

Defensa Del Consumidor Telefono Celular Denuncia De Robo Sancion De Multa Cargas Probatorias Dinamicas

JURISPRUDENCIA

Defensa del consumidor. Teléfono celular. Denuncia de robo.

Sanción de multa. Cargas probatorias dinámicas

Se confirma la sanción de multa impuesta a una empresa de telefonía en los términos de la ley de defensa del consumidor, al concluirse que la cuestión que impidió el acuerdo en la instancia conciliatoria fue específicamente la falta de ofrecimiento de una suma de dinero indemnizatoria de las molestias sufridas por la denunciante por causa de la deficiente actuación de los dependientes de la empresa, el retardo en el envío del producto adquirido y la situación de incomunicación que se extendió por 11 días hasta la llegada del nuevo móvil. Además de la omisión de suspender la línea de un aparato robado, lo cual causó desesperación y motivos de angustia (entre otras molestias) y, finalmente, la exigencia de un pago con causa en una penalidad no informada ni acreditada en la causa.

En Viedma, a los 10 días del mes de junio del año dos mil diecinueve, se reúnen en Acuerdo los Señores Jueces de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Familia y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro, con asiento en esta ciudad, asistidos por la Secretaria del Tribunal, para resolver en los autos caratulados "DIRECCIÓN DE COMERCIO E INDUSTRIA DE LA PROVINCIA DE RIO NEGRO S- DIEZ ANTONELA ELIZABETH C-Movistar S/ APELACIÓN", Expte. 0041/2018 del Registro de este Tribunal, y previa discusión de la temática del fallo a dictar, se decide plantear y votar en el orden del sorteo practicado, la siguiente cuestión: ¿Es procedente el remedio recursivo interpuesto por la demandada a fs. 67/75 de los presentes? La Dra. Sandra E. Filipuzzi de Vázquez, dijo: 1) Que llegan las presentes actuaciones a este Tribunal (fs. 96) en mérito a la competencia que se le asignara por el art. 10 de la Ley D 4139 regulatoria del procedimiento administrativo para la defensa de los derechos del consumidor y del usuario de la Provincia de Río Negro, a los fines de resolver el recurso de apelación interpuesto a fs. 67/75 por la firma Telefónica Móviles Argentina S.A. (en adelante Movistar), a través de su apoderado, y que fuera concedido por Resolución N° 1303/2018 (fs. 91/94), contra la Resolución N° 1162/2018 de fecha 15/11/2018 (a fs. 57/65) dictada por el Director Ejecutivo de la Agencia de Recaudación Tributaria, mediante la cual resuelve imponer la sanción de multa de pesos cuarenta mil (\$40.000) a la firma denunciada (ARTICULO 1°), por infracción a los supuestos previstos en los arts. 4 y 19 de la Ley Nacional N° 24.240; a más de determinarse la publicación de la parte resolutive de la decisión en el diario de mayor circulación de la Provincia de Río Negro (ARTICULO 3°), en un todo de acuerdo a los considerandos que se exponen. 2) Que, del cotejo de las constancias agregadas al trámite administrativo, se desprende que la referida Resolución N° 1162/2018 recurrida concluyó las actuaciones caratuladas "S/ DIEZ ANTONELA ELIZABETH C/ Movistar" que tramitaran bajo Expte. N° 012155-DCI-2016 del Registro del Ministerio de Economía (actualmente Área de Defensa del Consumidor dependiente de la Agencia de Recaudación Tributaria de la Provincia), originadas a partir de la denuncia que formulara la Sra. Antonela Diez contra la firma Movistar con sustento en el presunto incumplimiento a la Ley N° 24.240, conforme el relato de los hechos que efectúa (ver fs. 4/5). De tal manera, alega, en lo principal, que en fecha 30 de mayo (2016) realizó una denuncia -telefónica- a la compañía de telefonía celular por el robo de su móvil, solicitando la baja temporal de la línea y el bloqueo del equipo. Al final de ese mismo día y también en forma telefónica adquiere un nuevo aparato (LG LEON) para la mencionada línea que ya poseía, abonando su valor mediante tarjeta de crédito y en cuotas, con el compromiso de que recibiría el producto dentro de las 72 hs siguientes por correo. Refiere que, desde otro celular y en fecha 3 de junio observa que aparece conectada en WhatsApp -cuestión que le produce desesperación y angustia por ver que, quien tenía su celular lo estaba utilizando y accediendo a su información y contactos- y, por lo tanto, entiende que su línea no fue dejada inactiva tal como fuera requerido telefónicamente. Ello fue confirmado desde la empresa prestataria del servicio al informarle que alguien solicitó la rehabilitación de la línea en fecha 31 de mayo a las 12.51 hs. En esta segunda oportunidad vuelve a solicitar se suspenda la línea y el aparato. Sigue mencionando que el día 6 de junio se acerca a una oficina de Movistar en Viedma a fin de clarificar lo sucedido, allí le informan que existió una confusión en el proceso y de los operadores de la empresa quienes al recibir la denuncia de robo no corroboraron los datos del celular (ni del equipo robado ni del nuevo recientemente adquirido, ya que se tuvo por sustraído el nuevo aparato reteniéndose así su envío). Finalmente, el móvil LG LEON llegó el día 10 de junio, 11 días posteriores a la compra, y en oportunidad de acercarse nuevamente a las oficinas de Movistar para la colocación del chip, se le exige un pago de \$682 (\$300 como penalidad por el recambio del equipo y el resto parte del abono, parte del seguro y parte por dos recargas). Dicho costo -explica- nunca le fue informado con anterioridad atento que el desembolso del nuevo aparato fue realizado mediante tarjeta de crédito. Es a partir de allí que denuncia la ineficacia de los empleados de la denunciada, en tanto debió comunicarse en varias oportunidades para que se resuelva la problemática acaecida. En conclusión, peticiona un resarcimiento por la situación padecida a

