

Salta,

de octubre de 2017

____Y **VISTOS:** Estos autos caratulados "**VARGAS, Diego vs. GARBARINO S.A.** - Sumarísimo o verbal", Expte. N° 480.960/14 del Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil y Comercial 6ª Nominación; **Expte. N° 480.960/14/16 de esta Sala Tercera**, y _____

_____**CONSIDERANDO**_____

_____*El doctor Marcelo Ramón Domínguez* dijo: _____

____D) La sentencia de fs. 129/133 es apelada a fs. 134 por la apoderada de la demanda, recurso concedido a fs. 136. Puestos los autos para que exprese agravios, concreta su postulación a fs. 139/141. Dice que la presente demanda tiene su inicio en el reclamo realizado por el actor aduciendo un supuesto incumplimiento en la oferta, motivo por el cual solicitó el reintegro de lo abonado en más y la aplicación del daño punitivo. Expone que la decisión en crisis viola el principio constitucional de legalidad, pues contiene una genérica e insuficiente descripción de la conducta que reprime, lo que contrasta con la exactitud y complejidad que dicha directiva requiere para toda condena. Al tener el daño punitivo naturaleza de índole penal, en tanto representa un castigo para aquél a quien le es impuesto, resulta menester que el pronunciamiento que lo acoge no genere un ámbito de incertidumbre acerca de cual es la conducta que verdaderamente podría dar lugar a la aplicación de la sanción. Dado la generalidad de los hechos expresados en la sentencia, de la cual no surge de manera precisa cuál es la supuesta conducta punible imputable a su parte, cabía el rechazo del daño punitivo pretendido. _____

____Agrega que aunque el artículo 52 bis de la Ley 24.240, modificada por la Ley 26.361, al legislar sobre el daño punitivo alude únicamente a la mera inobservancia de las obligaciones legales o contractuales por parte del proveedor, lo cierto es que no cualquier incumplimiento se hace merecedor de este tipo de sanción y el instituto en cuestión es excepcional, ya que procede únicamente ante un grave reproche de la conducta del responsable del perjuicio, pues de lo contrario cabría su recepción cada vez que se compruebe

una violación al contrato celebrado entre las partes. No hay en el caso una conducta disvaliosa y reprochable a la empresa que representa. Tampoco se tuvo presente el ofrecimiento realizado al actor de proceder a la devolución de los \$ 800, ya que de ser así el daño punitivo no resultaría procedente, por cuanto no existe dolo, intención de daño o culpa grave, a partir de la cual pueda justificarse la aplicación de tal instituto. _____

_____ Añade que en el caso de que la Sala entienda tipificada la procedencia del daño punitivo, el monto de \$ 50.000 resulta exorbitante y desmedido, no guardando correspondencia con el valor reclamado por reintegro. Si bien es cierto que el instituto no establece parámetros a los fines de la graduación del quantum de la condena, ésta debe estar sujeta a las circunstancias del caso y a la gravedad del hecho, luciendo desproporcionada en la especie. _____

_____ Hace reserva del Caso Federal (artículo 14 de la Ley 48). _____

_____ II) A fs. 146/154 luce la réplica del apoderado del actor. En primer lugar plantea la deserción del recurso por entender que la pieza procesal del adversario incumple con la exigencia del artículo 255 del Código Procesal, pues plasma meras discrepancias genéricas y remite a presentaciones anteriores, sin señalar base jurídica alguna en torno a su posición. _____

_____ Subsidiariamente, destaca que la figura del daño punitivo legislada en el artículo 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor es otorgada en forma independiente de la indemnización que por cualquier otro demérito se establezca, por lo que su finalidad no es el mantener la indemnidad de la víctima ni restablecer las cosas al estado anterior, procurando prevenir y desalentar la reiteración de conductas dañosas similares. Coincide que su imposición debe ser evaluada con criterio restrictivo y destaca que el juez debe ver más al autor del daño que a la víctima, gozando de discrecionalidad a la hora de establecer el importe de la condena. A la luz de tales argumentos se pregunta donde radica la exorbitancia del monto, cuando hablamos de daños punitivos, no de una indemnización o resarcimiento del derecho civil. De la lectura integral del fallo en crisis reafirma que se ha dado suficiente fundamento a la condena, destacando que concretó la empresa una oferta de

un electrodoméstico de manera pública, a través de boletines, dirigidos a la totalidad de consumidores, no siendo atendible que la conformidad del actor con el precio informado al momento de celebración de la compraventa la exonere de responsabilidad, pues cuando se formula esta publicidad, debe suministrar todos los datos necesarios para decidir la adquisición, conteniendo su plazo de vigencia y sus modalidades, condiciones o limitaciones, poniendo énfasis en lo señalado en el artículo 8° de la Ley de Defensa del Consumidor.

_____Radicada la causa en esta Sede a fs. 162/163 corre agregado el dictamen del señor Fiscal de Cámara. Aprecia que le asiste razón al apelante en cuanto a que no ha existido una conducta dolosa o culposa grave que justifique la aplicación de la multa prevista en el artículo 52 bis de la Ley 24.240. Por un lado, destaca que la compra de la heladera se hizo el 3 de agosto de 2012, es decir apenas al tercer día de entrada en vigencia de la oferta publicitada, o erróneamente publicitada según la demandada. Este dato es importante para juzgar su conducta, ya que quizás esa publicidad errónea pudo razonablemente no haber sido advertida al tiempo de la compra. A la vez, justifica que la fe de erratas no haya llegado a ser publicitada por los mismos medios. Surge del relato de la demanda que desde el mismo momento que el actor presentó su nota de reclamo –cinco días después de la compra- fue notificado personalmente de la enmienda a la oferta. Por otro lado, cabe afirmar que el caso de autos no reviste gravedad tal que permita justificar la aplicación de este instituto excepcional, en tanto no se encuentra acreditado que se haya tratado de una publicidad engañosa o haya existido dolo o culpa grave al publicitarla o que mediare la intención de inducir a error a los consumidores. Ni siquiera surge que el demandante se haya apoyado en esa publicidad erróneamente efectuada para realizar la compra. El hecho de haber firmado de plena conformidad los cupones de las tarjetas y recibido la factura correspondiente, en la que se consignó el precio, sugiere que ni siquiera tuvo en miras la oferta publicitada, porque de lo contrario habría reclamado inmediata, o directamente desistido de adquirir el electrodoméstico. _____

_____A fs. 164 se llaman autos para sentencia, providencia firme, encontrándose consentida a la fecha de integración del Tribunal a tenor de lo dispuesto en la providencia de fs. 166. _____

