

Salta,

de Abril de 2012

_____ **Y VISTOS:** Estos autos caratulados: “**O. P., M. M. vs. TELECOM PERSONAL S.A.** por Recurso de Apelación Directa” – **Expte n° - CAM 376542/11 de esta Sala Tercera** y _____

CONSIDERANDO _____

_____ *El Dr. Marcelo Domínguez* dijo, _____

_____ I) La Resolución N° 002148, de fecha 21/11/2011, de la Secretaría de Relaciones Institucionales y Defensa del Consumidor, rolante en copia a fs. 64/69, es apelada a fs. 72/76 por Telecom Personal S.A. ocasión en que funda su recurso. Dice que aquella no se sustenta en los presupuestos hechos y de derecho que debieron ser necesariamente considerados en forma previa a su formulación, deviniendo así arbitraria. Que se sanciona a la empresa por supuestas infracciones en un procedimiento viciado de nulidad, al no haberse dado cumplimiento con lo dispuesto en el art. 9 de la Ley 7402, que prescribe que en el caso de fracaso de la instancia conciliatoria, debe el funcionario actuante concretar una propuesta a las partes, imposición que ha sido soslayada en el sub lite. En segundo lugar, habiendo intervenido en la operatoria tanto de compra como de anulación de la tarjeta, la empresa emisora del plástico, debió ser parte necesaria del trámite administrativo y en su caso imputada por su demora en el reintegro, ante el contracargo realizado por el cliente. Concluye al respecto afirmando que su parte actuó conforme a derecho, realizando el reintegro al usuario, lo que ha quedado comprobado en la causa, por lo que la desproporcionada sanción que se le aplica no guarda relación con lo acontecido en autos. _____

_____ Luego analiza el marco normativo y cita jurisprudencia nacional. Expone que ninguno de los parámetros que el art. 49 de la Ley 24240 prevé para establecer la graduación de la pena, han sido considerados por el Ente. _____

_____ Subsidiariamente, pide se reduzca el correctivo económico. Hace reserva del Caso Federal. _____

_____ Radicada la causa en esta Sede, dictamina a fs. 85/86 la Sra. Fiscal de Cámara. En síntesis, dice que no existe vicio formal en la tramitación del proceso, por cuanto la propuesta conciliatoria fue realizada por la misma interesada, sin que el apelante respondiera, por lo cual se dio por fracasada la instancia. _____

_____ El segundo agravio vinculado a la falta de emplazamiento a Tarjeta Naranja, tampoco puede prosperar, pues tal intervención debió ser requerida por la empresa a fin de demostrar las prestaciones a su cargo y, si en la etapa procesal oportuna no instó esa citación, no puede en la Alzada agravarse. _____

_____ Luego de aludir al principio indubio pro consumer que irradia la Ley de Defensa al Consumidor N° 24240 en su art. 3°, concluye que la multa no se aprecia irrazonable; más aún, se adecua a los parámetros fijados por la norma de encuadre. _____

_____ A fs. 87 se llaman autos para sentencia. _____

_____ II) La solución del caso: A los fines de un mejor ordenamiento trataré separadamente las siguientes cuestiones: _____

_____ II.a) Los agravios de la recurrente y la deserción del recurso del planteo principal: _____

_____ En estas actuaciones Telecom Personal S.A. ha sido sancionada con multa de pesos siete mil (\$ 7.000) por violación a un deber legal dispuesto por el artículo 10 bis de la Ley de Defensa del Consumidor que dispone bajo el título “Incumplimiento de la obligación” que “El incumplimiento de la oferta o del contrato por el proveedor, salvo caso fortuito o fuerza mayor, faculta al consumidor, a su libre elección a: a) Exigir el cumplimiento forzado de la obligación, siempre que ello fuera posible; b) Aceptar otro producto o prestación de servicio equivalente; c) Rescindir el contrato con derecho a la restitución de lo pagado, sin perjuicio de los efectos producidos, considerando la in-

tegridad del contrato. Todo ello sin perjuicio de las acciones de daños y perjuicios que correspondan.” (artículo incorporado por el art. 2º de la Ley N° 24.787 B.O. 02/04/1997)._____

_____ Es decir, que la conducta materia de violación ha sido el incumplimiento del contrato de venta telefónica celebrado con la denunciante señorita O. P., hecho no discutido por la recurrente._____

