

Tarjeta De Credito Extracciones Realizadas En El Exterior Duplicidad De Tarjetas

JURISPRUDENCIA

Tarjeta de crédito. Extracciones realizadas en el exterior. Duplicidad

de tarjetas

Se modifica el monto de condena establecido en la sentencia que admitió parcialmente la demanda por daños y perjuicios derivados del uso de una tarjeta de crédito de titularidad del accionante, mediante extracciones por cajero automático en el exterior.

En Buenos Aires a los veintinueve días del mes de agosto de dos mil diecisiete, reunidos los Señores Jueces de Cámara en la Sala de Acuerdos fueron traídos para conocer los autos ?VEGA GUSTAVO JAVIER C/MASTERCARD SA Y OTROS S/ORDINARIO? (Expediente Nro. 29086/2014) en los que al practicarse la desinsaculación que ordena el artículo 268 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación resultó que la votación debía tener lugar en el siguiente orden de Vocalías: N°18, N°16 y N°17. Intervienen sólo los doctores Rafael F. Barreiro y Alejandra N. Tevez por encontrarse vacante la vocalía N° 17.

Estudiados los autos la Cámara plantea la siguiente cuestión a resolver: ¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada de fs.

374/387? El Señor Juez de Cámara doctor Barreiro dice: I. Los antecedentes. Presentaré, resumidas, las posiciones sostenidas por los sujetos procesales intervinientes en la causa y las aristas dirimientes del conflicto suscitado que estimo útiles para su elucidación (CSJN, Fallos 228:279 y 243:563). a) Gustavo Javier Vega, por derecho propio, promovió demanda por daños y perjuicios contra MasterCard SA y Banco Ciudad de Buenos Aires por la suma de \$ 86.745,02.- con intereses y costas. Relató que celebró con las demandadas un contrato de tarjeta de crédito en el cual el Banco Ciudad era el emisor del plástico y MasterCard la administradora del sistema crediticio. Indicó que la entidad bancaria mencionada le ofreció el uso de la tarjeta de crédito, con débito automático de su cuenta sueldo del pago mínimo de los consumos que hiciera, sin ningún tipo de cobro por mantenimiento.

Manifestó que la entidad administradora no es una mera espectadora en este tipo de contratos, sino que ocupa un papel predominante de supervisión y control del funcionamiento del sistema de tarjeta de crédito, debiendo, al igual que el banco emisor del plástico, asumir el riesgo empresario ínsito de la actividad y responder ante el destinatario del servicio cuando éste resulte deficientemente brindado. Alegó que luego de haber contraído matrimonio con la Sra. María Daniela Ponce, planearon un viaje al extranjero para el cual requirieron los servicios de la empresa de turismo ?OAK GROUP?, concretándose este viaje entre los días 10 al 29 de noviembre de 2013. Adujo que entre los permisos y trámites previos informó a MasterCard SA las fechas de salida y entrada del país a fin de posibilitar las compras y extracciones de dinero en cajeros automáticos con la tarjeta de crédito Nro. ... fuera del territorio nacional. Expresó que durante su estadía en el exterior no pudo hacer uso de la tarjeta en comercios o para extracciones en varias oportunidades, con la sola explicación de que la operación era denegada por la entidad de origen.

Denunció que, luego de regresar a la Argentina, le surgió posibilidad de viajar a España por razones de estudio y que intentó comprar con la tarjeta de crédito Mastercard los pasajes pero la operación fue rechazada. Indicó que al presentarse en la sucursal Nro. 17 de la banca demandada se le informó que la tarjeta había sido duplicada y utilizada en reiteradas oportunidades en Gran Bretaña con posterioridad a su viaje de Londres a Madrid, e incluso luego de su arribo a Argentina. Señaló que el 30.12.13 se limitó a desconocer formalmente los consumos que le fueron imputados, y que entregó al personal del banco la tarjeta de crédito Nro. ... a fin de que procedan a destruirla. Imputó responsabilidad a las accionadas por los hechos reseñados, debiendo resarcirla por los daños causados. Por todo ello, reclamó: i) \$ 5.745,02 en concepto de ?daño Material?, ii) \$ 1.000 en concepto de ?daño directo? iii) \$ 30.000 en concepto de daño moral, y iv) \$ 50.000 en concepto de ?daño punitivo?.

Fundó en derecho su acción y ofreció prueba. b) Banco de la Ciudad de Buenos Aires, por medio de apoderado, contestó la acción incoada en su contra con la presentación de fs. 105/115. Por imperativo procesal negó todos y cada uno de los hechos relatados por el actor en el libelo inaugural y solicitó su rechazo con costas. Señaló que la tarjeta de crédito del accionante no fue duplicada y destacó, a la vez, que para extraer dinero en cajeros automáticos es necesario ingresar el código PIN, cuya confidencialidad, guarda y cuidado es absoluta responsabilidad del titular, y sin el cual resulta imposible operar. Explicó que sin perjuicio de que en los resúmenes de cuenta del demandante figuran consumos realizados en distintos lugares en los mismos días, el actor no ha aportado pruebas tendientes a demostrar de manera indudable su paradero en las fechas en que se realizaron las extracciones impugnadas en el recibo, resultando su ubicación geográfica su principal argumento para desconocer los cargos de su tarjeta de crédito. Denunció que resultan registrados dos reclamos por desconocimiento de consumos realizados con la tarjeta MasterCard Nro. ... de titularidad del accionante, donde se desconocen, en el Reclamo Nro. 102622, las extracciones realizadas por cajero automático (ATM) en las fechas 26 de noviembre, 3 y 11 de diciembre de 2013, que ascienden a la suma total de u\$s 145,61 y, en el Reclamo Nro. 106380, las extracciones por cajero automático de fecha 22 de diciembre de 2013 por un total de u\$s 415,06, todas ellas realizadas en Gran Bretaña en año 2013. Explicó que el servicio de procesamiento de las tarjetas MasterCard es brindado por First Data Cono Sur

SRL quien se encarga de coordinar los medios de pago, permitiendo a los usuarios de tarjetas de crédito y/o débito realizar compras en cualquiera de los comercios adheridos. Manifestó que el Sr. Vega formuló sus reclamos tanto ante la empresa administradora MasterCard S.A., como ante el Banco Ciudad por resultar el emisor de la tarjeta de crédito, y que, recibidos los reclamos mencionados, procedió a derivar los mismos a MasterCard/ First Data a fin de que realice las averiguaciones pertinentes, acreditando temporalmente la suma desconocida por el accionante a su cuenta, hasta tanto se obtuvieran respuestas respecto a la procedencia de los requerimientos formulados. Señaló que First Data resolvió desestimar los reclamos formulados por el actor, comunicando a la entidad bancaria con fechas 01.04.2014 y 08.04.2014 que el banco dueño del cajero automático (ATM) del exterior ratificaba el acceso de la tarjeta de crédito a la terminal y que no habían existido inconvenientes operativos. Indicó que ante el rechazo de los reclamos por parte del operador del sistema no tuvo más alternativa que acatar lo resuelto, en tanto no posee ni medios ni recursos suficientes para realizar las investigaciones que están en manos de la administradora. Recalcó que no se dan en el caso de autos los presupuestos que deben existir para toda imputación de responsabilidad. Subsidiariamente, impugnó la procedencia y cuantía de los perjuicios reclamados. Fundó en derecho su defensa, ofreció prueba y solicitó que se cite a First Data Cono sur SRL en los términos del art. 94 Cód. Procesal. c) A fs. 154/65 se presentó, por medio de apoderada, First Data Cono Sur SRL a fin de contestar demanda y solicitar su rechazo con costas. Destacó que sin perjuicio que el actor promovió la presente acción contra MasterCard SA?, viene a contestar demanda puesto que es quien posee las licencias no exclusivas para operar la tarjeta MasterCard en la Argentina. Señaló, además, que dicha circunstancia también fue denunciada al momento de la mediación. De seguido, efectuó una negativa pormenorizada de los hechos esgrimidos por el accionante y desconoció la documentación acompañada en el escrito de inicio. Señaló que del resumen de cuenta al 19.12.13 surgen extracciones bancarias en terminales ATM por las sumas de u\$s 16,20 (26.11.13), u\$s 32,85 (03.12.13), u\$s 65,71 (03.12.13) y u\$s 16,45 (11.12.13), correspondiendo los restantes cargos a las comisiones que cobran esas terminales ATM por brindar el servicio. Manifestó que de la lectura de los resúmenes de cuenta reconocidos, el 03.12.13 se realizaron extracciones en Gran Bretaña y un consumo en Buenos Aires y que ello no resulta ilógico, debido a que las extracciones fueron realizadas en Gran Bretaña a las 00.59 hs. del día 03.12.13, es decir a las 22:59 hs. hora argentina del día 02.12.13, es decir que el consumo en Mc. Donalds de Buenos Aires pudo realizarse una vez estando la tarjeta nuevamente en Argentina. Señaló que en la documental que adjunta (Anexo 2) se encuentra la respuesta de las terminales ATM indicando que las extracciones se realizaron sin inconvenientes y con el ingreso del ?Personal Identification Number? (PIN), poniendo de resalto que dicha clave es únicamente conocida por el accionante. Continuo diciendo que, conforme las pautas de seguridad para realizar una extracción bancaria en una terminal ATM resulta necesario el plástico como también el ingreso del PIN y que, en caso de que el cajero automático extranjero no contara con las medidas de seguridad necesarias, dicha circunstancia es netamente atribuible a la entidad propietaria del mismo y a la red ATM a la cual pertenece, pero que de ningún modo puede ser atribuible a la administradora de la tarjeta de crédito. Alegó que al no existir denuncia de extravío del plástico y no acreditarse que el cajero automático sufriera algún desperfecto técnico, no puede atribuírsele responsabilidad alguna, puesto que ha obrado en cumplimiento de todos los deberes de seguridad que le fueran impuestos. Arguyó que ni bien el actor formuló el reclamo ante First Data, procedió a abrir la correspondiente investigación, la que arrojó como resultado que las operaciones fueron realizadas en forma correcta, razón por la cual no se hizo lugar a la impugnación. Sin embargo, indica que el resultado de la investigación no es vinculante para la entidad emisora. Cuestiona la procedencia de los rubros reclamados, citando jurisprudencia que considera aplicable al caso. Finalmente, planteó de forma subsidiaria la inconstitucionalidad del art.52 bis de la Ley 24.240, habida cuenta de que infringe derechos y garantías constitucionales previstas en los art.18 y 19 de nuestra Carta Magna. Fundó en derecho su defensa y ofreció prueba. d) A fs. 168/71 el actor contestó el traslado oportunamente conferido en relación a planteos formulados a fs. 116; a fs.175 se tiene por tercero citado en los términos del art.94 Cód. Procesal a First Data Cono Sur SRL. e) A fs. 178 se la declaró rebelde a Mastercard SA por no haber contestado la demanda incoada en su contra. II. La decisión recurrida. En la sentencia de fs. 384/387, la Sra. Juez a quo admitió parcialmente la acción articulada por Gustavo Javier Vega contra Banco de la Ciudad de Buenos Aires, Mastercard SA, a quien condenó, junto con la citada como tercera First Data Cono Sur SRL, a pagar al primera la suma de \$ 10.745,02 con más los intereses que determinó. Los gastos causídicos del proceso fueron impuestos a las demandadas vencidas. Para resolver en el sentido apuntado, señaló -en primer lugar- que en autos no media controversia respecto al hecho de que actor suscribió un contrato de tarjeta de crédito con el banco de la Ciudad de Buenos Aires, mediante el cual recibió el plástico Mastercard Nro. ... Señaló que no fue controvertido que el demandante desconoció en forma oportuna las extracciones por cajero automático (ATM) que figuran efectuadas en Gran Bretaña y detalladas en los resúmenes de cuenta Nro. ... y ... , a través de los correspondientes reclamos, presentados ante el Banco Ciudad. De seguido, dijo que la discrepancia radica en si las extracciones bancarias producidas en el extranjero y desconocidas por el demandante, son o no imputables a este último. En este marco, consideró que de la lectura de los resúmenes de cuenta se colige la existencia de una serie de consumos realizados en