_____ III) *El pedido de deserción del recurso*: se recuerda lo sostenido de manera reiterada por el Tribunal en cuanto que, al efectuarse el mérito de la consideración de la suficiencia o no de la expresión de agravios, debe seguirse un criterio amplio sobre su admisibilidad, ya que es éste el que mejor armoniza con un escrupuloso respeto del derecho de defensa tutelado por la Constitución Nacional, a fin de no limitar la más amplia y completa controversia de los derechos de los litigantes, ya que un mero defecto técnico podría conducir a injustas soluciones en perjuicio de los litigantes quienes recurren en procura de Justicia, buscando ser oídos y que se les brinde la posibilidad de ejercer así su legítimo derecho de defensa en juicio (CSJN, Fallos 306-474; CJSalta, 22-12-92, “Rondoni vs. Eckardt”, Libro 44, fº 1109/1113). Tal parecer también lo ha sostenido esta Sala en numerosos precedentes, entendiendo que en caso de duda sobre los méritos exigidos para la expresión de agravios, debe estarse a favor de su idoneidad (CApel. CC. Salta, Sala III, protocolo año 1993, fº 901; año 2001, fº 415; año 2003, fº 49 y 232/234). Por lo expuesto, y teniendo en cuenta el contenido de sendos memoriales presentados en el que se ponen de resalto los motivos de los agravios que los contrincantes estiman ocasiona la sentencia en crisis, no puede decirse que no exista una crítica suficiente para dar respaldo a sendos reclamos de revisión. _____

_____ IV) *El Daño punitivo – Vigencia del Código Civil y Comercial*: Cabe reiterar como doctrina que para la imposición de la multa civil a que se refiere el artículo 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor no basta la mera acreditación de las circunstancias que autorizan a atribuir objetivamente la responsabilidad al proveedor por su calidad de tal, sino que es necesario que concurra un reproche subjetivo de gravedad tal que torne conveniente adoptar esa medida excepcional con el objeto de disuadir al dañador de la actitud que ha generado el obrar ilícito, para evitar que continúe repitiéndose, tal cual lo

expusiera el propio quejoso en su memoria. _____

_____ Es del caso recordar que en *Ramírez vs. Telecom* (CApel. CC. Salta, Sala III, año 2011, f° 531/539) traje a colación el señero pronunciamiento de la Sala Primera de este Cuerpo -del 13 de abril de 2011-, en la causa *Paganetti, Daniel H. c/Telecom Personal S.A. s/Sumarísimo*, Expte. N° 272.295/09 del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de 4ª. Nominación-Expte. de Sala N° CAM 337.746/11, citado por la actora en su memoria a fs. 191 en que se dijo que “La Ley de Defensa del Consumidor fue dictada en el año 1993 y, con posterioridad a ello, la Reforma Constitucional de 1994 incorporó el artículo 42 que expresa: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno” otorgando de tal modo jerarquía constitucional al principio protectorio del usuario o consumidor (L.L.1999- B- 271 y ss). _____

_____ La Sala Primera continúa señalando que “El consumidor ha merecido resguardo legal y constitucional porque se lo considera el contratante débil. Esta caracterización, sin lugar a dudas ha venido a incidir sobre al extensión del deber de informar impuesto por la buena fe, ya que por un lado se encuentra un profesional, y del otro un profano a quien la ley protege” Tal situación de desigualdad real es la que la normativa especial intenta solucionar a través de figuras típicas del Derecho del Consumo (Fallos Sala I año 2009 f° 549/551; 2011 f° 118/119). Asimismo expresó, con referencia a los contratos que: “La Ley de Defensa del Consumidor en su artículo 37 establece -en cuanto a la interpretación de los mismos- que se tendrán por no convenidas: las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños; las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte; las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor, agregando que la interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor y cuando

existan dudas sobre los alcances de su obligación se estará a la que sea menos gravosa” (Fallos Sala I año 2005 fº 1065/1069; 2006 fº 294/301; 2009 fº 549/551). _____

_____ Sigue diciendo el Tribunal en el fallo en cita que de conformidad con el artículo 52 de la Ley 24.240 (sustituido por el artículo 24 de la Ley 26.361) la ley concede al usuario tres vías posibles para la defensa de sus derechos que han sido presuntamente vulnerados: a) el reclamo ante la propia empresa prestadora del servicio para que revise su accionar y disponga las medidas necesarias para enmendar el obrar ilícito o reparar los daños ocasionados al usuario (arts. 27, 30 31 y cc. Ley 24.240); b) el reclamo ante la autoridad de aplicación, a través del procedimiento que se establezca de conformidad a lo normado por el artículo 45 de la Ley 24.240 y c) la vía judicial (artículo 52 ley 24.240). Sostienen al respecto los Dres. Luis R. J. Sáenz y Rodrigo Silva (*Ley de Defensa del Consumidor Anotada y Comentada* – Dir. Picasso- Vázquez Ferreyra- T. I- pág.584 - Editorial La Ley) que la posibilidad de recurrir a la vía administrativa para dar curso a un reclamo denuncia no impide acudir con carácter previo, simultáneamente o con posterioridad a la vía judicial (tal lo acontecido en el sub lite), lo que resulta acorde con el principio de acceso a la justicia, sin ningún tipo de impedimento. El artículo 52 bis dispone 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, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan....”. _____

_____ Analizando esta norma se advierte que tiene un propósito netamente sancionatorio pero su finalidad no es sólo la de castigar a la demandada por una conducta grave sino también para 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 en el futuro. En otro párrafo señala la Sala que “La reprochabilidad de la conducta de una parte, su intencionalidad o el grado en el que refleja su indiferencia frente a los usuarios

es el punto central a tener en cuenta para la fijación de la sanción prevista en la norma”.

_____ Nancy Celavez (*Daño punitivo -Conveniencia de su aplicación-*: elDial.com - DC14E7) nos precisa que la Reforma introducida por la Ley 26.361 al estatuto del consumidor, vigente en nuestro país a partir del mes de Abril de 2008, incorporó diversas modificaciones que continúan siendo materia de debate e interrogantes. Así, institutos tales como el nuevo régimen de los servicios públicos compartiendo la autoridad de aplicación de la ley, el control y la vigilancia sobre la prestación de esos servicios conjuntamente con la autoridad de contralor del servicio; la figura de daño directo traducida como la posibilidad que tiene la autoridad administrativa de disponer la reparación de daños en esa sede; el daño punitivo o, como lo denomina la reforma, la multa civil; las acciones de clase previstas en el artículo 54 de la ley y otras, han causado y continúan haciéndolo, no pocas polémicas en ámbitos judiciales, administrativos y en el mundo doctrinario. Esta nueva realidad acarrea interrogantes sobre la conveniencia o no de la aplicación de los citados institutos, cuestionándose en más de una ocasión la técnica legislativa utilizada en alguno de ellos. Lo cierto es que la actualidad del derecho del consumo en nuestro país, exige en los actores que intervienen en el mismo una inusual amplitud de criterios imponiendo necesariamente, en ciertos casos, desprenderse de conceptos establecidos para dar paso a una visión más amplia y dinámica, acorde a las exigencias de un mercado cada vez mas diversificado y sofisticado.

