

## Defensa Del Consumidor Dano Punitivo Multa Garantias Constitucionales Debido Proceso

### JURISPRUDENCIA

### Defensa del consumidor. Daño punitivo. Multa. Garantías

constitucionales. Debido proceso                    Se hace lugar a la aplicación de la multa civil por daño punitivo contra la empresa telefónica demandada en virtud de acreditarse el incumplimiento del convenio suscripto con el consumidor. Se destaca la interpretación de la constitucionalidad del art. 52 bis de la ley 24240, en razón de no existir norma que prohíba establecer penas de carácter civil, siempre y cuando se apliquen resguardando las garantías constitucionales.                    En la ciudad de Mercedes, Provincia de Buenos Aires, a los 28 días del mes de Junio de 2016, se reúnen en Acuerdo Ordinario los señores Jueces de la Sala I de la Excm. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Mercedes de la Pcia. de Buenos Aires, Dres. EMILIO ARMANDO IBARLUCIA Y ROBERTO ANGEL BAGATTIN, con la presencia de la Secretaria actuante, para dictar sentencia en el Expte. N° SI-115676 , en los autos: ?LESPADE CARLOS MATIAS C/ TELECOM PERSONAL SA S/ DAÑOS Y PERJ. INCUMP. CONTRACTUAL (EXC. ESTADO)?.- La Cámara resolvió votar las siguientes cuestiones esenciales de acuerdo con los arts. 168 de la Constitución Provincial y 266 del C.P.C.- 1°.- ¿Es inconstitucional el art. 52 bis de la ley 24.240? 2°.- En su caso, ¿es justa la sentencia apelada? 3°.- ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? Practicado el sorteo de ley dio el siguiente resultado para la votación: Dres. Emilio A. Ibarlucía y Roberto A. Bagattin.- VOTACION A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA, el señor juez Dr. Emilio A. Ibarlucía dijo: I.- La sentencia de fs. 141/50 es apelada por el actor, quien se agravia de que no se haya acogido su pedido de que se aplique a la demandada la multa civil contemplada por el art. 52 bis de la ley 24.240 (texto ley 26.361). Los agravios no son contestados por la demandada. Corrida vista al Ministerio Público Fiscal conforme a lo dispuesto por el art. 27 de la ley 13.133, el Fiscal General Adjunto se pronuncia por la afirmativa. II.- 1.- El Sr. Carlos Matías Lespade promovió demanda contra Telecom Personal S.A. por indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual y la suma que se determine en concepto de multa civil en los términos del art. 52 bis de la ley 24.240. Dijo que el 13/06/11 compró a la accionada un teléfono celular por la suma de \$ 2.975,61 en una sucursal de la C.A.B.A., pagando mediante tarjetas de crédito Visa y American Express de otra persona, emitidas por el Banco Santander Río, y el resto en efectivo. Como el teléfono no funcionaba bien, estando dentro del plazo de cinco días, decidió cancelar la compra, a cuyo fin el agente de Telecom Personal S.A. emitió una nota de crédito por el valor total del equipo a fin de que pudiera gestionar el reintegro del dinero. Continuó diciendo que con ese fin se dirigió a la casa central de Telecom llevando toda la documentación y la nota de crédito, pero no se realizó la gestión por ?problemas administrativos?. Como seguían descontando las cuotas de la tarjeta de crédito, llamó a Telecom Personal y le dijeron que el trámite de cancelación no se había iniciado, por lo que se dirigió nuevamente a la casa central, donde se inició el mismo. Le seguían descontando las cuotas, motivo por el cual se dirigió al banco y le dijeron que no tenían orden de Personal de suspender el cobro. En diciembre de 2011 Organización Veraz S.A. le mandó una carta haciéndole saber el atraso en el pago de las obligaciones. Continuó narrando que, ante esa situación, promovió el reclamo en la Subsecretaría de Defensa del Consumidor del Ministerio de Economía, y recién en la tercera audiencia se presentó la demandada, en la que se acordó una cuarta audiencia (el 17/04/12). En esta la accionada presentó un acuerdo conciliatorio mediante el cual se comprometió a reintegrar el total de lo abonado, compromiso que no cumplió. Solicitó: a) reintegro de gastos por \$ 2.975,61; b) indemnización por daño moral, que estimó en \$ 5.000; c) la multa civil, cuyo monto no estimó. 2.- Corrido el traslado de ley, Telecom Personal S.A. contestó la demanda negando todos los hechos expuestos, con la excepción del acuerdo conciliatorio celebrado en la Subsecretaría de Defensa del Consumidor, pero dijo que no era veraz que no lo hubiera cumplido dado que puso a disposición del actor el cheque de reintegro del dinero de la compra del celular y aquel nunca pasó a retirarlo por la empresa. Dijo también que lo primero que debió hacer el actor fue entregar el equipo - cosa que no hizo - y luego gestionar el reintegro ante la entidad bancaria. Negó rotundamente que la empresa le hubiera emitido una nota de crédito, lo que tienen prohibido hacer los empleados de las oficinas comerciales. Negó que hubiera daño causado y que fuera procedente la aplicación del art. 52 bis de la ley 24.240. Subsidiariamente planteó la inconstitucionalidad de esta norma por implicar un tipo penal abierto en violación del art. 18 de la C.N. y sus equivalentes de tratados internacionales, y por exceder su aplicación el daño efectivamente sufrido. 