

///MA, 11 de febrero de 2014.-

-----Habiéndose reunido en Acuerdo los señores Jueces del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, doctores Adriana C. ZARATIEGUI, Ricardo A. APCARIAN, Liliana L. PICCININI, Enrique J. MANSILLA y Eduardo ROUMEC, con la presencia del señor Secretario doctor Ezequiel LOZADA, para el tratamiento de los autos caratulados: “WALDHORN, MARIO C/ TELEFONICA MÓVILES ARG. Y SPEEDY S/APELACION S/ CASACIÓN” (Expte. N° 26657/13-STJ). Se transcriben a continuación los votos emitidos, conforme al orden del sorteo previamente practicado.-

-----V O T A C I O N-----

La Señora Jueza doctora Adriana C. ZARATIEGUI dijo:-----

-----ANTECEDENTES.-----

-----A fs. 127/129 el apoderado de la Fiscalía de Estado, Dr. Francisco M. López Raffo, interpuso recurso de casación contra la Sentencia N° 13, dictada en fecha 27 de febrero de 2013, de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de General Roca, que resolvió disminuir la cuantía de la multa impuesta a Telefónica Móviles Argentina S.A, de \$30.000.- a la suma de \$15000. -----

-----En apretada síntesis cabe destacar que estos autos han sido iniciados en razón de la denuncia formulada en los términos de la Ley de Defensa del Consumidor (Ley N° 24.240) contra la Empresa Movistar ante la Dirección de Comercio Interior. -----

-----Luego de la sustanciación en sede administrativa se dictó la resolución que luce a fs. 76/86, imponiendo la multa de \$30.000 a la empresa Telefónica Móviles de Argentina S.A., por infracción a los artículos 4 y 19 de la Ley N° 24.240 y artículo 57 inciso d) de la Ley D N° 2817. Asimismo, ordenó la publicación de la parte resolutive en el diario de mayor circulación en la Provincia (conf. art. 47 ley 24.240). -----

-----Dicha resolución administrativa fue apelada por la Empresa sancionada ante la Cámara en lo Civil, Comercial y de Minería de la ciudad de General Roca, que resolvió reducir el valor de la multa de Pesos Treinta Mil (\$ 30.000,00) a Pesos Quince Mil (\$ 15.000,00), sosteniendo la similitud de la presente cuestión con casos ya resueltos por esa Cámara en los cuales se disminuyó la multa a \$ 10.000. Ponderando la inflación

existente en el país y la conducta reincidente de la empresa entendió que la reducción debía ser a \$ 15.000.- - - - -

-----RECURSO DE CASACIÓN.- - - - -

-----Ante lo así resuelto la Fiscalía de Estado interpuso recurso de casación y se agravía por considerar que la Cámara se inmiscuyó en competencia exclusiva del Poder Ejecutivo haciendo una evaluación del mérito o conveniencia del acto administrativo sin argüir arbitrariedad que habilite su competencia.- - - - -

-----El recurrente considera que la proporcionalidad entre la medida y los fines de la ley ha sido deferida en la normativa al estamento administrativo claramente como competencia discrecional como cuestión de mérito o conveniencia sometida al análisis de éste.- - - - -

-----Entiende que el fallo es arbitrario y contrario a la ley al interpretar erróneamente los artículos 1º de la Constitución Nacional y 1º de la Constitución Provincial en cuanto a la división de poderes.- - - - -

-----Señala que el a-quo al determinar el quantum de la multa se arrogó el ejercicio del poder de policía que le corresponde a la Dirección de Comercio Interior. - - - - -
- - - - -

-----A fs. 136/140 el apoderado de Telefónica Móviles Argentina S.A. contesta agravios peticionando el rechazo del recurso de casación intentado. Indica que el recurrente no individualiza de manera concreta la alegada arbitrariedad.- - - - -

-----Sostiene que el apelante sólo manifiesta una discrepancia subjetiva respecto del fundamento dado por la Cámara y no constituye una crítica fundada para rebatir la solución adoptada por el Tribunal. - - - - -

