

Autos caratulados: “Sassi, Colombres, Francisco c/ Claro s/ Sumarísimo” - Tucumán, 6 de Julio de 2012.

La Corte Suprema de Justicia de Tucumán, rechazó el recurso interpuesto contra la resolución que condenó por daño punitivo a una empresa de telefonía móvil, por incluirle servicios no solicitados al usuario accionante en diversas facturas, ya que se verificó que el incumplimiento por parte de la compañía demandada persistía al momento de la entrada en vigencia de la Ley N° 26.361, la cual determinó la imposición de la multa civil, por lo que no se configuró un supuesto de irretroactividad legal.

Sumarios :

Corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto contra la condena impuesta por daño punitivo a una empresa de telefonía móvil, por incluir servicios no solicitados por el usuario en diversas facturas, ya que habiéndose reconocido el monto adeudado y verificado que el incumplimiento persistía, la entrada en vigencia de la Ley N° 26.361 es la que determinó la imposición de la multa civil al accionado, no configurándose un supuesto de irretroactividad legal.

Daño Punitivo. 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. (Art. 52 bis Ley 26.361 – Modificatoria Ley de Defensa del Consumidor)

La aplicabilidad del principio del non bis in idem, es una cuestión que ha estado vinculada a la posibilidad de aplicar acumulativa o sucesivamente la sanción administrativa junto con la penal, en la relación administración jurisdicción.

Los "daños punitivos" han sido definidos como aquellos "otorgados...para castigar al demandado por una conducta particularmente grave, y para desalentar esa conducta en el futuro".

El daño punitivo tiene un propósito netamente sancionatorio de un daño que resulta intolerable, siendo su finalidad punir graves inconductas, y prevenir el acaecimiento de hechos similares; la «pena privada» está estrechamente asociada a la idea de prevención de ciertos daños y también a la punición y al pleno desmantelamiento de los efectos de ilícitos que, por su gravedad o por sus consecuencias, requieren algo más que la mera indemnización resarcitoria de los perjuicios causados.

Resulta indudable que los llamados daños punitivos revisten naturaleza sancionatoria y no resarcitoria; y, si bien, presentan algunas afinidades o similitudes con ciertos aspectos de la pena en el derecho penal, que ameritan que su aplicación deba estar rodeada de ciertas garantías; de ello no puede deducirse necesariamente que el legislador haya pretendido subsumir el instituto sub estudio en el marco del derecho penal.

El Dr. Antonio Gandur, dijo:

I.- Viene a conocimiento y resolución de esta Corte Suprema de Justicia, el recurso de casación interpuesto por la demandada (fs. 332/334 vta.) en contra de la sentencia N° 235 de fecha 19 de agosto de 2011 (fs. 325/328 vta.) dictada por la Sala I de la Cámara en lo Civil y Comercial Común; por la que rechaza la apelación deducida por la accionada, y se hace lugar a la apelación opuesta por la actora en contra del pronunciamiento N° 623 del 27/199/2010 de la Sra. Jueza Civil y Comercial Común de la VIIª Nominación (fs. 276/278vta.). Corrido el traslado previsto en el art. 751 último párrafo del C.P.C.C. de Tucumán (en adelante C.P.C.C.T.) y contestado el mismo (fs. 337/341 vta.), el recurso fue concedido por sentencia N° 06 del 07/2002/2012 (fs. 344 y vta.), del referido Tribunal de Alzada.

II.- La sentencia en crisis, en su parte pertinente a los fines del tratamiento de la presente vía impugnativa extraordinaria, relata que la demandada interpuso recurso de apelación basada en la convicción que “la condena impuesta en concepto de daño punitivo, reviste la naturaleza de una pena o castigo y, por ende, no es aplicable retroactivamente. Añade que, la incorporación del art. 52 bis de la LDC se efectuó en el año 2008 y, los hechos que motivaron la acción datan del año 2007. b) Expone que la demandada ya fue sancionada en sede administrativa (Dirección de Comercio Interior) y, por ende, la sanción por daño punitivo vulnera el principio del non bis in idem”.