3.- Se corrió traslado al actor de la documentación acompañada por la demandada y del planteo de inconstitucionalidad, no pronunciándose sobre esto último (auto de fs. 62). 4.- Abiertos los autos a prueba y producida la misma, se dictó sentencia, haciéndose lugar parcialmente a la demanda, con costas. La juzgadora entendió que el acuerdo arribado en sede administrativa estaba reconocido, y que no era una exigente que el actor no hubiera concurrido a retirar el cheque, dado que, siendo la accionada la deudora a ella le correspondía hacer las gestiones

necesarias para que la obligación asumida mediante el acuerdo llegara a su fin. Consideró que era la demandada quien debía probar que el pago se había efectuado. Dio por acreditada la autenticidad de la factura acompañada y condenó a pagar su importe (\$ 2.975,61); también condenó a pagar la suma de \$ 5.000 por daño moral, en ambos casos, con más sus intereses desde la fecha de mora. Respecto de la multa civil, dijo la jueza que, dado el carácter penal de la figura, no bastaba con el mero incumplimiento, sino que hacía falta que se tratara de una conducta particularmente grave, caracterizada por la presencia de dolo (directo o eventual) o, como mínimo, de una grosera negligencia, circunstancias que no se daban en el caso. III.- Se agravia el actor de la no fijación de la multa civil contemplada por el art. 52 bis de la LDC. Recuerda lo relatado en la demanda en cuanto a los viajes que debió hacer a la Capital Federal para solucionar el problema, que fue incluido en el Veraz. Sostiene que la accionada actuó de mala fe, que los \$ 5.000 por daño moral es muy poco para reparar el daño sufrido por el tedioso camino recorrido. IV.- No habiendo la sentenciante hecho lugar a la aplicación de la multa civil no tenía agravio la demandada para apelar en esta materia, pero la apelación de la actora obliga a tratar como cuestión previa el planteo de inconstitucionalidad que dicha parte hiciera al contestar la demanda, conforme al instituto de la ?apelación adhesiva? (S.C.B.A., Ac. 32.560 del 26/02/85, autos ?Decuzzi?, A. y S. 1985-I-141, J.A. 1986-I-552; en igual sentido: Ac. 34.286, 17/09/85; ac. 52.242, 6/12/94; Ac. 46.653, 4/08/92, E.D. 149-608, L.L. 1993-A-343; Ac. 36.386, 17/02/87; Ac. 70.779, 3/05/00; Ac. 35.610, 9/06/97; C.C. y C. Morón, Sala II, c. 33.402, 8/06/95; c. 34.864, 12/03/96; C.C. y C. La Plata, Sala II, c. 224.192, 11/07/96; c. 232.411, 14/04/99 y c. 226.511, 7/12/99; C.C. y C. San Nicolás, c. 981.519, 20/10/98; esta Sala, causas n° 109.061 del 7/10/04; 112-201 del 16/12/08, entre otras). Como ha dicho esta Sala en esta causa, con cita de la Cámara de Azul, conforme al principio de la devolución implícita de toda la materia a la Alzada se halla facultada para considerar todas las cuestiones, razones y argumentos que, incorporadas correctamente a la litis fueron sin embargo rechazados u omitidos de examinar en el pronunciamiento de primera instancia? (C.C. y C. Azul, Sala II, c. 36.924, 18/03/96, E.D. 171-623, D.J.B.A. 150-253). Ciertamente se han esgrimido argumentos muy serios para sostener que el art. 52 bis de la ley 24.240, tal como está redactado, es inconstitucional. La impugnación fundamental pasa por entender que la sanción que la norma prevé tiene exclusivamente carácter penal (el artículo dice ?independientemente de otras indemnizaciones que correspondan?), y en tal sentido no cumple con las exigencias del art. 18 de la C.N. (y concordantes de tratados internacionales, DUDH, art. 11; CADH, arts. 8 y 9; PIDCyP, art. 15), en la medida que se trata de un tipo penal abierto. Ello así dado que la norma lo prevé por el sólo incumplimiento de ?obligaciones legales o contractuales? sin exigir nada más (Bueres, Alberto y Picasso, Sebastián, ?La función de la responsabilidad civil y los daños punitivos?, Mayo, Jore y Crovi, Luis, ?Penas civiles y daños punitivos?, Rinissi, Antonio y Rey de Rinissi, Rosa, ?Naturaleza jurídica del daño punitivo?, en Rev. de Derecho de daños, 2011-2, ?Daño punitivo?, Rubinzal-Culzoni, Bs. As., ps. 18, 59 y 131; Picasso, Sebastián, Comentario al art. 52 bis en Picasso-Vazquez Ferreyra (Dir.), ?Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada?, L.L., Bs. As., 2009, p. 593). En cuanto a la naturaleza penal de la multa se sostiene que surge de la misma Exposición de Motivos de la ley 26.361, en que se dijo que el tope de la multa previsto obedecía ?al principio de reserva de la ley penal, atento al carácter punitivo del instituto?. En contra de esta tesis se argumenta que se trata de una pena civil y no de derecho penal, pero bien se ha recordado, con cita de Eugenio Zaffaroni, que el derecho penal no se individualiza por la forma que el legislador le da a la ley, ?porque si así fuere, le sería muy fácil al legislador burlar todas las garantías: podría darle forma no penal a una ley penal y, consecuentemente, prescindir de atenerse a todas las garantías que rigen la ley penal conforme a la CN, a la DU y a la CA de Derechos Humanos? (Manuel de Derecho Penal. Parte General, Ediar, Bs. As., 1988, p. 56). Entiendo que esta objeción es de suma importancia, dado que no es posible aceptar que basta con que el legislador califique a una ley de ?civil? para borrarle la naturaleza penal a la conducta que sanciona, muchas veces haciéndolo con una pena (multa) mucho mayor que las previstas en la legislación penal. El tema, como han señalado los autores que critican al art. 52 bis, no es menor, toda vez que cuando una norma es penal rigen al respecto las garantías constitucionales para ese tipo de imputación: prohibición de declarar contra sí mismo, que el silencio no puede implicar presunción en contra, los principios in dubio pro reo y non bis in idem. Se objeta, entonces, que todo ello no rige en materia civil, donde la falta de contestación de la demanda o la rebeldía implican presunción de reconocimiento de los hechos expuestos en la misma y de la documentación acompañada, y, sobre todo cuando de derechos del consumidor se trata, rige el principio in dubio pro consumidor (arts. 37 y 38 ley 24.240), que se aplica, precisamente, en contra de quien es el sujeto pasivo de la pena. Reitero que se trata de objeciones serias pero, sin embargo, no alcanzan para tachar a la norma de inconstitucional si se la interpreta conforme a lo que a continuación explicaré. En primer lugar, es de tener en cuenta que de ninguna cláusula de la Constitución surge que el legislador esté inhibido de prever sanciones para determinado tipo de conductas que no lleguen a ser delito penal. Y así, en las distintas ramas del derecho puede el legislador contemplar penas de carácter pecuniario (o sea, no privativas de la libertad), con fines compulsorios para lograr el cumplimiento de una obligación, disuasivos o preventivos para que no vuelvan a ocurrir. Si bien el derecho civil tiene una función esencialmente resarcitoria, ello no quiere decir que sea excluyente de la función preventiva (Prevot, Juan Manuel, ?La función de la responsabilidad civil y los daños

punitivos?, en Rev. de Derecho de daños, ?Daño punitivo? cit., p. 81.), la que ha sido receptada por el Código Civil y Comercial vigente desde el 1/08/14 (arts. 1710/1715). Asimismo, no puede perderse de vista que mientras el derecho penal argentino (al menos, hasta ahora) sólo sanciona a personas físicas, el art. 52 bis se aplica principalmente a personas jurídicas. Por otro lado, como ha señalado la Corte Suprema, si bien en otras ramas del derecho las normas penales deben aplicarse respetando las garantías de esa disciplina, ello debe hacerse ?con matices?; o sea, con menor estrictez (ver Bueres-Picasso, ob. cit., p. 61) Ello no quiere decir que comparta el argumento de que la multa civil se justifica porque el ordenamiento civil contempla ?penas privadas? como la cláusula penal o los intereses punitivos (como argumentan quienes defienden el instituto), dado que en estos casos se trata de penas pactadas, o sea libremente convenidas por las partes para el caso de incumplimiento por una de ellas de las obligaciones asumidas (art. 652 y ss. C.C.; art. 790 y ss. y art. 769 C.C.C.), lo que, obviamente, es muy distinto a una pena impuesta por la ley y fijada discrecionalmente por los jueces. Guarda sí la multa civil alguna semejanza con las astreintes (art. 666 bis C.C.; art. 805 C.C.C.), pero aún así existe una diferencia fundamental: estas tienen una finalidad conminatoria para obtener el cumplimiento de resoluciones judiciales, y por ello, pueden ser dejadas sin efecto o reajustadas si el incumplidor desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder. El art. 52 bis de la ley 24.242 no contempla, en cambio, que una vez firme, el juez la deje sin efecto o la reduzca. Mayor similitud guarda con las sanciones por temeridad y malicia que contempla el art. 45 del C.P.C.C., pero en este caso no puede perderse de vista que la norma prevé un máximo que no puede superar el 10 por ciento del monto del juicio. En cambio el art. 52 bis de la