-----También entiende que el fallo ha aplicado correctamente la ley y que no interfiere en la división de poderes.- - - - -

-----DICTAMEN DEL PROCURADOR GENERAL.- - - - -

-----A fs. 152/159, obra dictamen del Señor Fiscal General de la Provincia de Río Negro, donde propone se revoque la sentencia recurrida en la parte relativa al quantum

de la multa impuesta.-

-----Manifiesta que no encuentra impedimentos para que el Poder Judicial controle jurisdiccionalmente el cuántum de la sanción impuesta por un acto de gobierno. A su entender sostener lo contrario importaría una vulneración al Estado de Derecho.- - -

-----Advierte que en autos no se observa la desproporción o irrazonabilidad que amerite la revocación en sede judicial de la sanción administrativa.- - - - -

--

-----Concluye que la autoridad de aplicación ha apreciado como elementos para precisar la pena, la reincidencia de la Empresa y la gravedad de la falta cometida por cambiar las condiciones contractuales del servicio pactado. Por ello, entiende que el acto administrativo que aplicó la multa se encuentra debidamente fundado.- - - - -

- - - - -

-----CUESTIÓN A RESOLVER.- - - - -

-----Pasando a dar tratamiento al recurso intentado, se tiene presente que nos encontramos ante la revisión judicial de un proceso administrativo en el marco de una relación de consumo en el cual corresponde verificar si la autoridad de aplicación cumplió con el debido proceso legal en el marco del procedimiento para la defensa de los derechos del consumidor. Es un control de razonabilidad y proporcionalidad en el ejercicio de una facultad discrecional. - - - - -

-----Adviértase que “la discrecionalidad administrativa no configura un ámbito libre del control judicial ni tampoco puede desvincularse del ordenamiento como figura desprovista de juridicidad...” (Conf. Cassagne, Juan Carlos, “Fragmentos del Derecho Administrativo, entre la justicia, la economía y la política”, 1ra. Ed., Bs.As., Hammurabi, 2003, págs. 107/108).- -

-----En punto a ello ha de señalarse que cuando el juez controla, “este ejercicio de facultades discrecionales, no reproduce en forma exacta el proceso lógico desarrollado por la Administración. El control judicial recae sobre una decisión administrativa ya dictada. Consecuentemente, si existió margen discrecional de libre apreciación a cargo de la Administración (“núcleo interno” de lo discrecional), no incumbe al Juez revalorar y ponderar una elección ya realizada por la Administración, pues ello implicaría administrar, sustituir al órgano administrativo competente y “vulnerar la división de poderes” (Conf. Sesin, Domingo, “El contenido de la tutela judicial efectiva con

relación a la actividad administrativa discrecional, política y técnica, <http://www.acader.unc.edu.ar>, pág. 3).-----

-----Además ha de ponderarse que dentro del proceso administrativo en curso se encuentra, además, involucrado el bloque de constitucionalidad que protege el derecho de los consumidores. En tal sentido este Tribunal aludió a los principios que rigen tales procesos de consumo. Así señaló que “En caso de duda se deberá estar siempre a la interpretación más favorable para el consumidor (in dubio pro consummatori)...” (Conf. “CIANCAGLINI”, Se. N° 38 de fecha 8 de mayo de 2013; “TELEFONICA COMUNICACIONES PERSONALES S. A. s/Acción de Inconstitucionalidad” Se. N° 158/03).-----

-----En igual sentido, el art. 42, Constitución Nacional. establece la obligación para todas las autoridades (involucrando, desde ya, a los jueces) de tutelar los derechos e intereses económicos de los usuarios y consumidores de bienes y servicios. Dicho mandato comprende en su espíritu e intención a las autoridades de cualquier jurisdicción, sean nacionales o locales. Si ello no fuera así, los derechos individuales de los usuarios y consumidores caerían inevitablemente en el vacío. Si el legislador le ha impuesto a las normas de la Ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor el carácter y condición de orden público, ello ha obedecido a la necesidad de establecer para el desenvolvimiento del mercado pautas rectoras desde una perspectiva realista. Ello impone al juzgador la necesidad de realizar una interpretación amplia pero sistémica del ordenamiento jurídico aplicable al consumo, en función de la naturaleza tutelar de la axiología que debe guiar el discernimiento de lo justo para cada caso a resolver (Conf. STJRNCO: SE. 10/04 “TELEFONICA COMUNICACIONES PERSONALES S.A. s/ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD”).-----

