

## Sancion De Multa Exceso De Punicion

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

### JURISPRUDENCIA

Sanción de multa. Exceso de punición Se confirma la sentencia que hizo lugar parcialmente a la demanda incoada y condenó a la comuna demandada a dictar un nuevo acto donde se fije la cuantía de la sanción de multa impuesta y exprese los motivos que la justifique, por considerar que medió en el caso exceso de punición. En la ciudad de Mar del Plata, a los 14 días del mes de febrero del año dos mil diecisiete, reunida la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en dicha ciudad, en Acuerdo Ordinario, para pronunciar sentencia en la causa C-6657-MP2 ?AXIS MUNDI S.A. c. MUNICIPALIDAD DE GENERAL PUEYRREDON s. PRETENSION ANULATORIA - OTROS JUICIOS?, con arreglo al sorteo de ley cuyo orden de votación resulta: señores Jueces doctores Mora y Riccitelli, y considerando los siguientes:

ANTECEDENTES I. El titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo N° 2 del Departamento Judicial Mar del Plata, luego que decidiera acumular la presente causa con la caratulada como ?Telefónica Móviles Argentina S.A. c. Municipalidad de General Pueyrredon s. Pretensión Anulatoria- Otros juicios? [cfr. fs. 286], con fecha 14-07-2015, hizo lugar parcialmente a las demandas incoadas por Axis Mundi S.A. y Telefónica Móviles Argentina S.A. contra la Comuna por anulación de la Resolución de fecha 19-IX-2012 dictada por el Juez de Faltas N° 4 y, en consecuencia, condenó a la parte demandada a que proceda, en el plazo de treinta (30) días hábiles administrativos, a dictar un nuevo acto donde se fije la cuantía de la sanción y se expresen los motivos que la justifiquen, bajo apercibimiento de dar por decaído el derecho de la accionada a ejercer su potestad sancionatoria (arts. 77, inc. ?g?, 103 y 108 de la Ordenanza General 267/80; argto. S.C.B.A., B 51.992 Bis ?P., A.A.?, sent. del 7-V-2008 y esta Cámara causa C-2436-BB1, ?Heredia?, sent. del 30-VIII-2011). Además, impuso las costas de ambos procesos en el orden causado (art. 51, inc. 1° del C.P.C.A.). [cfr. fs. 287/301]. II. Declarada por esta Cámara la admisibilidad formal de los embates intentados [cfr. fs. 388] y, puestos los Autos al Acuerdo para Sentencia -pronunciamiento que se encuentra firme- [cfr. fs. 388 -ap. 3°-], corresponde plantear la siguiente: CUESTION ¿Son fundados los recursos interpuestos por las firmas sancionadas y por la Municipalidad de General Pueyrredon contra el fallo de grado? A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Mora dijo: I.1. A fin de brindar tratamiento a las apelaciones articuladas, corresponde aclarar que la presente contienda se origina con motivo de una sanción de multa que el Juez de Faltas N° 4 de la Municipalidad de General Pueyrredon le impuso a las firmas actoras en los procesos acumulados -causas C-6657-MP2 ?Axis Mundi S.A. c. Municipalidad de General Pueyrredon s. Pretensión Anulatoria-Otros Juicios? y su acumulada ?Telefónica Móviles Argentina S.A. c. Municipalidad de General Pueyrredon s. Pretensión Anulatoria-Otros Juicios?- en el marco del régimen de protección y defensa del derecho de los consumidores. 2.1. El juez de grado, luego de relevar las posiciones de cada litigante y evaluar las actuaciones administrativas acompañadas, definió el contorno de la litis advirtiendo que las actoras habían planteado en sus escritos de demanda la existencia de vicios en los elementos esenciales del acto administrativo cuya anulación pretendían. 2.2. Abocado al tratamiento de las irregularidades denunciadas, el a quo justificó -en lo que aquí interesa- la sanción impuesta en: 2.2.1. La falta de información en perjuicio del consumidor, toda vez que las firmas denunciadas no acreditaron en sede administrativa ni tampoco en la judicial, haber brindado al particular información cierta, clara y detallada, conforme los parámetros establecidos por el art. 4° de la Ley 24.240. Refiere que no lo hicieron en oportunidad de realizarse la audiencia conciliatoria, ámbito en el que bien pudieron brindar el detalle de los mensajes recibidos y enviados, puntos obtenidos y posición en el ranking, tal como lo pretendía el usuario, circunstancia que, en su visión, justificaba la aplicación de la sanción a la poste impuesta. Indicó, además, que ?... recién después de realizada -en sede administrativa- la prueba pericial en sistemas se pudo precisar con exactitud que: ?De las facturas adjuntadas por TMA surgía que el denunciante realizó 1856 SMS (1833 fueron validados por el organizador...)...? [cfr. fs. 165, punto 3], es decir, que del total de 758 SMS -mensajes de texto- de la factura con vencimiento el 17-III-2009 [cfr. fs. 77] y de 1.098 SMS de la factura con vencimiento el 17-IV-2009 [cfr. fs. 76], quedaron sin validar la cantidad de 23 SMS, circunstancia que no le fuera comunicada al usuario aún ante su puntual requerimiento, independientemente de que esa mínima diferencia afectara -o no- el resultado final alcanzado en el concurso del que participara el denunciante. 2.2.2. El incumplimiento contractual (art. 19 de la LDC) en que habrían incurrido las organizadoras, al incumplir el art 9° de las bases y condiciones del concurso que les imponía la obligación de confeccionar un ranking por cada día de duración de la promoción, así como otro para la variante final, que podía ser consultado a través de Internet, cuyo cumplimiento omitieron acreditar y, ante la solicitud del denunciante, se limitaron a indicar que tal proceder resultaba de imposible cumplimiento, aduciendo razones de extensión geográfica y retardo en el procesamiento de datos, entre otras razones [cfr. fs. 86]. Juzgó, entonces, que las firmas no acreditaron haber actuado conforme las condiciones de la norma antes referida ni de