_____ Cabe recordar en relación a lo dicho las palabras de Genaro Carrió (*Notas sobre derecho y lenguaje*, Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1976), quien apunta con gran claridad que "desde siempre, la introducción de algún nuevo concepto en el derecho o bien cuando la dinámica social genera nuevas formulaciones relacionales, tradicionalmente existe la tendencia a llevarlo al plano de la discusión, con la finalidad de tratar infructuosamente de encuadrar la nueva figura jurídica, dentro de alguna ya conocida o bien de encontrar un fundamento dentro de los cánones dogmáticos sin advertir que es

precisamente su atipicidad lo que lo distingue y enriquece". Teniendo en cuenta lo dicho, analiza la problemática que suscita el denominado daño punitivo o multa civil incorporada en la Ley de Defensa del Consumidor por la reforma de la Ley 26.361. _____

_____ Recordemos que el texto incorporado por el artículo 52 bis de la ley 26.361 dice: "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". _____

_____ La norma nos remite en forma inmediata a preguntarnos por la naturaleza de la multa civil, o el denominado daño punitivo. ¿En que consiste este instituto ajeno a nuestro derecho positivo argentino, pero figura no extraña al sistema del "common law"? Partiendo del conocimiento que sobre la institución tiene el derecho inglés y americano, podemos decir que la multa civil consiste en determinadas sumas de dinero que se condena a pagar por parte de los jueces, a un sujeto que ha incurrido en una grave conducta y se tornan precedentes básicamente en casos de gravedad, que denotan -por parte del dañador- una gran indiferencia o menosprecio por los derechos ajenos, priorizando netamente aspectos económicos. Con ella se trata de prevenir -por el temor que provoca la misma- la reiteración de hechos similares en el futuro.

_____ Advertimos entonces que si bien el sentido ontológico de la multa civil es sancionatorio, tal como se presenta en la ley, corresponde atribuir a su misma existencia una función preventiva. Esta última consiste en desalentar la ejemplaridad de la conducta reprochada (prevención general) y disuadir al agente de incurrir en la misma conducta (prevención especial) según lo sostienen Fernández Oliva y Trivisonno (*Origen de la multa civil en el*

common law británico - Universidad Nacional de Rosario). Por su parte Aída Kemelmajer de Carlucci (*¿Conviene la...? Separata de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Bs. As. Anticipo de Anales – Año XXXVIII, segunda época, N° 3*), coincidiendo con el criterio expuesto expresa "que los punitive damages se conceden para sancionar al demandado (el sujeto dañador) por haber cometido un hecho particularmente grave y reprobable con el fin de disuadir o desanimar a reiterar acciones del mismo tipo". El denominado daño punitivo también conocido como "exemplary damages", "non compensatory damages", "aggravated damages", es una figura aplicada desde hace ya varios años en el derecho anglosajón, conociéndose desde mediados del Siglo XVIII casos ventilados en tribunales que merecían especial censura. Por ello las cortes inglesas posibilitaron la aplicación de penas privadas a estos supuestos en los cuales además de la reparación del daño causado (compensatory damages) se buscó reprobar especialmente la conducta del agente dañador (wrongdoer) en virtud de la gravedad de la misma. Es así que la figura allí se encuentra arraigada y la efectividad de su aplicación en materia de consumo resulta indiscutible, tanto es así que en consideración a estos antecedentes estudiosos del derecho de daños y especialmente del de consumo planteaban desde hace tiempo la necesidad de su incorporación a la normativa vigente, la que arribó recién a nuestro país a través del nuevo artículo 52 bis. _____

_____ De su parte, Agustín Álvarez y Manuel Cornet (*La reparación de daños en las relaciones de consumo* en elDial.com-DC1571 publicado el 08/04/2011) advertían que el Código Civil –en referencia al Código de Vélez– es ahora sólo uno de los sistemas de los que se compone el gran universo de derecho privado. Lo que ocurre es que el derecho civil actual no se basa en una sola ley codificada, sino que el Código comparte su vida con otros códigos, microsistemas jurídicos y con subsistemas. Algunas de las disposiciones de la Ley de Defensa del Consumidor (principalmente su artículo 3º) establecen su preferencia por sobre otras normas en caso que previeran cosas distintas, incluso que, en caso de duda, siempre habrá que

estar a lo que sea más favorable para el consumidor. Sin embargo, la ley no ha derogado al Código Civil. Es cierto que sus normas se aplican ahora a muchas de las relaciones jurídico-privadas en las que interviene un débil jurídico, pero el Código Civil sigue rigiendo tanto en las relaciones que no son de consumo, como en las que sí lo son. Lo que ocurre es que la ley establece algunas particularidades específicas y agrega algunas facultades en cabeza de los consumidores u obligaciones de los proveedores, pero la estructura de las relaciones siguen teniendo su fundamento en el Código Civil. Así, no existe un tipo contractual "de consumo", sino que los contratos que puedan ser encuadrados de esa forma, siguen manteniendo su tipicidad originaria, por ejemplo: una compraventa, sigue siendo compraventa, se encuadre en una relación de consumo o no. El derecho de protección a los consumidores, es el simple resultado de la adaptación de la norma general a una situación particular. Aunque la Ley tenga aspiraciones autónomas y sistémicas, debe nutrirse necesariamente de los Códigos de fondo. Esto quiere decir que la Ley prevalecerá sobre el Código cuando tengan preceptos distintos (en virtud de tratarse de una normativa especial y posterior), pero en los casos no regulados por ella, necesariamente debe seguirse al Código. No resulta lógico integrar las relaciones de consumo con principios imaginarios o soluciones mágicas, bajo el pretexto de encontrarse en un sistema distinto, independiente del civil. Ante la ausencia de regulación de la Ley debe imperiosamente aplicarse el derecho privado. _____

_____ Reparemos que quienes integraron la Comisión de Reforma del Código Civil y Comercial vigente, tomaron la decisión de mantener muchos microsistemas jurídicos: la ley de seguros, la ley de sociedades, la ley de entidades financieras, entre otras, continúan existiendo y regulando el funcionamiento de los mercados en las que se insertan. Y respecto de la Ley 24.240, es del caso enfatizar que tiene lo que la doctrina ha denominado "anclaje constitucional", esto es, resulta regulatoria de los derechos de tercera generación establecidos en la Reforma Constitucional del año 1994. Este antecedente determina la importancia de la norma referida, nacida antes

incluso que la Constitución Federal fuera modificada (1994) y que fue reformulada en el 2008. Al dejar sobrevivir muchas normas como las citadas, el nuevo Código propuso determinadas reformas sobre las mismas a los fines de mantener cohesionado el sistema jurídico, evitando que se encuentren fisuras o contradicciones entre las regulaciones establecidas por diferentes normas. Con esta idea se introdujeron algunas modificaciones a la Ley de Defensa del Consumidor. Las mismas pueden encontrarse en el Anexo II de la ley de aprobación del nuevo Código. _____

_____ Gabriel S. Stiglitz (*El Derecho del Consumidor en el Código Civil y Comercial*) dice que el derecho del consumidor encuentra sus normas en las jerarquías más elevadas del ordenamiento jurídico argentino, comenzando por la principal: la Constitución (artículos 42 y 43) y, ahora, complementando el sistema de protección, dentro del marco legislativo más trascendente del derecho privado: el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en diálogo de fuentes con el régimen especial vigente (Ley 24.240 y normas concordantes). Además, toda la normativa incorporada por el nuevo Código, representa -también por su contenido- un avance progresivo en el sistema de protección jurídica del consumidor. La complementación del Derecho del Consumidor dentro del Código Civil y Comercial, beneficia también la estabilidad del sistema. Como se señala en sus Fundamentos, el nuevo Código incluye una serie de principios generales que actúan como una “protección mínima” del consumidor, lo que implica que ninguna ley especial en aspectos similares pueda derogar esos mínimos sin afectar el sistema. Por lo tanto, estos “mínimos” actúan como un núcleo duro de tutela. Los dos primeros niveles del sistema de protección jurídica del consumidor (Constitución y Código) son estables, mientras que el tercero (ley especial) es flexible y adaptable a las circunstancias cambiantes de los usos y prácticas. En síntesis, se avecina una profunda armonización (y sistematización) entre los distintos componentes del sistema de protección jurídica del consumidor: la Constitución Nacional (arts. 42 y 43), la ley especial 24.240 y el Código Civil y Comercial. Se establece un “diálogo de fuentes”, de manera que el Código recupera una centralidad para