-----A los fines de la protección procesal el usuario consumidor, resulta la parte más débil de la relación, pues en los hechos no existe la mentada igualdad económica y social que permita la paridad de condiciones para negociar, hay un marcado desnivel que el derecho del consumidor pretende igualar protegiendo a la parte más débil del negocio. Esta protección fomenta cubrir las desventajas de quien es ajeno a las particularidades técnicas del negocio en cuestión y es forzado a creer, a confiar, a aceptar los precios y calidades que se le ofrecen; no participa del proceso de

organización del servicio y desconoce, por lo común, los costos y variables (conf. "CIANCAGLINI" ya citada).- - - - -

-----El paradigma del Estatuto del derecho del consumidor (Constitución Nacional; Constitución Provincial; la LDC y Leyes Provinciales) ha significado la instalación de derechos sustanciales que permiten imponer principios y presupuestos que cambian las reglas tradicionales de la contratación y sus obligaciones consecuentes. "Este derecho del consumidor debe colegirse por los jueces. A estos les cabe interpretar la axiología y, por supuesto, comprender que ante situaciones litigiosas las reglas tradicionales del proceso común no pueden aplicarse, ipso facto. Tanto la reforma constitucional, y, en especial, las disposiciones del nuevo artículo 42 de la Constitución Nacional, emplazan una lectura que no se puede soslayar. Los procedimientos donde se resuelvan derechos del consumidor son proceso constitucionales, y así habrá que interpretarlos con su lógica y consecuencias". (Conf. "CIANCAGLINI", Sent. 38/13 y "¿Quién es el consumidor, a los fines procesales, Gozaíni Osvaldo, LL. 2003 - C, 1054, citado en STJRNCO: Se. Nº 19/06 "DECOVI s/Amparo Colectivo").- - - - -

-----Se coincide en que la Ley de Defensa del Consumidor sanciona la omisión o incumplimiento de los deberes u obligaciones a cargo de los prestadores de bienes y servicios que fueron impuestos como modo de equilibrar la relación prestatario-consumidor. Se trata de infracciones formales donde la verificación de tales hechos hace nacer por sí la responsabilidad del infractor. - - -

-----Ya en lo referido al monto de la multa en cuestión, es menester señalar que el art. 47 de la ley 24.240, establece el tipo de sanciones que pueden aplicarse conjunta o individualmente según las circunstancias del caso. - - - - -

-----En tal sentido, según lo previsto en el inc. b) del citado artículo, la multa a imponer puede ser graduada entre \$ 100 y \$5.000.000. A su vez, el art. 49 establece la modalidad para graduar las sanciones, indicando que corresponde tener 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 sociales derivados de la infracción y su generalización, la reincidencia y las demás circunstancias relevantes del hecho". - - - - -

--

-----Si bien la mencionada graduación de la sanción, tal como se expresara al inicio, es potestad discrecional de la autoridad de aplicación, lo cierto es que una vez ejercido el control judicial de legalidad y razonabilidad, la jurisdicción se encuentra en condiciones de evaluar si se ha cumplido con la normativa aplicable o si en tal procedimiento se ha procedido a una eventual arbitrariedad (Conf. "MALASPINA", Se. N° 100 del 29 de agosto de 2013).-----

-----En el caso bajo análisis se advierte que para definir el monto la Dirección de Comercio Interior ponderó el carácter de reincidente de la Empresa que ha sido sancionada reiteradamente por las mismas faltas que aquí se le reprochan (ver fs. 84).- -

-

-----Esto es, que la Empresa no cumplió con el acuerdo establecido al adquirir la línea celular, que pese a los reclamos reiterados sin prestar el servicio correctamente, igual procedió al cobro del mismo.-----