acuerdo a las que se emitía la facturación de los SMS al denunciante -de ahí su fundado reclamo- y que, se había mantenido -en ambas sedes- una absoluta orfandad probatoria y una total indiferencia al respecto. Atribuyó, asimismo, a las empresas no haber acercado a sede administrativa o judicial la documental pertinente o el testimonio de las personas que hubieran interactuado con el denunciante; las grabaciones de las comunicaciones telefónicas mantenidas con el particular; o cualquiera otra prueba que certificara un actuar de acuerdo a las bases y condiciones del 'megaconcurso' organizado.

2.2.3. En torno al incumplimiento del deber de buena fe (cfr. art. 37 de la Ley 24.240) el sentenciante indicó que había quedado acreditada una actitud dilatoria de las empresas en perjuicio del usuario, tanto durante las '... etapas contractuales como, asimismo, en el procedimiento administrativo...' posterior. Concluyó también que mal podía pretenderse que el particular abonase la deuda reclamada cuando el usuario se habría visto agraviado por no respetársele las bases y condiciones del concurso en que participara. Aclaró finalmente que, como lo señalara la Suprema Corte de Justicia provincial, teniendo en cuenta el carácter de juicio pleno en que se desenvuelve la acción contencioso administrativa y que las facultades con que cuentan las partes para probar los hechos justificativos de la pretensión son particularmente amplias, incumbía a las actoras la carga de demostrar la realidad de la situación fáctica en que sustentaban su reclamo y ello, no sólo por revestir tal calidad en el proceso (argto. art. 375 del C.P.C.C.), sino también en virtud de la presunción de legitimidad que distingue a la actividad de la Administración pública.

2.3. Más allá de haberse comprobado el incumplimiento por parte de las accionantes de la Ley de Defensa del Consumidor (arts. 4º, 19 y 37 de la Ley 24.240), juzgó que el quantum de la sanción impuesta era irrazonable. Justificando tal parecer, hizo especial referencia al perjuicio resultante para el denunciante de la infracción cometida y al beneficio que habría obtenido la firma, tuvo en cuenta el amplio margen de discrecionalidad con que contaba la Administración en el ejercicio de su potestad sancionatoria (de \$ 100,00 a \$ 5.000.000,00, conf. art. 47, inc. 'b' de la Ley 24.240), que el supuesto de la norma empleada permitía la graduación de la sanción hasta un monto de considerable magnitud y que la autoridad demandada había omitido explicitar cabalmente los motivos por los que optó por la sanción de \$ 96.000,00 (conf. lo establece el art. 77 de la Ley 13.133); concluyó que, en la especie, se verificaba un exceso de punición en tanto -a su criterio- la mera invocación de los distintos incisos del art. 77 de la Ley 13.133 no suplía el déficit de fundamentación. Apuntalado en lo anterior, decidió desechar los planteos de ilegitimidad formulados respecto del acto cuestionado, empero condenar a la Comuna a dictar un nuevo acto que fije la cuantía de la sanción y que exprese los motivos que la justifiquen en el plazo allí estipulado, e impuso las costas del proceso en el orden causado.

3.1. La firma Telefónica Móviles Argentina S.A. fundó su crítica en la presentación de fs. 322/330.

3.2. La empresa Axis Mundi S.A. reeditó, mediante una transcripción literal los mismos argumentos ya expuestos por la restante sancionada en su memorial de apelación [cfr. 338/343 vta.].

3.3. Sus argumentos se encolumnan en la siguiente dirección [cfr. fs. 310/330 y fs. 331/344 vta.].

3.3.1. Interpretan -a tenor de la particular lectura que realizan del fallo recurrido- que el a quo habría declarado la nulidad del acto administrativo cuestionado mediante la presente pretensión procesal, en virtud de haber receptado favorablemente su planteo de exceso de punición. Postulan entonces que comprobada la ilegitimidad del proceder estatal mal podría otorgarse una nueva oportunidad a la Administración para juzgar las presuntas faltas cometidas. Así, el parecer del sentenciante de grado -que, desde su perspectiva, habría otorgado una nueva oportunidad a la Comuna para expedirse a través de un acto legítimo-, vulneraría derechos y garantías amparadas constitucionalmente.

3.3.2. Niegan que hubiera existido incumplimiento normativo. Pretendiendo acreditar tal aseveración, refieren: (a) en relación con el deber de información, que el usuario: i) contaba con información prácticamente precisa en tanto, de un total de 1856 mensajes enviados, el proveedor del servicio únicamente omitió contabilizar 23 SMS; ii) conocía antes de realizarse la pericia que el número total de SMS -mensajes de texto- realizado ascendía a la cantidad de 1856; a la vez, iii) niegan que el usuario hubiera tenido derecho a contar con información en tiempo real; y, finalmente, iv) aducen que yerra el juez al imponerles la carga de la prueba; (b) respecto del deber de buena fe, ponen de resalto la mala fe al usuario quien, teniendo problemas con el servicio -validación de mensajes, información, etc.- omitió realizar el reclamo ante la empresa y dedujo directamente una denuncia en la Oficina Municipal de Defensa del Consumidor pretendiendo, con ello, eximirse de abonar la factura de servicios adeudada.