iluminar a las demás normativas. El intérprete de una ley especial recurrirá al Código para el lenguaje común de lo no regulado en la ley especial y, además, para determinar los pisos mínimos de tutela conforme con el principio de interpretación más favorable al consumidor. De conformidad con esta perspectiva se produce una integración del sistema legal en una escala de graduación compuesta por: a) los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional; b) los principios y reglas generales de protección mínima y el lenguaje común del Código; c) la reglamentación detallada existente en la legislación especial. Esencialmente, el sistema de protección jurídica del consumidor, progresa a través del nuevo Código por el fortalecimiento del principio protectorio, mediante los artículos 7, 11, 14, 1094 y concordantes: a) Las normas que regulan las relaciones de consumo, deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor (artículo 1094); b) En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalecerá la más favorable al consumidor (artículo 1094); c) Las nuevas leyes supletorias, son de aplicación inmediata a las relaciones de consumo en curso de ejecución, cuando sean más favorables al consumidor (artículo 7);... f) La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar a los derechos de incidencia colectiva (artículo 14). Las normas sobre defensa del consumidor, que se añaden a través del Código (contratos de consumo, etc.), mejoran notoriamente el sistema de protección jurídica. En particular, regulaciones pormenorizadas, novedosas y progresivas en materia de contratos por adhesión, cláusulas abusivas, prácticas abusivas (en general), publicidad abusiva, cesación de la publicidad ilícita y anuncios rectificatorios, conexidad contractual, comercio electrónico, etc., de las que adolece el régimen especial de la ley 24.240 (y que no fueron abordadas por la modificatoria 26.361). ____

_____ Además -como se explicó en los Fundamentos del Anteproyecto-, sigue diciendo el autor en cita “también es considerable el beneficio en cuanto a la coherencia del sistema, porque hay reglas generales sobre responsabilidad civil, contratos, etc., del Código Civil, que complementan la legislación

especial, proveyendo un lenguaje normativo común”. Finalmente, se añaden otras novedosas regulaciones en defensa de los consumidores: un párrafo íntegro, sobre “contratos bancarios con consumidores y usuarios” (artículos 1384 a 1389 del Código), al cual se aplica todo el régimen sobre contratos de consumo. Y asimismo, reglas especiales en torno a publicidad, forma escrita, obligaciones precontractuales, restricciones en cargos o costos al consumidor, e informaciones en los contratos de crédito bajo pena de nulidad. Los artículos 1100 a 1103 del Código, regulan la información y publicidad dirigida a los consumidores. Además de la publicidad engañosa y comparativa, el Código introduce en el Derecho argentino, la prohibición de la publicidad abusiva (artículo 1101 inc. c.), o discriminatoria, o que induzca al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad. El artículo 1102, al otorgar las acciones judiciales correspondientes, incluye expresamente aquellas tendentes a la cesación de la publicidad ilícita y a la publicación de anuncios rectificatorios a cargo del demandado. No puede soslayarse -una vez más- que estos tres aportes del Código (prohibición de la publicidad abusiva, cesación de la publicidad ilícita y anuncios rectificatorios), son aspectos centrales del moderno Derecho del Consumidor, que desde hace tiempo venían siendo impulsados por la comunidad jurídica, pero también habían sido omitidos por la Ley 26.361 (modificatoria de la 24.240).

_____ Rafael F. Barreiro (*La aplicación de la nueva ley a las relaciones jurídicas anteriores a su vigencia y las relaciones de consumo. El daño punitivo*, LL On Line, AR/DOC/1647/2016) sostiene que “debe recordarse que el artículo 42 de la Constitución Nacional establece que los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y

legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control. No puede dejar de tomarse en debida consideración la relevancia que el texto constitucional asigna a la información en la relación de consumo, elevándola al rango de expreso derecho del consumidor que, por consiguiente, es oponible en todos aquellos vínculos jurídicos de esa naturaleza con el respectivo contratante, quien está obligado a observar una conducta acorde con esa exigencia. Esa información debe ser adecuada y veraz. La precisión de la cláusula constitucional no permite dudar de los alcances que le asignó el Constituyente de 1994, en orden a la actitud que es esperable en el proveedor de bienes o servicios como profesional que es y que se vincula directamente con el proceso de elección y toma de decisiones. Si se lo quiere expresar de modo diverso, podría ponerse el acento en la relación que existe entre conocimiento suficiente y prestación del consentimiento en la relación de consumo. Pero también cabe detenerse en los otros derechos de los consumidores mencionados en dicho artículo 42 -que presentan similar intensidad y que, por lo tanto, no admiten que se establezca un orden de prelación en relación a ellos- en especial, en lo que en esta materia adquiere preponderancia para el comentario emprendido, la protección de la salud, seguridad e intereses económicos y la libertad de elección de los consumidores, que guardan entre sí una relación tan estrecha que sólo muy dificultosamente pueden ser considerados separadamente. No es aventurado suponer que constituyen un único bloque en el que cada garantía prevista en favor de los consumidores o usuarios funciona como antecedente y justificación de las demás. La interpretación no puede, entonces, prescindir de esta concepción unitaria de los derechos que confiere el artículo 42 CN” (...)

“Según está dispuesto por el artículo 4º de la LDC, el proveedor está obligado

a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con claridad necesaria que permita su comprensión. Por consecuencia de lo que establece el artículo 5° las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios. El Capítulo II de la Ley apunta a dotar al consumidor de los conocimientos básicos en relación con las características esenciales de lo que se le provee. Certidumbre, claridad, detalle y gratuidad son los ejes que estructuran el ámbito de protección mínimo de la salud, seguridad, intereses económicos y que se concretan en la libertad de elección. Corresponde enfocar debidamente el ámbito en el que opera este Capítulo II, para hacer lo cual debe atenderse a que las exigencias impuestas al proveedor relacionadas con la información que se halla obligado a proporcionar, se cumplen en la etapa conclusiva del vínculo jurídico. Es cierto, sin embargo, que como consecuencia de la información que se le provea, en los términos del artículo 4°, el consumidor puede desistir de entablar la relación de consumo -o, si lo hizo, disolverla-, pero parece que igualmente ello integraría el momento de la celebración (supuestos, en principio, regulados por los artículos 5° y 6°). Es claro, no obstante lo dicho, que la verificación del cumplimiento de los deberes informativos se produce en oportunidad ulterior, durante la ejecución, para asignar a la relación concreta los efectos que según el ordenamiento de protección de consumidores y usuarios corresponden. Ello, porque la satisfacción de los principios destacados más arriba puede ser perfectamente examinada con sujeción a las particularidades que pueda presentar el vínculo establecido. La finalidad que persigue este deber de información previsto en favor del consumidor es permitir que el consentimiento que presta al contratar por un producto o servicio haya sido informado reflexivamente, teniendo en cuenta que en ese momento la posición jurídica del proveedor es