-----Conforme al plexo normativo antes detallado la autoridad de aplicación se encuentra facultada para graduar el monto de la multa según la actividad que desarrolla la empresa denunciada, la posición que la misma ocupa en el mercado, el perjuicio resultante de la infracción para el consumidor, los intereses comprometidos y el carácter ejemplar y disuasivo de la medida sancionatoria, resultando de ello que el monto de la misma respeta los límites legales impuestos en consideración a los parámetros expuestos, así como en función de las infracciones comprobadas.-----

-----Expresado ello concluyo que el monto de la multa impuesta encuentra adecuado sustento en los extremos de hecho y de derecho expuestos en la Resolución N° 098 DCI del 6 de marzo de 2012. Por el contrario, la apreciación efectuada por el Tribunal a quo luce desprovista de todo fundamento y hasta contradictoria al observar el carácter de reincidente de la Empresa sancionada y luego sustituyendo a la Administración- disminuir el monto fijado por la autoridad de aplicación, excediendo los límites del control judicial del actuar administrativo en ejercicio de sus facultades discrecionales y la aplicación de los principios propios del derecho al consumidor que, en el presente

proceso administrativo, han de aplicarse.- - - - -

-----En síntesis, y expuesto lo anterior, considero que corresponde hacer lugar al recurso interpuesto por la Fiscalía de Estado, y confirmar el monto impuesto por la Dirección de Comercio Interior, en tanto tal sanción no ha sido desproporcionada e irrazonable, teniendo en cuenta el abuso detectado, el carácter de reincidente, así como la reconocida y notoria envergadura comercial, económica y patrimonial de la firma sancionada Telefónica Móviles de Argentina S.A.. Con costas (art.68 CPCyC).- - - - -

- - - - -

-----MI VOTO.- - - - -

El señor Juez doctor Ricardo A.APCARIÁN y la señora Jueza doctora Liliana L.PICCININI dijeron:- - - - -

-----Adherimos al voto y solución propuesta por la señora Jueza preopinante.- - - - -

- - - - -

-----ASI VOTAMOS.- - - - -

El señor Juez doctor Enrique J. MANSILLA y el señor Juez doctor Eduardo ROUMEC, dijeron:- - - - -

-----Atento la coincidencia de los señores jueces preopinantes, nos abstenemos de emitir opinión (art.39 L.O.).- - - - -

-----NUESTRO VOTO.- - - - -

-----Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

R E S U E L V E:

Primero: Hacer lugar al recurso interpuesto por la Fiscalía de Estado contra la Sentencia Nº 13, obrante a fs.117/120 y vta. por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de General Roca, que resolvió disminuir la cuantía de la multa impuesta a Telefónica Móviles Argentina S.A. y confirmar el monto impuesto por la Dirección de

Comercio Interior a fs.76/86.- Con costas (art.68 CPCyC.).- - - - -

--

Segundo: Regular los honorarios profesionales del doctor Francisco M.López Raffo en la suma Pesos TRES MIL DOSCIENTOS SESENTA (\$ 3.260) equivalente a diez Jus y los de los doctores Alejandro David Cataldi y Federico Raffo Benegas -en conjunto- en la suma de Pesos MIL SEISCIENTOS TREINTA (\$1.630) equivalentes a cinco Jus (arts.6,9 y ccdtes.Ley G 2212).- - - - -

Tercero: Regístrese, notifíquese y oportunamente, remítase al Tribunal de origen.- - - -

- - - - -

(FDO)ADRIANA C.ZARATIEGUI-JUEZA-RICARDO A.APCARIÁN-JUEZ-
LILIANA L. PICCININI-JUEZA- ENRIQUE J.MANSILLA-JUEZ EN
ABSTENCION-EDUARDO ROUMEC JUEZ EN ABSTENCION-ANTE MI:
EZEQUIEL LOZADA-SECRETARIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA

PROTOCOLIZACION: TOMO I SENT.Nº 7 FOLIO 51/60 SEC.Nº 4