causa de la deficiente atención por parte de los operadores de la demandada durante el trámite de suspensión de su línea, la posterior activación y el costo extra que se le pretendió cobrar. En ese marco de situación descripto es que entiende que la conducta de la firma vulnera lo preceptuado por los arts. 4 y 19 de la Ley 24.240, dando demás razones en su sustento. 3) Que iniciado de ese modo el procedimiento en sede administrativa ante la oficina de Defensa del Consumidor, y luego que la empresa denunciada plantease primeramente la incompetencia del organismo en razón de la materia, la denunciante enuncia que el problema objeto del reclamo fue resuelto, asintiendo que el pago que se le reclamaba fue quitado. Sin perjuicio de lo cual, y en el marco conciliatorio abierto (conf. art. 43 inc. f) Ley 24.240), solicita una indemnización por el perjuicio sufrido, de lo que se corre traslado a la empresa de telefonía a fs. 13, obrando contestación a fs. 15/16 de la cual surge un informe que primigeniamente admite retraso en la llegada del equipo por error del operador. Seguidamente explica que el reclamo fue solucionado, aunque la peticionante pretende que se cobró una punición no informada por lo que demanda resarcimiento. Y finalmente, sugiere para el cierre de la negociación que si bien la penalización es correcta por falta de cumplimiento de la permanencia del equipo siniestrado, igualmente fue bonificada mediante nota de crédito. Es acerca de dicha contestación que se requiere a la Sra. Diez que se manifieste a su respecto, por lo que conforme surge a fs. 19, aclara que la compensación económica que exige tiene por fundamento la situación de incomunicación sufrida y, fundamentalmente, la ineficacia de los dependientes de la empresa, expresando total disconformidad y explícito rechazo a la propuesta acercada. Posteriormente, ante la falta de acuerdo, previo dictamen legal ("GAL-DC" N° 644/18, fs. 20), y siguiendo la normativa de aplicación, la Jefa del Departamento de Defensa del Consumidor de la Agencia de Recaudación Tributaria procede a dictar la Resolución N° 198/2018 de fecha 29/08/2018 ratificando lo actuado por la Asesoría Legal, declarando la apertura de las actuaciones administrativas y designando instructor sumariante. A continuación, a fs. 22 y vta, obra imputación contra la firma Telefónica Móviles Argentina SA (Movistar), formulada por el Instructor Sumariante, consistente en la infracción prima facie de los arts. 4 y 19 de la LDC, indicando de manera puntual las situaciones que configuraron las infracciones acotadas. Luego de notificada de tal cargo (fs. 23/vta), la empresa de telefonía denuncia convenio, peticiona la suspensión de las actuaciones y su homologación (ver fs. 24) y ofrece prueba (fs. 26/28). A fs. 34 acompaña acuerdo suscripto con la denunciante en el cual se da por satisfecho su requerimiento, pretendiendo su homologación y consecuente archivo de las actuaciones. Sin perjuicio de lo cual, procede a efectuar su descargo a mérito de la presentación obrante a fs. 26/28. Que, respecto del ofrecimiento probatorio como asimismo del acuerdo referido, el Instructor Sumariante admite la producción del primero (fs. 32) y, entiende que la conciliación arribada carece de efectos en tanto lo fue en la instancia sumarial y clausurada la conciliatoria, a más de encontrarse supeditado el cumplimiento de los términos acordados a su homologación, por lo cual recomienda el rechazo de tal pretensión (fs. 38/41). En el mismo escrito evalúa el descargo producido, dictaminando fundadamente su rechazo (ver dictamen legal ?GAL-DC N° 2148/18). Finalmente, se emite pronunciamiento administrativo a través de la Resolución N° 1162/2018 de fecha 15/11/2018 (fs. 57/65), la que puesta en conocimiento de la firma sancionada (conforme constancia de fs. 66/vta, de fecha 22/11/2018) da origen a la articulación a fs. 67/75 del recurso de apelación, para posteriormente, y adjuntada que fuera la constancia de pago de la multa impuesta -nótese que la punición arriba a la suma de \$40.000 y la constancia de pago es de \$90.000, en tanto abarca la sanción económica de \$50.000 determinada en el expediente N° 02772-DCI/14, en acatamiento a lo dispuesto por el art. 11 de la ley 4139, fs. 91/92-, se expide el Asesor Legal mediante dictamen "GAL-DC" N° 2631/18, encontrando cumplidos los recaudos que hacen a la admisibilidad formal del planteo interpuesto y estimando pertinente la correspondiente remisión de las actuaciones a la instancia revisora (adjuntando proyecto de disposición, fs. 88/90). A fs. 91/94 se dicta por parte del Director Ejecutivo de la Agencia de Recaudación Tributaria la Resolución N° 1303/2018 (13/12/2018) que decide la concesión del remedio recursivo y su elevación, remitiendo los obrados a la sede judicial, lo que motivara el presente análisis de tal formulación impugnativa por parte de este organismo jurisdiccional. 4) Que es en atención a los términos de la resolución en crisis (N° 1162/2018) que se alza la empresa multada y, en su fundamento manifiesta, en lo sustancial, que resulta agraviada por la no recepción y homologación del acuerdo arribado con la denunciante (y consecuentemente su archivo) el que se presentó previo a toda imposición sancionatoria. Así, en tanto considera que la transacción alcanzada es extintiva de la potestad sancionatoria de la autoridad de aplicación, y por aplicación del art. 1642 CCyC es desacertada la conclusión arribada a más de violatoria del espíritu de la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240, pues tal norma tiende a pacificar conflictos mediante su resolución alternativa instrumentada a través del acuerdo, cuando (como en el caso) las actuaciones se inician a mérito de una denuncia. Sigue diciendo que el acto jurídico en cuestión (transacción) es un contrato bilateral que rige la relación entre las partes como la ley misma (art.1642 CCyC), siendo sus efectos oponibles incluso a la Autoridad de Aplicación, por lo cual, no cabe -a su entender- sanción alguna por supuesta infracción a la normativa consumeril. Ello, a más que el acuerdo ya cumplido posee el carácter liberatorio del pago que genera a su representada un derecho adquirido, por lo que la punición impuesta no deviene ajustada a derecho. Cita jurisprudencia y define que la satisfacción de la conciliación suscripta por las involucradas conlleva el efecto de la cosa juzgada y toda vez que no se encontraba concluido el procedimiento administrativo tal decisión