evidentemente privilegiada respecto de la del consumidor por su conocimiento respecto de la materia objeto del contrato. Asimismo, dicho deber de información, además de proteger el consentimiento del consumidor, también recae sobre las características esenciales de la ejecución del contrato, es decir que, al adquirir el producto o contratar el servicio, el consumidor o usuario debe ser informado sobre sus riesgos y variaciones. Por su parte, en los artículos 3° y 37°, segundo párrafo, de la mencionada Ley de Defensa del Consumidor, se prevé el principio *in dubio pro consumidor* en la interpretación del contrato, precepto que exige que en caso de duda las cláusulas cuestionadas sean entendidas en el sentido que ofrezca la adecuada protección a los intereses de los usuarios y consumidores, interpretación que termina de redondear la regulación de las exigencias informativas. En materia de información, el artículo 1100 del Código Civil y Comercial, establece que el proveedor está obligado a suministrar información al consumidor en forma cierta y detallada, respecto de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, las condiciones de su comercialización y toda otra circunstancia relevante para el contrato. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con la claridad necesaria que permita su comprensión. El artículo 1101 prohíbe toda publicidad que: a) contenga indicaciones falsas o de tal naturaleza que induzcan o puedan inducir a error al consumidor, cuando recaigan sobre elementos esenciales del producto o servicio; b) efectúe comparaciones de bienes o servicios cuando sean de naturaleza tal que conduzcan a error al consumidor; y c) sea abusiva, discriminatoria o induzca al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad. Los efectos de la publicidad que en general prevé la Ley de Defensa del Consumidor se mantienen en el nuevo ordenamiento. El artículo 1103 dispone que las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor y obligan al oferente. Los consumidores afectados o quienes resulten legalmente legitimados pueden solicitar al juez: la cesación de la

publicidad ilícita, la publicación, a cargo del demandado, de anuncios rectificatorios y, en su caso, de la sentencia condenatoria (art. 1102). Del muy rápido repaso de estas nuevas disposiciones, aplicables únicamente a la relación de consumo generada en fuente contractual, se desprende que no existen sensibles diferencias con el régimen de la LDC, salvedad hecha de la consagración expresa de un régimen publicitario escueto, sencillo pero eficaz. Se ha unificado, con todo acierto la regulación de las exigencias informativas y las de los aspectos publicitarios.” _____

_____ V) Ello sentado, liminarmente cabe decir que se aplica al caso el nuevo Código Civil y Comercial (Ley 29.664) por cuanto en las relaciones de consumo su vigencia es inmediata cuando sus disposiciones sean más favorables al consumidor. _____

_____ La señora Jueza de la causa advierte que las partes están contestes en reconocer que el día 3 de agosto de 2012 en la sucursal de calle Virrey Toledo N° 708 de esta ciudad el actor adquirió una heladera marca Gafa por la suma de \$ 2.989 y que debe tenerse por cierta la oferta pública del electrodoméstico por un valor de \$ 2.189, vigente para el mes de agosto de 2012, contenida en el boletín de publicidad de fs. 28 de la carpeta de prueba, que estuvo dirigido a la totalidad de los consumidores, por lo que el argumento sostenido por la apelante respecto a la conformidad del consumidor con el precio superior informado resulta inadmisibile, añadiendo que si este tipo de conductas estuviera permitida a los proveedores se daría la posibilidad de que un mismo artículo fuera vendido a distintos precios, a diversos consumidores, en el mismo día, soslayando el precio publicitado y quitándole así el efecto vinculante previsto por la ley. Repara en que la oferta dirigida a consumidores potenciales, obliga durante el período de su vigencia (artículo 7 Ley 24.240) y que las precisiones formuladas en la publicidad se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor (artículo 8°), por lo que aún cuando el comprador no hubiere tomado conocimiento del contenido de dicha publicación, la empresa está obligada a respetar las condiciones anunciadas, entre las que se encuentra el precio. _____

_____ Sigue señalando que la existencia del error y la invocación de una fe de errata no resultan oponibles al consumidor, en tanto se requiere que esta última haya sido difundida por medios similares a los empleados para hacer conocer la publicidad, lo que no fue acreditado en autos, no bastando para ello la información que la demandada aduce haber proporcionado al adquirente en oportunidad de su reclamo escrito. _____

_____ No puede entonces de manera alguna alegarse que la sentencia de grado adolezca de fundamentación suficiente puesto que a continuación explicita las normas legales que entiende aplicables al caso, y con cita incluso de este Tribunal entiende tipificado el daño punitivo. Guarda adecuada motivación y encuadre normativo. _____

_____ VI) *La solución del caso:* en el Catálogo o Cartilla de ofertas del mes de agosto de 2012 de Garbarino, que se encuentra reservado en Secretaría y se tiene a la vista, se consigna en la página 28 la promoción de la heladera Gafa de 275 litros por un precio de \$ 2.189. Está acreditado, a tenor de la factura 1149-00137047, de fecha 3 de agosto de 2012, que el actor abonó el importe de \$ 2.989, suscribiendo los cupones de American Express que se aportan. _____

_____ También se tiene por cierto que cinco días después -el 8 de agosto de 2012- dirigió una nota el comprador señor Vargas al señor gerente de la empresa reclamándole se realice la devolución del importe cobrado en exceso, invocando el precio de la publicidad de la cartilla, sin que obre respuesta de parte de la apelante. _____

_____ Si bien el caso que nos convoca podía generar razonables dudas en sus inicios, lo cierto es que cuando contesta la demanda la recurrente admite que su vendedor le informó al entonces potencial comprador que el precio de la heladera que pretendía adquirir era de \$ 2.989 –textual de fs. 48-. Manifiesta, de la misma manera, que el accionante no dijo nada acerca del catálogo, ni mucho menos del precio del producto cuando lo adquirió. También reconoce que el actor presentó la nota pidiendo el reintegro, oportunidad en que se le hizo saber la existencia del error en el precio consignado en el catálogo y que existía una fe de erratas dando cuenta de ello, aduciendo haberle entregado

una copia para su conocimiento. También, a fs. 48 expone que ante el reclamo de devolución del dinero se le contesta que debía solicitar el vendedor instrucciones al gerente y que a tal efecto se le pidió a Vargas proporcione un número de teléfono. Y a renglón seguido dice que, decidido el reintegro de la diferencia entre el precio de catálogo y el efectivamente abonado por el actor, a los fines conciliatorios, fueron infructuosas las llamadas telefónicas efectuadas con el propósito que éste pasara por la sucursal para concretar el reintegro, haciendo notar asimismo la empresa apelante que no podían remitir correspondencia alguna, porque se había omitido consignar un domicilio en la nota presentada. _____

_____ Lo señalado por la propia demandada da sustento a la aplicación de la multa civil, puesto que aún admitiendo que se trató de un error de la cartilla, la conducta exigible era que procediera de inmediato al reintegro de la diferencia pagada en más, resultando irrelevante la conformidad del comprador con el monto abonado, ante la discordancia existente con el precio publicitado. _____

