

_____SALTA, 01 de marzo de 2016. _____

_____ **Y VISTOS:** Estos autos caratulados "**SECRETARÍA DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR c/ TELECOM PERSONAL S.A. - RECURSO DE APELACIÓN DIRECTA**", Expte. N° CAM 314.858/10 de esta Sala Primera, y _____

_____ **CONSIDERANDO:** _____

_____ **I.** Que en contra de la Resolución N° 679/10 de la Secretaría de Defensa del Consumidor (ver fs. 56/59), que impuso a Telecom. Personal S.A. la sanción de multa por la suma de \$ 5.000 (pesos cinco mil) por infringir el artículo 46 de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor y el artículo 10 de la Ley 7.402, dicha firma (representada por la Dra. Julia Figueroa Day) dedujo recurso directo de apelación a fs. 61/66, el que fue concedido a fs. 67. _____

_____ Sostiene la empresa apelante que la resolución recurrida adolece de arbitrariedad atento a que omitió considerar los elementos aportados por su parte a la causa, siendo el único sustento de la misma opiniones unilaterales vertidas por el denunciante, los que además –dice- no cuentan con respaldo material alguno. _____

_____ Considera que las circunstancias en las que se ha desarrollado la etapa conciliatoria y el cumplimiento del acuerdo son fundamentales para el análisis del caso ya que de allí surgiría que fue el denunciante quien dificultó en todo momento el accionar de la empresa. _____

_____ Niega que la circunstancia de no haberse plasmado en el acta de conciliación todas las cuestiones vinculadas al caso puedan interpretarse como un reconocimiento de demoras de su parte -como se sostiene- pues ello responde a la práctica usual, mediante la cual se busca cerrar el acuerdo y evitar volver sobre cuestiones ya planteadas por escrito con anterioridad. _____

_____ Dice que no se observaron las normas del debido procedimiento administrativo, lo que trae consigo la conculcación de garantías y derechos constitucionales, por cuanto no hubo apertura ni producción de prueba en el expediente a cargo de la Administración, siendo que la impulsión de dicho procedimiento debe realizarse de oficio por ésta y sobre ella pesa el deber de

investigar en búsqueda de la verdad real. _____

_____ Hace referencia a jurisprudencia nacional, de la que –considera– surgiría que debe hacerse aplicación de los principios y garantías aplicables al derecho penal y procesal penal respecto de la disposición que impugna. En este sentido, dice que la resolución impugnada resulta dogmática e infundada, no constituye una derivación del derecho vigente y configura la violación de las garantías sustanciales y procesales más elementales, como las del debido proceso, ya que resuelve teniendo por ciertos hechos no acreditados o inexistentes _____

_____ Por último, alega que es improcedente la graduación de la multa realizada por la Secretaría sobre la base de presunciones. Expresa que su parte no tiene antecedentes ni reincidencias en infracción a los artículos 10 de la Ley 7402 ni 46 de la Ley 24240, como se sostiene en la resolución que impugna; que el precedente allí citado corresponde a la empresa TELECOM ARGENTINA S.A. y no a TELECOM PERSONAL S.A. Agrega que, además, debe tenerse en cuenta que no existió daño al denunciante, más que el que hubiera generado por su propio obrar, ya que recibió todos los beneficios del acuerdo al que se arribó. _____

_____ Por todo ello considera que resulta arbitrario el monto de la multa, el que estima no se sustenta en los presupuestos de hecho y de derecho que debieron ser considerados para el dictado de la resolución apelada. Dice al respecto que se debió tener en cuenta que no existió perjuicio económico al denunciante, que el convenio se encontraba cumplido al momento del dictado de la resolución y que no existió reincidencia de su parte, no habiendo hasta la fecha multa firme en su contra por violación a la normativa en cuestión. _____

_____ Deja planteada la cuestión federal. _____

_____ A fs. 84/88 el Sr. Manuel Santiago Godoy, Secretario de Defensa del Consumidor, con el patrocinio letrado del Dr. Daniel Espilocín, contesta los agravios, solicitando su rechazo con expresa imposición de costas al recurrente. _____