configura una injusticia. Luego, se refiere a la inexistencia de violación del art. 4 de la Ley 24.240, tachando de errónea la apreciación del Director Ejecutivo de la Agencia de Recaudación Tributaria que lo llevara a concluir en el modo que lo hiciera. Expresa que, tal como surge del informe emitido por Movistar y glosado a fs. 36, se describió en qué consiste la permanencia con el equipo y la línea, cuya violación condujo a aplicar la penalidad de \$300, y dicha información se adquiere al asumirse el compromiso de mantener el equipo por 18 meses al igual que las características del plan que se contrata, condiciones ambas para la bonificación promocional en la compra del aparato, y que además viene pegada a la factura de compra (ver fs. 72 in fine). Se agravia, asimismo, al considerar la inexistencia de violación al art. 19 de la LDC, expresando al respecto que no existe constancia alguna de haber asumido su parte, la obligación de entregar el equipo en el término de 72 hs. Es que, mediando una distancia de 1.500 km entre el lugar de envío y el domicilio de recepción, surge que el despacho se efectuaría dentro de dicho plazo y la recepción en unos días, tal como admite la denunciante. A más de ello, el tiempo transcurrido no parece excesivo, ilógico o violatorio de ninguna condición pactada. Por todo lo cual, observa no acreditada la violación al art. 19 del mencionado ordenamiento legal, por no haberse demorado el periodo de entrega del teléfono celular. Finalmente, y en forma subsidiaria, en orden a distintas circunstancias particulares de la causa que refiere, entiende que, de corresponder la sanción, ésta debe ser morigerada en su monto, lo que así solicita, teniendo en cuenta para ello: a) que la presunta penalidad (\$300) nunca se cobró a la Sra. Diez; b) que no es excesivo el plazo de 10 días para entregar un producto cuyo domicilio de envío dista de 1.500 km.; c) que de así entenderse, se afectó el interés de una sola persona; d) que existe entre las partes un acuerdo transaccional, por el que se compensaron eventuales molestias; e) la inexistencia de riesgo o afectación de intereses sociales o colectivos; y f) la inexistencia de beneficio alguno para la denunciada derivado de su accionar. 5) Que así reseñadas las actuaciones administrativas, los términos de la Resolución N° 1162/2018 atacada y del recurso planteado por la empresa sancionada, encontrándose los autos en estado de resolver y habiendo superado la apelación el preliminar examen de admisibilidad formal (art. 265 C.Pr.), cabe ingresar al tratamiento de la cuestión planteada, la cual se enmarca a partir de los agravios que le genera a Telefónica Móviles Argentina SA la referida resolución condenatoria en tanto le impone el pago de una multa de \$ 40.000, cuando (al decir de la recurrente) la autoridad de aplicación carecía de potestad sancionatoria para su emisión por mediar acuerdo transaccional, a más de existir prueba tendiente a acreditar que no ha existido violación a normativa alguna, planteando, asimismo, de manera subsidiaria la morigeración de la sanción en tanto resulta excesiva en relación con las faltas endilgadas. 6) Que sentado ello y ya puesta en esa tarea, compulsados que fueran los antecedentes de las actuaciones administrativas que sustentaron la Resolución N° 1162/2018 hoy en crisis -ampliamente reseñados y a los que me remito-, por la cual se impone una sanción de multa a la firma recurrente, comprendo necesario inicialmente tener presente que la misma se dicta por parte del Director Ejecutivo de la Agencia de Recaudación Tributaria a partir del cumplimiento de la función que le compete como autoridad de aplicación de las leyes que protegen al consumidor (art. 2° Ley D 4139, art. 5 Ley 24.240, Ley 22.802 de Lealtad Comercial y su reglamentación), las que resultan ser de orden público y con una finalidad concreta de protección que le asigna tanto la Constitución Nacional (art. 42) como la Constitución Provincial (art. 30). Como ya lo he sostenido en otras oportunidades (Expte. 0029/12-CAV, se del 30/10/13; Expte. N° 0018/17-CAV, se del 05/04/18, entre muchos otros), quien comercializa un producto debe arbitrar los medios necesarios para que aquél se encuentre en las condiciones que por las normas vigentes se imponen, como única forma de que resulten protegidos los derechos de los consumidores -reitero- de notoria raigambre constitucional, y de los comerciantes cumplidores de la ley (conf. CNAp. en lo Penal Económico, sala B, "Bompassy S.A.", 08/09/05, LL 2005-F, 295 citado por este Tribunal en los autos "Acta n° 7711 y 7712 -Wal-Mart Argentina SRL s/ infracción ley n° 24240 s/ Apelación" de fecha 29/04/2015). Ahora bien, de tal modo planteada la cuestión en debate, adelanto que entiendo constatada, en el caso, la infracción a las leyes que protegen al consumidor, en virtud de que lo que se sanciona es la omisión o incumplimiento de los deberes u obligaciones a cargo de los prestadores de bienes y servicios impuestas para equilibrar la relación de consumo, en el supuesto, infracción a los arts. 4 y 19 de la ley 24.240 -Ley de Protección del Consumidor-, por lo que aprecio posible concluir que la decisión adoptada por parte de la autoridad de aplicación en el marco de la Resolución N° 1162/2018 atacada, en cuanto a la incidencia que cabe asignar al acuerdo transaccional (sin efecto alguno una vez concluida la etapa conciliatoria), como también la de imponer la sanción de multa, debe ser avalada. Pues la sola transgresión a la norma a partir de considerar comprobado la verificación de los hechos hace nacer por sí la responsabilidad del infractor en tanto el carácter formal de la infracción, y con ello habilitada la potestad punitiva de la administración por expreso mandato legal (art. 47 Ley 24.240; art. 13 Ley D 4.139), ya sea a partir de la denuncia efectuada por parte de quien invocare un interés particular o actuare en defensa del interés general de los consumidores o de oficio (conf. art. 45 Ley 24.240; art. 3 Ley D 4.139). Y ello así, por cuanto primigeniamente cabe señalar que la relación contractual que vinculó a la denunciante con la firma denunciada quedó debidamente acreditada (conf. factura de fs. 6) y no ha sido desconocida, encontrándose, entonces, englobada en una relación "de consumo" de conformidad con lo dispuesto por el art. 3 de la ley 24.240 ya que los sujetos involucrados se hallan respectivamente encuadrados en los arts. 1 y 2 de dicha normativa, atento que consumidor es toda persona física o jurídica que