_____ Tampoco juega a favor de la quejosa la invocación sobre la supuesta existencia de una fe de erratas -la cual dijo fue facilitada al apelado en oportunidad de su reclamo-, pues no la aportó a la causa ni produjo prueba en torno a la alegada entrega. Sin perjuicio de ello, por imposición legal, debió haberla publicado y difundido del mismo modo que lo hizo con la cartilla del mes de agosto de 2012, para que tuviese entidad jurídica. _____

_____ Y, lo que resulta más relevante, es el proceder de la empresa luego de la presentación del reclamo del 8 de agosto de 2012, en tanto no existen constancias de respuesta alguna al apelado, y la excusa que éste no había consignado domicilio a efectos de comunicarle que “pasara por la sucursal” a fin de percibir el importe abonado de más, resulta irrelevante en tanto el mismo figuraba en la factura que le extendiera, por lo que un mínimo de diligencia le imponía hacerle saber al domicilio de calle Los Bejucos N° 247. No merece mejor suerte la alegada existencia de llamadas al actor, carente, igualmente, de toda prueba. _____

_____ Es la actitud o el proceder de la apelante posterior al reclamo, lo que tipifica el reproche legal y viabiliza el reclamo del daño punitivo, ya que no resulta lógico exigir al consumidor una conducta mayor de la que en este caso tuvo el señor Vargas. Sí, a la empresa, quien debió haber actuado con diligencia y dar respuesta inmediata al reclamo, reintegrando la diferencia. Adviértase que, según se manifiesta a fs. 48, en un primer momento se le hizo saber que no se le devolvería importe alguno porque existiría una fe de erratas -cuya existencia misma no ha sido comprobada- consignando un valor diferente. _____

_____ Es usual en compras como las que se realizan en supermercados que se promocionen diversos productos, donde los precios bonificados deben estar cargados en los sistemas informáticos de la empresa e impactar de inmediato al momento de su pago en la caja respectiva, evitando el contralor en cada caso por el consumidor y luego el peregrinaje para obtener la devolución de lo cobrado en más. _____

_____ Se verifica entonces, en el sub examine, una doble infracción legal. Como primera premisa debe tenerse presente que el artículo 4° de la Ley 24.240 dispone que el proveedor está obligado a suministrar al consumidor, en soporte físico y gratuitamente, la información *en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización*. A su vez, el artículo 7° dice *que la oferta dirigida a consumidores potenciales indeterminados, obliga a quien la emite durante el tiempo en que se realice, debiendo contener la fecha precisa de comienzo y de finalización, así como también sus modalidades, condiciones o limitaciones. La revocación de la oferta hecha pública es eficaz una vez que haya sido difundida por medios similares a los empleados para hacerla conocer*. La no efectivización de la oferta será considerada negativa o restricción injustificada de venta, pasible de las sanciones previstas en el artículo 47 de la Ley (ultimo párrafo incorporado por artículo 5° de la Ley N° 26.361, B.O. 07/04/2008). _____

_____ Fulvio G. Santarelli (*Ley de Defensa del Consumidor*, pag 99 y ss, Ed. La Ley 2009) repara que la publicidad adquiere en las relaciones de consumo un papel preponderante, ya que se ha establecido por la ley argentina que ella integra el contrato, formando parte de la oferta atento la generación de la confianza que impulsa en el consumidor a realizar el contrato y -por ende- conlleva responsabilidad. _____

_____ Sergio Sebastián Barocelli (*Novedades legislativas de protección al consumidor frente a la publicidad*, IJ Editores, 04-06-2010, cita: IJ-XXXVIII-616) expone que los consumidores potenciales serán aquellos sujetos que se encuentran en la etapa de tratativas previas a la celebración de un contrato o vínculo de derecho público y en esta línea se inscriben las disposiciones que protegen a los consumidores frente a prácticas comerciales que puedan afectarlos, por ejemplo incumplimiento de ofertas (artículo 7 LPC) y publicidades (artículo 8 LPC), publicidades ilícitas, prácticas abusivas (artículo 8 bis LPC), cláusulas abusivas (artículo 37 LPC), tanto en sus derechos individuales como de incidencia colectiva. _____

_____ También infringió la apelante el artículo 8 bis de la normativa consumeril que alude al *trato digno* cuando prescribe que deberán abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, *vejatorias* o intimidatorias. Tales comportamientos, además de las sanciones previstas en la ley, podrán ser presupuestos de la aplicación de la multa civil establecida en el artículo 52 bis, sin perjuicio de otros resarcimientos que correspondieren al consumidor, siendo ambas penalidades extensivas solidariamente a quien actuare en nombre del proveedor (artículo incorporado por artículo 6° de la Ley N° 26.361, B.O. 7/4/2008). _____

_____ Ivana Inés Colazo (*El trato digno y equitativo al consumidor a la luz de los principios constitucionales*, en www.saij.jus.gov.ar, 1 de marzo de 2011 Id SAIJ: DACF110011), señala que se ha aprobado una nueva modificación a la Ley 24.240 por la Ley 26.361 que, a diferencia de las anteriores reformas, su objeto ha sido introducir un sistema nacional de tutela y defensa integral de los derechos de usuarios y consumidores frente a las modernas modalidades

de consumo, teniendo como punto de partida la evidente situación de debilidad en que se encuentra el usuario o consumidor que participa de dichas relaciones, incorporando una modificación al denominado microsistema de protección del consumidor. Que en el marco de las reformas introducidas por la Ley 26.361, una de las más relevantes es la incorporación de las nociones de "trato digno" y prácticas abusivas", por medio del nuevo artículo 8 bis, el que ha sido sancionado estableciendo de manera amplia la identificación de las prácticas abusivas, a diferencia de lo sugerido en forma originaria, que proponía la determinación de las prácticas abusivas más comunes. Se trata de un nuevo artículo introducido por la Reforma que, de modo expreso y con carácter genérico, exige a los proveedores condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios, acoplándose a lo que la Constitución Nacional ya había contemplado en su artículo 42 luego de la Reforma de 1994. _____

_____ El derecho al trato equitativo y digno es el que tiene todo hombre por su condición de tal, de modo que su violación atenta contra componentes de atributos de su humanidad, lo que involucra el respeto a su honor. Se trata de un estándar o modelo de comportamiento que el proveedor está obligado a observar en la relación de consumo y tiende a resguardar la moral y salud psíquica y física de las personas, porque su ausencia genera lesión en los derechos constitucionales del usuario, agraviándolo en su honor. Asimismo, atiende también a la preservación de la igualdad y proporcionalidad respecto del contenido de la relación de consumo. _____

_____ Ahora bien, en cuanto al monto del daño punitivo establecido en la sentencia en \$ 50.000, lo aprecio excesivo, por lo que propiciaré su reducción. A su respecto Javier H. Wajntraub (*Régimen jurídico del consumidor comentado*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, año 2017, pág. 313 y ss.) señala que la Ley de Defensa del Consumidor no desarrolla de manera detallada los aspectos vinculados a la cuantificación del daño punitivo; reza que *se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan.*