_____ Afirma que el memorial de la parte actora no constituye recurso de apelación, por cuanto se trata de un planteo abstracto genérico y no contiene

una crítica concreta, fundada y razonada de las conclusiones de la resolución atacada, por lo que corresponde declara desierto el recurso de apelación planteado. _____

_____Expresa que el acuerdo al que las partes habían arribado no contenía ninguna obligación a cargo del denunciante -Sr. Otero- ni tampoco se hizo referencia a requisitos tributarios algunos para dejar la cuenta del denunciante en cero pesos (\$ 0). _____

_____Señala que del propio descargo presentado por la firma recurrente surge que los ajustes en la cuenta referida se realizaron en fecha 10/07/09, cuando debieron serlo en fecha 15/06/09 de acuerdo al plazo establecido en el acuerdo conciliatorio. _____

_____Recalca que la empresa en su descargo no ofreció medida probatoria alguna que demande producción, sólo aportó prueba documental que fue debidamente adjuntada al expediente y considerada al momento de dictar el pertinente resolutorio. _____

_____Remarca que el artículo 164 de la Ley de Procedimientos Administrativos faculta al órgano administrativo a prescindir de la apertura a prueba cuando tenga por ciertos los hechos enunciados y que, en el presente caso, de las propias manifestaciones del recurrente en su descargo surge el incumplimiento del acuerdo, hecho por el cual fue sancionado. _____

_____Por ultimo, expresa que durante la tramitación del sumario se han respetado todas las garantías constitucionales a la firma sancionada, ya que se le ha corrido el debido traslado de la imputación, otorgándole la posibilidad de efectuar descargo, de ofrecer prueba (derecho que no ejerció), y la posibilidad de alegar. _____

_____Con respecto a la graduación de la multa, destaca que el monto de \$ 5.000 impuesto como multa resulta el 0.1% del tope máximo previsto por la normativa aplicable; que, según los propios dichos de la recurrente, el precio del teléfono del Sr. Otero asciende a \$ 2.000, sumado a que se le imputó una deuda inexistente de \$ 370,06, a lo que debe añadirse la posición en el mercado de la firma infractora, que es una de las principales proveedoras de equipos y líneas celulares del país, todos ellos elementos suficientes para

graduar la misma según los parámetros establecidos por el art. 49 de la Ley 24.240, y que se ha tenido también como agravante el hecho del incumplimiento de un acuerdo conciliatorio y el deber de diligencia a cargo de la empresa como proveedora de servicios. _____

_____A fs. 175/176 emite dictamen el Sr. Fiscal de Cámara Civil, Comercial y Laboral, pronunciándose por la confirmación de la resolución apelada. _____

_____ **II.** Que el recurso de apelación se encuentra interpuesto en término, según el plazo otorgado por la Resolución N° 679/10 de la Secretaría de Defensa del Consumidor en el punto Segundo de su parte resolutive (ver fs. 58 vta.), la notificación de fs. 60 (de fecha 25/03/20) y el cargo impuesto al escrito de fs. 61/66 (de fecha 13/04/10 a hs. 9:15). _____

_____ **III.** Que en primer término cabe destacar en este estadio que la participación en la Alzada del órgano administrativo no tiene lugar en calidad de contraparte del recurrente sino que se origina en su previa decisión de naturaleza jurisdiccional, con el objeto del necesario control judicial sobre la actividad administrativa, por lo que no se requería sustanciación del memorial con el organismo que dictó la medida recurrida (Cám. Apel.C.C. de Salta, Sala I, Tomo 2013 S.D., fs. 217; Tomo 2014 A.I., fs. 103; Tomo I-2015 A.I., fs. 138/141). _____

_____ Asimismo, corresponde tener presente que el control judicial debe hacerse sobre la legitimidad de las decisiones del ente administrativo, verificando si se han observado los límites del quehacer regulado o los límites impuestos al ejercicio de facultades discrecionales. La acción controladora se restringe a verificar la conformidad de los actos con las exigencias del sistema normativo. _____