LDC contempla un límite que puede ser varias veces superior al daño efectivamente sufrido por el consumidor. Ahora bien, ¿el carácter punitivo de la norma y el hecho de que no sea totalmente asimilable a la cláusula penal, a las astreintes o a las sanciones por temeridad o malicia la convierte en inconstitucional? El análisis debe partir de la base de que, como ha dicho la Corte Suprema Nacional reiteradamente, la declaración de inconstitucionalidad es la última ratio del orden jurídico (Fallos: 256:602; 302:166; 307:531; 316:188; 324:3219, entre otros). Es decir, es el último recurso al cual debe acudir, dado que debe presumirse que el legislador actúa respetando la Constitución. Ello conduce a que debe hacerse el esfuerzo de la interpretación conforme a la Constitución y a los tratados de derechos humanos de igual jerarquía, máxima que hoy consagra expresamente el art. 1 del C.C.C. (La interpretación conforme es una directiva prevista en varias constituciones - v.g. México, art. 1; Colombia, art. 93; Perú -, ha sido desarrollada por los autores europeos - ver Ricardo Guastini, ?La constitucionalización del ordenamiento jurídico?, en Carbonell, Miguel (Dir.), ?Neoconstitucionalismo(s)?, Ed. Trotta, Madrid, 2009, p. 49, y es frecuentemente invocada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación a la aplicación de la Convención). Ello implica que si una norma ofrece dos (o más) interpretaciones posibles, una de las cuales conduce a su inconstitucionalidad y otra a su validez constitucional debe optarse por esta última. Es cierto que, tal como está redactada la norma, parece irrazonable (art. 28 C.N.), toda vez que contempla la sanción por el sólo incumplimiento de obligaciones legales o convencionales, sin ninguna especificación acerca de la conducta pasible de ella ni gravedad alguna, dejando su imposición y graduación a la mera discrecionalidad del juez sobre la base de pautas tan abiertas como la ?gravedad del hecho y demás circunstancias del caso?. Pero, paradójicamente, es precisamente esta discrecionalidad judicial la que permite una interpretación conforme a la Constitución. Es decir, el juez debe interpretar el art. 52 bis en armonía con el art. 42 de la C.N. y con resto de la ley. Por cierto que la protección del consumidor que tutela la norma constitucional de ningún modo justifica la arbitrariedad, toda vez que los principios constitucionales deben armonizarse de forma tal que todos conserven igual valor y efectos, como ha dicho reiteradamente la Corte Nacional (Fallos: 300:1080; 301:460; 304:794; 307:518, entre otros). En el caso, la protección del consumidor de la norma constitucional indicada no justifica la violación del debido proceso o de la defensa en juicio ni la aplicación de penas que no se justifiquen por hechos debidamente probados en el expediente respectivo (art. 18 C.N.). En relación a la armonía con el resto de la ley debe tenerse presente que en el Título II contempla las facultades de las autoridades de aplicación (del orden nacional, de la CABA y de las provincias) para instruir actuaciones administrativas por infracciones a la ley y sus normas reglamentarias y aplicar sanciones, que pueden llegar a multas de hasta \$ 5.000.000, clausuras de establecimientos, decomisos o pérdida de concesiones (art. 47). El art. 49 prevé que para la aplicación y graduación de esas sanciones debe tenerse 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 producidos, la reincidencia y demás circunstancias relevantes del caso. Es decir, la misma ley contempla, para la aplicación de sanciones administrativas, todo lo que en la doctrina y jurisprudencia del derecho comparado dio lugar al nacimiento de los punitive damages, que nuestra ley, sin embargo, recepta, de una manera muy distinta, en el art.52 bis de la LDC. En efecto, como es bien sabido el caso emblemático de este instituto es ?Grimshaw vs. Ford Motor Company? resuelto por la Corte de California en 1981, en el cual se comprobó que un defecto de fabricación (de diseño) de un automóvil (Ford Pinto) hacía que se incendiara cuando era chocado de atrás, defecto que la empresa conocía pese a lo cual lo seguía fabricando y vendiendo dado que la estimación o cálculo de la cantidad de accidentes que pudieran producirse e