adquiere o utiliza, como destinatario final, bienes o servicios cualquiera sea su naturaleza y, los adquiere, de quien produce, importa, vende, facilita, suministra o expide (conf. Juan M. Farina, "Defensa del consumidor y del usuario", Astrea, 2004, págs. 18 y ss gtes.). En segundo término, por cuanto quien comercializa un producto no consumible debe asegurar tanto el cumplimiento de los plazos obligados cuanto el servicio adecuado. Valga recordar, en lo tocante, que la cuestión que impidió el acuerdo en la instancia conciliatoria fue específicamente la falta de ofrecimiento de una suma de dinero indemnizatoria de las molestias sufridas por la denunciante por causa de la deficiente actuación de los dependientes de Movistar; el retardo en el envío del producto adquirido, situación de incomunicación que se extendió por 11 días hasta la llegada del nuevo móvil; además de la omisión de suspender la línea de un aparato robado, lo cual causó desesperación y motivos de angustia (entre otras molestias) y, finalmente, la exigencia de un pago con causa en una penalidad no informada (ni acreditada en autos). De todo lo cual, del cotejo de las actuaciones, no se desprende refutación alguna. Entonces, y si bien la firma recurrente centra su queja en la ausencia de potestad sancionatoria de la autoridad de aplicación por mediar acuerdo, a más de entender demostrada la viabilidad de la exigencia de un monto dinerario como penalidad por la no permanencia del equipo y la línea telefónica, lo cierto es que, por una parte, de las constancias de autos se advierte que la etapa conciliatoria legalmente prevista para pacificar las relaciones, se inició a fs. 8 (6/07/2016) y fue clausurada a fs. 20 (conf. Dictamen ?GAL-DC? 644/18 de fecha 18/04/2018). Es decir, en un lapso conciliatorio de casi dos años, lo que denota, sin mayores comentarios, que el objetivo del procedimiento administrativo, cuál es, la conciliación voluntaria de los intereses de las partes de acuerdo a las previsiones de las leyes de Defensa del Consumidor, debe considerarse cumplida. Y, sólo con posterioridad a ello, y formulada imputación de cargos (ver fs. 22 del 30/08/18), es que la empresa de telefonía celular se contactó con la afectada ofreciendo una suma dineraria, de manera extemporánea y sin justificativo más que la aparente especulación -tal como observa el instructor sumariante-. La norma provincial (Artículo 6° de la Ley 4139) menciona que, de resultar procedente la denuncia, la autoridad de aplicación debe declarar la apertura de un sumario administrativo, operándose la misma con la instancia conciliatoria y "Si las partes llegan a un acuerdo antes de la audiencia deben presentarlo por escrito a la autoridad de aplicación. De llegarse a un acuerdo en la audiencia, se labra acta en tal sentido" (inc. f); asimismo "Los acuerdos deberán ser homologados por la autoridad de aplicación dentro de los diez (10) días de encontrarse las actuaciones en estado de dictar resolución" (inc. g); y "En caso de fracasar la instancia conciliatoria, el funcionario actuante da por concluido el procedimiento por simple providencia" (inc. h), etapa que finalizada hace continuar la instrucción del trámite sumarial y, de corresponder, es seguida de imputación (ver art. 7 y ss gtes de ley citada). En similar sentido se pronuncia la reglamentación nacional, el Decreto N° 202/2015 Reglamentación del Sistema de Resolución de Conflictos en las Relaciones de Consumo, Anexo I Reglamentación de los Títulos I y II de la ley 26.993, en su Artículo 6° reza "Recibido el reclamo, la autoridad competente en materia específica del Servicio de Conciliación Previa en las Relaciones del Consumo (COPREC) se expedirá sobre la admisibilidad del mismo. (...) El plazo de duración del procedimiento de conciliación empezará a correr desde la fecha de la audiencia referida en el último párrafo del artículo 7° de la ley 26.993. Una vez finalizado el procedimiento conciliatorio, no procederá su reapertura." (cita online <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/240000-244999/242168/norma.htm>). Por su parte, el texto del Decreto 1798/1994 de Reglamentación de la Ley de Defensa del Consumidor, en su art. 45 inc. a) dispone "El acuerdo conciliatorio homologado por la autoridad de aplicación suspenderá el procedimiento administrativo. Si las partes no conciliaren, la autoridad de aplicación continuará el trámite y dictará la resolución definitiva". De todo lo cual se concluye que la transacción arribada por la firma denunciada con la denunciante, no produjo los efectos pretendidos por la primera, en tanto su introducción devino extemporánea en el procedimiento administrativo -el que continuara su tramitación de manera oficiosa-, sin perjuicio de que los mismos puedan tener consecuencias en otra sede y en caso de eventuales reclamos legales por parte de la consumidora. En cuanto a los agravios dirigidos a cuestionar las infracciones a los arts. 4 y 19 LDC, los antecedentes que sirven de sustento al acto emitido por la autoridad de aplicación en crisis dan cuenta de la comprobación de ambas violaciones normativas. La primera por omisión de brindar debida información al consumidor, constatado ello a partir de la denuncia de la Sra. Diez (cuyos hechos relatados no fueron desconocidos), como por la falta de prueba a cargo de Movistar, quien se limitó a adjuntar un informe propio (oficio de fecha 10/10/18 a fs. 36) respecto de las condiciones de permanencia, alegando que el anoticiamiento al respecto viene incluido en las condiciones generales de los contratos de venta de celulares (admitiéndose que la falta de permanencia de la usuaria lo fue por causas ajenas a su voluntad -robo-, lo que fuera comunicado a la empresa), y que el despacho del celular adquirido se realizó vía OCA dentro del plazo de tres días acordado con la usuaria, siendo nuevamente solo una afirmación vacía de probanza alguna. Es que señalo, relevantemente, que quien se encuentra en mejores condiciones de probar dichos extremos, es la firma recurrente, ello así por cuanto se presume de buena fe la actuación del consumidor, salvo prueba en contrario (art. 7 Ley D 2817), la que, por cierto, no se ha acompañado. Y, en ese orden de ideas, preciso es indicar que si bien la imposición probatoria, en principio, recae sobre quien alega, esta regla queda invertida en situaciones donde uno de los contratantes (de mayor preeminencia o fuerza) está en convenientes

