karina Cicero estimó que el artículo 40 bis de la LDC no otorga a la autoridad de aplicación facultades de tipo jurisdiccionales, sino que, en el marco de un procedimiento sumarial y sancionatorio, la autoriza a determinar a favor del usuario o consumidor perjudicado un adelanto de una potencial indemnización de monto limitado, que en su caso podrá ser deducida de una reparación acordada en sede judicial (v. fs. 109/112 vta.). Realizado el sorteo pertinente, se ordenó el pase de autos al acuerdo. IV. Como fue señalado, de los términos del acta suscripta en ocasión de la audiencia conciliatoria del 29 de septiembre de 2008 se desprende que la sancionada se comprometió a reintegrar "los conceptos facturados por servicio de larga distancia en el vencimiento 20/10/2008 correspondiente a la línea 1146743941 por \$114.30 más impuestos." Éste sería remitido a la denunciante "junto con su factura siguiente o subsiguiente" (v. fs. 14, punto 1.2, del exp. adm.). El 13 de marzo de 2009 se homologó el acuerdo. El 13 de mayo de 2009 la Sra. Pasión, apoderada de la Sra. Lucci, denunció su incumplimiento. Si bien la autoridad de aplicación corrió el debido traslado, recién al recurrir la disposición el representante de Telefónica presentó una copia simple de una nota de crédito, emitida el 14 de abril del 2011. De hecho, de la documentación no surge la realización del pago sino que desde esa fecha "{dicho importe se encuentra disponible para ser percibido por la denunciante" (v. fs. 1 vta.). Es decir, si bien acordó cumplir la medida

en un plazo aproximado de dos meses, demoró más de dos años en generar el crédito y recién lo habría realizado tras haber sido notificada de la sanción (v. fs. 36 vta del exp. adm., y 16). En este contexto, no es posible tener por cumplido el acuerdo. V. Con relación a la disposición recurrida, en su texto se expresaron las razones que llevaron a su dictado y el derecho aplicable, por lo que cabe afirmar que exhibe una adecuada fundamentación y, por lo tanto, cumple con el requisito de motivación. Tal como surge de sus considerandos, se reseñaron con claridad los antecedentes de hecho del caso. Asimismo, se indicaron las circunstancias que se tuvieron en cuenta al momento de graduar la sanción y se mencionó la normativa que sustenta la aplicación de dichos parámetros. Se estableció que: "...a los fines de la aplicación de la multa prevista en el artículo 47 de la ley 24.240 y 16 de la ley 757 se tendrá en cuenta: 1) el perjuicio resultante de la infracción para el consumidor, 2) la posición en el mercado del infractor, 3) la cuantía del beneficio obtenido, 4) el grado de intencionalidad, 5) la gravedad de los riesgos o los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización, 6) la reincidencia y las demás circunstancias relevantes del hecho (cfr. artículo 49 de la ley 24.240)" (v. fs. 33 del exp. adm.). En particular, se detalló que la actora es reincidente y se citó el expediente por el que se comprueba esta situación. Cabe destacar que Telefónica de Argentina no probó que los antecedentes reseñados sean erróneos. Por otra parte, citó en su defensa jurisprudencia de este fuero (v. fs. 10) que no se adapta al presente, precisamente porque en ese caso el tribunal consideró que no se había acreditado el carácter de reincidente de la infractora. En este sentido no puede soslayarse que la reincidencia es siempre un agravante y deriva en aumentos graduales de las sanciones. En síntesis, no se observa que la disposición recurrida carezca de causa ni de motivación suficiente y la graduación de la sanción no resulta irrazonable ni arbitraria, por lo que la multa es proporcionada a la infracción constatada, pues su monto y fundamentos fueron determinados de acuerdo con lo establecido en los artículos 47 y 49 de la ley 24240, y 18 Y 19 de la ley 757. VI. En cuanto al eventual resarcimiento del daño directo padecido por Leonor Lucci, es preciso destacar que la petición no obra en la denuncia. En efecto, en el formulario de presentación de denuncia consta que la representante de la Sra. Lucci requirió "que le solucionen el problema" (v. fs. 1, exp. adrn.), y en su nota figura que solicitó " ... que la empresa se haga cargo de su error y aplicar la nueva tarifa de larga distancia nacional cuando la misma me sea notificada fehacientemente" (v. fs. 2 vta, exp. adro.). Asimismo, al denunciar el incumplimiento del acuerdo sólo informó que no había abonado la última factura y que había comunicado a la empresa " ... que deduzcan el importe de la misma de la deuda ... " que mantenían con ella (v. fs. 17). Por lo demás, corrido el traslado del recurso directo interpuesto, no efectuó presentación alguna (v. fs. 121/122 vta.). La Dirección no está autorizada a suplir la voluntad del denunciante y disponer de oficio la indemnización. No debe confundirse la facultad o habilitación legalmente conferida para la fijación del daño directo con los requisitos para su ejercicio, entre los que se destaca la necesaria petición del interesado (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala TI, "Swiss Medical SA el DNCI si recurso directo de organismo externo", del 21/10/14, pub! en La Ley del 13/02/15).