indemnizaciones que efectivamente debiera pagar por ello arrojaba sumas muy menores a lo que implicaba reparar todos los vehículos existentes en el mercado y cambiar la línea de producción. Se consideró que la decisión de la empresa implicaba un obrar desaprensivo, rayano con el dolo, y que solamente la aplicación de una sanción económica importante podía disuadirla de seguir obrando de esa manera. Muchos otros casos de la jurisprudencia norteamericana (entre ellas, por ejemplo, las cuantiosas indemnizaciones impuestas a las compañías tabacaleras que habían ocultado dolosamente que sabían los efectos adictivos que producía la nicotina) fueron originados en situaciones similares. Es decir, la comprobación de un comportamiento reiterado, desaprensivo hacia la salud o la seguridad del consumidor, con aprovechamiento de la situación dominante del mercado, etc. La ley 24.242 contempla ello, como dije, en los arts. 47 y 49. Por consiguiente, el art. 52 bis no puede interpretarse de forma tal que se entienda que el legislador quiere que por el mismo comportamiento se apliquen las dos sanciones: la administrativa y la judicial. Si el mismo autor de la norma en la Exposición de Motivos dijo que el art. 52 bis tenía naturaleza penal es imposible creer que su intención fue aplicar dos sanciones por lo mismo, toda vez que ello sería contrario al principio non bis in idem. Para que el juez no pudiera incurrir en la violación de este ancestral principio tendría que recabar información a las autoridades de aplicación de la ley para verificar si la empresa no fue ya sancionada por un tipo de conducta similar a la que es motivo de juzgamiento. Esta información - hasta lo que el suscripto tiene conocimiento de acuerdo al relevamiento de fallos efectuado - nunca se hace, quizás porque, en la mayoría de los casos se imponen multas civiles de montos bajos, o porque, precisamente, se teme no incurrir en la doble punición. Es de señalar, además, que la preocupación por la no violación del non bis in idem ha sido receptada por el art. 1714 del Código Civil y Comercial. La conclusión inevitable de este análisis armónico y sistemático de la ley 24.242 es que el art. 52 bis no contempla el mismo tipo de sanción que los llamados "punitive damages" de la jurisprudencia norteamericana, dado que la finalidad de estos está contemplada por vía administrativa por los arts. 47 y 49 de la ley. Por vía de este razonamiento, volvemos a la lectura literal del art. 52 bis. Alude al incumplimiento de obligaciones legales o convencionales sin hacer ninguna alusión a lo que en el derecho comparado dio nacimiento a los "punitive damages" (a lo que sí alude el art. 49), porque la intención ha sido alejarse de la motivación de esa jurisprudencia. El art. 52 bis se refiere al incumplimiento legal o convencional en el caso concreto que el juez tiene en sus manos, lo que queda ratificado cuando, a continuación, habla de la graduación de la multa "en función de la gravedad del hecho"; o sea en singular. Desde esta lectura, entonces, aún cuando el límite que el mismo artículo impone a la multa es muy alto, es evidente, a mi juicio, que el monto tiene que tener proporción con el monto del daño efectivamente causado. Es que la "gravedad del hecho" nunca puede ser ajeno a este último. Por otro lado, una de las objeciones constitucionales que se ha hecho al art. 52 bis es que el monto de la multa civil tiene como destinatario al damnificado, el que, además, cobra íntegramente la indemnización por el daño sufrido. Se sostiene, entonces, que implica un enriquecimiento sin causa, que viola el principio de igualdad ante la ley (art. 16 C.N.) y es irrazonable (art. 28 de la C.N.). No cabe ninguna duda que era notablemente mejor la previsión de la multa civil tal como la contemplaba el art. 1587 del Proyecto de Código Civil y Comercial de 1998, ya que, además de ser más acorde con los fundamentos de los "punitive damages" (decía "a quien actúa con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos o de los intereses de incidencia colectiva" y su monto en consideración a "los beneficios que aquél obtuvo o pudo haber obtenido con su conducta") preveía que tenía "el destino que le asigne el tribunal por resolución fundada". Es decir, no era para enriquecer al damnificado, que recibía su reparación de acuerdo a las reglas de la responsabilidad civil. Esta norma estaba a continuación de las relativas a la prevención del daño, criterio que reiteró el Anteproyecto de Código Civil y Comercial elaboradora por la Comisión Redactora de 2012, que con más precisión lo llamó "sanción pecuniaria disuasiva" y lo contempló para los casos en que se actuara con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva, y a los efectos de la graduación que se tuviera en cuenta la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. Previó también el Anteproyecto que si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles provocaba una punición irrazonable o excesiva, el juez podía computarla a los fines de la norma, pudiendo, incluso llegar a dejar sin efecto, total o parcialmente la medida. Lamentablemente este artículo proyectado - previsto para los casos de derechos de incidencia colectiva y en