Por lo expuesto dice el autor en cita que: a) no establece la ley ningún tipo de criterio a seguir en cuanto a la relación que debe existir entre la condena compensatoria y la punitiva; b) la carga de la prueba, en principio, pesa sobre el actor, quien debe demostrar el daño sufrido y los presupuestos que hacen a la grave inconducta del proveedor. El proveedor, por ser quien está en mejor y menos onerosas condiciones de acreditar lo que realmente sucedió, debe colaborar en la demostración de su diligencia y su buena fe; c) todos los parámetros de cuantificación fijados por la Corte Suprema de los Estados Unidos en los últimos casos fallados son de aplicación, *mutatis mutandis*, por el juez argentino, por lo que deben tenerse en cuenta las tres guías del caso “*BMW vs. Gore*”, esto es, el grado de reprochabilidad de la conducta, la relación razonable entre la condena de daños reales y daños punitivos y la comparación con otras sanciones; y d) las otras indemnizaciones a las que alude la ley y las que pueda haber cobrado el consumidor. _____

_____En nuestro medio se ha intentado aplicar una fórmula en el contexto del reclamo de una consumidora que reclamó infructuosamente a una entidad financiera el cierre de una cuenta jamás abierta con su consentimiento y el retiro de la información inexacta acerca de su calidad de deudora en la base de datos del B.C.R.A. La sentencia hizo lugar al pedido de aplicación de la multa civil en base a interesantes y novedosos argumentos, sobre todo en lo relativo a la cuantificación. En dicha ocasión se expresó que no se puede soslayar que la conducta reseñada constituye un grave y objetivo incumplimiento de las exigencias de la Ley 24.240, a lo que se suma la grosera negligencia del banco, cercana al dolo. El actuar desaprensivo es dirimente, pues el desprecio a los derechos de la contraparte, el aprovechamiento económico de los obstáculos procesales, que hacen reducido el número de reclamos, la existencia de microdaños (daños ínfimos para cada consumidor perjudicado que, sumados, resultan ganancias ilícitas para el proveedor), y que toda conducta que violente desdeñosamente el derecho del consumidor o usuario es pasible de la aplicación del daño punitivo, variando únicamente su cuantía (C 1ª.C.Com. Bahía Blanca, Sala II, 28/08/2014 en L.L. 2014-E-495)._____

_____Respecto del problema de la cuantificación se dijo que, en efecto, tal como lo demuestra la disparidad de montos que los tribunales argentinos han otorgado en concepto de daños punitivos, se hace manifiesta la necesidad de dar al instituto la previsibilidad que consienta el efectivo cumplimiento de su finalidad disuasoria (Martinotti, Diego, *La cuantificación de los daños punitivos*, en R.C.C.yC. 2016 –julio –pág. 194)._____

_____Ello sentado, retomando lo prescripto por el artículo 52 bis de la Ley 24.240 en su actual redacción, es del caso reparar que en su último párrafo preceptúa que la multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b, que contempla un correctivo pecuniario que oscila entre \$ 100 a \$ 5.000.000. _____

_____Evidentemente, si bien el perjuicio económico en el caso es de \$ 800, tampoco tal monto debe ser tomado como un parámetro excluyente para la fijación del daño punitivo, por cuanto lo que se intenta es fijar un correctivo que resulte ejemplificatorio, puesto que tal, como lo señalara la jurisprudencia en la causa “Castelli” ya citada (L.L. 2014-E-495) cuando se está en presencia de diferencias exiguas, en muchos casos el consumidor desiste de hacer un reclamo judicial, y el propósito perseguido con el instituto es precisamente desalentar conductas de las empresas que traduzcan un obrar desaprensivo para con el consumidor, que es precisamente la que se verifica en la especie, quizás en el entendimiento que nada va a suceder con posterioridad. _____

_____En base a todo ello, estimo razonable establecer una condena por daño punitivo en la suma actual de \$ 20.000, entendiendo que se compensa adecuadamente el perjuicio sufrido por el actor y se reprime el proceder desplegado por la empresa, obrando como disuasoria de similares futuras conductas. _____

_____ VII) En cuanto a las costas de esta instancia, aprecio prudente fijarlas por el orden causado, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 71 del Código Procesal Civil y Comercial. _____

_____ Dejo así formulado mi voto. _____

_____ *El doctor José Gerardo Ruiz* dijo: _____

_____I) Que comparte la exposición de antecedentes, los argumentos esgrimidos y solución propuesta por el Vocal preopinante en los considerandos I, II, III; respecto al agravio referido al daño punitivo, lo es conforme los argumentos que seguidamente se exponen._____

_____ El artículo 52 bis de la Ley 26.361 establece 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 artículo 47, inciso b) de esta ley.” _____

_____ Conforme reiterada doctrina y jurisprudencia, la norma no debe ser interpretada literalmente. De lo contrario, para la procedencia de la multa civil bastaría el mero incumplimiento, con independencia de los presupuestos básicos que hacen a la finalidad del instituto. El término “podrá” contenido en el artículo permite a los jueces integrarla con disposiciones, principios y valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento, tal como resulta del juego armónico de los artículos 2 y 3 del CCCN. _____

_____ Los daños punitivos han sido definidos como “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 graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro” (Pizarro, Ramón Daniel “Daño Moral”, p. 453, ed. Hammurabi, Bs. As., 1996). Se afirma que dichas indemnizaciones o daños punitivos sólo proceden en supuestos de particular gravedad o en casos excepcionales (Stiglitz, Rubén S. y Pizarro, Ramón D., en Reformas a la Ley de Defensa del Consumidor, publicado en La Ley 2009 – B -949); y que su reclamo requiere: “...a) La existencia de una víctima del daño; b) la finalidad

de sancionar graves inconductas; y c) la prevención de hechos similares para el futuro (Cornet, Manuel – Rubio, Gabriel Alejandro, “Daños Punitivos”, en Anuario de Derecho Civil, T. III, p. 32, Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Córdoba, Ediciones Alveroni, Córdoba, 1997, citados por la Cámara 6ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, en autos “Raspante, Sebastián vs. AMX Argentina S.A. s/Ordinario – otros- Recurso de Apelación”, La Ley 2015-C- 530; publicado en La Ley online, AR/JUR/3759/2015).

_____ En esa orientación la Sala Cuarta de esta Cámara que naturalmente integro reiteradamente ha señalado (t. XXXV-S, f° 41/45; t° XXXV, f° 218/221; idem., t° XXXVI-S- f° 11/14, entre otros) que la norma consagra la facultad del juez de imponer una multa a favor del consumidor, en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, facultad ésta, que debe ejercerse restrictivamente y sólo si el contexto lo justifica.

_____ Es que si bien la norma sólo pareciera exigir –a los fines de la procedencia de la sanción- el incumplimiento por parte del proveedor de sus obligaciones legales o contractuales para con el consumidor, ello no es razonable ni compatible con la finalidad de este instituto, pues tal entendimiento llevaría a la conclusión que el daño punitivo resultaría aplicable a todos los casos en los que se verifique cualquiera de los citados extremos, es decir, a todo vínculo jurídico dentro de la relación de consumo. Y que “La mención que realiza el artículo 52 bis de la ley 24240 (reforma introducida por el artículo 25 de la ley 26361) relativa a la exigencia del “incumplimiento de una obligación legal o contractual” debe ser entendida como una condición necesaria pero no suficiente para imponer la condena punitiva, debiendo considerarse que la misma es de interpretación restrictiva, resultando procedente, únicamente, frente a la existencia de un grave reproche en el accionar del responsable...” (conf. jurisprudencia de la Nación, Cámara Comercial: A, “Razzini, Diego c/ Ford Argentina S.A. s/ ordinario, 20/12/2011; CApelCC.Salta, Sala IV, f° XXXVI-S, f° 11).