_____ Contra tal sanción, cuatro son los fundamentos que se exponen en el memorial de fs. 75/79, a saber: (1) *Nulidad de la sanción* por violación al artículo 9 de la ley provincial 7402 que dispone que fracasada la conciliación, el funcionario interviniente efectuará una propuesta conciliatoria como así también la falta de intervención de la Tarjeta Naranja S.A.. (2) *Carácter penal del derecho contravencional* y violación a los principios y garantías aplicables al derecho represivo. (3) *Improcedencia de la sanción impuesta*. Improcedencia de la graduación en base a presunciones. (4) Planteo subsidiario tendiente a la *reducción de la multa*._____

_____ Se advierte que con relación al acuse de nulidad por defectos del vicio de procedimiento, no sólo la misma está consentida pues debió oponerse al producir el descargo sobre la imputación efectuada a fs. 25/27, sino que la nulidicente no ha señalado siquiera cuál es el interés o perjuicio que se persigue con la declaración de nulidad (art. 172 del Código Procesal y artículo 74 de la Ley de Procedimientos Administrativos y art. 11 del Código de Procedimientos Contencioso Administrativo)._____

_____ Asimismo, respecto a la necesaria intervención de Tarjeta Naranja S.A., no se divisa tal omisión como vicio de procedimiento, en tanto no sólo la misma produjo su informe a fs. 40/61, como consecuencia de la prueba ofrecida por la propia Telecom Personal S.A., sino que la sanción impuesta no lo es con fundamento en los términos del artículo 46 de la Ley 24.240, por lo que la devolución del importe por parte de la tarjeta de crédito referida no hace a lo que era materia precisa de contravención pues el incumplimiento del reintegro al que se refiere la norma del artículo 10 inciso c) ya se había producido un año

antes a la devolución operada como consecuencia de la audiencia de fs. 17.

Nuestra Corte de Justicia (nota 76 de pág. 442, Loutayf en su obra *El Recurso Ordinario de Apelación en el Proceso Civil*, tomo 2, editorial Astrea, edición 1989) ha sostenido que para la procedencia del recurso de nulidad no basta la simple existencia de un vicio formal sino que también es necesaria la existencia de un interés jurídico en su declaración. En consecuencia, no procede declarar la nulidad por la nulidad misma o por simple prurito formal. Si subsanado el defecto de la sentencia el resultado es el mismo, no tiene objeto su anulación. Ello es así, pues el recurso de nulidad previsto por el artículo 252 del código procesal debe necesariamente estar fundado en el interés que la parte procura subsanar con la declaración de nulidad de la sentencia impugnada. Debe dejarse establecido, no sólo el vicio sino también el perjuicio concreto e irreparable que la sentencia le ha producido, pues en caso contrario queda *descartada la existencia de interés en la pertinente declaración* (La Ley t.125 – pág. 742).

En autos el recurrente no especifica cuál es el interés perseguido con la declaración de nulidad limitándose tan solo a señalar extemporáneamente un vicio del proceso, por lo que debe desestimarse el recurso en este aspecto. (Palacio, Lino - *Derecho Procesal Civil*, Tomo IV, pág. 159/160, Editorial Abeledo Perrot, Edición 1972) pues las nulidades procesales han sido establecidas a fin de evitar que el incumplimiento de las formas se traduzca en perjuicio para algunas de las partes o las coloque en estado de indefensión; pero bien entendido que ello ha de ser interpretado en consonancia con el principio “pas de nullité sans grief”, en cuya virtud no ha de existir nulidad sin que haya perjuicio que reparar, pues siendo ellas de carácter relativo, no es viable su declaración sino reporta una ventaja legítima para quien las alega, toda vez que la invalidez del acto no puede ser admitida en el sólo interés de la ley, en cuanto las formas rituales no constituyen un fin en sí mismas (art. 169 y 172, Cód. Proc.; confr. Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, pág. 390, n°

251, Palacio, obra y tomo citado, pág. 159)._____

_____ Lo propio ocurre con las otras dos argumentaciones que integran la expresión de agravios. Así, en relación al segundo de ellos, luego de un derrotero sobre la naturaleza penal del derecho contravencional, la recurrente no define en concreto cuál es la violación a sus derechos que se ha producido en estas actuaciones y particularmente por la resolución que recurre. Tampoco señala o identifica cuáles son las presunciones consideradas por la administración sobre las cuales sanciona y que motivaran el Título VI de su memorial a fs. 77, limitándose –en ambos casos- a transcribir citas jurisprudenciales y a realizar razonamientos de manera genérica._____