términos muy razonables - fue eliminado del texto que finalmente sancionó el Congreso, y ha quedado solamente en nuestro ordenamiento civil el art. 52 bis de la LDC, que, como vimos, poco tiene que ver con los casos que dieron origen a los "punitive damages" del derecho anglosajón. Por consiguiente, la multa civil que el art. 52 bis contempla debe aplicarse como ha dicho la jurisprudencia y doctrina mayoritaria, en función del daño causado en el caso concreto, y aplicarse con suma prudencia en aquellos supuestos donde ha mediado un factor de atribución especial (dolo o culpa grave) (ver autores citados en Bueres y Picasso, ob. cit., p. 67; Lorenzetti, Ricardo, "Consumidores", Rubinzal-Culzoni, Bs As, 2009, p. 562; C.C. y C. Mar del Plata, S. 1, "Acuña c. AMX Argentina, 11/06/11; C.C. y C. Jujuy, S. 2, "De los Ríos c. Autopartes Andesmsar S.A.", 10/12/14, L.L.NOA, 2014(abril), p. 333). Especialmente debe tenerse en cuenta que el art. 8 bis de la LDC establece: "Los proveedores deberán garantizar condiciones de

atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios. Deberán abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias...?. Y agrega: ?Tales conductas, además de las sanciones previstas en la presente ley, podrán ser pasibles de la multa civil establecida en el art. 52 bis de la presente norma, sin perjuicio de otros resarcimientos que correspondieren al consumidor...?. Siendo que la ley ha optado por destinar la multa al actor entiendo que para que ello no produzca un enriquecimiento sin causa desmedido, con violación del principio de igualdad ante la ley (dado que otro consumidor ante la misma situación no podría recibir la misma suma toda vez que sería violatorio del non bis in idem), el monto no puede ser superior al fijado por el daño efectivamente sufrido en el caso concreto en juzgamiento. En conclusión: a) el art. 52 bis de la ley 24.240, como toda norma infraconstitucional exige que sea objeto de una interpretación conforme a la Constitución; b) no surge de nuestro ordenamiento constitucional impedimento para que el legislador establezca penas de carácter civil, siempre y cuando se apliquen resguardando las garantías constitucionales, en particular el derecho de defensa y el debido proceso, aún cuando no se entiendan estas con la estrictez que rigen en el proceso penal; c) especialmente debe cuidarse el juzgador de no incurrir en la violación del non bis in idem, lo que puede pasar si se superponen por las mismas conductas las penas administrativas con las judiciales; d) el incumplimiento legal o convencional incurrido por el proveedor debe ser particularmente grave, producto de un obrar doloso o con culpa grave, comprendiendo en este tipo de conductas la violación al trato digno al consumidor que exige el art. 8 bis de la LDC; e) la multa impuesta no puede ser fuente de un enriquecimiento desmedido del damnificado, dado que ello es violatorio de los principios de igualdad y de razonabilidad de las leyes. Interpretada de esta manera, entiendo que el art. 52 bis de la ley 24.240 es constitucional. V.- En la medida que la parte actora no contestó en su momento el planteo de inconstitucionalidad, propongo que las costas del incidente se impongan en el orden causado (art. 69 2do. párr. C.P.C.). VOTO POR LA NEGATIVA. El señor juez Dr. Roberto A. Bagattin, por iguales fundamentos y consideraciones a los expuestos por el señor juez preopinante, emite su voto en el mismo sentido. A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA, el señor juez Dr. Emilio A. Ibarlucía dijo: I.- De acuerdo a la forma en que ha quedado votada la cuestión anterior, corresponde resolver la apelación del actor en cuanto se agravia de la no imposición de la multa civil contemplada por el art. 52 bis de la ley 24.240. Aunque no fue muy claro en la demanda al solicitar el actor la aplicación de la multa, se supone que la fundó en el comportamiento de la demandada que describió en la exposición de los hechos; es decir, desde que decidió devolver el teléfono celular dentro de los cinco días de haber efectuado la compra hasta el incumplimiento del acuerdo conciliatorio al que se arribó en la Secretaría de Defensa del Consumidor. La sentencia no abordó el tratamiento de las actitudes atribuidas a la empresa demandada hasta el arribo del acuerdo conciliatorio. Directamente dijo que este se había celebrado y que la demandada no había cumplido el mismo. Restó importancia al argumento defensivo de la accionada consistente en que el actor no había ido a sus oficinas a retirar el cheque porque consideró que, siendo que revestía el carácter de deudor, era la empresa la que debía efectuar las gestiones necesarias para que la obligación asumida se cumpliera. Entendió que era esa