_____ Técnicamente no es admisible el control de mérito, conveniencia u oportunidad pues en ello el organismo administrativo tiene poderes discrecionales. Sólo puede enderezarse a impedir supuestos de arbitrariedad y a verificar si se ha observado la garantía del debido proceso y la defensa en juicio. El obrar de los entes administrativos sólo puede revocarse, pero no modificarse, reformarse o sustituirse. _____

_____ **IV.** Que resulta oportuno hacer referencia al planteo de declaración de desierto el recurso por falta de crítica concreta y fundada. _____

_____ Al respecto, es uniforme el criterio de esta Cámara de sostener que al efectuarse el mérito de la consideración de la suficiencia o no de la expresión de agravios, debe seguirse un criterio amplio sobre su admisibilidad, por ser éste el que mejor armoniza con un escrupuloso respeto del derecho de defensa tutelado por la Constitución Nacional, a fin de no limitar la más amplia y completa controversia de los derechos de los litigantes, ya que un mero defecto técnico podría conducir a injustas soluciones en perjuicio de los litigantes, quienes recurren en procura de Justicia, buscando ser oídos y que se les brinde la posibilidad de ejercer así su legítimo derecho de defensa en juicio (CSJN, Fallos 306:474; C.J. Salta, 22-12-92, “Rondoni vs. Eckardt”, Libro 44, pág. 1109/1113, Cám.Apel.C.C. de Salta, Sala III, Causa 329242 de fecha 3/6/11; Cám.Apel.C.C. de Salta, Sala I, Tomo 2013 AI, fs. 394; 883/884, entre otros). Se entiende entonces que, en caso de duda sobre los méritos exigidos para la expresión de agravios, debe estarse a favor de su idoneidad (Cám.Apel.C.C. de Salta, Sala III, año 1993, fº. 901; año 2001, fº. 415; año 2003, fº. 232; id. Cám.Apel.C.C. de Salta, Sala I, Tomo 2014 A.I, fº. 231/234).

_____ A la luz de tales premisas, es dable concluir que, aunque el escrito adolezca de defectos, en el caso de una repetición de los argumentos ya esgrimidos al momento de realizar el descargo (fs. 44/45), contiene una somera crítica de lo resuelto por el órgano administrativo, suficiente para mantener la apelación y no declarar desierto el recurso (CNFed., Sala Cont. Adm., L.L. 121-134; id., L.L. 127-369; Cám.Apel.C.C. de Salta, Sala III, 19-2-03, año 2003, fº. 49; Cám.Apel.C.C. de Salta, Sala I, Tomo 2013 A.I., fº. 394, 883/4, Cám.Apel.C.C. de Salta, Sala I, Tomo 2014 A.I., fº. 231/234, entre otros). _____

_____ **V.** Que la Secretaría de Defensa del Consumidor en la Resolución N°679/10 agregada a fs. 56/59 impuso a la recurrente la sanción de multa graduada en la suma de \$ 5.000, (pesos cinco mil) por infracción al artículo 46 de la Ley Nacional 24.240 de Defensa del Consumidor y al artículo 10 de la Ley Provincial 7.402 (incumplimiento del acuerdo conciliatorio). _____

_____ El apelante alega que no se le ha respetado la garantía del debido proceso por cuanto el instructor no ordenó la apertura a prueba del sumario cuando el impulso de las actuaciones debía ser de oficio y porque tampoco se tuvo en cuenta el desarrollo de la etapa conciliatoria, donde –afirma- existió con el denunciante un acuerdo previo a la audiencia conciliatoria, que no pudo cumplirse por culpa exclusiva del denunciante; que el hecho de que no se hayan plasmado en el acta dichas circunstancias anteriores se debe a una práctica usual, tendiente a cerrar un acuerdo y evitar volver sobre cuestiones pasadas. Por último se agravia por el monto de la multa, sosteniendo que el mismo resulta irrazonable, porque no se tuvo en cuenta que no existió perjuicio económico para el denunciante, que el acuerdo fue cumplido antes de dictarse la resolución sancionatoria y que su parte no es reincidente en el incumplimiento de acuerdos conciliatorios. _____