aptitudes de probar por sobre la parte más débil y, efectivamente, la relación contractual no es equilibrada en este tipo de relaciones comerciales, por lo que la carga de acreditar que no ha sucedido lo denunciado por el cliente, pesa sobre la empresa vendedora. En esta ocasión, simplemente no se ha visto cumplido el deber probatorio por parte de la apelante. Es que -insisto- la actividad demostrativa debe adecuarse al modelo donde se aplica, debiendo tenerse presente que en estos procesos donde se busca proteger las relaciones de consumo, hay una presunción irrefrenable que, considerando la debilidad del consumidor o usuario, admite que en casos de duda se aplique la interpretación más favorable para el afectado (arts. 1, 3, 37 y 65 de LDC) y la aplicación de la teoría de la carga dinámica de las pruebas. Ello así, pues estas modernas premisas flexibilizan los postulados clásicos y, en consecuencia, ante una mejor posición con la que cuenta una de las partes a los fines de probar un determinado hecho, es que se le traslada la carga de producirla y las consecuencias disvaliosas que trae aparejada la falta de diligencia a su respecto. Por tanto -reitero- pesaba sobre la denunciada la prueba del cumplimiento de la obligación de "respetar los términos, plazos, condiciones, modalidades, reservas y demás circunstancias conforme a las cuales hayan sido ofrecidos, publicitados o convenidos" los servicios (art 19 LDC) como así también "suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización" (art 4 LDC), ante el requerimiento enunciado por la consumidora en sucesivas oportunidades, tanto en forma telefónica como personalmente en la oficina sita en Viedma, extremos que no se han acreditado en autos, lo que determina la procedencia del rechazo del agravio esgrimido en lo atinente. Aúno a lo dicho, que los hechos denunciados no fueron desconocidos en el estado inicial de conciliación, donde la empresa se limitó a formular un planteo de incompetencia del organismo en razón de la materia y posteriormente a negar su obligación de entregar el producto en el plazo comprometido, sin dar, en la única instancia posible -la conciliatoria-, una solución ni propuesta alternativa al problema formulado por la clienta, pues lo hizo posteriormente a la imputación. De tal manera, se pone en evidencia la conducta de la sumariada como transgresora y violatoria de las disposiciones del art. 4 y 19 de la Ley 24.240, al omitir brindar la información debida en oportunidad de contratar, por una parte, exigiendo una pena económica no informada previamente (y valga la apreciación, de dudosa aplicación frente a una situación de robo como la informada, a más de que nunca se solicitó la baja de la línea sino únicamente su suspensión temporal hasta adquirirse un nuevo equipo) y, por otra, en cuanto a las modalidades de la prestación del servicio, en tanto en lo sustancial, no se ha otorgado la asistencia telefónica comprometida de acuerdo a su notoria, palmaria, pública y obvia finalidad (prestar un servicio de comunicación y situaciones que rodean a la misma), bastando para ello tener en cuenta que no se advierte razonable el tiempo transcurrido desde la adquisición del nuevo aparato telefónico hasta su recepción. Hecho que mantuviera a la usuaria incomunicada durante 11 días, a lo que agregó que debe notarse que desde el día 31/5 hasta el día 3/6, quien robó el aparato celular de la Sra. Diez pudo utilizarlo discrecionalmente ingresando a todos sus datos y aplicaciones por causa, justamente, de la omisión de la prestataria del servicio de telefonía de suspender el mismo, tal como lo requiriera la denunciante. Todo lo cual no ha sido ni controvertido ni se ha ofrecido prueba alguna en contrario por parte de Movistar. En consecuencia, cabe rematar sosteniendo que el escrito de expresión de agravios no refuta con la entidad necesaria las conclusiones de hecho y de derecho en que se funda la decisión en crisis, limitándose mayoritariamente, a la repetición de fundamentos ya expuestos en etapas anteriores (descargo), constituyéndose en una versión de los hechos que denota una disconformidad con la resolución emitida por el Director Ejecutivo de la Agencia de Recaudación Tributaria sin sustentarse en constancia probatoria alguna que rebata la imputación y basamento normativo en base a los cuales se le endilgara a la empresa la transgresión a los arts. 4 y 19 de la LDC, por lo que resulta procedente y debe confirmarse la multa aplicada por la autoridad administrativa a la empresa Telefónica Móviles Argentina SA (Movistar), por considerarla incurso en infracción a las normas referidas. Y ya para concluir en el punto, no resulta ocioso recordar que -en lo concerniente a las infracciones reguladas por las distintas normas nacionales y provinciales de la defensa de los derechos del consumidor y usuario, Ley 24.240, Ley D 2817- el bien jurídico protegido es, precisamente, la tutela de los derechos del consumidor y del usuario. El incumplimiento u omisión de los prestadores de bienes y servicios respecto de los deberes y obligaciones a su cargo, es lo específicamente penado por la Ley y fueron impuestos como forma de equilibrar la relación prestataria-consumidor. Al tratarse de infracciones formales, su sola comprobación hace nacer por sí, la responsabilidad del infractor, pues basta la conducta objetiva contraria a la ley. De allí, que la multa prevista en la ley no reviste carácter retributivo sino punitivo y a modo de advertencia ejemplar, para evitar que el infractor continúe en la conducta antijurídica. Se persigue proteger de esa manera el orden social, al más débil de la relación contractual, en el caso, el consumidor. 7) Que sentado lo expuesto procede seguidamente analizar si el quantum de la punición determinada en uso de las facultades discrecionales de la Administración de \$40.000, resulta razonable, motivada y proporcionada, o en su caso, si corresponde la atenuación de la misma, tal lo achacado y peticionado por la apelante en los agravios vertidos a fs. 67/75. Por tanto, en la tarea de decidir ello, vale declarar que la graduación de la sanción es resorte primario del organismo estatal, siendo potestad propia de la autoridad de aplicación. Sin perjuicio de lo cual, el obrar de los poderes públicos no puede ser arbitrario o irracional, y toda actividad de la administración no es ajena al control