3.3.3. Luego de recordar que el a quo impuso las costas en el orden causado, esgrimen que tal proceder no se ajusta a lo acontecido en la especie. En su visión, la sentencia les resultó favorable y las accionantes fueron vencedoras; consecuentemente, es la comuna -por haber resultado derrotada- quien debía cargar con las costas del proceso.

3.3.4. Con todo, pretenden el acogimiento íntegro de las pretensiones que interpusieran.

4. El Municipio funda su apelación a fs. 345/349 vta. Su embate se dirige únicamente a criticar el acogimiento parcial de las acciones entabladas por las firmas y a postular el acierto del Juez de Faltas para fijar el importe de la sanción aplicada. En tal faena, censura que el magistrado hubiera interpretado que el perjuicio sufrido por el denunciante resulte ser un elemento esencial a tener en cuenta para graduar la sanción, que la apreciación de la multa se hubiera apuntalado en generalidades, así como que se hubiera omitido valorar el alea del juego en tal empeño. Pregonan, por el contrario, que el Juez de Faltas ponderó cada inciso de los arts. 49 de la Ley 24.240 y 77 de la ley 13.133 a partir de las circunstancias verificadas en la especie y meritó, en especial, la falta de

acuerdo conciliatorio, el elemento intencionalidad, la reincidencia -o no- en cada caso, la posición de las infractoras en el mercado, la ventaja competitiva de tal proceder, la posibilidad de repetirse el proceder ilegal y la necesidad de imponer una sanción ejemplar y disuasiva -frente también a la cantidad de casos en que los perjudicados no realizaban reclamos-. Así también, aprecia que la multa impuesta se encuentra bastante por debajo del máximo legal provincial de \$ 500.000 y más aún si se tiene en cuenta el previsto en la legislación nacional que asciende a \$ 5.000.000, el monto total comprometido por las empresas en el concurso organizado -que ascendía a \$ 3.001.925,00 en la variante ?diaria? y a \$ 250.000,00 en la modalidad ?final?, lo que arrojaba un total de \$ 3.251.925,00- y el beneficio que presumiblemente habrían obtenido con tal inversión. Tales consideraciones, según adujo, sumadas al margen de discrecionalidad de que goza la Administración en el ejercicio de su potestad sancionatoria, justificaban por sí la multa impuesta. Indica entonces que la sanción aplicada por el Juez de Faltas es razonable y guarda proporción con la infracción comprobada en atención a las circunstancias especiales del caso y a los parámetros que determina la normativa aplicable.

5. Ambas partes replican los cuestionamientos formulados por sus adversarios. 5.1. La firma ?Telefónica Móviles Argentina S.A.? rebate el cuestionamiento estatal patrocinando su rechazo, con costas a su contraparte [cfr. fs. 355/357]. 5.2. El Municipio responde el cuestionamiento formulado por las accionantes, brinda los argumentos por los que, en su parecer, correspondería rechazar los recursos interpuestos y confirmar el pronunciamiento recurrido en la parcela que no fuera materia de agravio para su parte [cfr. fs. 359/364 vta.]. II. Como se verá a continuación, los recursos interpuestos por las partes no merecen prosperar. 1. A tenor de lo decidido en el grado y de los cuestionamientos vertidos por las partes, estrictas razones de método imponen iniciar el abordaje de las cuestiones traídas a consideración de este Tribunal, a partir de los agravios que proponen las firmas actoras, referidos a la inexistencia de incumplimiento normativo de su parte [cfr. fs. 322 y fs. 338 vta.]. Superado ello, corresponderá abocarse al estudio del único planteo crítico que enarbola el municipio demandado -relacionado con el exceso de punición admitido en el pronunciamiento-, aspecto por el que postula la razonabilidad del proceder estatal [cfr. fs. 345/349 vta.] y, enlazado con lo anterior, al cuestionamiento de las actoras en relación a la decisión del a quo de otorgar un plazo para que la Administración se expida nuevamente en torno a la cuantía de la sanción [cfr. fs. 312 y fs. 332]. Finalmente, decidir si las costas fueron acertadamente impuestas en el fallo apelado [cfr. fs. 342 vta. y fs. 342 vta.]. 2.1. En cumplimiento del derrotero prefijado, y ya abocado a tratar el cuestionamiento indicado en primer término, bien vale recordar que la postulación recursiva requiere una articulación seria, fundada, concreta y objetiva de los errores de la sentencia, punto por punto, junto con la demostración de los motivos para considerar que ella es errónea, injusta o contraria a derecho (art. 56 inc. 3º del C.P.C.A.; cfr. doct. esta Cámara causas C-2267-MP2 ?Muñoz?, sent. de 9-VIII-2011; C-4788-BB1 ?Hernández?, sent. de 8-VII-2014), siendo insuficiente la mera disconformidad con lo decidido por el juez de grado, sin hacerse cargo de los fundamentos del fallo en crisis (cfr. doct. esta Cámara causas C-3255-AZ1 ?Cybulski?, sent. del 28-XII-2012; P-4840-AZ1 ?Soler?, sent. del 6-V-2014). Ello implica que la eficacia de una vía recursiva se encuentra supeditada -o mejor dicho condicionada- a la realización de un examen razonado y minucioso del pronunciamiento atacado, refutando pormenorizadamente los fundamentos de hecho y de derecho en los cuales él descansa (cfr. doct. esta Cámara, causa C-2287-NE1 ?Aineseder?, sent. del 1-XI-2011) y -en su caso-, poniendo de relieve -concreta y detalladamente- las circunstancias o elementos no tenidos en cuenta o mal interpretados por el sentenciante de grado, de los cuales se desprenda una conclusión opuesta a la recaída en el fallo impugnado (argto. doct. S.C.B.A., causa Ac. 76.615 ?Moliner?, sent. del 11-VII-2001; esta Cámara causa C-1880-MP2 ?Benaiges?, sent. del 6-VII-2010). 2.2. En el caso traído a resolución de esta Alzada, más allá de su acierto o error, el juez de grado fue concluyente al fundar su decisión, indicando que las empresas sancionadas habían incumplido con los deberes de información y buena fe, así como teniendo por acreditado el incumplimiento a la modalidad de prestación del servicio (art. 19 de la Ley 24.240). Refirió, en tal sentido, que el acto administrativo sancionatorio reunía los elementos esenciales que hacían a su validez y que las circunstancias fácticas comprobadas en sede administrativa no habían sido controvertidas. Así, juzgó acreditada la legitimidad del acto cuestionado. Respecto del deber de información, juzgó que las empresas omitieron acreditar haber brindado información cierta, clara y detallada, conforme los parámetros establecidos en el art. 4º de la Ley 24.240. Reprochó, en tal sentido, que las firmas omitieran otorgar al usuario los detalles que les requiriera -mensajes recibidos y enviados, puntos obtenidos y posición en el ranking- y que persistieran en tal incumplimiento durante el tránsito del procedimiento administrativo y de la posterior revisión jurisdiccional intentada. Agrega, a modo de comprobación del incumplimiento, que recién luego de realizada la pericia en sede administrativa pudo comprobarse que la empresa había omitido contabilizar 23 SMS, situación que no había sido comunicada al usuario ante su requerimiento, aun cuando tal diferencia tuviera -o no- incidencia en el resultado final de la competencia. Tuvo por acreditado el incumplimiento de la modalidad del servicio (art. 19 de la Ley 24.240) con la falta de cumplimiento del art. 9 de las Bases y Condiciones del concurso en tanto las empresas omitieron confeccionar el ranking por cada día de duración de la promoción, así como el correspondiente a la variante final, cuya publicación debía encontrarse disponible vía internet. Consideró entonces que había quedado comprobado que el servicio no había sido brindado de