parte la que tenía la carga de la prueba de demostrar que el pago se había efectuado. Estos argumentos de la sentenciante no han sido cuestionados en esta instancia por la demandada y han quedado consentidos, pero por las mismas razones nada hay firme en relación al comportamiento de la empresa entre la compra del celular y la celebración del acuerdo conciliatorio. Y en tren de analizar esa conducta para verificar si se justifica la aplicación de la multa civil peticionada se advierte que ninguna prueba se ha producido en autos. Es decir, no hay prueba de que haya concurrido a devolver el celular dentro de los cinco días de la compra, que se le haya dado una nota de crédito, que llevara toda la documentación y que no se le solucionara el problema alegándose ?problemas administrativos?, que se haya comunicado telefónicamente, que se iniciara por segunda vez el trámite de cancelación de la compra y que le hubieran dicho que reclamara ante el banco (arts. 375 y 384 C.P.C.). Advierto, en particular, que no veo entre la documentación acompañada la nota de crédito que, según el actor, le habrían dado apenas comunicó su decisión de devolver el celular. Lo único que está acreditado en autos es que en la Subsecretaría de Defensa del Consumidor del Ministerio de Economía de la Nación se celebraron cuatro audiencias, pero lamentablemente de las actas de las dos primeras (fs. 90/91) no surge que la empresa demandada haya sido previamente citada. Sí compareció a la tercera audiencia y el apoderado acompañó un escrito con la propuesta de hacer el reintegro del costo del celular y los requisitos que al efecto debía cumplir el consumidor, oportunidad en la que se fijó una cuarta audiencia para el 17/04/12 (fs. 92/106). En esta última oportunidad se suspendió la audiencia dado que se arribó a un acuerdo conciliatorio, que fue firmado por el actor y luego ratificado por el apoderado de la empresa (fs. 108/15). Surge del texto del acuerdo conciliatorio que Telecom Personal ?sin reconocer hechos ni derechos?, se comprometió a realizar el reintegro de las sumas abonadas mediante tarjetas de crédito (\$ 1.799) mediante cheque en el plazo de 30 o 45 días. Se consignó, además, que la operación de reintegro quedaba supeditada a la previa verificación por parte de la empresa a que la misma no hubiera sido ?desconocida, contracargada, por el cliente en la entidad emisora de la tarjeta de crédito?. No surge del acuerdo que se hubiera convenido domicilio de pago, y, a falta de ello, debía ser el domicilio del deudor (art. 747 C.C.; igual regla establece el art. 874 C.C.C.), lo que, en principio, brinda razón a la defensa de la demandada en cuanto a que el

actor no concurrió a retirar el cheque, pero esto - como dije - no fue recogido por la sentenciante, quien entendió que le cabía la carga de la prueba a la accionada de que había pagado, argumento que ha sido consentido. No se me escapa que es bastante lógico que una empresa que debe hacer un reintegro de una compra efectuada mediante tarjeta de crédito, previamente se cerciore de que no haya mediado de parte del comprador negación de la compra a la emisora de la tarjeta, pero entiendo que la empresa Telecom Personal S.A. tuvo tiempo de sobra para hacer esa verificación antes de celebrar el acuerdo conciliatorio en la cuarta audiencia, de manera de poder pagar en ese mismo acto o fijar fecha y lugar de pago concretos. Téngase en cuenta que entre la tercera y esta cuarta audiencia medió un término de veinticinco días. El actor concurrió a las audiencias sin patrocinio letrado, y todo hace pensar que la demandada abusó de su posición para imponer los términos del acuerdo. En efecto, este fue prerredactado por ella e impuso las condiciones en términos que parecen un ?formulario?. Ello surge de su propia redacción y del acta de fs. 115 del que se desprende que la ?denunciada? llamó a la oficina de defensa del consumidor diciendo que se había arribado a un acuerdo, por lo que se pedía la suspensión de la audiencia. Por consiguiente, fue la empresa la que omitió consignar el lugar y la fecha de pago, y según surge de la documentación acompañada con la demanda (fs. 19) ni siquiera le dieron al actor un acta del acuerdo conciliatorio firmando o ratificado por la empresa. Es evidente que abusó la empresa de la situación de inferioridad del consumidor, que no compareció ante el órgano administrativo con patrocinio letrado. No brindó así al consumidor el trato digno exigido por el art. 8 bis de la LDC, que, en tal caso habilita la aplicación de la sanción prevista por el art. 52 bis. Ello, sin perjuicio de que no puede pasarse por alto la supina y alarmante negligencia del órgano que se supone que protege a los consumidores y no toma la mas mínima