judicial de legalidad y razonabilidad. Es que el accionar de tal orden del Estado debe ser racional y justo, no obstante a ello la circunstancia de que aquél goce de un cierto poder de apreciación de la gravedad de la conducta del infractor y de imposición de la sanción dentro de un máximo y mínimo establecido legalmente, lo que además no lo constituye en un justificativo para una conducta arbitraria, habida cuenta que precisamente la razonabilidad con que se ejercitan dichas facultades es lo que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y permite a los jueces ante planteos concretos de parte interesada -en el caso, la recurrente sancionada- verificar el cumplimiento de dicho presupuesto ("Fallos" 308:727 y sus remisiones). Pero, ese ejercicio de las potestades discrecionales a la vez que significa posibilidad de opciones dentro de un marco jurídico implica también el deber de fundar con mayor precisión la concurrencia de la conducta punible y una adecuada imposición punitiva. Entonces, es necesaria la existencia de un juicio de razonabilidad donde se acredite la falta, se establezcan sus circunstancias, la pena acorde a ellas y posteriormente el monto conforme a la razón, a lo justo, moderado, prudente, con arreglo, en definitiva, al sentido común. Es también preciso tener en cuenta, en relación a la extensión y alcance económico de la sanción (multa) impuesta, que la función judicial no puede reemplazar la acción de los otros poderes, ni asumir responsabilidades o sustituirlos en las facultades que a ellos les concierne, pues puntualmente en el ejercicio de la potestad sancionatoria se reconoce a la autoridad competente el razonable margen de apreciación en la graduación de la pena a aplicar. En base a dichas premisas, dable es señalar que el art. 47 de la ley 24.240 establece que verificada la existencia de la infracción, quienes la hayan cometido serán pasibles de sanciones, que allí se detallan, entre las que se encuentra multa que podrá oscilar entre pesos cien (\$ 100) y hasta pesos cinco millones (\$ 5.000.000) y, por su parte, el art. 13 de la ley provincial D N° 4139 remite en el punto a las prescripciones previstas en la norma nacional referida. Asimismo, el art. 49 de la Ley 24.240 (específicamente en nuestra provincia al art. 14 de la Ley D 4139), determina una serie de pautas y criterios a considerar a los fines de la aplicación, graduación y cuantificación del monto de las sanciones que se impongan, a saber: el perjuicio 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 (considerando reincidente a quien habiendo sido sancionado por una infracción a dicha ley, incurra en otra dentro del término de 5 años) y las demás circunstancias relevantes del hecho. De ahí que, sobre la base de las consideraciones anteriores, toda vez que la imposición de una pena de carácter dinerario en este tipo de actuaciones resulta aplicable por propio mandato del legislador (art. 47 Ley 24.240; art. 13 Ley D 4.139), así como el carácter enunciativo y no taxativo del art. 49 de la Ley 24.240 (y también del art. 14 de la Ley D 4139), no resulta posible, en principio, exigirle a la autoridad de aplicación la justificación de la determinación de la imposición de una sanción particular, encontrándose el control jurisdiccional sobre los actos discrecionales de la administración limitado a corregir una actuación ilógica, abusiva o arbitraria (Conf. CSJN, Fallos 331:1369). En ese marco reparo que, en este caso, el Director Ejecutivo de la Agencia de Recaudación Tributaria luego de analizar el descargo efectuado por la empresa y en uso de sus facultades resolutorias, dictó la disposición sancionatoria impugnada (pese al acuerdo conciliatorio arribado entre la empresa y la usuaria por resultar su pretensión intempestiva), y para determinar la punición aplicada (multa de \$ 40.000), hizo mención a la posición que la empresa Telefónica Móviles Argentina S.A. -Movistar- mantiene en el mercado nacional y regional (empresa de telecomunicaciones de trascendente envergadura y millones de clientes/usuarios); el perjuicio económico ocasionado a la denunciante (si bien en el caso no se puede cuantificar, ello no permite tomarse como atenuante); la cuantía del beneficio obtenido (aquí no puede hablarse de tal provecho, toda vez que a raíz de la presente denuncia se dejó de exigir el pago no informado -penalidad-, más ello no puede servir como atenuante); el grado de intencionalidad (conocimiento de las situaciones acaecidas); la gravedad de los riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización (la probabilidad de que la sumariada genere incertidumbres en el conocimiento de los términos contractuales a los que somete a los usuarios del servicio); falta de intención de solucionar el reclamo y luego pretensión de homologar el acuerdo conciliatorio para evitar la posible aplicación de punición (pese a que fue cumplido); y al amplio detalle de antecedentes de similares infracciones que denotan la reincidencia de la empresa sancionada (citados en la resolución apelada, ver fs. 63), aludiendo, además, en particular, al carácter ejemplar y disuasivo de la medida sancionatoria orientada a prevenir el mantenimiento o repetición de la conducta que se entiende en contravención a la norma. Dichas circunstancias alegadas por el organismo sancionador hacen convalidar, en este supuesto, el monto cuestionado, por cuanto en la búsqueda de determinar la razonabilidad de la sanción -si bien no deja de notarse que no se ha comprobado intencionalidad en la infracción-, se advierte que dicha autoridad administrativa ha tenido en cuenta los parámetros impuestos por la normativa aplicable a los efectos de graduar la pena aplicada -más allá del desacuerdo en que la recurrente puede encontrarse respecto de la valoración realizada en el acto que impugna-, en tanto la argumentación dada resulta suficiente para que el monto de la punición aplicada aparezca razonable -nótese más cerca del límite mínimo que del máximo- y proporcionado a la infracción cometida teniendo en cuenta las características del caso, en especial, la posición en el mercado de la firma y su situación de reincidente (de manera vasta) en la comisión de transgresiones u omisiones en el cumplimiento de leyes de naturaleza protectoria de