territorio europeo: del 19 al 21 de noviembre de 2013 en Francia; del 22 al 24 en Gran Bretaña y del 24 al 29 en España. En discordancia con ello, el 26 de noviembre del mismo año se registra una extracción efectuada en Gran Bretaña que, convertida en dólares, alcanza los u\$s 16,20 y u\$s 3,60 en concepto de comisión. En función de lo descrito, señaló que no resulta lógico que el usuario hubiere viajado desde España al país británico para realizar una extracción en moneda extranjera. Destacó, además, que de la lectura de las copias del pasaporte del actor -pese a no estar certificadas- se corresponden con las fechas de consumo de las tarjetas de crédito que surge del resumen de cuenta de dicho mes. Respecto de las pruebas aportadas por las demandadas, la Sra. Juez a quo tuvo por sí que las mismas se han limitado a revelar lo informado por Royal Bank of Scotland respecto a que no habrían existido inconvenientes operativos en las transacciones, lo cual resulta insuficiente a su criterio para demostrar que las extracciones que se le imputan al demandante fueron efectuadas con su tarjeta. Agregó a ello que respecto de las alegaciones de las defendidas en cuanto a la seguridad del código PIN, no se demostró en el sub lite la imposibilidad de realizar la extracción con una tarjeta de crédito que no fuere la del titular mediante una pericia técnica. Atribuyó responsabilidad a las demandadas en los términos del art. 40 de LDC. De seguido, concluyó que en el sub lite se encuentra debidamente probado el nexo de causalidad entre los daños pretendidos y la conducta de las demandadas. En relación al rubro "daño material" pretendido, fijó la indemnización a pagar en \$ 5.745,02. Asimismo, juzgó probado el daño moral invocado y su procedencia. Así las cosas, fijo el monto total de la indemnización en \$ 5.000. No obstante ello, desestimó las reparaciones pretendidas en concepto de ¿daño directo? y ¿privación de uso?. III. Los recursos. a) El actor y First Data Cono Sur SRL se alzarón contra la sentencia definitiva. b) El accionante apeló a fs. 388 Su apelación fue concedida en relación y con efecto devolutivo a fs. 389. Los incontestados agravios lucen expuestos a fs. 390/392. Sus quejas pueden exponerse, sintéticamente, del modo siguiente: a) la desestimación de los rubros ¿daño directo? y ¿daño punitivo?; y b) el monto otorgado en concepto de daño moral. c) De su lado, la tercera citada recurrió la sentencia a fs. 397. Su apelación fue concedida en relación y con efecto devolutivo a fs.400. A fs. 420 el magistrado de grado declaró desierto el recurso impetrado. d) La Señora Fiscal General ante esta Cámara se expidió a fs. 446/452. IV. La solución.

1. Adelanto que no atenderé todos los planteos recursivos del actor sino aquellos que estime esenciales y decisivos para dictar el veredicto en la causa (Conf. CSJN, in re: ¿Altamirano, Ramón c. Comisión Nacional de Energía Atómica?, del 13.11.1986; ídem in re: ¿Soñes, Raúl c. Adm. Nacional de Aduanas?, del 12.02.1987; bis ídem, in re: ¿Pons, María y otro? del 06.10.1987; ter ídem, in re: ¿Stancato, Carmelo?, del 15.09.1989; y Fallos, 221:37; 222:186; 226:474; 228:279; 233:47; 234:250; 243:563; 247:202; 310:1162; entre otros). 2. Efectuada la aclaración precedente, resulta necesario decir que no se advierte en el caso conflicto con relación a la existencia del contrato de tarjeta de crédito que vinculó al Sr. Vega con el Banco Ciudad de Buenos Aires, mediante el cual recibió el plástico Mastercard. Asimismo, cuadra recordar que no fue controvertido que resulta aplicable al caso la Ley de Defensa del Consumidor. Finalmente, estimó útil señalar que no ha sido materia de agravio el reproche de responsabilidad decidido en la anterior instancia, en cuanto refiere a la verificación de los presupuestos de antijuridicidad, factor de atribución y relación de causalidad. Ello establecido, me abocaré al tratamiento de las quejas articuladas por el Sr. Gustavo Javier Vega. A los efectos de lograr una mayor claridad expositiva a este pronunciamiento, entiendo conveniente tratar por separado cada uno de los agravios esbozados por el recurrente. 3. Daño directo. Recuerdo que la Sra. Juez a quo rechazó el daño directo por no haber acreditado el accionante los extremos alegados de conformidad con lo establecido por el art. 377 del Cpr. (v.fs.384 vta., pto. IV.). De ello se quejó el recurrente. Sostuvo que la indemnización pretendida no necesita ser probada por ser una consecuencia del obrar reprochable de las demandadas (v. fs. 390). Delimitado el tema sometido a estudio, adelanto que si bien la fundamentación del apelante es precaria; me inclino a disentir con las consideraciones vertidas sobre este aspecto del fallo apelado, aunque señalo no influirá decisivamente en la solución que propondré. Paso a continuación a fundar mi parecer. El art. 40 ¿bis? según leyes 26.993 y 26.994 establece lo siguiente: ¿Daño directo. Es todo perjuicio o menoscabo al derecho del usuario o consumidor, susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su persona, como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador de servicios. Los organismos de aplicación, mediante actos administrativos, fijarán las indemnizaciones para reparar los daños materiales sufridos por el consumidor en los bienes objeto de la relación de consumo. Esta facultad solo puede ser ejercida por organismos de la administración que reúnan los siguientes requisitos: a) la norma de creación le hay concedido facultades para resolver conflictos entre particulares y la razonabilidad del objetivo económico tenido en cuenta para otorgarles esa facultad es manifiesta; b) estén dotados de especialización técnica, independencia e imparcialidad indubitadas; c) sus decisiones estén sujetas a control judicial amplio y suficiente. Este artículo no se aplica a las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos del consumidor, su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas, las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida, ni en general, a las consecuencias patrimoniales. Surge expresamente del artículo reseñado que no corresponde aquí la fijación de aquellos daños directos que el legislador facultó excepcionalmente a la administración a otorgar, porque la reparación ha sido pretendida -y concedida- en base al

régimen común. No hay en rigor dos daños dinerarios sino una única conducta generadora del perjuicio. En otros términos la indemnización por daño directo quedo comprendida en el daño material, también reclamado. Lo contrario importaría la posibilidad de concesión de un doble resarcimiento por un mismo hecho (esta Sala F, ?Miranda Galeano Catalina c/Telecom Personal SA s/Ordinario? del 19.09.13). En función de ello, corresponde desestimar el agravio ensayado por el recurrente en este sentido. 4. Daño moral. En este marco, debo señalar en orden a las obligaciones del proveedor y el daño moral que: "el incumplimiento deviene de concretas obligaciones impuestas por la ley de defensa del consumidor (deber de información (art. 4 ley), trato digno (art. 8 bis, ley citada) las que fueron transgredidas por las demandadas a título de culpa grave (art. 512 del CCiv.). "Y en este punto no deben olvidarse las enseñanzas de Von Ihering, que se pronunció por la afirmativa, sosteniendo que cualquier interés, aunque sea moral, es merecedor de protección por parte del derecho; agregando que no es razón para dejar sin reparación al titular del derecho afectado, la circunstancia de que éste no resulte apreciable en dinero. El dinero no siempre cumple una función de equivalencia, ya que ésta sólo se da cuando se trata de prestaciones de contenido patrimonial; en los demás casos cumple una función satisfactoria, posibilitando al titular del derecho violado la obtención de otros goces o sensaciones agradables o placenteras que lo distraigan y le hagan o mitiguen los padecimientos sufridos" (Ihering, Rudolph Von, "De l'interet dans les contrats et de la prétendue nécessité de la valeur patrimoniale des prestations obligatoires", en Oeuvres choisies por O. de Meulenaere, Chevalier-Maresq et Cie. Edit., París, 1893, T. II, especialmente p. 178 y ss., cit. en "Tratado de la Responsabilidad Civil", Trigo Represas, Félix A. López Mesa, Marcelo J. Ed. LLBA 2004. T. I, p. 482). La doctrina apunta como presupuestos del daño moral que sea cierto, personal del accionante, y derivar de la lesión a un interés suyo no ilegítimo y que el reclamante se vea legitimado sustancialmente. En lo que atañe a lo primero, el daño moral debe ser cierto y no meramente conjetural, el que no es indemnizable; lo cual significa que debe mediar certidumbre en cuanto a su existencia misma. Sin embargo, esta exigencia de certeza del daño debe ser adaptada al supuesto del daño moral posible en el sector del derecho del consumidor, dado que no se trata de un daño que pueda ser probado en base a pautas objetivas y materialmente verificables de acuerdo a las circunstancias del caso. Los autores han sostenido que "se puede sufrir un daño moral (afectación de los sentimientos) por causas contempladas en la LDC específicamente, omisión de información; trato indigno; mera inclusión de cláusulas abusivas, etc. y en segundo lugar, estas causas sólo pueden constituir una afectación de los sentimientos, es decir, daño moral autónomo del derecho económico? (Gherzi, Carlos, "Las relaciones en el derecho del consumo especialmente la responsabilidad y el daño moral", LLC2013 (marzo), 133). En el caso bajo estudio, la conducta de las demandadas, quienes no brindaron una respuesta eficaz a los problemas del actor con su tarjeta de crédito, repercutió indudablemente en los sentimientos del recurrente, afectándose, de esta manera, su vida personal y familiar. En función de lo expuesto, propicio receptar la queja esbozada por el recurrente y, consecuentemente, elevar el monto otorgado en la instancia de grado por este rubro indemnizatorio a la suma de \$ 25.000. 5. Daño punitivo. 5.1. Sobre este tópico, debo señalar -en primer lugar- que al haber desestimado la sentenciante su procedencia no tenía agravio la tercera citada para apelar en esta materia, pero la apelación del actor obliga a tratar como cuestión previa el planteo de inconstitucionalidad articulado, conforme al instituto de la ?apelación adhesiva? (S.C.B.A., Ac. 32.560 del 26/02/1985, autos ?Decuzzi?, A. y S. 1985I141, JA, 1986I552; en igual sentido: Ac. 34.286, 17/09/1985; ac. 52.242, 06/12/1994; Ac. 46.653, 04/08/1992, ED, 149608, LA LEY 1993A343; Ac. 36.386, 17/02/1987; Ac. 70.779, 03/05/2000; Ac. 35.610, 09/06/1997; C.C. y C. Morón, Sala II, c. 33.402, 08/06/1995; c. 34.864, 12/03/1996; C.C. y C. La Plata, Sala II, c. 224.192, 11/07/1996; c. 232.411, 14/04/1999 y c. 226.511, 07/12/1999; C.C. y C. San Nicolás, c. 981.519, 20/10/1998). Así las cosas, conforme al principio de la devolución implícita de toda la materia, 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, 18/03/1996, ED, 171 623, D.J.B.A. 150253). 5.2. Como señale precedentemente, First Data Cono Sur SRL tachó de inconstitucional el art. 52 bis de la LDC con base en la violación de los arts. 18 y 19 de la Carta Magna. En este contexto, debo decir que la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación es clara y contundente al acotar severamente los supuestos de disputa a la constitucionalidad de las leyes. Así desde hace mucho tiempo dejó establecido que en principio, las leyes se presumen constitucionales (Fallos, 247:121; 220:1458; 288:325; 290:83; 292:190; 301:962; 306:136; entre muchos otros; conf. Sagües, Nestor P., Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario, ed. Astrea, Bs. As., 1988, T° 2°, p. 348), y que la correcta proposición de las cuestiones federales requiere que se desarrolle sobre el punto, una auténtica controversia que autorice a los jueces a pronunciarse (conf. art. 2° de la ley 27) y que la declaración de inconstitucionalidad de una norma requiere acreditación clara y precisa de su oposición con la Constitución (Fallos: 209: 200 y 306: 655). También es sabido que reiteradamente el Máximo Tribunal de la Nación ha dicho que la declaración de inconstitucionalidad constituye la ultima ratio del orden jurídico, a la que sólo cabe acudir cuando no existe otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la Constitución, si no es a costa de remover el obstáculo que representan normas de inferior garantía (Fallos 312:2315) y que no corresponde a los jueces sustituir al Parlamento, dado que el control de