acuerdo a las pautas previstas en el art. 19 de la Ley 24.240 ni de conformidad con las bases y Condiciones estipuladas para el concurso por ellas organizado. Criticó además que las empresas no hubieran acercado la documental pertinente o el testimonio de las personas que hubieran interactuado con el denunciante; las grabaciones de las comunicaciones telefónicas mantenidas con el particular; o cualquier otra prueba que certificara un actuar de acuerdo a las bases y condiciones del concurso organizado. Y, en torno al incumplimiento del deber de buena fe (cfr. art. 37 de la Ley 24.240), el a quo indicó que había quedado acreditada una actitud dilatoria de las empresas en perjuicio del usuario, tanto durante las etapas contractuales como, asimismo, en el procedimiento administrativo posterior. Concluyó también que mal podía pretenderse que el particular abonara la deuda reclamada cuando el usuario se habría visto agraviado por no respetársele las bases y condiciones del concurso en que participara. Aclaró finalmente que, tal como lo había señalado la Suprema Corte Provincial, teniendo en cuenta el carácter de juicio pleno en que se desenvuelve la acción contencioso administrativa y que las facultades con que cuentan las partes para probar los hechos justificativos de la pretensión son particularmente amplias, incumbía al actor la carga de demostrar la realidad de la situación fáctica en que sustentaba su reclamo y ello, no sólo por revestir tal calidad en el proceso (argto. art. 375 del C.P.C.C.), sino también en virtud de la presunción de legitimidad que distingue a la actividad de la Administración pública. En tal contexto indicó que devenía inexorable la sanción impuesta, la cual resultaba totalmente ineludible a los fines de lograr la efectiva protección de los derechos de los consumidores y mantener la confiabilidad del régimen tuitivo del sector más débil en la relación de consumo. Decidió entonces rechazar la pretensión intentada en cuanto pretendía se declare ilegítimo el acto sancionatorio.

2.3. Ante tal argumentación del juzgador, el apelante se limita a expresar dogmáticos postulados desprovistos de fundamentación alguna que, por omitir refutar las razones brindadas por el magistrado para expedirse como lo hizo, resultan inhábiles para revertir la decisión dictada. Tal impropia conducta se verifica en el apartado I.3.2.? -al que me remito por obvias razones de brevedad- en el que las empresas, desentendiéndose completamente de los concluyentes fundamentos vertidos en la instancia de grado, ha dejado incuestionadas las conclusiones del juez de grado acerca de que la omisión en que incurrieran las firmas sancionadas -de brindar al usuario la información que les requiriera, mensajes recibidos y enviados, puntos obtenidos y posición en el ranking- no ya en tiempo real -como pareciera que las empresas suponían que lo requería el participante- sino en la forma que las obligaba el art. 9º de las bases y condiciones previstas para el certamen, había vulnerado el deber de información que pesaba sobre las organizadoras. Tampoco mereció crítica alguna que el servicio no se hubiera provisto de acuerdo con las pautas exigidas por el art. 19 de la Ley 24.240 -esto es, por haberse facturado al particular mensajes que no habían sido contabilizados a los efectos de participar en el concurso y por incumplirse el art. 9º de las bases y condiciones previstas para el certamen-. En igual sentido, omitieron las apelantes criticar la conclusión del magistrado en torno a que la mala fe atribuible a las prestadoras quedaba demostrada a través de la actitud dilatoria asumida en perjuicio del usuario.