El Tribunal de mérito expresa que la Ley N° 26.361, modificatoria de la Ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor (en adelante LDC), incorporó el art. 52 bis que establece:

"Daño Punitivo. 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." Juzga el sentenciante que “si bien los hechos generadores del incumplimiento contractual atribuido a la parte demandada, esto es, la indebida incorporación del usuario a un plan de servicios no solicitado por la parte actora, tuvieron su génesis en el año 2007, o sea, con anterioridad a la entrada en vigencia del mentado art. 52 bis, lo concreto en el caso es que el incumplimiento en perjuicio del consumidor persistió con posterioridad a la entrada en vigencia del art. 52 bis de la LDC, no obstante el compromiso asumido por la demandada en la segunda audiencia conciliatoria celebrada por ante la Dirección de Comercio Interior, circunstancia que motivó el dictado de la resolución n° 384/311-DCI-08 de fecha 16/2004/2008 y, tal como se refiere en la demanda, la empresa demandada nunca cumplió con la obligación a su cargo, dejando expedita la vía judicial ejercitada en fecha 14/2008/2009 por la parte actora (consumidor). En síntesis, la contumacia de la empresa prestadora del servicio de telefonía exhibida con posterioridad a la entrada en vigencia del denominado daño punitivo, amerita su aplicabilidad al caso en análisis”.

En relación a la queja consistente en que se vulneró el principio "non bis in idem", que prohíbe aplicar por un mismo hecho dos sanciones de naturaleza penal, el a quo entiende que "la Constitución Provincial en el art. 28, establece que nadie puede ser perseguido más de una vez por el mismo delito y en la Constitución Nacional dicha garantía no enumerada emerge de lo dispuesto en el art. 33, en consonancia con el pacto internacional de San José de Costa Rica que en su art. 8 inc. 4, consagra el concepto de que nadie puede ser sometido a un nuevo juicio por los mismos hechos (Ley N° 23.054). La aplicación del principio non bis in ídem, lleva implícito dentro de su concepción, el principio de la cosa juzgada, requiriéndose identidad de persona, objeto y causa de persecución". Ahora bien, razona -el sentenciante- que no es extensible tal regla al caso concreto, pues la sanción administrativa y la condena impuesta por daño punitivo, reconocen objeto y causa distintos. Diferencia el a quo que la multa impuesta en la resolución dictada en fecha 16/194/2008 (fs. 154/20157) obedece al incumplimiento, por parte de la empresa de telefonía celular, del acuerdo homologatorio; es decir, por infracción al art. 46 de la Ley N° 24.240; mientras que la condena por daño punitivo, responde a la inobservancia -por parte de la demandada- de sus obligaciones legales y contractuales con el consumidor, persistentes con posterioridad a la entrada en vigencia de la reforma incorporada a la LDC.

En el razonamiento del Tribunal de grado no resulta incompatible la aplicación de una sanción administrativa y otra judicial; y a los fines de explicar su tesis, ejemplifica el Tribunal de mérito diciendo que "si un abogado fuera denunciado por su ex-cliente ante el Tribunal de Ética del Colegio Profesional y, coetáneamente, fuera demandado civil o penalmente por la responsabilidad emergente de sus acciones en el ejercicio de la profesión, de prosperar los planteos, podrían coexistir la sanción ética y la civil o penal en su caso". Concluye el judicante sosteniendo que "la aplicabilidad del principio del non bis in idem, es una cuestión que ha estado vinculada a la posibilidad de aplicar acumulativa o sucesivamente la sanción administrativa junto con la penal, en la relación administración jurisdicción". En el caso concreto, reflexiona el a quo que "las sanciones reconocen objeto y causas específicas que, no obstante la afinidad por su índole tuitiva en la defensa del consumidor, no se traducen en una doble condena por el mismo hecho".

Finalmente se pone de relieve, en el decisorio cuestionado, que la parte demandada no ha probado haber dado acatamiento con la multa impuesta por la Autoridad de Aplicación de la LDC.

III.- Ante ello, la parte demandada interpone recurso de casación. Luego de justificar la admisibilidad de la vía extraordinaria tentada, narra los antecedentes fácticos y procesales de la causa.

Manifiesta -el impugnante- que la actora reclamó resarcimiento de los daños y perjuicios causados por la indebida facturación de cargos por servicios no contratados por ésta, lo que diera lugar a la celebración de un acuerdo conciliatorio -entre las partes ante la Dirección de Comercio Interior, en fecha 29/2011/2007, a efectos de concluir con el reclamo administrativo iniciado por el accionante ante tal repartición.

Reconoce -el accionado- las actuaciones labradas en el expediente administrativo n° 2995/311-SC-07 y tiene por ciertas las condiciones allí pactadas, expresando que ante el incumplimiento de las mismas, el juez de primera instancia condenó a la demandada, mediante sentencia del 27/199/2010, al pago de la suma de \$ 6.230,96 en concepto de daño emergente, con más \$ 5.000 por daño punitivo, habiéndose rechazado en primera instancia el daño moral reclamado y los intereses requeridos.