En este contexto, toda vez que no fue peticionado por el consumidor, no es posible -dentro del marco de estas actuaciones- tener por acreditado el daño directo que podría haber sufrido. En consecuencia, entiendo que corresponde revocar el resarcimiento ordenado en el artículo 2° de la disposición. VII. Finalmente, en virtud de que propicio la confirmación parcial del acto administrativo, con los alcances antes delineados, y puesto que han existido vencimientos parciales y mutuos, opino que las costas deben ser distribuidas en el orden causado (cf. arto 65 del CCAyT). VIII. Por los argumentos expuestos y en caso de que mi voto fuere compartido, propongo al acuerdo: 1. Hacer lugar parcialmente al recurso judicial directo interpuesto por la actora y, en consecuencia, revocar el resarcimiento por daño directo establecido por la disposición 277-DGDyPC/2011; y 2. Distribuir las costas en el orden causado (cf. arto65 del CCAyT). A la cuestión planteada el DI. ESTEBAN CENTANARO dijo: I. Adhiero al relato de los hechos y a la solución propuesta por la Dra. Gabriela Seijas en los considerando s IV y V. Disiento, sin embargo, con las proposiciones efectuadas en los apartados VI y VII por las razones que a continuación expondré. II. La recurrente postula la improcedencia de la sanción por daño directo en tanto sostiene que el arto 40 bis de la ley 24.240 debe ser declarado inconstitucional debido a que considera contrario a la Constitución Nacional el otorgamiento, a un órgano administrativo, de facultades judiciales para determinar la existencia de un daño al consumidor. Además, considera que su imposición no se encuentra fundada. II.1. Con respecto al primer argumento, tal como he señalado en oportunidad de integrar la Sala 1 de esta Cámara (in re "Ekono S.A. cl GCBA si otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apelaciones", Expte. 262/0, sentencia del 13 de mayo de 2005), sabido es que una consolidada jurisprudencia considera que "[...] la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional y una de las más delicadas funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia Y por ello, debe ser considerada como última ratio del orden jurídico (Fallos: 288:325; 290:83; 292:190; 294:383 298:511; 300:1087; 302:475; 484 y 1149; 311:394; 312:122 y 435, entre muchos otros), y sólo debe ejercerse cuando la repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta y la incompatibilidad inconciliable (Fallos 285:322)" (CSJN, in re "Estado Nacional (Ministerio de Cultura y Educación) cl Universidad Nacional de Luján si aplicación ley 24.521", sentencia del 27 de mayo de 1999; ED, 1. 186, p. 874, cita de p. 877). Sentado ello, más allá de la mera mención sobre el pedido de inconstitucionalidad que la actora expone a fs. 2/4, en

ningún pasaje de su escrito la quejosa expresa de forma concreta por qué el arto 40 bis de la ley 24.240, desde su particular punto de vista, transgrede sus derechos constitucionales. Sin perjuicio de ello, dejo expresada mi opinión que para impugnar la validez de una norma no basta la mera aserción de que se puede causar agravio constitucional en términos teóricos o genéricos, sino que debe probarse, y esa situación no se ha verificado en el caso. Así las cosas, el planteo de inconstitucionalidad debe ser rechazado, pues se trata de una fórmula genérica, formalmente inadecuada y carente de una argumentación jurídica coherente que lo sustente. II.