constitucionalidad no incluye el examen de la conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus atribuciones, sino que debe limitarse al examen de la compatibilidad que las normas impugnadas observen con las disposiciones de la Ley Fundamental, consideradas éstas como un conjunto armónico, un todo coherente dentro del cual cada parte ha de interpretarse a la luz de todas las demás, evitando que la inteligencia de alguna de ellas altere el equilibrio del conjunto (Fallos 312:122). En esta inteligencia, también señaló el Alto Tribunal que el control constitucional de las leyes que compete a los jueces, y especialmente a la Corte Suprema, en los casos concretos sometidos a su conocimiento en causa judicial, no se limita a la función en cierta manera negativa de descalificar una norma por lesionar principios de la Ley Fundamental, sino que se extiende positivamente a la tarea de interpretar las leyes con fecundo y auténtico sentido constitucional, en tanto la letra o el espíritu de aquéllas lo permita? (Fallos 308:650 consid. 8º y su cita). No obstante, el planteo hecho en el sentido aquí concernido en fs. 162/163, aparece lacónico y carece del debido sostén desde que la aplicación de una disposición legal -en el caso el art. 52 bis de la ley 24.240, incorporado por la ley 26.361- debe ponderarse en el contexto de una pretensión concreta y puntual. Nótese que la solución que se impone refiere a la inserción que ha hecho el legislador del daño punitivo (mediante la reforma que introdujo la ley 26.361) en el ámbito de las relaciones contractuales propias del derecho privado, aunque con importantes implicancias públicas. La ilicitud en el derecho en general tiene dos derivaciones posibles, la punibilidad y el resarcimiento, que cuenta con fundamento en la violación del principio de legalidad y la infracción al principio de proporcionalidad. En relación a la atribución de la multa civil de características que la asemeja al ilícito penal debe señalarse que, como ha sido juzgado, el segundo es retributivo y está condicionado por la tipicidad, sin la cual no puede haber ilicitud. Debe configurarse el tipo penal para que pueda aplicarse la pena prevista en la norma. Por su parte, el ilícito civil es en principio resarcitorio, el presupuesto de la responsabilidad civil prescinde de la tipicidad y se basa en tres pilares: el principio alterum non laedere que impone la obligación de no dañar al otro, el nexo de causalidad entre el comportamiento del demandado y el daño invocado y por último en el criterio de imputación de responsabilidad (negligencia, culpa, dolo, riesgo o ex lege). En el tráfico de las relaciones privadas prevalece el principio de la autonomía de la voluntad, surgido históricamente para enervar la posibilidad del abuso del estado frente al ciudadano. Sin embargo en las relaciones privadas también se producen situaciones abusivas que dejan indefensa a la persona, pero no frente al estado sino frente a importantes corporaciones que generan relaciones asimétricas con quienes contratan sus servicios o prestaciones o aún frente a terceros que no han contratado con ellas pero que quedan a expensas de sus decisiones. Esto ha motivado al legislador a publicar en alguna medida el derecho privado en algunos sectores, tales como la hoy denominada ?relación de consumo? y a incluir sanciones que pueden aplicarse a una de las partes de esta relación, pero desde los presupuestos civiles de responsabilidad. Este tipo de sanción en el derecho del consumidor no tiene la misma estructura que la sanción penal, vinculada a la prevención o represión de la delincuencia y en la que debe prevalecer el denominado principio pro homine porque las consecuencias de la acción penal repercuten en la persona humana de manera directa (CSTucumán, 22.04.13, ?Alu, Patricio Alejandro c. Banco Columbia SA s/ sumarísimo (Residual)?; LL 26.06.13, p. 15). En congruencia con cuanto he señalado anteriormente en orden a la función que le cabe cumplir a la multa civil, en el recién mencionado precedente se afirmó que la sanción punitiva en el derecho del consumidor se explica por la función de tutela que la ley 24.240 atribuye al Estado, a los efectos de disuadir a las empresas proveedoras de incurrir en conductas reiteradas que lesionen a los bienes jurídicos protegidos por la ley de defensa del consumidor. La reparación civil hace al interés privado del damnificado pero en ocasiones es insuficiente para preservar al interés público representado por la necesidad de un comportamiento lícito en las relaciones jurídicas. Ello ocurre, por ejemplo, cuando el costo de la reparación no supera el beneficio que se obtiene o podría obtenerse incurriendo en infracción. Ello provoca que muchos proveedores opten por la reparación del daño antes que evitarlo, por resultar más económico. La defensa del consumidor es una necesidad que surge a raíz de las relaciones asimétricas que el tráfico económico actual impone a los usuarios y consumidores e incluso a terceros ajenos a una relación contractual, como es el caso que analizamos. En este contexto la autonomía de la voluntad de los consumidores se reduce a su mínima expresión (CSTucumán, 22.04.13, ?Alu Patricio Alejandro c. Banco Columbia S.A. s/ Sumarísimo (Residual)?; LL 26.06.13, p. 15; en el mismo sentido se pronunció la CCivComJujuy, Sala II, 10.02.14, ?De Los Ríos, Marta Susana c. Autotransporte Andesmar S.A. s/ acción emergente de la ley del consumidor?, LLNOA, 2014 (abril), 333). Con base en similar línea argumental fue dicho que la finalidad punitiva del instituto no le otorga sin más carácter penal, ya que el derecho de daños puede y debe cumplir una finalidad punitiva, la que no es excluyente del derecho penal. En apoyo de esta postura se dijo que ?no hay razón alguna que impida al derecho privado en general, y al civil en particular, cumplir con la misión preventiva, a los fines de impedir las conductas dañosas y promover los comportamientos minoradores de los efectos del daño, agregando que ?esa vía no puede ser otra que la llamada tutela civil inhibitoria...? (Llamas Pombo, Eugenio, Prevención y reparación, las dos caras del Derecho de Daños, en Moreno Martínez, Juan, ?La responsabilidad civil y su problemática actual?, p. 445). Según esta posición, entonces, inhibitoria y resarcimiento representan dos remedios o mecanismos de tutela distintos y autónomos en el marco del Derecho Privado (CNCivCom, Mar del Plata, Sala I,

11.06.14, ?A., L. A. c. Amx Argentina S.A. s/ rescisión de contratos civiles/comerciales?; La ley online). Ya fue señalado en este voto que Vázquez Ferreyra sostiene que la naturaleza de los daños punitivos es netamente sancionatoria, pero no comparte la misma naturaleza que una sanción del derecho penal. Se trata de sanciones civiles que se aplican como castigo a un infractor de una norma civil. En el caso concreto es una sanción al autor de un daño que tiene una finalidad ejemplificadora a los efectos de prevenir futuras conductas semejantes (ver, en este sentido, fallo de la CNCom, esta Sala F, ?Iglesias, Lucas? del 02.07.13, antes citado), evitando la consumación del perjuicio. Respecto a la aplicación de las garantías propias del sistema represivo a los daños punitivos, Zaffaroni enseña que ?no puede afirmarse que el Derecho Penal se individualice por la forma que el legislador quiera darle 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 Constitución Nacional, a la DU y a la CA de Derechos Humanos? (Zaffaroni, Eugenio R.; Manual de Derecho Penal. Parte General, Ediar, Buenos Aires, 1998. p. 56, citado por Vázquez Ferreyra, Roberto, en ?La naturaleza jurídica de los daños punitivos?, ob. cit.). En definitiva, puede compartirse la postura que sostiene que la materia sancionatoria no es propiedad exclusiva del derecho criminal, sino que existen otros sistemas de castigo que exceden aquel marco, y que no obstante, deben ser objeto de observancia en su imposición de las garantías que rodean el derecho penal. Esta situación -función punitiva ajena al derecho penal- no se presenta únicamente en el instituto de los daños punitivos, sino que existen otros supuestos de penas privadas aplicables en materia civil, que, si bien tienden obviamente a sancionar otro tipo de conductas, exceden ampliamente el fin resarcitorio o indemnizatorio del derecho de daños clásico. Desde este punto de vista, se evidencia incluso que la disquisición entre el carácter penal o civil de la figura de los daños punitivos, se diluye y pierde interés, en tanto ambas posturas son contestes en exigir la observancia de garantías constitucionales en la imposición de estas sanciones (CCivCom., Mar del Plata, Sala I, 11.06.14, ?A., L. A. c/ Amx Argentina S.A. s/ rescisión de contratos civiles/comerciales?; La ley online). En el sentido expuesto debe precisarse que, ?ante la denominada ?constitucionalización?, o más ampliamente ?convencionalización? del Derecho, y en especial del derecho de daños, no podemos menos que pronunciarnos acerca de los ataques particulares que se han manifestado en contra de los daños punitivos. Para lo cual creemos que es de suma importancia el conocimiento acerca de dichas ofensivas en el Derecho norteamericano. Pues, como sabemos, nuestra Constitución Nacional goza de cuantiosas similitudes con la Constitución Nacional de Estados Unidos. Por lo que tanto en el Derecho de dicho país como hoy en el nuestro, los achaques de inconstitucionalidad han venido de la mano del Derecho Constitucional y sus garantías, y en especial, desde el Derecho Penal (debido proceso, non bis in idem, principio de legalidad, presunción de inocencia, etc.). Decidiéndose en forma dominante que los daños punitivos no son inconstitucionales por sí mismos, aunque deben pasar el test de constitucionalidad (sobre todo por la cuestión referente a la conducta por la cual se lo condena, a las partes del proceso y al monto de la condena). En otras palabras, las sanciones civiles o daños punitivos gozan de constitucionalidad y se diferencian de las sanciones penales. Pero para ello, es necesario evaluar la concreta aplicación de los mismos a fin de poder resolver la constitucionalidad o inconstitucionalidad en el caso concreto. Es decir, se encuentran sometidos a una evaluación continua y concreta del test de constitucionalidad? (Frúgoli, Martín A., Daños punitivos en la amplitud del derecho de daños; RCyS2012-VIII, 69 con cita de autores y precedentes de los Estados Unidos). Se ha señalado que la figura contenida en el art. 52 bis no tiene diferencias sustanciales con otras de características similares y vigentes desde hace mucho tiempo, tanto en el derecho en general como en el derecho del consumo en particular, como son a las multas previstas para las relaciones laborales en las leyes 24.013 y 25.323 así como la prevista por el art. 31 LDC. Las multas laborales le son impuestas al empleador que ha incumplido con sus obligaciones de inscribir en debida forma a sus dependientes y que se encuentran establecidas en favor del trabajador, afectado por esta práctica que la ley reputa disvaliosa; son objetivas, formales y determinadas por la ley, incluso son independientes de la existencia de perjuicios concretos ocasionados al trabajador. Tampoco el empleador puede evitar su aplicación sobre la base de ignorancia o error o incluso la de falta de colaboración del trabajador en proporcionar los datos y documentos necesarios. A su vez, el art. 31 de la LDC, dispone una indemnización adicional que está tasada en un 25% y es conferida en favor del usuario o consumidor, como multa impuesta a un prestador de un servicio público domiciliario, cuando cobre o intente cobrar un concepto que el usuario no debe. Se le impone al proveedor que incurre en esa actitud y debe serle abonada al consumidor o usuario afectado como una indemnización especial, de carácter adicional. Dicha norma, que si bien fue reformulada por la ley 26.361, estaba vigente desde su incorporación mediante la ley 24.568, pena la conducta del proveedor, sin que sea necesario que el consumidor o usuario tenga que acreditar que el incumplimiento es doloso o que le ha generado determinados perjuicios concretos. Basta con que se verifique la actitud del proveedor de pretender cobrar un concepto que no se adeuda -ya sea porque fue pagado o porque no corresponde su cobro- para que se dispare el mecanismo que autoriza a la aplicación de la multa allí establecida (Bersten, Horacio L., Procedencia de la multa civil del art. 52 bis LDC, LL 2013-A-235). No puede admitirse, tampoco, la argumentación asentada en que las infracciones solo deben tener fuente en la ley, porque corresponde poner de resalto que no vulnera el principio de legalidad previsto en el art. 18 de la