los derechos del consumidor y, en definitiva, suficientemente apta para instar un cambio de conducta de la empresa a los fines de la no repetición de hechos similares. Por ende, la subsidiaria petición de morigeración del monto de la sanción debe ser rechazada, no pudiendo soslayarse, a todo evento, que la punición se ha determinado en el marco de un procedimiento ajustado a derecho y donde se ha resguardado el debido derecho de defensa de la empresa. Es que también debe valorarse al momento de evaluar el monto de la penalidad aplicada, que este tipo de correctivos en el marco del ordenamiento civil tienen una finalidad que se encuentra dirigida a evitar la repetición o mantenimiento de conductas en infracción a la garantía del art. 42 de la Constitución Nacional (y su correlativo art. 30 de la Constitución Provincial), en cuanto determinan que los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho en la relación de consumo a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos, por lo que asumo y reafirmo -aun pudiendo resultar reiterativa- que las sanciones aplicadas por la autoridad administrativa de control deben constituirse -más allá de su objetivo punitivo- en pautas que puedan disuadir a la sancionada de volver a violar la ley y ejemplificativas para el resto de la sociedad, ya que no solo se trata de condenar a quien viola la ley sino de proteger el derecho concreto de los usuarios. Es decir, el objetivo de la ley no es fiscal, sino obtener un ordenamiento de la actividad comercial en el mercado interno, con la regulación de dicha tarea por medio de leyes que tipifiquen conductas desleales y que en consecuencia resulten prohibidas. Por ello, amparada en la firme convicción que vengo sosteniendo en la temática acerca de que en esta específica materia que resguarda los intereses de los consumidores, debe tenerse presente que la autoridad de aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor debe sujetarse al principio in dubio pro consumidor (conf. "Provencred Suc. 2 Argentina S.A. vs. Dirección Nacional de Comercio Interior - Disp 187/05 (Exp S01: 45381/02)", Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I; 06/04/06; Prosecretaría de Jurisprudencia de la CNCAF; RC J 26196/09, del voto del Dr. Buján), y que se debe optar por la apreciación más favorable para el consumidor o usuario (art. 3, Ley 24.240, art. 1094 CCyC), patrón que alcanza tanto a la interpretación de la ley como del contrato, y que a dichos fines, la protección comprende incluso en la duda en la lectura de los hechos como del derecho, puesto que ante la ausencia de certeza debe formularse el encuadre normativo que favorece al más vulnerable (conf. "R., S. M. vs. CEMIC s. Sumarísimo", Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala II; 31/08/10; Rubinzal on line; RC J 14646/10), concluyo, en definitiva, que debe rechazarse el recurso de apelación de la empresa sancionada contra la disposición del organismo administrativo que la multó por infracción a los arts. 4 y 19 de la Ley N°24.240, con costas por vigencia del principio general de la derrota (art. 68 CPr.), fijando los honorarios del letrado que asistiera en el doble carácter de apoderado a la firma sancionada, Dr. Alejandro Ricardo Buckland, atendiendo al mérito de la labor desplegada apreciada por la