_____ **VI. Que es dable señalar que el acuerdo conciliatorio celebrado entre el particular denunciante y la empresa denunciada no obsta al inicio de actuaciones sumariales en el marco de lo dispuesto por el artículo 11 de la Ley 7402.** _____

_____ En efecto, la instrucción del sumario administrativo no se encuentra supeditada al modo en que hubiera finalizado la instancia conciliatoria sino a la apreciación de la Autoridad de Aplicación acerca de la existencia *prima facie* de una infracción a la legislación vigente (art. 11). La postura asumida por las partes con relación al conflicto no condiciona el ejercicio de los deberes de control que la ley impone a la Autoridad de Aplicación a los fines de la defensa de los derechos de los consumidores en general, más allá de los del que hubiera generado las actuaciones con su denuncia. _____

_____ Es que no interesa a la ley la punición por la punición misma, pero tampoco es posible dejar sin examinar la conducta de la prestadora cuando se considera necesario, por la sola razón de la actitud asumida frente a ella por el usuario o consumidor, ésta última se relaciona con su interés privado, particular, en tanto que aquélla, con el interés público o social, por cuya protección debe justamente velar la Autoridad de Aplicación de la ley. _____

_____ Conforme lo sostuvo nuestro Alto Tribunal Federal, el reconocimiento

de facultades jurisdiccionales a órganos administrativos constituye uno de los modos universales de responder al premioso reclamo de los hechos que componen la realidad de este tiempo, y se asienta en la idea de que una administración ágil, eficaz y dotada de competencia amplia es instrumento apto para resguardar, en determinados aspectos, fundamentales intereses colectivos de contenido económico y social (cfr. CSJN, Fallos, 247:646)._____

_____Corresponde aquí resaltar que los incumplimientos de los deberes contenidos en la ley de defensa del consumidor constituyen infracciones formales, en tanto que las sanciones en ella previstas se caracterizan por su carácter ejemplar y disuasivo y tienden a equilibrar la relación de consumo (CJSalta, Tomo 180:851). La apreciación de los hechos, la gravedad de la falta y la graduación de las sanciones pertenecen al ámbito de las facultades discrecionales de la administración, en cuyo ejercicio ésta no debe ser sustituida por los jueces, a quienes sólo les cabe revisarlas en caso de irrazonabilidad o arbitrariedad manifiestas (cfr. CSJN, Fallos, 303:1029; 304:1033; 306:1792, entre otros). _____

_____ **VII.** Que, analizando ya el caso de autos, se tiene que los supuestos agravios expresados con relación a si se ha incumplido o no el acuerdo conciliatorio al que se arribara en sede administrativa, no constituyen sino reiteración de lo ya manifestado durante el curso del procedimiento previo a la imposición de las sanciones, sin aportar al apelante ante esta Alzada ningún elemento apto para lograr controvertir las conclusiones a las que arribó la Autoridad de Aplicación (esto es: que el cumplimiento del acuerdo fue tardío) y que fundaron la decisión sancionatoria. _____

_____ Tampoco son idóneas a tal fin las consideraciones acerca de la supuesta naturaleza penal o represiva del derecho aplicable. Más allá de no ser necesario acudir a los principios de esa disciplina jurídica a los fines de sustentar el derecho de defensa de los imputados de una conducta sancionable, dado que la vigencia de tal derecho fundamental se encuentra reconocida incluso en el marco de procedimientos administrativos a través de la garantía de debido proceso adjetivo, en la ley local de protección al consumidor la legislación cuya aplicación supletoria se ha previsto es la administrativa,

conforme surge del artículo 45 de la Ley 7.402, resultando ajenas por lo tanto las argumentaciones relativas a la legislación procesal penal de la Nación esgrimidas por la apelante (v. fs. 63 punto IV). La misma solución ha previsto la reforma instrumentada por Ley 26.361 al art. 45 de la Ley Nacional 24.240.