Constitución Nacional, la circunstancia de que, por vía reglamentaria, se complete la descripción del tipo legal cuando la ley lo ha autorizado expresamente, siempre que el destinatario de la norma pueda conocer anticipadamente la conducta punible (Fallos: 311:2464; 323:2367; CNCont. Adm. Fed., Sala IV, 21/05/09, ?Cencosud S.A. c/DNCI-DISP 518/04?). Cabe concluir, entonces, que la incorporación del daño punitivo al ordenamiento que tutela los derechos de consumidores o usuarios no vulnera las disposiciones de la Constitución Nacional.

5.3. Descartada la inconstitucionalidad planteada, seguiré en la medida que resulte estrictamente pertinente las reflexiones que he vertido en una publicación relativa a la sustancia del daño punitivo (Barreiro, Rafael F, El factor subjetivo de atribución en la aplicación de la multa civil prevista por el art. 52 bis de la ley 24.240, Revista del Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa, Año V, N° 3, La Ley, junio de 2014, ps. 123/135), como lo preanuncié en mi voto en la causa Asociación Protección Consumidores Del Mercado Común del Sur - Proconsumer- c/ Galeno argentina S.A? de esta Sala F, decisión emitida en 11.11.14, porque entiendo que la cuestión por decidir requiere de un profundo análisis de la novedosa consagración de la multa civil contemplada por el art. 52 bis LDC 1. La noción de daños punitivos. El art. 52 bis de la ley de defensa del consumidor N° 24.240, según modificación introducida por la ley 26.361, incorporó a nuestro derecho positivo la figura del daño punitivo. Expresamente contempla que al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el art. 47, inciso b) de esta ley. Como es fácil advertir la normativa de defensa de los consumidores asimila el daño punitivo con la multa civil, pero en poco incide esa referencia para aclarar el concepto (Lovece, Graciela Isabel en su artículo Los daños punitivos en el derecho del consumidor, publicado en La Ley ejemplar del 8/7/10, p. 2, pto. 4, quien recuerda la tradicional referencia a la disposición del art. 666 bis CCiv.). Acaso sea este uno de los más mínimos problemas interpretativos que plantea el dispositivo, que ha sido severamente censurado por la doctrina y la jurisprudencia, especialmente en relación a su insuficiencia. Y es evidente que la parquedad que traduce esa omisión ha sido la fuente de las encendidas disputas interpretativas. Puede convenirse en resumen, para no distraer el examen de la cuestión central, en que el denominado daño punitivo es una pena privada que consiste en una suma de dinero suplementaria o independiente de la indemnización que le pueda corresponder a la víctima para reparar los daños sufridos que tiene por finalidad castigar una grave conducta del demandado, hacer desaparecer los beneficios obtenidos a través de ella y prevenir su reiteración en el futuro (CCyC Concordia, Sala I, 6/12/12, ?Zapata, Juan Pablo c/ Telecom Argentina SA s/ sumarísimo (Civil)?; Pizarro, Ramón D., Daños punitivos, en ?Derecho de Daños, segunda parte, Libro homenaje al Prof. Félix Trigo Represas?, La Rocca, 1993, ps. 291/2;). Estos aspectos serán analizados más adelante con algún detenimiento porque resultan de inexcusable consideración para decidir la cuestión sometida a juzgamiento.

5.4. La naturaleza del daño punitivo. La atribución de función punitiva a la multa civil prevista en el art. 52 bis, LDC, aunque presenta distintos vaivenes en punto a la adición de propósitos diversos que con frecuencia se ha hecho, es constante en los precedentes jurisprudenciales (CCyC Salta, Sala I, 13/4/11, ?P., D. H. c/ Telecom Personal SA s/ sumarísimo?; SCJ Mendoza, 27/7/12, ?Sosa, Beatriz Lucía en j. 3.428/13.283 Sosa, Beatriz Lucía c/ AMX Argentina SA den. Comercial CLARO p/ acc. amparo s/ inc. cas.?); la propia literalidad del precepto legal y la propia denominación como multa civil, justifican este presupuesto analítico. En el último caso mencionado se reafirmó dicho carácter aseverando que se trata de una de las sanciones previstas en la ley, que, en definitiva, debe ser decidida por el juez en función de la infracción cometida y está presente también, pero sujeta a una intrincada polémica en torno a su asimilación a la normativa penal cuyos principios se aplicarían en esta materia, en las elaboraciones doctrinales (Alvarez Larrondo, Federico M., Los daños punitivos y su paulatina y exitosa consolidación, La Ley, ejemplar del 29/10/10, p. 10; Ondarcuhu, José Ignacio, Los daños punitivos ?vienen marchando? en la jurisprudencia nacional, La Ley ejemplar del 6/5/11, p. 5; Rua, María Isabel, El daño punitivo en la reforma de la ley de defensa del consumidor , La Ley ejemplar del 31/7/09, p. 1; Cossari, Maximiliano N. G., Problemas a raíz de la incorporación de los daños punitivos al ordenamiento jurídico argentino, La Ley ejemplar del 3/12/10, p. 1; Junyent Bas, Francisco y Garzino, María Constanza, Daño punitivo. Presupuestos de aplicación, cuantificación y destino, La Ley ejemplar del 19/12/11, p. 2.), que han destacado a la vez su excepcionalidad (véase Picasso, Sebastián- Vázquez Ferreyra, Roberto A., Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada, T° I, La Ley, Bs. As., 2009, ps. 593/596 y 633/634; Lorenzetti, Ricardo Luis, Consumidores, Rubinzal - Culzoni Editores, Santa Fe, 2009, ps. 557/559; Trigo Represas Félix A.-Lopez Mesa, Marcelo J., Tratado de la Responsabilidad Civil, T° I, La Ley, Bs. As., 2005, ps. 556/7; Tinti Guillermo Pedro-Roitman, Horacio, Daño Punitivo, RDPyC 2012-1, Eficacia de los Derechos de los Consumidores, Rubinzal- Culzoni Editores, ps. 212/214). La excepcionalidad es una cuestión que debe ser analizada con mucha más intensidad que la que se puede alcanzar en esta decisión que, como es evidente debe ceñirse a los hechos del caso, pero merece ser tenido en cuenta que lo verdaderamente excepcional no es la disposición legal ni la

multa que consagra, sino las situaciones que darán lugar a su provechosa aplicación. Tal es el objeto de análisis. Pero es corriente asignar también a los daños punitivos otras dos finalidades: reparatoria y preventiva. En rigor, la cuestión es sumamente ardua y refiere a un plano de mucha mayor amplitud, que se vincula con la esencia misma de la responsabilidad civil. Es bastante notorio que la responsabilidad en el derecho argentino se ha disgregado en dos vertientes: la que corresponde a las relaciones de consumo y aquella otra que la precedió -y que, por haber demostrado su falta de adecuación actual, ha sido desmembrada- permaneciendo mutilada en la regulación del Código Civil. Es claro que la reparación del daño ocasionado escapa al exclusivo ámbito de la regulación de las relaciones de consumo y se inserta también en aquél marco de características más generales, que no debe ser desechado absolutamente en tanto constituye el núcleo del derecho obligacional. Pero, como se decidió, es ostensible es que la reforma legislativa introducida por la ley 26.361 conllevó una modificación en la concepción de la responsabilidad civil de nuestro sistema codificado, que posee como presupuesto la idea de la reparación integral y plena del perjuicio causado, como surge de la interpretación del art. 1083 CCiv. (CNCom., esta Sala F, 10/5/12, ?R., S. A. c/ Compañía Financiera Argentina SA s/ sumarísimo?).

Debe tenerse en cuenta que el llamado microsistema de defensa de los derechos de los consumidores y usuarios, influyó en el macrosistema constituido por el derecho civil patrimonial, específicamente en materia de responsabilidad cuando se trate de los vínculos descriptos por el artículo 3 de la ley 24.240. Y también que esta incidencia es recíproca, como fue certeramente explicado (Mosset Iturraspe, Jorge, Del ?micro? al ?macro? sistema y viceversa. El diálogo de las fuentes. RDPyC, ?Consumidores?, p. 15). La función preventiva de los daños punitivos -que ciertamente cumplen- no es desconocida en general por la doctrina autoral o jurisprudencial, sea alcanzada por el medio que pudiere utilizarse con ese objetivo (Lorenzetti, Ricardo Luis, Consumidores, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, ps. 538 -tutela inhibitoria- y 558 -daños punitivos). Si se asigna a los daños punitivos una función preventiva, que comparte con la responsabilidad civil como categoría más amplia y continente de aquellos, aguardar a que se provoque un daño resarcible podría frustrar esa finalidad (Colombres, Fernando Matías, Los daños punitivos en la ley de defensa del consumidor, La Ley ejemplar del 16/9/08, p. 3). En primer lugar, la frustración del propósito disuasorio inmediato, relacionado con el hecho que originó el litigio, no impide que la aplicación de la multa civil tenga incidencia para casos futuros y respecto de todos los proveedores por su ejemplaridad. De otro lado, aunque el incumplimiento de obligaciones legales y contractuales como requisito que habilita la imposición de la multa civil es de muy amplio contenido, incluye ciertamente al daño causado. De este modo parece que puede admitirse que además de una especie particular de compensación del perjuicio concretamente sufrido, los daños punitivos pueden ser apreciados en una faz sancionatoria y otra preventiva o disuasoria. Este instituto tiene un propósito netamente sancionatorio de un daño que resulta intolerable, siendo su finalidad punir graves inconductas, y prevenir el acaecimiento de hechos similares (CCyC Zárate-Campana, 29/05/2012, ?Ayestarán Juan Carlos c/ AMX Argentina S.A. s/ daños y perjuicios?). La primera, es decir, la punición, consiste en castigar civilmente una infracción que se considera particularmente grave con sujeción a las conductas desplegadas por quien ocasionó un daño o colocó a otro en posición de sufrirlo. Este objetivo sancionatorio cuenta con apoyo en la opinión de quienes textualmente opinan que ?los daños punitivos -traducción literal del inglés 'punitive damages'- son las sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir hechos similares en el futuro? (Gómez Leo, Osvaldo R. y Aicega, María V., Las reformas a la Ley de Defensa del Consumidor, JA, 2008-III-1353) y así es fácilmente diferenciable de la función reparatoria integral que está ínsita en la naturaleza de la responsabilidad civil. Pero la interpretación se torna más dificultosa cuando se trata de describir los perfiles de la disuasión en relación a la facultad punitiva que se suelen presentar indisolublemente unidos. Es que la amenaza de la aplicación de una sanción puede tener el efecto de precaver la reiteración de conductas consideradas disvaliosas. Sin embargo, parece que es posible sostener que la punición opera en referencia a una conducta ya realizada mientras que la prevención alude a un obrar futuro (Chamatrópulos, Demetrio Alejandro, Soluciones posibles para la escasa aplicación de los daños punitivos en Argentina, LL ejemplar del 6/8/13, p. 1). Según este criterio, la utilización insuficiente de la multa civil (para cumplir sus objetivos disuasorios) está originada no tanto en la falta de conductas reprochables o fallas probatorias por parte de los reclamantes, sino más bien en la constatación de lo arraigado que está en la cultura jurídica argentina el principio de imposibilidad de enriquecimiento sin causa, que para muchos pareciera entrar en tensión ostensible con la solución legal del destino exclusivo de la condena al damnificado que contiene el actual art. 52 bis LDC. Se ha señalado ?el doble carácter del instituto, porque su finalidad no es sólo la de castigar a la demandada por una conducta grave, sino también desalentarla en el futuro, vale decir, que se trata de una sanción punitiva y preventiva a la vez, pero fundamentalmente disuasiva para evitar la reiteración de hechos similares. De tal modo, la introducción de los daños punitivos implica reconocer que la responsabilidad civil, al lado de su función típica que sin dudas consiste en reparar, también puede y debe cumplir finalidades complementarias a los fines de la prevención y punición de ciertas conductas. Irigoyen Testa señaló que la función de los derechos punitivos habilita a distinguir un aspecto principal y otro accesorio: el principal es la disuasión de los daños conforme con los niveles de precaución deseables