precaución para que los acuerdos se firmen por ambas partes en la misma oficina, con expresa consignación de fecha y lugar de pago. En definitiva, la conducta de la demandada entre la decisión del actor de devolver el celular y la celebración del acuerdo en sede administrativa no está probada en autos, pero, por los motivos dados, es evidente que la proveedora de la relación de consumo abusó de su posición para celebrar un acuerdo en términos perjudiciales para el consumidor al no fijar con claridad fecha y lugar de pago del importe del reintegro. ¿Es ella una conducta que merezca la aplicación de la multa civil prevista por el art. 52 bis de la ley 24.242? Como dije al tratar la primera cuestión, la correcta interpretación de esta norma - en armonía con el resto de la ley - conduce a que las razones por las cuales puede aplicarse la sanción sean la comprobación de un comportamiento doloso, con culpa grave, quedando comprendido en ello el no brindar el trato digno en los términos que el art. 8 bis de la LDC lo contempla. Es esto último, lo que, a mi juicio, ocurrió en el caso de autos. La empresa impuso los términos de un convenio prerredactado a un consumidor que no comparecía con patrocinio letrado, y de esa manera no fijó fecha ni lugar de pago, aprovechándose de ello para no cumplir el compromiso de pago asumido, conducta que mantuvo hasta en la misma contestación de demanda, donde se limitó a decir que el actor no había retirado el cheque, sin depositar en autos el importe convenido. En cuanto a la cuantificación, dije al tratar la primera cuestión que la sanción por la comprobación de la reiteración de ese tipo de conductas era competencia del órgano administrativo de contralor (arts. 45 a 51 LDC), no sabemos si se han aplicado sanciones por ello y debemos los jueces ser prudentes de no incurrir en la violación del principio ?non bis in idem?. Lo que, en consecuencia, debemos meritar es el incumplimiento legal o convencional - como dice el art. 52 bis - en el caso concreto. También dijimos que la multa no puede ser fuente de enriquecimiento injustificado del consumidor, y en la tarea de mensurarla no podemos soslayar los montos indemnizatorios que se le han reconocido. En el caso, la sentencia ha fijado, además del reintegro íntegro de la suma abonada (\$ 2.975,61), un monto de casi el doble por daño moral (\$ 5.000), con más intereses desde la fecha del reclamo (17/01/12). De acuerdo a ello y a la entidad de la falta que se ha analizado, estimo justo fijar en concepto de multa civil la suma de \$ 4.000 (art. 52 bis ley 24.240). II.- En cuanto a las costas de segunda instancia, de acuerdo a lo propuesto, deben ser soportadas por la demandada (art. 68 C.P.C). **VOTO POR LA NEGATIVA.** El señor juez Dr. Roberto A. Bagattin, por iguales fundamentos y consideraciones a los expuestos por el señor juez preopinante, emite su voto en el mismo sentido. **A LA TERCERA CUESTION PLANTEADA,** el señor Juez Dr. Emilio A. Ibarlucía dijo: De acuerdo a la forma en que han quedado votadas las cuestiones anteriores, el pronunciamiento que corresponde dictar es: 1°.- Rechazar el planteo de inconstitucionalidad del art. 52 bis de la ley 24.240, con costas del incidente por su orden. 2°.- Revocar parcialmente la sentencia apelada en cuanto no hace lugar a la aplicación de la multa civil, y fijar la misma en la suma de \$ 4.000, la que deberá ser pagada en el plazo fijado en la sentencia, con costas de segunda instancia a la demandada. **ASI LO VOTO.-** El señor juez Dr. Roberto A. Bagattin, por iguales fundamentos y consideraciones a los expuestos por el señor juez preopinante, emite su voto en el mismo sentido. Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dictándose la siguiente: **SENTENCIA Y VISTOS: CONSIDERANDO:** Que en el Acuerdo que precede y en virtud de las citas legales, jurisprudenciales y doctrinales, ha quedado resuelto que la sentencia apelada debe ser revocada parcialmente.- **POR ELLO y demás fundamentos consignados en el acuerdo que precede, SE RESUELVE:** 1°.- **RECHAZAR** el planteo de inconstitucionalidad del art. 52 bis de la ley 24.240, con costas del incidente por su orden. 2°.- **REVOCAR** parcialmente la sentencia apelada en cuanto no hace lugar a la aplicación de la multa civil, y fijar la misma en la suma de \$ 4.000, la que deberá ser

pagada en el plazo fijado en la sentencia, con costas de segunda instancia a la demandada. NOT. Y DEV.- Firmado: Dr.  
Emilio A. Ibarlucía - Dr. Roberto A. Bagattin Ante mí, Dra. Gabriela A. Rossello - Secretaria  
Correlaciones: [Ley 24240](#) - BO: 15/10/1993 Chamatropulos, Alejandro, Peculiar regulación de los daños punitivos en la  
ley de defensa del consumidor, Compendio Jurídico, Noviembre 2008, 008346E