_____ Con respecto a la supuesta violación del derecho de defensa y al debido proceso alegados por la recurrente con fundamento en la falta de apertura a prueba del procedimiento, se observa que tales alegaciones son improcedentes por extemporáneas, toda vez que ya se encuentra precluída la oportunidad para plantearlas. En efecto, luego de producido el descargo, en el que la ahora recurrente no ofreció prueba alguna a excepción de las constancias de autos (ver fs. 44/45), el instructor dictó el decreto de fs. 50, punto III, en el que decidió que no existía prueba alguna a producir y corrió vista de las actuaciones a la imputada para alegue sobre la prueba existente, decreto que no fue recurrido ni impugnado oportunamente por Telecom. Por ello no es procedente que intente en esta instancia hacer valer cuestiones que no alegó durante el procedimiento administrativo. _____

_____ Además de la arriba expuesto, si bien el impulso de las actuaciones del sumario es de oficio (art. 12 de la Ley 7402), el funcionario actuante sólo estará obligado a abrir la causa a prueba siempre que se hayan ofrecido pruebas necesarias y conducentes, lo que no ocurrió en autos, donde sólo se ofrecieron las constancias de autos y sobre ellas se basó la decisión ahora impugnada. _____

_____ Con relación al *quantum* de la multa aplicada, cabe decir que la determinación y graduación de la misma es resorte primario de la autoridad administrativa, principio que sólo cede ante una manifiesta arbitrariedad (C.N.Fed.C.Adm., Sala V, 22/09/2009, La Ley online, AR/JUR/41088/2009; Cám.Apel.C.C. de Salta, Sala IV, Tomo XXXIV, f° 755). _____

_____ En el caso, la resolución tiene expresos fundamentos conforme los parámetros legales proporcionados por el artículo 47 inc. b) y el artículo 49 de la Ley 24.240 y por el artículo 22 de la Ley 7402, por lo que no encuentra este Tribunal elementos objetivos para concluir en la arbitrariedad de la multa, que no luce excesiva a la luz de las pautas consideradas en el decisorio, esto es, la

posición en el mercado nacional y local de la firma, el grado de especialidad que reviste la firma y la omisión de dar respuesta oportuna al problema suscitado con la consiguiente defraudación de la confianza que inspira la misma. _____

_____Frente a ello, los agravios del apelante no resultan suficiente refutación, limitándose a apreciaciones genéricas como la falta de razonabilidad, arbitrariedad, error en la atención de la prueba, y el carácter de reincidente. Si se tiene en cuenta, además, su preeminencia con relación al usuario y la indiferencia puesta de manifiesto para solucionar el problema del consumidor en forma rápida y oportuna, que generó un desgaste administrativo y jurisdiccional que pudo evitarse, la conclusión es que se trata de una medida proporcionalmente adecuada al fin perseguido por las normas transgredidas. _____

_____En consecuencia, corresponde rechazar el recurso de apelación, confirmando la resolución impugnada. _____

_____ **VIII.** Que en lo relativo a las costas cabe reiterar, conforme precedentes de este Tribunal, que al tratarse la apelación directa prevista por el art. 19 de la Ley 7.402 de un mecanismo de control judicial sobre la decisión administrativa de la Autoridad de Aplicación, no corresponde la aplicación del principio objetivo de la derrota establecido por el artículo 67 del Código Procesal Civil y Comercial sino determinar que las correspondientes a la etapa recursiva sean soportadas por el orden causado (Cám.Apel.C.C. de Salta, Sala I, Tomo 2013 S.D., fº. 217/220). _____

_____Por ello, _____

_____ **LA SALA PRIMERA DE LA CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL,** _____

_____ **RESUELVE:** _____

_____ **I. RECHAZAR** el recurso de apelación interpuesto a fs. 61/66 y, en su mérito, **CONFIRMAR** la Resolución N° 679/10 de la Secretaría de Defensa al Consumidor. _____

_____ **II. IMPONER** las costas por el orden causado. _____

_____ **III. MANDAR** se registre, notifique y oportunamente se devuelvan las

presentes actuaciones al organismo remitente. _____