socialmente; y, por otra parte, la accesoria es la sanción del dañador ya que toda multa civil, por definición, tiene una finalidad sancionatoria por la circunstancia fáctica de ser una condena en dinero extracompensatoria? Con base en que ?el Tribunal comienza analizando la actuación de la demandada desde la óptica del Código Civil, y la ubica en la actuación con culpa (arts. 512 y 902). Sin embargo, a renglón seguido afirma que para la configuración del incumplimiento y -por ende- de infracción a la ley 24.240, no se requiere la existencia de factores subjetivos de atribución, tales como el dolo o la culpa, bastando únicamente el incumplimiento a modo de factor de atribución objetivo. Para ello cita un precedente de carácter contencioso administrativo, que en verdad no resultaría aplicable como fundamento del presente caso, dado que dicha decisión es producto del análisis en revisión de una sanción impuesta por la autoridad administrativa, en donde es doctrina jurisprudencial consolidada que no debe mediar elemento subjetivo alguno. Lo expuesto en modo alguno implica negar la improcedencia de la responsabilidad objetiva. Muy por el contrario, aquí no es necesaria referencia alguna a la culpa del proveedor, dado que el régimen consumerista tiene su propio régimen de atribución, y el mismo es objetivo, fundado en el texto expreso de los artículos 10 bis, 19 y 40 fundamentalmente, estableciendo este último la responsabilidad objetiva por los daños derivados de la prestación de un servicio, sin requerir siquiera que medie vicio o riesgo. En consecuencia, la referencia efectuada al Código Civil tan sólo genera confusión en el operador jurídico, cuando la ley de defensa del consumidor es clara en la imposición de una responsabilidad objetiva clara y terminante. De allí, que el único fundamento de la condena debió haber sido el texto normativo de la ley 24.240? (Alvarez Larrondo, Federico M., Los daños punitivos y su paulatina y exitosa consolidación, La Ley, ejemplar del 29/10/10, p. 10). Admitida la finalidad de castigar inconductas -que la ley se limita a perfilar sin caer en casuismo- y que la reparación del daño puede encaminarse por vías distintas previstas, también, en el propio ordenamiento de defensa de los consumidores, corresponde tener en cuenta la función de prevención que tiende a disuadir a los proveedores de bienes o servicios respecto de la adopción de conductas perjudiciales para los consumidores, sean éstas episódicas o se presenten de modo constante y permanente.

5.5. La responsabilidad objetiva o subjetiva. Estas distintas concepciones han sido claramente y contundentemente expuestas en un reciente fallo (véase el voto del Vocal del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Dr. Armando S. Andruet, Sala Civil y Comercial del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, en la causa ?Teijeiro (O) Teigeiro, Luis Mariano c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. Y G. - Abreviado - Otros - Recurso De Apelación - Recurso De Casación?) que las calificó respectivamente como posturas restrictivas, con base subjetiva, y amplias, es decir, las que se asientan en la responsabilidad objetiva que es regla en esta materia. Se dijo anteriormente que la redacción del art. 52 bis del estatuto del consumidor ha sido conceptuada como insuficiente o, al menos, que habilita interpretaciones disímiles en tanto sólo exige para la procedencia de la aplicación de la multa civil que se constate que el proveedor (descripto por el art. 2 LDC) ha incumplido sus obligaciones legales o contractuales, siempre bien entendido que debe vincularse con una relación de consumo. Es claro, no obstante el texto expreso de la ley, que la conducta del proveedor debe ser juzgada en base a la atribución de responsabilidad que pudiere hacerse, porque de otro modo cualquier incumplimiento legal o contractual por más nimio que fuese habilitaría la aplicación de la multa civil y, por consiguiente, podría resultar irrazonable y desproporcionado.

5.6. Responsabilidad objetiva. En un primer análisis puede parecer acertado que la carencia de precisiones en el diseño normativo debería conducir a postular la admisión irrestricta de la multa civil frente a la evidencia de falta de cumplimiento de dichas obligaciones, porque la gravedad del hecho y las demás circunstancias del caso sólo refieren a la graduación de la sanción, aunque esta conclusión no es unánimemente compartida. Dicho en otros términos, en esta tesitura resultaría suficiente que se compruebe la trasgresión sin ningún otro aditamento, ni siquiera la provocación de un daño, cuya configuración debe apreciarse bajo la directiva general que consagra el art. 40 LDC. El factor imputativo residiría en el riesgo del obrar o comportamiento sin que resulte necesario examinar la conciencia del dañador (Mosset Iturraspe, Jorge, El daño punitivo y la interpretación económica del derecho, RDPyC, 2011-2 ?Daño punitivo?, Rubinzal-Culzoni Editores, p. 158). Si bien comparto la visión que en general tiene el autor citado sobre el ciertamente discutible análisis económico del derecho, en esta particular conclusión -como se explicará luego- disiento con su opinión. En esta misma línea interpretativa se ha sostenido que lo que habilita la aplicación de la sanción es el hecho de que las conductas encuadren en el art. 52 bis, pero ello no requiere en modo alguno que esté presente una relación de causalidad el obrar incumplidor cualquier daño que pueda haber sufrido o no el consumidor, dado que los daños punitivos no tienen vinculación alguna con la reparación, por tener naturaleza jurídica distinta y por resultar el consumidor ajeno a la potestad conferida al juez. Por esa razón es equivocada la postura que pareciera limitar exclusivamente a la existencia de culpa grave o dolo la imposición de instituto analizado, aunque a renglón seguido el autor asevera que para la configuración del incumplimiento y -por consiguiente- de infracción a la ley 24.240, no se requiere la existencia de factores subjetivos de atribución, tales como el dolo o la culpa, bastando únicamente el incumplimiento a modo de factor de atribución objetivo (Alvarez Larrondo, Federico M., Los daños punitivos y su paulatina y exitosa consolidación, La Ley, ejemplar del 29/10/10, p. 10). Pero para compartir esa posición debe concordarse en que el sistema de la ley de defensa de los consumidores es autosuficiente y que las reglas de la responsabilidad civil del derecho

común no serían en ningún caso aplicables en materia de defensa de consumidores y usuarios. En efecto, no está aquí en discusión la especificidad del sistema destinado a la protección de aquéllos, sino que se intenta proveer una interpretación razonable a la aplicación de un instituto novedoso, aunque más que eficientemente evaluado doctrinariamente, cuyos perfiles nítidos distan aun de haberse precisado con contundencia. Para ello no es desacertado referir al derecho civil, porque tal método interpretativo es congruente con el diálogo de las fuentes aludido por Mosset Iturraspe y, además, resulta de suma utilidad para evitar desmesuras, por cierto que ejercido dentro del ámbito protectorio de la LDC en congruencia con su objeto y principios disciplinantes. Esta interpretación admite dos análisis complementarios que operan a modo de justificación del criterio general.

5.7. La compensación de daños extraordinarios. Es ostensible, porque así lo dispone el artículo 52 bis, que la multa civil es independiente de cualquier otra indemnización que pueda reconocerse al consumidor. Ello puede dar pie para suponer que se trata de una indemnización duplicada que encuadraría en la noción de enriquecimiento incausado. Para superar esta dificultad se ha dicho que mientras la indemnización del daño refiere a la reparación de los riesgos normales, la multa civil tiende a compensar los daños extraordinarios, que surgirían del exceso del riesgo socialmente aceptable generado por la apetencia de aumentar los beneficios y considerándose a la actividad económica como intrínsecamente riesgosa (Lovece, Graciela Isabel, Los daños punitivos en el derecho del consumidor, publicado en La Ley ejemplar del 8/7/10, p. 3, pto. 6). Sin perjuicio de destacarse la carencia de certeza de esta proposición, en tanto alude a un estándar de significativa vaguedad que parece derivar la cuestión a un plano meramente semántico, si se piensa que la multa civil tiene un objetivo compensatorio no se advierte cuál pudiera ser el rasgo diferencial con la responsabilidad, dejando a salvo, por cierto, la intensidad de la reparación. En consecuencia, o bien el resarcimiento no ha sido pleno, o efectivamente se duplicaría la indemnización, que es el principal óbice levantado frente a esta concepción.

5.8. La conducta socialmente intolerable del proveedor. Otro tanto puede señalarse respecto de la exigencia de que se haya cumplido una actuación objetivamente descalificable desde el punto de vista social, esto es, disvaliosa por indiferencia hacia el prójimo, desidia o abuso de una posición de privilegio (Zavala de González, Matilde, Actuaciones por daños, Bs. As., Hammurabi, 2004, pág. 332), aunque cabe aclarar que la autora no rehúsa la atribución subjetiva. En realidad todas estas formulaciones, que llevan consigo una dosis de verdad si se las considera contextualmente, sólo pueden resultar útiles si ha mediado un factor de atribución subjetivo, aspecto que consideraré a continuación.

5.9. El factor de atribución subjetivo como interpretación preferible. Como presupuesto para que proceda la aplicación de la multa civil se suele requerir una conducta especialmente grave o reprochable del dañador, caracterizada por la existencia de dolo o una grosera negligencia. En general, ya ha quedado señalado, se exige también que exista un daño efectivamente sufrido por la víctima (Lorenzetti, Ricardo Luis, Consumidores, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 529). Se ha decidido (CCyC Concordia, Sala I, 6/12/12, ?Zapata, Juan Pablo c/ Telecom Argentina SA s/ sumarísimo (Civil)?) que, frente a la amplitud y vaguedad del texto de la norma, la doctrina se ha encargado de interpretarlo y de precisar los requisitos que hacen a la procedencia de la figura, aplicando criterios seguidos en el derecho comparado; por lo que no alcanza con el mero incumplimiento de una obligación legal o contractual sino que tal inconducta debe ser particularmente grave, consciente, deliberada y temeraria, caracterizada por mediar culpa grave, dolo o al menos una grosera negligencia que haya generado una lesión o daño en el consumidor o la obtención indebida de una ventaja por parte del proveedor, o bien consista en el abuso de una posición de poder que evidencie un menosprecio grave a derechos individuales o de incidencia colectiva (Picasso-Vázquez Ferreyra, ob. cit., T° I, pág. 621/622 y 624/626; Félix A. Trigo Represas - Marcelo J. Lopez Mesa, ob. cit., T° I, pág. 570; Pizarro, Ramón D.-Stiglitz, Rubén S., Reformas a la ley de defensa del consumidor, LA LEY 2009-B, 949). Esta apreciación general también puede encontrar fundamento en dos corrientes diferentes que conciernen a la intención dañosa del proveedor y en la obtención de un beneficio a expensas del consumidor.