calidad, eficacia, extensión y resultado obtenido, en la suma equivalente a ... jus más 40% (arts. 6, 9, 10, 48, 50 L.A.), lo que así propongo al Acuerdo. MI VOTO. A igual interrogante la Dra. María Luján Ignazi, dijo: I. Que, acompañó la solución propiciada por la Sra. Juez que me precede en orden de votación inclusive en lo que respecta a los honorarios regulados en 10 JUS. Ello, en la convicción que quien formula la propuesta que en definitiva acepta el Acuerdo, es quien se encuentra en mayores condiciones de valorar la tarea profesional realizada. Tal decisión la suscribo, pese a no resignar mi opinión personal acerca de que en este tipo procesos, signados por un acotado trámite judicial -esto, en la medida en que ante esta sede tribunalicia el profesional actuante se limitó al ejercicio recursivo (ver fs. 67/75)- y carentes de una regulación determinada por el ordenamiento legal, no cabría recurrir al mínimo instituido por la Ley G N° 2.212 para los juicios de conocimiento y debería mediar una regulación diferenciadora que atienda las particularidades del procedimiento sujeto a regulación. Por lo expuesto al inicio de esta exposición motivadora de mis fundamentos, y no obstante ser consciente que la decisión que acompañó implica apartarme de la pauta regulatoria adoptada en sent. 2/2019 recaída en autos ?DIRECCION DE COMERCIO INTERIOR E INDUSTRIA S- ROCHAS NICOLAS C- COOPERATIVA OBRERA LTDA. S/ APELACION (cc)? en fecha 13.02.19; en sent. 9/2018 dictada en el expediente ?DIRECCION GENERAL DE COMERCIO INTERIOR S- PEDIDO DE INFORME SERVICIO TELEFONICO FIJO - TELEFONICA DE ARGENTINA S.A. S/ APELACION (c)? en fecha 15.03.18; en sent. 6/2018 suscripta en autos ?DIRECCION DE COMERCIO E INDUSTRIA DE LA PROVINCIA DE RIO NEGRO S- ACTUACION DE OFICIO S- LEY 24240 C- AMX ARGENTINA S.A. (CLARO - LINEA SUR) S/ APELACION (cc)?, el día 12.03.18, e inclusive en sent. 75/2017 refrendada en la causa ?DIRECCION GENERAL DE COMERCIO INTERIOR ACTUACION DE OFICIO S-LEY 24240 C/ PERSONAL S.A. - LINEA SUR S/ APELACION (c)? de fecha 03.10.17, me pronuncio en consonancia -tal lo adelantado- con el criterio propuesto. ASÍ VOTO. A igual interrogante el Dr. Ariel A. Gallinger dijo: Atento la coincidencia de criterio de las Sras. Juezas que me preceden en orden de votación, me abstengo de sufragar. Por ello y en mérito al Acuerdo que antecede, el TRIBUNAL RESUELVE: -I. No hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por Telefónica Móviles Argentina S.A. -Movistar- y, en consecuencia, confirmar la Resolución N° 1162/2018 de fecha 15/11/2018, en todos sus términos. -II. Imponer las costas a la empresa recurrente, por vigencia del principio general de la derrota (art. 68 C.Pr.), fijando los honorarios del letrado que asistiera en el doble carácter de apoderado de la empresa sancionada, Dr. Alejandro Buckland, atendiendo al mérito de la labor desplegada apreciada por la calidad, eficacia, extensión y resultado obtenido,

en la suma equivalente a ... jus más 40% (arts. 6, 9, 10, 48, 50 L.A.). Regístrese, protocolícese y notifíquese. SANDRA E. FILIPUZZI DE VAZQUEZ-PRESIDENTE, ARIEL GALLINGER-JUEZ, MARIA LUJAN IGNAZI-JUEZ. ANTE MI: ANA VICTORIA ROWE-SECRETARIA REGISTRADA DIGITALMENTE SENT. DEF. 55, T° II, F° 514/527 10/06/2019.-

Cor relaciones

Ley 24240

-BO: 15/10/1993

041291E