2.4. De tal suerte, el proceder procesal de las apelantes, huérfano de precisión y desprovisto de una adecuada y prolija técnica recursiva, ha soslayado sobradamente las exigencias rituales establecidas por el art. 56 inciso 2 del C.P.C.C., circunstancia que impide la apertura de la jurisdicción revisora de este Tribunal (cfr. doct. esta Cámara causas G-616-BB1 ?Giner?, sent. del 14-X-2009; C-1743-BB1 ?Noicsa S.A.?, sent. del 1-VI-2010, entre otras) en tanto han omitido explicar a esta alzada el yerro del magistrado de grado. Así, su crítica luce patentemente insuficiente por cuanto lejos de patentizar un agravio, se limita a discurrir en términos generales, descuidando contrarrestar fundadamente las razones volcadas en el pronunciamiento apelado. Como corolario de todo lo expuesto, el memorial de agravios al lucir apartado de tales exigencias inexcusables y, así, no lograr superar el umbral de suficiencia requerido por las mencionadas normas procesales, corresponde su desestimación por insuficiente (cfr. doct. esta Cámara causa C-2376-BB1 ?Transporte Automotor Plaza S.A.C.I.?, sent. de 17-V-2011).

2.5. Por fuera de lo anterior, es del caso dejar aclarado que el mero confronto de las copias de las facturas de pago del servicio [cuyas copias obran glosadas a fs. 76/77] con la pericia de parte que se realizara en el procedimiento administrativo antecedente [cfr. 165/166], se colige con facilidad que el usuario recién pudo comprobar con la confección de la experticia la sospecha acerca de que no se le estaban contabilizando en el certamen la totalidad de los mensajes de texto que había realizado, aun cuando las empresas pretendían su cobro [cfr. 61]. Y, para más, tal como surge de las copias certificadas del expediente administrativo, cabe destacar que el usuario en momento alguno pretendió obtener información en tiempo real de la evolución del certamen como lo refieren las apelantes en sus memoriales [cfr. fs. 326 y fs. 341], sino que su pretensión consistió en conocer?... un detalle de mensajes recibidos y enviados y puntos obtenidos y posición en el ranking...? en la forma que prevenían las bases y condiciones del certamen [cfr. 61].

2.6. Así, los planteos ensayados por las firmas sancionadas en sustento de sus embates no merecen ser receptados, razón por la cual corresponde su rechazo.

3. Superada la primera cuestión a resolver, pasaré a analizar si asiste razón a la Comuna demandada cuando afirma que no existió exceso de punición en el pronunciamiento dictado por el Juez de Faltas.

3.1. Conviene, a fin de solventar este segmento, repasar las razones vertidas por el Juez de Faltas para mensurar la sanción aplicada y los fundamentos utilizados por el juez de la instancia para reputarla, por su parte, irrazonable.

3.1.1. Indicó el

funcionario municipal que, a fin de graduar el monto de la sanción que correspondía aplicar al caso, debían valorarse las pautas establecidas en los arts. 49 de la Ley 24.240 y 72 y 77 de la ley 13.133. Dicho lo anterior destacó, en particular: i) que no existió acuerdo conciliatorio entre el usuario y las empresas; ii) que el denunciante había sufrido perjuicio a partir del obrar de las firmas sancionadas; iii) el reconocimiento en el mercado de las empresas involucradas; iv) que del actuar censurado, aún sin poder cuantificar su cuantía, ha devenido beneficio para las empresas infraccionadas; v) que, poniendo a salvo la intencionalidad en el actuar, cabía indicar que las conductas desplegadas por las empresas distaban de adecuarse al estándar exigido por la buena fe; vi) que resultaba indispensable evitar la repetición de situaciones como la aquí verificada; vii) que Telefónica Móviles Argentina S.A. resultaba ser reincidente. Asimismo valoró como determinante, los importes abonados por el denunciante durante su participación en el concurso, la magnitud de dinero que sostenía el sistema -ello a tenor de la cuantía de los premios a conceder- y fundamentalmente, la legítima confianza que genera en los consumidores el hecho de participar en concursos organizados por empresas como las aquí denunciadas. Con ello en vista y tomando en cuenta la consideración formulada al momento de realizarse la imputación, fijó la sanción en la suma de pesos noventa y seis mil (\$ 96.000,00). Seguidamente, el juez de grado se expidió en torno al planteo de exceso de punición que formularan las accionantes. En tal faena, el a quo valoró que el denunciante había recibido facturas de \$ 3.413,67 y \$ 2.411,37, que no se le habían validado 23 SMS cuyo costo unitario ascendía a \$ 3,00 -representando entonces la demasía en la facturación un importe de \$ 69,00- y que su reclamo en sede administrativa perseguía que se lo exima de abonar los importes facturados (que a tal fecha ascendían a \$ 2.411,37 por los 888 SMS enviados) hasta tanto se aclare la situación denunciada. Tales datos, en la visión del magistrado, otorgaban un valor de referencia a fin de graduar la sanción a imponer, siendo que ello se vinculaba tanto con el beneficio que las empresas habrían obtenido del proceder ilegal verificado en el presente caso y el consiguiente perjuicio ocasionado al usuario. Señaló, asimismo, que si bien se pretendió vincular el presente caso con la magnitud de dinero o la importancia de los premios en el concurso, lo cierto era que se había omitido hacer referencia al alea del certamen, toda vez que "... el premio de un concurso es exactamente eso -un premio que puede obtenerse o no- y la chance no ha sido siquiera mencionada en el acto administrativo...". Así, más allá de haberse acreditado el incumplimiento normativo reprochado a las firmas (cfr. arts. 4, 19 y 37 de la Ley 24.240), teniendo en cuenta el amplio margen de discrecionalidad con que contaba la Administración en el ejercicio de su potestad sancionatoria -de \$ 100,00 a \$ 5.000.000,00 (cfr. art. 47 -inc. b- de la Ley 24.240)-, concluyó que la Autoridad de aplicación había omitido explicitar cabalmente los motivos por los que optó por la sanción de \$ 96.000,00, incurriendo -con ello- en un déficit de fundamentación que no suplía la invocación del art. 77 de la ley 13.133. Adujo -en tal sentido- que en la parcela bajo análisis la fundamentación del importe de la sanción contenía una fundamentación solo aparente, en tanto se había omitido precisar, mediante una adecuada justificación, la concordancia o proporción entre el mencionado importe y el comportamiento que motivó su aplicación conforme las propias circunstancias del caso. También reprochó la falta de indicación de "... parámetros internos dentro de la dependencia comunal..." que establezcan medidas, proporciones o pisos mínimos, conforme sea la posición de las infractoras en el mercado. En igual sentido se expidió respecto de las referencias a la necesidad de inducir a la firma sancionada a corregir conductas con el objeto de no reiterar infracciones, supuesto en el que la inexistencia de parámetros impide discernir la operación intelectual seguida a dicho fin, como requisito para evaluar su razonabilidad. Con todo ello, consideró manifiesto el exceso de punición que descalificaba al acto sancionatorio (cfr. arts. 103 y 108 de la Ordenanza General 267/80), aun cuando quedara comprobado un comportamiento reprochable de la firma denunciada.