_____ Tiene dicho esta Sala (“Jiménez, Maximiliano Rodrigo vs. Zambrano, Silvano – Sumario: Rescisión o resolución de contrato, Expte. Cam n° 239.819/08, t. 2009, f. 170/181) que la expresión de agravios cumple en el procedimiento de apelación una función en cierta medida análoga a la de la demanda en primera instancia, ya que su contenido delimita las potestades decisorias del tribunal de alzada. Es decir, en ella fija el apelante el ámbito de su reclamo (Podetti: *Tratado de los Recursos*, pág. 164). Estipula el cauce funcional del órgano de alzada, constituyendo de tal suerte la clave de bóveda para la apertura de la actividad controladora del superior, ya que es la pieza jurídica que fija los limbos dentro de los cuales debe moverse el tribunal (Hitters: *Técnica de los Recursos Ordinarios*, pág. 441; CApel.CC. Salta, Sala III, año 2.002, f. 812)._____

_____ La jurisprudencia ha señalado que la crítica concreta y razonada del pronunciamiento que debe contener el memorial de agravios, ha de consistir en la indicación, punto por punto, de los pretendidos errores, omisiones y demás deficiencias que se le atribuyan a la decisión recurrida; en ausencia de fundamentos especiales referidos a las consideraciones determinantes de la sentencia adversa a las aspiraciones del recurrente, no hay agravio para atender en la Alzada (C.S.J.N., Rep. E.D. 10-937, n° 58; Sala E, E.D. 86-818). La crítica concreta y razonada que debe contener el memorial de agravios ha de consistir

en la indicación pormenorizada de los pretendidos errores, omisiones y demás deficiencias que se le atribuyan a la sentencia, mediante el desarrollo analítico de las cuestiones en debate, con los argumentos jurídicos y fácticos que fueren pertinentes para desvirtuar los que sustentan el pronunciamiento (CNCiv., Sala C, E.D. 98-577). No se trata de una fórmula carente de sentido sino de un análisis razonado de la sentencia, demostrando los motivos que se tiene para considerar lo erróneo, injusto o contrario a derecho de la misma (C.J. Salta, Sala I, t. 25, pág. 73). Ello quiere decir que la parte debe leer el fallo adverso, examinar los fundamentos de hecho y derecho que contiene y señalar cuáles son los errores que estima ha cometido el sentenciante y que su corrección concluirá en una solución distinta que es la que se pretende con el recurso (CApel. CC.Salta, Sala V, año 1994, pág. 543; íd. Sala III, año 1996, pág. 1). Y en caso que tales recaudos no se cumplieran, como sucede en el “sub-lite”, cabe declarar desierto el recurso de apelación._____

_____II.b) Planteo subsidiario: con relación al planteo subsidiario de reducción de la multa, tenemos que el artículo 49 de la Ley de Defensa del Consumidor establece con respecto a la aplicación y graduación de las sanciones que 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, criterio que la apelante señala se han omitido por parte de la Administración._____

_____Ello así, considerando (1) el perjuicio resultante de la infracción a derivado en la retención del dinero del consumidor por más de un año y medio, en la necesidad de cambio de línea y de recurrir a la instancia administrativa para lograr solo la devolución del capital depreciado; (2) la posición en el mercado de Telecom Personal S.A. quien se señala en su propia página web como “operadora móvil líder en innovación de Argentina”, (3) la conducta indiferente en solucionar la problemática del usuario que generara un desgaste adminis-

trativo y jurisdiccional; (4) la ausencia de una de propuesta conciliadora razonable que acentúa la litigiosidad con el componente social que requiere la norma; (5) la reincidencia de Telecom Personal S.A. en este tipo de conducta en tanto no es la primer sanción que en instancia de apelación se resuelve donde se destaca la desatención de firma no sólo de sus obligaciones contractuales sino en la falta de voluntad concreta en solución extrajudicial o en la corrección en la atención al usuario en la etapa postventa, evidenciando tardíamente real interés recién en etapa de apelación cuando ya la sanción le ha sido impuesta.

_____ En atención a las circunstancias del caso, considero que la multa establecida resulta ajustada no habiendo la quejosa demostrado su desproporción. _

_____ Dejo en tal sentido formulado mi voto. _____

_____ *El Dr. Mario Ricardo D´Jallad*, dijo: _____

_____ Adhiero a la solución propuesta por el Sr. Juez de Cámara preopinante.

_____ Por ello, _____

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

_____ I) **NO HACE LUGAR** al recurso de apelación de fs. 72/76 planteado por Telecom Personal S.A. _____

_____ II) **CÓPIESE**, regístrese, notifíquese y **BAJE**. _____