5.10. La intencionalidad del proveedor. Corresponde indagar, entonces, acerca de cuál es la justificación que imponga preferir esta interpretación con prevalencia de la que propone la imputación objetiva que, como ya quedó expuesto es regla en el derecho de los consumidores. Con arreglo a lo que dispone el art. 52 bis LDC, la aplicación de daños punitivos encuentra como antecedente necesario el incumplimiento por parte del proveedor de sus obligaciones legales o contractuales. Se ha dicho, postura que se estima preferible, que la trasgresión de una obligación legal o contractual es una condición necesaria pero no suficiente para imponer la condena punitiva porque debe mediar culpa grave o dolo del sancionado, que en su consecuencia se obtengan enriquecimientos indebidos derivados del incumplimiento o evidenciarse un grave menosprecio por los derechos individuales del consumidor o de incidencia colectiva (López Herrera, Edgardo, Daños punitivos en el derecho argentino. Art. 52 bis, Ley de Defensa del Consumidor, JA 2008-II-1198; en el mismo sentido se pronunciaron Pizarro, Ramón D.-Stiglitz, Gabriel, Reformas a la ley de defensa del consumidor, LL 2009-B, 949). A esta conclusión se llega por vía de la remisión que el propio art. 52 bis efectúa al art. 47, en orden a la cuantificación de la multa civil que no podrá exceder los topes estipulados por el precepto mencionado en segundo término, que oscilan entre un mínimo de \$100 a un máximo de \$ 5.000.000, como está dispuesto en su inciso b. El art. 49 de la ley 24.240 dispone que en la aplicación y graduación de las sanciones previstas en el artículo 47 de la

presente ley se tendrá en cuenta el perjuicio resultante de la infracción para el consumidor o usuario, la posición en el mercado del infractor, la cuantía del beneficio obtenido, el grado de intencionalidad, la gravedad de los riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización, la reincidencia y las demás circunstancias relevantes del hecho. De allí que, como ha sido juzgado, para establecer no sólo la graduación de la sanción sino también su procedencia, resulta de aplicación analógica lo establecido por el artículo 49 de la ley. Véase que, en efecto, no obstante aludir puntualmente a las sanciones administrativas, fija un principio de valoración de la sanción prevista por la norma (véase el preciso voto de mi distinguida colega la Dra. Tevez en la causa CNCom., Sala F, 2/7/13, ?Iglesias, Lucas Daniel c/ Aseguradora Federal Argentina SA s/ sumarísimo?, con cita de López Herrera, Edgardo, Daños punitivos en el derecho argentino. Art. 52 bis, Ley de Defensa del Consumidor, JA 2008-II-1198; Falco, Guillermo, Cuantificación del daño punitivo, La Ley ejemplar del 23/11/11, p. 1; ponencia a la que adherí sin reservas). Esta justificación requiere, acaso, de algún complemento que no fue evadido en el precedente recién aludido, ni en el voto emitido en primer término en este Acuerdo. Los arts. 47 y 49 se encuentran incorporados al régimen de las actuaciones administrativas y regulan la potestad disciplinaria de la administración. Sin embargo, no advertimos óbice de alguna naturaleza que impida su consideración para ponderar la procedencia de los daños punitivos. En efecto, si esa disposición del art. 49 estuviera sólo dirigida al ámbito administrativo se revela como superflua, en atención al control judicial posterior que establece el art. 45, que debería atenerse a idénticos parámetros. También puede ser considerada superabundante o excesiva si se atiende a la acotada facultad represiva de la administración. Mejor parece estar dirigida a los intérpretes del derecho porque el análisis del grado de intencionalidad o de la gravedad de los riesgos o perjuicios sociales, a la vez que alude directamente al factor de atribución subjetivo, es atribución propia de la función jurisdiccional. Por otra parte, no dudo en aseverar que el artículo 49 es uno de los pilares sobre los que se asienta el régimen de protección de los consumidores en el mercado de bienes y servicios. Dirigida o no a los jueces ¿no pueden ellos juzgar el asunto en base a tales pautas? Y si no lo hicieren ¿no renunciarían a conciencia a la verdad jurídica objetiva y a la consagración valor justicia en el concreto asunto sometido a su decisión?. A ello cuadra agregar que la disposición del art. 40, también basilar en la materia como fue antes reconocido, podría entenderse referida a los daños o al peligro a que esté expuesto el consumidor o usuario como consecuencia de la actividad riesgosa que emprendió el proveedor. Pero ella no reviste en todos los casos e invariablemente ese carácter. Es cierto que el desequilibrio que presentan las relaciones de consumo en desmedro del consumidor, principalmente por su vulnerabilidad que deriva de los distintos grados de conocimiento y experiencia, impone una apreciación en el sentido más favorable hacia el jurídicamente débil; tal es lo que exigen el art. 3 -mediante una interpretación principista- y el art. 37 -en el acotado marco contractual- como es sabido. Pero la defensa de los derechos de los vulnerables no puede extenderse, además de la justa e íntegra reparación que asignen los jueces, más allá de lo que el propio obrar autorice. Por ese motivo es prudente exigir la concurrencia del factor de atribución de responsabilidad subjetivo para aplicar la multa civil. La equidad no se opone a ello. No se debe presumir que esta interpretación conduce a desproteger a los consumidores; antes bien, esa suerte de automatismo sostenido frente a cualquier clase de incumplimiento podría generar una reacción en sentido contrario. En realidad, es posible señalar que la respuesta se encuentra en el propio texto del art. 52 bis, que concibe la aplicación de la multa civil como mera facultad del juez ejercida a pedido del consumidor perjudicado y no como una obligación. Encuadrada la cuestión en este ámbito, el de la mesurada discrecionalidad judicial, se aprecia que la LDC confiere una opción que se adoptará en base a algún elemento que se asiente en la relevancia del incumplimiento, porque de otro modo la solución quedaría librada a la sola volición del magistrado. En otros términos, si la responsabilidad es objetiva y el antecedente de la multa civil fuera únicamente cualquiera de los incumplimientos aludidos por el art. 52 bis, ninguna valoración correspondería hacer y la decisión judicial no sería más que una simple preferencia antojadiza e irrazonable. Agréguese a ello la prohibición de su declaración oficiosa. Ante ello, cobra significación el criterio relativo a que ?la LDC es contundente al establecer que la multa civil sólo procede a pedido del consumidor o usuario que ha sufrido un incumplimiento legal o contractual del proveedor. En otras palabras, no puede el magistrado interviniente castigar de oficio con la pena mencionada. Como lo ha señalado en otros trabajos, al estar destinado el monto de la multa al consumidor, es obvio que éste va a peticionar daños punitivos cada vez que tenga aunque sea una mínima posibilidad de obtenerlo. Vistas las cosas así, no tiene mucho sentido prever la facultad del juez de imponer, por iniciativa propia una multa civil? (Chamatrópulos, Demetrio Alejandro, Imposición de oficio de daños punitivos, LL ejemplar del 6/6/12). Distinta es la cuestión referente al riesgo propio de la actividad del proveedor, que ha sido más que suficiente explorada por la doctrina nacional que llegó a conclusiones realmente valiosas y equitativas, y que se asienta precisamente en la responsabilidad objetiva. Pero en todos los casos en que deba apreciarse la aplicación de la multa civil, el factor de atribución impondrá detenerse en el concreto obrar del proveedor, para discernir si actuó con dolo, grave desaprensión o desinterés por los derechos e intereses ajenos o culpa. Esto implica admitir que la gravedad es relativa porque el elemento inexcusable es la acción -positiva u omisiva- en desmedro de los sujetos tutelados por el régimen de la LDC. Se ha sostenido que ?la aplicación del instituto es de carácter excepcional y de naturaleza restrictiva y que solo procede cuando el

proveedor incumpla sus obligaciones con dolo, culpa grave, malicia cuando el comportamiento importe un desprecio inadmisibles para el consumidor? (López Herrera, Edgardo, Los daños punitivos, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2008, p. 17). También se expresó que la omisión y vaguedad en la redacción del precepto no nos debe hacer perder de vista que resulta necesaria la existencia de un fuerte reproche de tipo subjetivo en la conducta del proveedor -que hemos identificado con los conceptos de dolo y cuasi dolo o culpa grave-. Esto no es más que la lógica consecuencia de la finalidad preventiva del instituto: disuadir la concreción de conductas altamente reprobables mediante la aplicación de una pena o castigo económico? (Chamatrópulos, Demetrio Alejandro, Responsabilidad jurídica por las fallas masivas en los smartphones, LL, Sup. Act. Ejemplar del 15/11/11, 1- DJ01/02/12, 1). Más allá de cuanto he dicho en relación a la excepcionalidad, coincido en que la exigencia de una conducta grave del proveedor -postura que necesariamente impone la constatación de un factor de atribución de responsabilidad- para habilitar la aplicación de la multa civil ante una concreta acción u omisión. Parece evidente la imposibilidad de pretender abarcar los múltiples supuestos que harían ello posible; corresponde al juez la calificación del incumplimiento que debe hacerse caso por caso.

5.11. El financiamiento del proveedor mediante el daño al consumidor. Es el caso en que los proveedores emplean esta técnica de modo permanente y como una forma de financiarse mediante sus consumidores (Colombres, Fernando Matías, Daño punitivo. Presupuestos de procedencia y destino de la multa, DJ 19/10/11, p. 1). En coincidencia se ha postulado que, en tanto la finalidad primordial de la multa civil es la de hacer desaparecer los beneficios injustamente obtenidos a través de la actividad dañosa; puesto que ningún sistema preventivo ha de resultar eficaz, si el responsable puede retener un beneficio que supera al peso de la indemnización. Con lo cual se procura inducir una amenaza disuasoria, que constriña a adoptar precauciones impeditivas de lesiones análogas, o a abstenerse de desplegar conductas desaprensivas?. Agregándose que vale decir que la aplicación en un caso del instituto de los "daños punitivos" ha de tener por fin evitar que tal perjuicio se pueda volver a repetir en otros supuestos, por medio de la disuasión (deterrence) para el futuro, de eventuales comportamientos ilícitos parecidos; lo cual ha de comprender tanto a las conductas dolosas como a las gravemente negligentes. En tales casos entonces, la condena judicial tiene una doble finalidad. Ante todo, la de sancionar al sujeto dañador por haber cometido un hecho particularmente grave y reprochable; y además, muy especialmente, la de procurar impedir, mediante disuasión, la eventual repetición de similares procederres ilícitos. (Trigo Represas, Félix A., Desafortunadas innovaciones en punto a responsabilidad por daños en la ley 26.361, La Ley ejemplar del 26/11/06, p. 1). También en este caso, aunque pueda en alguna situación puntual servir como una eficaz herramienta interpretativa, se advierte que la mirada economicista prevalece sobre otras consideraciones de orden más trascendente (CCyC, Rosario, Sala III, 29/07/10, Rueda, Daniela, c/ Claro Amx Argentina SA?). Si bien es cierto que ha sido criticado el alcance amplio con el que ha sido legislada la multa civil, en cuanto alude a cualquier incumplimiento legal o contractual, existe consenso dominante en el derecho comparado en el sentido de que las indemnizaciones o daños punitivos solo proceden en supuestos de particular gravedad, calificados por el dolo o la culpa grave del sancionado o por la obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito o, en casos excepcionales por un abuso de posición de poder, particularmente cuando ella evidencia menosprecio grave por los derechos individuales o de incidencia colectiva. Toda esta gama de conductas exigen el examen de la concurrencia de un factor subjetivo de atribución. Es lógico entender que el proveedor que lucre a expensas de los daños que provocó a los consumidores ha cometido un ilícito civil -o penal, según se mire- que debe ser reprimido y mucho más si se trata de un actuar constante y habitual. Sin embargo, téngase presente que el daño concreto que se cause al consumidor se resarcirá mediante la determinación de la íntegra reparación, y la multa civil del art. 52 bis cumplirá en tal situación una función ejemplarizadora, al mismo tiempo que incrementará justificadamente la indemnización que se debe al consumidor, como está autorizado por ese mismo precepto legal. Pero debe tenerse en cuenta que el reproche subjetivo procede aun cuando el proveedor no haya obtenido beneficio alguno. La mencionada consecuencia ejemplificadora, que también se traduce en un factor de disuasión, opera para la generalidad y no sólo en relación al proveedor incumpliente. Por tal motivo, también, aprovecha al común de los consumidores porque tiene por efecto regular adecuadamente las relaciones de consumo.