3.1.2. Respecto del cuestionamiento vertido por la Comuna en torno al exceso de punición alegado en el grado y lo replicado por las empresas, me remito al relato de fundamentos realizado anteriormente [cfr. ap. I.4. y I.5.1.].

3.2. Adelanto desde ahora que comparto la visión del magistrado de grado en razón de considerar que la solución adoptada por el funcionario municipal respecto del quantum de la sanción impuesta ha configurado un exceso de punición, patentizado en el hecho de que la fundamentación expresada en el acto cuestionado resulta dogmática y trasunta meras cuestiones generales, omite plasmar concretamente la proporcionalidad existente entre las conductas comprobadas y el importe de la multa, desentendiéndose de los parámetros concretos que -a la luz de los hechos que se encuentran probados en la causa- debieron ser tenidos en cuenta por el funcionario al momento de graduar la sanción de multa aplicada según las propias circunstancias del caso sometido a su resolución. Vale recordar aquí, que para que la autoridad incurra en un exceso de punición, debe probarse una desproporción entre el quantum de la multa que le fuera impuesta y el reproche que pudiera hacersele en su proceder a la firma sancionada (cfr. arg. doct. esta Cámara en causa C-6160-MP1 Plan Ovalo S.A. de Ahorro para fines determinados?, sent. del 15-III-2016). A tal fin, el art. 73 de la ley 13.133 provee un elenco de sanciones a aplicar para el supuesto de transgresiones al régimen de protección de consumidores y usuarios, entre las cuales figura la de "... multa de cien (100) pesos a quinientos mil (500.000) pesos..." (inc. b) fijando, en el art. 77, las pautas para su aplicación y graduación, instando a la Administración a tener en cuenta "... a) La circunstancia de haber denunciado, celebrado o no un acuerdo conciliatorio, y caso afirmativo, haberlo o no cumplido; b) El perjuicio resultante de la infracción para el consumidor