_____ Por su parte, señala Rusconi que los daños punitivos “son reparaciones

establecidas para casos de excepcional gravedad, en los que la conducta del demandado evidencia un fuerte desapego por el respeto de los derechos ajenos, una llamativa intensidad de negligencia o una desafiante actitud frente a las eventuales consecuencias nocivas de la acción u omisión desplegada. Por ello, para fijar la indemnización de los daños punitivos, no resulta suficiente la mera negligencia o simple culpabilidad, sino que la viabilidad del instituto guarde relación con la demostración de una ostensible temeridad del demandado, una significativa malicia o desinterés por los derechos de otros”. (cf. Rusconi, Dante D. “Manual del Derecho del Consumidor”, Abeledo Perrot, 2.008, pág. 428).

_____ La Corte de Justicia de Salta ha expuesto en el precedente registrado en T: 75:355 que “La ley de defensa al consumidor –en su art. 52 bis- no prevé que deba alegarse ni demostrarse un enriquecimiento de la demandada pero ha establecido la doctrina que tampoco basta el mero incumplimiento del proveedor, siendo requisito el de que se configure una conducta grave, la presencia de dolo directo o eventual o una grosera negligencia (aunque la ley no lo exija). La reprochabilidad de la conducta de una parte, su intencionalidad o el grado en que se refleja su indiferencia frente a los usuarios es el punto central a tener en cuenta para la fijación de la sanción prevista en la norma...”.

_____ II) Bajo tales premisas, analizando la cuestión de manera integral y teniendo en miras especialmente el elemento subjetivo requerido por la doctrina y jurisprudencia citada, entiendo que en el caso, la multa civil es procedente.

_____ Se advierte que la conducta asumida por la firma demandada, tanto en el ámbito extrajudicial, como en este proceso, evidencia un accionar gravemente reprochable que no se conforma al deber de buena fe que debe primar en los contratos (art. 961 del CCCN), ni al trato digno y equitativo debido al usuario (arts. 42 de la C.N., 31 de la C.P., arts. 1097 y 1098 del CCCN, art. 8° bis de la LDC), y se encuentra reñido con la obligación de proporcionar al usuario toda la información necesaria sobre las reales

condiciones de comercialización del producto contratado (art. 4 LDC, reproducido por el art. 1100 del CCCN). Se ha dicho, al respecto que “Este deber resulta exigible incluso en el caso que la inobservancia de brindar información no haya causado perjuicio o no hubiera sido incluso percibida por un consumidor determinado...” (Carranza Torres, L - Rossi J., “Derecho del Consumidor...” Ed. Alveroni, 2009, p. 125).

_____ Como lo señaló la señora juez de la anterior instancia –fs.131 último párrafo- la oferta dirigida a consumidores potenciales indeterminados, obliga al proveedor durante el período de su vigencia (art. 7 LCD) y, las precisiones formuladas en la publicidad o anuncios...se tiene por incluidas en el contrato de consumo (art 8 LCD).

_____ A su vez el art. 7 de la LCD referido en su segundo párrafo determina que “La revocación de la oferta hecha pública es eficaz una vez que haya sido difundida por medios similares a los empleados para hacerla conocer.” La demandada adujo la existencia de una “fe de erratas” respecto de la oferta publicitada en boletines en cuanto al precio del producto, lo que no fue acreditado en autos, y cuya omisión considero gravemente censurable dada la cantidad de posibles consumidores que eventualmente podrían haber sido afectados por el hecho aquí denunciado. Es que omitir difundir la “fe de erratas” por medios similares a los usados para hacer conocer la oferta primitiva, no sólo es una trasgresión legal o contractual sino que vislumbraría una conducta antisocial e implicaría una especulación de la operatoria mercantil en relación a qué cantidad de consumidores afectados por una situación semejante estarían dispuestos a iniciar un reclamo, en claro desmedro de los derechos del consumidor y plausible del reproche subjetivo.

_____ Asimismo, resulta gravemente reprochable la conducta desplegada por la empresa denunciada al recibir el reclamo del cliente, ya que no sólo no procedió al reintegro solicitado de manera inmediata, sino que actuó de modo negligente y desaprensivo, en orden a procurar la pronta solución del conflicto. Es que, como bien lo indica el señor vocal preopinante, resuelto por la empresa el reintegro de la suma abonada de más, la excusa alegada referida

a la imposibilidad de comunicarlo al cliente por cuanto éste no había consignado en la nota de reclamo su domicilio, resulta inaudible, ya que el domicilio del consumidor consta en la factura de compra (v. fs. 4). Por el contrario, su desinterés obligó al consumidor a acudir a esta instancia judicial.

_____En suma, la conducta injustificada y gravemente reprochable de la firma demandada, demuestra una total desaprensión frente al reclamo del cliente y un fuerte desapego por el respeto de los derechos ajenos lo que amerita, atento las peculiaridades del caso, la sanción en examen, con fines disuasivos y superadores de tales hechos para el futuro. _____

_____Con respecto a la determinación del importe de la multa, se encuentra razonable el monto propuesto por el vocal preopinante, fijándolo en \$20.000, suma que probablemente incide escasamente en el patrimonio de empresas como la aquí demandada; sin embargo, para los particulares que con ellas contratan, su falta acarrea un daño evidente que debe ser contemplado, previsto y evitado por la parte fuerte del mercado. _____

_____III) Por los fundamentos expuestos, y jurisprudencia citada adhiero a la solución que propugna el voto que antecede. _____

_____ Por lo que resulta del acuerdo al que se arriba, _____

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

_____ I) **HACE LUGAR PARCIALMENTE** al recurso de apelación deducido a fs. 134 por la demandada, **REDUCIENDO** el monto de la condena por daño punitivo, establecido en el apartado I de la sentencia de fs. 129/133, a la suma actual de \$ 20.000 (pesos veinte mil). _____

_____ II) **IMPONIENDO** las costas de Alzada por el orden causado. _____

_____ III) **REGÍSTRESE**, notifíquese y **REMÍTASE**. _____

CAUSA: "**VARGAS**, Diego vs. **GARBARINO S.A.** -
Sumarísimo o verbal", Expte. N° 480.960/14 del Juzgado
de 1ª Instancia en lo Civil y Comercial 6ª Nominación;
Expte. N° 480.960/14/16 de esta Sala Tercera

MATERIA: **DAÑO PUNITIVO**: Impacto del Código
Civil y Comercial en la normativa consumeril. Su
regulación constitucional. El diálogo de fuentes.
Aplicación de la nueva ley a las relaciones jurídicas
anteriores a su vigencia. Aplicación del nuevo Código.
Compra de un electrodoméstico por una suma superior a
la promocionada en el catálogo o cartilla de la empresa.
Protección al consumidor frente a la publicidad.
Obligación a mantener la oferta (artículo 7 de la Ley
24.240). Trámites para la restitución de la diferencia en
más percibida. El trato digno (artículo 8 de la Ley
24.240). Indemnización a otorgar. Mínimos y máximo
legal.

CApel. CC. Salta, Sala III, t. 2017 Def., f° 766/780