5.12. La tutela de la dignidad y la equidad en las relaciones de consumo. Dispone el art. 8 bis, LDC, que 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. No podrán ejercer sobre los consumidores extrajeros diferenciación alguna sobre precios, calidades técnicas o comerciales o cualquier otro aspecto relevante sobre los bienes y servicios que comercialice. Cualquier excepción a lo señalado deberá ser autorizada por la autoridad de aplicación en razones de interés general debidamente fundadas. En los reclamos extrajudiciales de deudas, deberán abstenerse de utilizar cualquier medio que le otorgue la apariencia de reclamo judicial. Tales conductas, además de las sanciones previstas en la presente ley, podrán ser pasibles de la multa civil establecida en el artículo 52 bis de la presente norma, sin perjuicio de otros resarcimientos que correspondieren al consumidor, siendo ambas penalidades extensivas solidariamente a quien actuare en nombre del proveedor. El artículo 8 bis de la LDC hace referencia en rigor a un supuesto especial, que parece encontrar apoyo en que podría considerarse

a las conductas descriptas en esa regla como especie en relación con la norma general del art. 52 bis. En efecto, adviértase que el art. 8 bis es una reglamentación de la amplia garantía del art. 42 CN, que exige dispensar a los consumidores un trato equitativo y digno. Las situaciones de inequidad e indignidad pueden justificar la aplicación de daños punitivos. Es palmario que la inobservancia del proveedor de estas pautas de conducta no puede sino provenir de un obrar intencional o, como mínimo, de una grave desaprensión en el cumplimiento de sus obligaciones. En la mirada de la cuestión que aquí se propone, este dispositivo no es una excepción confirmatoria de la regla de la objetividad que inspiraría la solución del mencionado art. 52 bis, sino que sobre la misma atribución subjetiva refuerza la defensa de los consumidores mediante el resorte de precaver situaciones vejatorias, expresamente reprimidas en el texto constitucional. Además hay aquí una referencia incuestionable a la equidad, que no tiene por qué considerarse ausente en el daño punitivo y, en rigor, en todo el sistema articulado en defensa de los derechos de los consumidores y usuarios (véase el precedente de esta CCom, Sala F, 10/5/12, ?R., S. A. c/ Compañía Financiera Argentina SA s/ sumarísimo?). Aprecio, en suma, que la referencia que se hace en el art. 8 bis al art. 52 bis no significa comunidad de antecedentes fácticos, pues es notorio que reconocen orígenes y propósitos diversos: el primero atiende a la dignidad del consumidor y el segundo a la prevención de los incumplimientos legales o contractuales.

5.13. La concreta conducta de las demandadas. El derecho del consumo todo, y mucho más específicamente aquellos aspectos que tienen por fin la protección de los derechos de los consumidores, se hallan impregnados del particular régimen de responsabilidad que aparece estructurado en el estatuto del consumidor (conformado en principio, pero no únicamente, la LDC y las normas referidas en su art. 3), que ha venido a alterar las reglas clásicas en la materia contenidas en el Código Civil que, no obstante, mantienen vigencia plena fuera de las relaciones de consumo, con una visión actual de los conflictos emergentes de los especiales vínculos jurídicos regulados y sus particulares consecuencias. La necesidad de ordenar esas relaciones, de modo que se garantice la inocuidad de los bienes y servicios que se comercialicen (arts. 4 a 6 LDC), se preserve la dignidad de los consumidores a quienes se les debe asegurar suficiente información y la extensión del principio básico del actuar con buena fe, antes, durante y después de la concertación del vínculo -sea o no de esencia contractual y onerosa-, se ha procurado por medio de normas disciplinarias y simplemente regulatorias que han agotado debates jurídicos que insumieron lapsos prolongados. Se insertan en este marco, de manera especial, aquellas disposiciones que autorizan la aplicación de sanciones con el objeto de alcanzar un estándar suficiente de solidaridad exigida normativamente y eficacia regulatoria en esa clase de relaciones que se presentan como dato relevante de la cotidianeidad. Es cierto que, por otra parte, como he bregado desde la cátedra universitaria desde el año 1994, el ordenamiento legal que defiende los derechos de consumidores y usuarios cumple, junto a esos propósitos, una función netamente docente, que consiste en alertar y cerciorar a los vulnerables acerca del concreto alcance de sus atribuciones y derechos. Precisamente, la disposición del art. 52 bis se orienta en esa dirección en tanto reprime inconductas que el legislador consideró trascendentes, aunque no las ha descripto, defiriendo su configuración a la función jurisdiccional. Desde un plano puramente científico parece evidente que el reformador en la ley 26.361 concibió una regla abierta en grado sumo que depende de la apreciación judicial en cada caso que se presente y que, en consecuencia, compete al órgano jurisdiccional establecer los parámetros de aplicación del daño punitivo. Así algunos optarán por exigir distintos grados de intencionalidad -aunque más no fuere, por omisión- y otros, postura que por vía de principio no acepto, se darán por satisfechos con el simple incumplimiento. Parece claro, entonces, que debe admitirse la coexistencia de la responsabilidad objetiva y la atribución subjetiva en el estatuto del consumidor, que regirán las interpretaciones según fuera el caso. La primera, como régimen general de apreciación y aquella otra, en orden a la aplicación de sanciones judiciales y administrativas. Porque, en definitiva, ¿el dolo, la culpa, el mero desprecio a los derechos de la contraparte, el aprovechamiento económico de las barreras procesales que hacen reducidos los números de los reclamos, los denominados microdaños y toda aquella actuación que violente con desdén el derecho del consumidor o usuario será pasible de la aplicación de daños punitivos? (Alvarez Larrondo, Federico M., Los daños punitivos y su paulatina y exitosa consolidación, La Ley, ejemplar del 29/10/10, p. 10). He aquí sucinta y precisamente explicado el factor de atribución que, en la generalidad de los casos, entiendo preside la apreciación de la procedencia del reclamo orientado a la aplicación de daños punitivos, sea que se los conceda al amparo del art. 52 bis, o bien sea que encuentren justificación en la disposición del art. 8 bis. De los antecedentes colectados en la causa, puede inferirse con suficiente grado de certidumbre, la configuración de este daño con arreglo al marco de aprehensión de los arts. 8 bis y 52 bis de la LDC. Véase al respecto que este daño requiere la existencia de una manifiesta inconducta por parte del proveedor en el trato comercial con el consumidor. Claro que es tarea del juzgador discernir con prudencia en qué circunstancias de modo, tiempo y lugar se verifica tal conducta antifuncional en la relación de consumo (cfr. esta Sala F, en autos ?Rodríguez Silvana Alicia c/ Compañía Financiera Argentina S.A. s/ sumarísimo?, del 10.05.02). En el caso bajo examen, la notoria desatención de las demandadas a los reclamos efectuados por el demandante a fin de que se advierta la existencia de una duplicidad de tarjetas, toda vez que las extracciones bancarias realizadas en el extranjero fueron efectuadas cuando el actor se encontraba en la Argentina constituyeron un grave y objetivo incumplimiento de la exigencia del art. 8 bis de LDC. Esa

desobediencia configuró -a mi juicio-un injustificado desprecio por la situación del reclamante que, que tradujo un evidente desinterés y desaprensión a la vez que constituyó un perfecto ejemplo de la deficiente prestación del servicio ofrecido (art. 19 LDC). Conductas de tal tenor no pueden tolerarse; la actividad lucrativa amparada por el texto constitucional, debe ejercerse en los límites estrictos que impone la dignidad que reclama la posición del consumidor. El ejemplo que significa admitir la aplicación de la multa civil redonda, además, en beneficio de todos los clientes pues tiende a evitar que otros padezcan similares inconvenientes. La base del servicio provisto abarca en grado superlativo en la confianza de quienes lo emplean en sus viajes y debe resguardarse el marco de seguridad y confianza que genera su estipulación. La destacada ausencia de soluciones rápidas y eficaces, dilatando injustificadamente la respuesta del proveedor no puede hallar recepción favorable en el ámbito jurisdiccional (ar. 42 CN). En esta directriz se tiene dicho que constituye un hecho grave susceptible de multa civil por trasgresión del art. 8 bis de la ley citada, que exige un trato digno al consumidor, colocarlo en un derrotero de reclamos, en el que se haga caso omiso a la petición (Guillermo E., Falco, ¿Cuantificación del daño punitivo?, LL 23/11/2011, y fallo allí cit.). De allí que la conducta de las demandadas observada en esta causa justifica la imposición de la aludida sanción. En consecuencia de lo expuesto, propongo al Acuerdo, admitir el agravio del actor en orden a la aplicación de la multa civil prevista por el art. 52 bis LDC y rechazar el planteo de inconstitucionalidad de la tercera citada First Data Cono Sur SRL. Sugiero graduar el daño punitivo en la suma de \$ 25.000. V. Conclusión. Por todo lo expuesto si mi criterio fuera compartido por mí distinguida colega propongo al Acuerdo: Admitir parcialmente el recurso de la parte actora y modificar la sentencia de grado con el alcance establecido en los considerandos 4 y 5. En cuanto a las costas de Alzada, serán impuestas a las demandadas vencidas (conf. art. 68 Cpr.). Así voto. La Dra. Alejandra N. Tevez dice: Comparto en lo sustancial la solución propiciada por el Dr. Barreiro en el voto que abrió este acuerdo. Coincido, también, en la insuficiencia del monto concedido en la anterior instancia en concepto de daño moral y adhiero a la suma propuesta para resarcir este rubro. Considero necesario, empero, incorporar las siguientes en punto a la procedencia de la multa civil. Ello así, en tanto juzgo que cabrá atender la queja del actor en virtud de los fundamentos que seguidamente expondré. Sabido es que el art. 52 bis de la LDC modificada por la ley 26.361- BO: 7/4/08, incorporó a nuestro derecho positivo la figura del daño punitivo?. Dispone la norma textualmente: ¿Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley?. Ahora bien. Tal como precisé en otras oportunidades (v. mi votos del del 8/5/14 en ¿Santarelli Héctor Luis y otro c/ Mapfre S.A. de Seguros s/ ordinario?; del 24/9/15 en ¿García Guillermo Enrique c/ Bankboston N.A. y otros s/ sumarísimo?; y del 20/10/15 en ¿Díaz Víctor Alcides c/ Fiat Auto S.A. de Ahorro para Fines Determinados y otros s/ ordinario?), la reforma legislativa conllevó una modificación en la concepción de la responsabilidad civil de nuestro sistema codificado, que posee como presupuesto la idea de la reparación integral y plena del perjuicio causado (arg. CCiv. 1083). Los daños punitivos son, según Pizarro, ¿sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, y están destinadas a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro? (Pizarro, Ramón, ¿Daños punitivos?, en Derecho de Daños, segunda parte, Libro homenaje al Prof. Félix Trigo Represas, La Rocca, 1993, pág. 291/2). En esa línea, todas o la mayoría de las definiciones de los daños punitivos incluyen los siguientes elementos: (i) suma de dinero otorgada a favor del damnificado por sobre el daño efectivamente sufrido; (ii) se los aplica con la finalidad de castigar al incumplidor y para disuadir al sancionado de continuar con esa conducta o conductas similares, (iii) también son aplicados con la finalidad de prevención general; es decir, para disuadir a otros proveedores que practiquen conductas análogas a la sancionada. Concordantemente, enseñan Gómez Leo y Aicega que ¿los daños punitivos -traducción literal del inglés 'punitive damages'- son las sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir hechos similares en el futuro? (Gómez Leo, Osvaldo R. y Aicega, María V., Las reformas a la Ley de Defensa del Consumidor, JA, 2008-III-1353 - SJA 20.08.2008). De acuerdo con la norma antes transcrita, en nuestro derecho la concesión de daños punitivos presupone: i) el incumplimiento por parte del proveedor de sus obligaciones legales o contractuales; ii) la petición del damnificado; iii) la atribución del magistrado para decidir su otorgamiento; iv) la concesión en beneficio del consumidor; y v) el límite cuantitativo determinado por el art. 47 de la ley 24.240. Sin perjuicio de destacar que el incumplimiento de una obligación legal o contractual es una condición necesaria pero no suficiente para imponer la condena punitiva -ya que, además, debe mediar culpa grave o dolo del sancionado, la obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito o evidenciarse un grave menosprecio por los derechos individuales del consumidor o de incidencia colectiva; cfr. López Herrera, Edgardo, ¿Daños punitivos en el derecho