o usuario; c) La posición del infractor en el mercado; d) La cuantía del beneficio obtenido; e) El grado de intencionalidad; f) La gravedad de los riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización; g) La reincidencia; h) Las demás circunstancias relevantes del hecho...?. 3.2.1. Con lo anterior en vista, debe recordarse que respecto de la cuantía de la multa, el a quo -en lo sustancial- concluyó que existió una falta de concordancia o proporción entre la sanción impuesta y el comportamiento que motivó su aplicación, sin una adecuada justificación que lo sustente. 3.2.2. Frente a ello, si bien el Municipio alega en su memorial que en el acto cuestionado se "... describe punto por punto los distintos elementos que establecen los arts. 49 y 77 de la ley 13.133 pormenorizando las circunstancias particulares del caso concreto...?", lo cierto es que prescinde de explicitar cuáles fueron las puntuales circunstancias verificadas en la especie que, valoradas a tenor de las pautas normativas reseñadas, conducían a imponer una sanción de la magnitud de la aquí discutida, más cuando el juzgador de grado hizo un pormenorizado cuestionamiento a la resolución administrativa apuntalado en las específicas circunstancias que motivaron la denuncia que concluyera con el acto sancionatorio. Véase, en tal sentido, que el sentenciante refirió -de un lado- que quedó comprobado que el usuario recibió facturas que ascendían a \$ 3.413,67 [cfr. fs. 76] y \$ 2.411,37 [cfr. fs. 77] y que el importe de la demasía facturada ascendió, en total, a la suma de \$ 69,00 y -de otro- que el Juez de Faltas había omitido ponderar, frente a la "magnitud del dinero" o importancia de los premios del concurso, el azar o alea propia de la participación en cualquier tipo concurso que implica la posibilidad de ganar -o no- algún tipo de premio. Así, concluyó que por fuera de algunas puntuales cuestiones que invocara el funcionario para graduar la sanción -que no hubiera existido acuerdo conciliatorio, que una de las dos firmas fuera reincidente y que verificara intencionalidad en su actuar, entre otras-, lo cierto era que la Administración no había sido concluyente para proporcionar soporte adecuado a la cuantía de la sanción impuesta por la conducta reprochada, en tanto el importe de la sanción fijada aparecía plenamente dissociado del sustrato fáctico acreditado en la especie. Tal central argumento arriba a esta instancia de apelación incontrovertido por argumento de peso alguno que amerite su revocación. Las variadas consideraciones que formula la Comuna en su apelación se desentienden de lo ponderado por el juez de grado y, en consecuencia, sólo trasuntan una mera opinión personal discrepante de la del juzgador, sin demostrar el yerro imputado al pronunciamiento recurrido (cfr. arg. Esta Alzada causa C-4922-BB0 "Lemos y Rodríguez S.A.", sent. del 10-III-2015) Además, más allá de la crítica vertida -en torno a si el perjuicio sufrido por el consumidor constituye o no un elemento esencial a valorar para graduar la sanción-, lo cierto es que el sentenciante interpretó que tal aspecto aportaba un valor de referencia a los fines graduar la sanción a imponer, en tanto se vinculaba con el perjuicio resultante de la infracción para el consumidor -gastos incurridos- como con el beneficio obtenido por la firma -al tratar de percibir un importe por un servicio contratado en otras condiciones- (art. 77 -incs. "b" y "d"- de la ley 13.133), argumento que no mereciera crítica alguna que apunte su revocación. 3.2.3. En suma, el embate ensayado por el Municipio merece ser desestimado. 4. Resta brindar respuesta a los demás cuestionamientos formulados por las accionantes bajo el rótulo "PRIMER AGRAVIO" [cfr. fs. 312/322 y fs. 332/338 vta.]. 4.1. Yerran aquí las recurrentes en su apreciación al afirmar que su pretensión anulatoria había prosperado y que el magistrado de la instancia anterior, luego de declarar la ilegitimidad del acto cuestionado, hubiera otorgado una nueva oportunidad a la Administración para expedirse a través de un acto administrativo regular. Muy por el contrario: el a quo fue categórico al afirmar que las firmas sancionadas habían incurrido en una clara violación a lo prescripto por los arts. 4º -deber de información- y 19 -modalidad contractual- de la Ley 24.240 y, como consecuencia lógica de tal conducta desaprensiva, aparejó también un quebrantamiento de lo normado por el art. 37 -buena fe- del mencionado cuerpo normativo. En torno a ello, juzgó inexistentes los vicios alegados por las sancionadas en sus demandas y, en ello, juzgó regular el acto sancionatorio atacado. En lo demás, a tenor de los planteos formulados por las empresas, apreció manifiesta la presencia de un exceso de punición en el ejercicio de su potestad sancionatoria, aun cuando juzgó regular el acto impugnado en cuanto a sus formalidades esenciales. Consecuentemente, ordenó a la Administración que se expida nuevamente solo en relación a la cuantía de la sanción impuesta, motivando adecuadamente su parecer, en el plazo previsto por el art. 77 -inc. "g"- de la Ordenanza General 267/80. 4.2. Vale recordar que este Tribunal ha sostenido reiteradamente que en los casos en que se decida la legitimidad de un acto sancionatorio empero se invalide la sanción impuesta en virtud de su notoria desproporción, se impone propiciar la revocación del acto en cuanto al quantum de la sanción se refiere y condenar a la Administración a que reedite el análisis de las actuaciones administrativas y dicte un nuevo acto que brinde adecuados motivos de la sanción que decida escoger para reprender la conducta del enjuiciada (arg. doct. C.S.J.N. Fallos 313:153, considerando 6º; 321:3103; S.C.B.A. causas B. 59.122 "Huertas Díaz", sent. del 9-IV-2008 -del voto del Dr. Soria-; B. 63.247 "Clot", sent. del 29-XII-2008; B. 66.414 "L., C.D.", sent. del 3-III-2010; esta Cámara en causas D-1344-MP "Panero", sent. del 18-III-2010; G-1206 "Catani", cit.; C-2007-MP1 "Ruiz", sent. de 30-IX-2010). Siendo ello así, los argumentos bajo tratamiento no pueden más que desestimarse. Compruebo que al tiempo en que fundamentaran su planteo de exceso de punición en su presentación inaugural, en momento alguno argumentaron que la consecuencia pretendida para el supuesto de verificarse el alegado exceso debiera ser la anulación del acto administrativo impugnado, como ahora tardíamente lo introducen