2. Sentado ello, corresponde entonces analizar el segundo argumento de la actora relativo a que la imputación de daño directo resulta injustificada y carente de fundamento. En primer lugar, resulta oportuno señalar que el daño directo aparece expresamente en nuestra legislación a partir de la reforma introducida por la ley 26.361, que incorporó a nuestro derecho positivo el arto 40 bis. La citada norma -que resulta aplicable al caso, por encontrarse vigente al momento en el que acaecieron los hechos denunciados- conceptualiza el daño directo y señala que: "Es 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". Asimismo, prescribe que: "La autoridad de aplicación podrá determinar la existencia de daño directo al usuario o consumidor resultante de la infracción del proveedor o del prestador de servicios y obligar a éste a resarcirlo, hasta un valor máximo de cinco (5) Canastas Básicas Total para el Hogar 3, que publica el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos de la República Argentina" (conforme texto modificado por el arto 16 de la ley 26.361, aplicable al presente caso). En cuanto al alcance con el que cabe interpretar la noción de "daño directo", la doctrina ha indicado que "el daño directo consiste en la posibilidad de resarcir al consumidor damnificado en sede administrativa, en atención a que en una inmensa mayoría de los casos ventilados por denuncias de consumidores, cuando no se ha podido alcanzar la conciliación de intereses en la etapa correspondiente, el consumidor no accede ya a reclamar por la vía judicial, dada la complejidad de trámite ante el órgano jurisdiccional, especialmente en las causas de menor cuantía. Con este artículo incluido por la reforma realizada a través de la ley 26.631 se dota a la Autoridad Administrativa de Aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor para determinar la existencia de daño directo al usuario o consumidor y obligar al proveedor a resarcir al consumidor" (CENTANARO, Ivana C. y SURJN, Jorge A., *Leyes de Defensa del Consumidor y Usuario comentadas y anotadas*, Buenos Aires, Editorial Lajouane, 2009, p. 61). Por otro lado, Sebastián PICASSO entiende que "[...] sólo serán resarcibles en sede administrativa los nocimientos causados por el hecho o la omisión del proveedor [...]. Por añadidura, el artículo dispone más adelante que el daño directo resarcible en sede administrativa es el resultante de la infracción del proveedor o del prestador de servicios, con lo cual queda claro que no cualquier hecho del proveedor, sino sólo aquel que al mismo tiempo constituya una infracción a la ley, da lugar al resarcimiento previsto por la norma. Ello reduce aún más el ámbito de aplicación de la disposición, atándola a la constatación de que la conducta dañosa se subsume en alguno de los 'tipos' infraccionales que pueden injerirse de la letra de la LDC" (PICASSO, Sebastián, "Daño directo", en PICASSO, Sebastián y VÁZQUEZFERREYRA, Roberto (dirs.), *La Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada*, parte general, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2009, t. 1, arts. 1 a 66, pp. 534 Y 535) (cfr. Mi voto en la causa "Telecom Personal S.A. cl GCBA sI otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apelaciones", Expte. RDC 331010, Sala II, sentencia del 7 de junio de 2012). Considero que, tampoco asiste razón a la recurrente en su segundo argumento. Ello así en tanto, contrariamente a 10 expuesto por ella, y de acuerdo con 10 analizado en el considerando IV del voto de mi colega preopinante, se encuentra acreditado en autos la comisión de la infracción al arto 46 de la ley y, justamente, la reparación del daño directo al usuario es una consecuencia de dicha infracción, en tanto constituye un complemento de la sanción (cfr. mi voto en la causa "Telefónica