argentino. Art. 52 bis?, Ley de Defensa del Consumidor, JA 2008-II-1198; Pizarro, - Stiglitz, Reformas a la ley de defensa del consumidor, LL 2009-B, 949-, la norma aludida indica que a los fines de la sanción deberá tomarse en cuenta ?la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso?. De allí que para establecer no sólo la graduación de la sanción sino también su procedencia, resulta de aplicación analógica lo establecido por el artículo 49 de la ley (cfr. Tevez, Alejandra N. y Souto, María Virginia, ?Algunas reflexiones sobre la naturaleza y las funciones del daño punitivo en la ley de defensa del consumidor?, RDCO 2013-B-668). Véase que, en efecto, no obstante aludir puntualmente a las sanciones administrativas, se fija un principio de valoración de la sanción prevista por la norma (López Herrera, Edgardo, ?Daños punitivos en el derecho argentino. Art. 52 bis?, Ley de Defensa del Consumidor, JA 2008-II-1198; Falco, Guillermo, ?Cuantificación del daño punitivo?, LL 23/11/2011, 1). Establece aquella disposición que: ?En la aplicación y graduación de las sanciones previstas en el artículo 47 de la presente ley se tendrá en cuenta el perjuicio resultante de la infracción para el consumidor o usuario, la posición en el mercado del infractor, la cuantía del beneficio obtenido, el grado de intencionalidad, la gravedad de los riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización, la reincidencia y las demás circunstancias relevantes del hecho?. Resáltese que la conducta reprochada es la del fabricante o proveedor que realiza un cálculo previo, a sabiendas de que el producto o servicio ofrecido puede ocasionar un daño; y mediante el cual se asegura que, descontando las indemnizaciones, tendrá aún un beneficio que redundará en ganancia (López Herrera, Edgardo, op. cit.). Se trata, en definitiva, de supuestos en los que fabricantes o proveedores utilizan esa técnica -y este dato es muy importante- de modo permanente y como una forma de financiarse mediante sus consumidores (Colombres, Fernando M., ?Daño punitivo. Presupuestos de procedencia y destino de la multa?, LL DJ 19/10/2011,1). Ello así, a través de una conducta objetivamente descalificable desde el punto de vista social, esto es, disvaliosa por indiferencia hacia el prójimo, desidia o abuso de una posición de privilegio (Zavala de González, Matilde, ?Actuaciones por daños?, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, pág. 332). Como señalara la Sala III, de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario al sentenciar en la causa ?Rueda, Daniela, c/ Claro Amx Argentina SA?, ?Si bien es cierto que ha sido criticado el alcance amplio con el que ha sido legislada la multa civil, en cuanto alude a cualquier incumplimiento legal o contractual, existe consenso dominante en el derecho comparado en el sentido de que las indemnizaciones o daños punitivos solo proceden en supuestos de particular gravedad, calificados por el dolo o la culpa grave del sancionado o por la obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito o, en casos excepcionales por un abuso de posición de poder, particularmente cuando ella evidencia menosprecio grave por los derechos individuales o de incidencia colectiva?. Mas, en rigor, el análisis no debe concluir solo en el art. 52 bis. Es que el art. 8 bis refiere al trato digno hacia el consumidor y a prácticas abusivas de los proveedores y, en su última parte, dice: ?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...? (Ferrer, Germán Luis, ?La responsabilidad de administradores societarios y los daños punitivos?, Diario La Ley del 24.10.2011). La previsión legal del art. 8 bis LDC resulta plausible. Ello así, tanto desde el punto de vista de los consumidores que han sido víctimas de un daño, cuanto desde la perspectiva de los jueces que deben decidir si cabe responsabilizar al proveedor frente a supuestos no tipificados -como la demora excesiva o el maltrato en la atención al usuario, por citar algunos ejemplos. Es que la lesión al interés del consumidor puede surgir, en los hechos, no sólo por el contenido de una cláusula contractual o del modo en que ella sea aplicada, sino también de comportamientos no descriptos en el contrato, que constituyen una derivación de la imposición abusiva de ciertas prácticas reprobables. Se trata, en definitiva, de garantizar una directriz de trato adecuado al consumidor, como modo de evitar la utilización de prácticas comerciales que restrinjan o nieguen sus derechos. El cartabón de conducta exigible al proveedor tiende a resguardar la moral y la salud psíquica y física del consumidor. Así porque la ausencia de un trato digno y equitativo agravia el honor de la persona. De allí que la norma deba ser vista como una concreción del principio general de buena fe y como desarrollo de la exigencia del art. 42 CN. Así, el proveedor está obligado no solamente a ajustarse a un concreto y exacto contenido normativo, sino además está constreñido a observar cierta conducta en todas las etapas del iter negocial, incluso aún antes de la contratación. Y no podrá vulnerar, en los hechos aquellos sensibles intereses (cfr. Tevez, Alejandra N. y Souto María Virginia, ?Trato ?indigno? y daño punitivo. Aplicación del art. 8 bis de la Ley de Defensa del Consumidor?, del 26/04/16, La Ley 2016-C, 638). Juzgo que es desde dicha perspectiva conceptual que corresponde atender el agravio de Vega en cuanto procuró la reparación del daño punitivo que fuera desestimada en la anterior instancia. De los antecedentes colectados en la causa, puede inferirse con suficiente grado de certidumbre, la configuración de este daño con arreglo al marco de aprehensión de los arts. 8 bis y 52 bis de la LDC. Ello así, aún juzgada la cuestión con el criterio restrictivo que debe primar en la materia. Como ya fue señalado, este específico daño requiere la existencia de una manifiesta o grosera inconducta por parte del proveedor en el trato comercial con el consumidor. Claro que es tarea del juzgador discernir con prudencia en qué circunstancias de modo, tiempo y lugar se verifica tal conducta antifuncional en la relación de consumo (cfr. mis votos en esta Sala F, en autos ?Rodríguez Silvana Alicia c/ Compañía Financiera Argentina S.A. s/ sumarísimo?, del 10/05/12 y ?Rojas Sáez Naxon Felipe c/ Banco Comafi S.A. s/ ordinario?, del 19/8/14). La notoria desatención

de la demandada a las gestiones realizadas y los reclamos efectuados por el demandante, constituyeron en el caso un grave y objetivo incumplimiento de la exigencia del LDC 8 bis. Asimismo, puede juzgarse cumplimentado el elemento subjetivo que también requiere la norma del LDC52 bis y su doctrina para la aplicación de la multa civil. En esta directriz se tiene dicho, de acuerdo con la jurisprudencia precursora en la materia, que constituye un hecho grave susceptible de multa civil por trasgresión del LDC 8 bis que exige un trato digno al consumidor, colocarlo en un derrotero de reclamos, en el que se haga caso omiso a la petición (Guillermo E., Falco, ¿Cuantificación del daño punitivo?, LL 23/11/2011, y fallo allí cit.). De allí que la conducta de la demandada observada en esta causa justifica la imposición de la aludida sanción ejemplificadora. Finalmente, cabe decir que a los efectos de determinar el "quantum" de la multa no puede perderse de vista la función de este instituto: sancionatoria y disuasoria. Entonces, no corresponde evaluar el daño punitivo como una compensación extra hacia el consumidor afectado o como una especie de daño moral agravado. Antes bien, debe ponderarse muy especialmente la conducta del proveedor, su particular situación, la malignidad de su comportamiento, el impacto social que la conducta sancionada tenga o pueda tener, el riesgo o amenaza para otros potenciales consumidores, el grado de inmoralidad de la conducta reprochada y el de desprecio por los derechos del consumidor afectado, como antes se señaló. Bajo tales parámetros, y ponderando asimismo el límite cuantitativo que determina el LDC:52 y la prudente discrecionalidad que ha de orientar la labor judicial en estos casos (cpr. 165), estimo adecuado justipreciar la indemnización de este concepto en la suma propuesta por el distinguido vocal preopinante. Así voto. Con lo que terminó este Acuerdo que firmaron los señores Jueces de Cámara doctores: ALEJANDRA N. TEVEZ RAFAEL F. BARREIRO MARIA FLORENCIA ESTEVARENA SECRETARIA Buenos Aires, 29 de agosto de 2017. Y Vistos: I. Por los fundamentos expresados en el Acuerdo que antecede, se resuelve: Admitir parcialmente el recurso de la parte actora y modificar la sentencia de grado con el alcance establecido en los considerandos 4 y 5. En cuanto a las costas de Alzada, se imponen a las demandadas vencidas (conf. art. 68 Cpr.). II. Notifíquese (Ley N° 26.685, Ac. CSJN N° 31/2011 art. 1° y N° 3/2015) y a la señora Fiscal General ante esta Cámara. Fecho, devuélvase a la instancia de grado. Hágase saber la presente decisión a la Secretaría de Comunicación y Gobierno Abierto (cfr. Ley N° 26.856, art. 1; Ac. CSJN N° 15/13, N° 24/13 y N°42/15). Firman solo los suscriptos por encontrarse vacante la Vocalía N° 17 de esta Cámara (art. 109 del Reglamento para la Justicia Nacional).

ALEJANDRA N. TEVEZ RAFAEL F. BARREIRO MARIA FLORENCIA ESTEVARENA SECRETARIA
022569E