en su apelación (arg. art. 272 del C.P.C.C. -aplicable al caso por conducto del art. 77 del C.P.C.A.-). De tal forma, si las accionantes pretendían obtener una consecuencia distinta a la antes indicada para el supuesto de prosperar su planteo de exceso de punición, debieron argumentar en oportunidad propia cuál era su pretensión en tal sentido y fundamentarla. Queda descartada, así, cualquier incidencia de los argumentos vertidos en torno a la presunta vulneración de derechos y garantías amparadas constitucionalmente desde que, en virtud de una desaprensiva lectura del fallo recurrido, las firmas sancionadas argumentaron en torno a un escenario que no es el que se verifica en la especie. Así, su rechazo se impone. 5. Corresponde, finalmente, abordar el cuestionamiento en torno a la imposición de costas dispuesta en el grado. 5.1. Refieren las recurrentes que la sentencia les resultó favorable y que fueron vencedoras en la contienda. Según indican, su pretensión perseguía la declaración de nulidad del acto sancionatorio por inexistencia de infracción o por exceso de punición. Agregan, a tenor de la lectura que realizan del fallo apelado, que su pretensión fue acogida y que fue declarada la nulidad del mencionado acto. Interpretan, consecuentemente, que la Comuna había sido derrotada y como tal, debía cargar con las costas del proceso. 5.2.1. Percibo también aquí, al igual que en el apartado anterior, un desajuste en la lectura por parte de las apelantes respecto de lo decidido en el grado. Repasaré los acontecimientos que resultan de interés para brindar respuesta al planteo formulado. En la presente contienda, el magistrado declaró legítimo el proceder estatal -en tanto coincidió en que había existido por parte de las firmas una clara violación de lo prescripto por los arts. 4º -deber de información- y 19 -modalidad contractual- de la Ley 24.240 y, consecuentemente, un quebrantamiento de lo normado por el art. 37 -buena fe- del mencionado cuerpo normativo y rechazó por inexistentes los vicios alegados por las empresas sancionadas. Por fuera de ello, acogió el planteo de exceso de punición formulado por las actoras y mandó a la Administración a graduar nuevamente el quantum de la sanción impuesta. Con ello en miras, impuso las costas de los procesos que se dirimían mediante sentencia única en el orden causado, a tenor de la forma en que se resolvían y teniendo presente los vencimientos parciales y mutuos habidos entre los litigantes. 5.2.2. La crítica ensayada -como se adelantó- luce desajustada respecto de lo decidido en la especie. Claro resulta que el magistrado, al declarar legítimo el proceder estatal en cuanto juzgó verificados los incumplimientos normativos, rechazó parcialmente la pretensión procesal de las accionantes. Mientras que, en lo demás, acogió el cuestionamiento que esgrimieran respecto del exceso de punición -receptando así parcialmente la acción intentada- y ordenó a la Administración que gradúe nuevamente la sanción que correspondía imponer a las firmas. Ello demuestra que no ha sido declarado ilegítimo el acto cuestionado, como lo pretenden hacer ver por las empresas en su memoria de apelación. En efecto, decidido en la instancia el rechazo de las pretensiones actorales en cuanto pretendía la declaración de la ilegitimidad del acto cuestionado y acogido solo el cuestionamiento respecto del exceso de punición, no cabía más que imponer las costas en el orden causado en tanto se verificaron vencimientos parciales y mutuos. Por fuera de lo anterior, cabe agregar que esta Alzada ha sostenido anteriormente que el acogimiento parcial de la pretensión actoral patentiza un supuesto de vencimientos parciales y mutuos y de tal forma, las costas de la instancia inferior deberían ser soportadas por las partes en el orden causado (cfr. art. 51 inc. 1º -2do. párr.- del C.P.C.A.; doct. esta Cámara causa C-4306-BB1 ?Penin?, sent. del 22-IV-2014 y C-5507-MP1 ?Chagre S.C.S.?, sent del 07-V-2015). 5.3. De tal forma, el agravio vertido por las apelantes que se dirigía contra la imposición de costas debería ser desestimado. III. Con todo, habré de proponer al Acuerdo -de un lado- desestimar los recursos de apelación interpuestos por las empresas sancionadas a fs. 310/330 y fs. 331/343 vta. contra la sentencia dictada a fs. 287/301, debiendo fijarse las costas de Alzada a las accionantes en su condición de vencidas (art. 51 inc. 1º -texto según ley 14.437- del C.P.C.A.) y -de otro- rechazar el recurso de apelación intentado por la Comuna a fs. 345/349 vta. también contra la sentencia dictada a fs. 287/301, correspondiendo imponer las costas de Alzada al Municipio en su calidad de vencido (art. 51 inc. 1º -texto según ley 14.437- del C.P.C.A.). Voto a la cuestión planteada por la negativa. El señor Juez doctor Riccitelli, con igual alcance y por idénticos fundamentos a los brindados por el señor Juez doctor Mora, vota a la cuestión planteada por la negativa. De conformidad a los votos precedentes, la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en Mar del Plata, dicta la siguiente: SENTENCIA 1. Desestimar los recursos de apelación interpuestos por las empresas sancionadas a fs. 310/330 y fs. 331/343 vta. contra la sentencia dictada a fs. 287/301. Las costas de Alzada se imponen a las accionantes en su condición de vencidas (art. 51 inc. 1º -texto según ley 14.437- del C.P.C.A.). 2. Rechazar el recurso de apelación intentado por la Comuna a fs. 345/349 vta. contra la sentencia dictada a fs. 287/301. Las costas de Alzada se imponen al Municipio en su calidad de derrotado (art. 51 inc. 1º -texto según ley 14.437- del C.P.C.A.). 3. Estese a la regulación de honorarios que, por las labores cumplidas ante esta Alzada, se practica por separado. Regístrese, notifíquese y devuélvanse las actuaciones al Juzgado de origen por Secretaría. 015495E