Móviles Argentina S.A cl GCBA si otras causas con trámite directo ante la Cámara", Expte. RDC 3757, sentencia del 10 de junio de 2016). Dentro del marco reseñado, cabe añadir que la firma no ha aportado prueba alguna que desvirtúe el perjuicio descrito en la disposición impugnada. Debe recordarse que los actos administrativos se presumen legítimos, es decir que han sido dictados con arreglo a las normas jurídicas correspondientes. Esta cualidad obliga a la sumariada a profundizar su argumentación acerca de los vicios que, a su entender, ostentan los actos impugnados, lo que no sucede en el caso. Así, se ha señalado que "la Administración no debe probar con anticipación que sus actos son legítimos, es decir, que han sido dictados de conformidad con el ordenamiento. Es al particular a quien corresponde probar la eventual invalidez [...]" (HUTCHINSON, Tomás, *Procedimiento administrativo de la Ciudad de Buenos Aires*, Buenos Aires, Astrea, 2003, p. 88). En el sub iudice, la recurrente se limitó a refutar vagamente la indemnización otorgada por la administración en concepto de daño directo. En otras palabras, sólo basó sus fundamentos en meras afirmaciones sin sustento fáctico alguno. Nótese que la empresa no ha rebatido los fundamentos utilizados por la Dirección para imponer la indemnización: "Que afin de estimar el daño directo como consecuencia de la infracción se tienen en cuenta los gastos y las molestias en los que incurrió la parte denunciante a efectos de perseguir el reconocimiento de sus derechos" (ver fs. 33 vta. de las actuaciones administrativas). En suma, los extremos invocados por la recurrente no han sido correctamente demostrados, razón por la cual se concluye que todo ello se debió a una ostensible orfandad probatoria. En este sentido, el art. 301 del CCAyT, primera

parte, establece que: "Incumbe la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el tribunal no tenga el deber de conocer". Al respecto, nuestro más alto Tribunal ha expresado que: "La prueba constituye la actividad procesal encargada de producir el convencimiento o certeza sobre los hechos controvertidos y supone un imperativo del propio interés del litigante quien, a su vez, corre el riesgo de obtener una decisión desfavorable en el caso de adoptar una actitud omisiva" (CSJN, "Kopex Sudamericana S.A. c. Provincia de Buenos Aires y otros", sentencia del 19 de diciembre de 199~, Fallos 318:2555). Así las cosas, las manifestaciones vertidas no alteran por sí solas la legalidad del acto administrativo y, por ende, no la eximen de la consecuente responsabilidad. En virtud de ello, y toda vez que el monto de la indemnización se adecua a los parámetros determinados por la ley, estimo que su agravio no puede prosperar. III. En cuanto a las costas, no advirtiéndose razones que aconsejen apartarse del principio objetivo de la derrota, corresponde que sean impuestas a la recurrente vencida (art. 62 del CCAyT). IV. Por las consideraciones expuestas y, en caso de que mi voto sea compartido, propongo al acuerdo: 1) Rechazar el recurso directo interpuesto por la actora y, en consecuencia, confirmar la disposición 277-DGDYPC-2011; 2) Imponer las costas a la recurrente vencida (art. 62 del CCAyT). Así voto. El Dr. HUGOZULETA adhiere al voto de la Dra. Seijas. De acuerdo al resultado de la votación que antecede, por mayoría, SE RESUELVE: 1. Hacer lugar parcialmente al recurso judicial directo interpuesto por la actora y, en consecuencia, revocar el resarcimiento por daño directo establecido por la disposición 277-DGDyPC/2011; y 2. Distribuir las costas en el orden causado (cf. art. 65 del CCAyT). Regístrese. Notifíquese, a la señora Fiscal de Cámara en su despacho. Oportunamente archívese. ESTEBAN CENTANARO Juez De Cámara HUGO R. ZULETA Juez De Cámara GABRIELA SEIJAS 016229E