Sucintamente, el demandado funda el recurso de casación en dos argumentos.

A través del primer agravio, aprecia el recurrente que la sentencia en crisis ha violado las garantías contenidas en el art. 18 de la Constitución Nacional. Entiende el accionado que la doctrina mayoritaria ha sostenido que los daños punitivos, conforme están regulados en el art. 52 bis de la LDC, constituyen penas de carácter civil que tienden a causar un mal al responsable del ilícito con fines de castigo y prevención general, más que a resarcir un daño, por lo que tienen una indudable naturaleza penal. Como consecuencia de dicho carácter, razona el impugnante que los jueces deben respetar las garantías contenidas en la Constitución Nacional al momento de dictar condenas que contengan imposiciones económicas en carácter de daños punitivos, en especial aquellas garantías previstas en los arts. 18 y 19 de la Carta Magna Federal, que instituyen el principio de irretroactividad de la ley penal, en virtud del cual no se puede castigar ninguna acción u omisión que no haya sido punible al momento de cometerse. Por tal motivo, y atendiendo a que los daños punitivos fueron incorporados al derecho positivo argentino mediante el art. 25 de la Ley N° 26.361 de fecha 07/194/2008, fecha a partir de la cual entraron en vigencia (conf. art. 65 de la ley recién referida), y teniendo en consideración que los hechos que motivan el presente proceso tuvieron lugar en el año 2007, según la convicción del recurrente, la condena por tal daño punitivo conllevarían una sanción fundada en ley posterior a los hechos de la causa.

En segundo lugar, y de modo subsidiario al anterior argumento, considera el accionado que aun cuando no se comparta la postura de que los daños punitivos constituyan sanciones desde el punto de vista penal, es decir aun revistiendo naturaleza civil, la condena recaída en la causa viola el principio de irretroactividad de las leyes prescripto en el art. 3 del Cód. Civ., en la lógica recursiva de que el hecho dañoso provocado al actor se consumó instantáneamente, no quedando sometido en forma alguna a la acción del tiempo, por lo que no correspondería aplicar la legislación civil posterior, que instituye el daño punitivo, a una situación fáctica anteriormente configurada y consumada a la luz de una regulación legal precedente que no preveía la posibilidad de reclamar el rubro que se impugna. En este último sentido considera el recurrente que los hechos y actos jurídicos, considerados como causa o fuente productora de los derechos en las relaciones civiles, se encuentran regidos por la ley vigente al momento de producirse o celebrarse, no pudiendo ser alterados por leyes posteriores. Cita jurisprudencia nacional en supuesto apoyo de tal posición. Propone doctrina legal.

IV.- Descriptos los agravios en que se sustenta el presente recurso, corresponde tratar la admisibilidad de la impugnación tentada.

El recurso ha sido interpuesto en término (conf. cargo actuarial de fs. 334 vta.), se dio cumplimiento con el depósito que exige el art. 752 del C.P.C.C.T. (fs. 331), y está dirigido contra sentencia definitiva (art. 748 inc. 1 del C.P.C.C.T.). El escrito recursivo se basta a sí mismo; se ha propuesto doctrina legal y la impugnación recursiva se motiva en la invocación de infracción de normas de derecho; por lo que el recurso deviene admisible; sin perjuicio de la consideración que se efectúa infra (punto V.1).

V.- Corresponde, en consecuencia, examinar la viabilidad de la vía impugnativa pretendida. De su confrontación con la sentencia en crisis y el derecho aplicable al caso, es dable anticipar su improcedencia.

1.- La pretensión recursiva se dirige, exclusivamente, a obtener la revocación de la multa civil de \$ 5.000, en concepto de daños punitivos, impuesta al accionado en la sentencia de primera instancia (fs. 276/278 vta.) y confirmada en el fallo ahora recurrido (fs. 325/328 vta.).

Preliminarmente, cabe destacar que la argumentación recursiva sub examen se circunscribe a reproducir algunos de los fundamentos ya esgrimidos por el accionado en su recurso de apelación (fs. 296/297) y que fueron objeto de concreto y razonado tratamiento en el pronunciamiento controvertido (ver pto. 5, fs. 326vta/327); sin arrimar -el impugnante- nuevas razones que demuestren fehacientemente la arbitrariedad de lo concluido al respecto, ni hacerse cargo del acierto o desacierto de la exégesis legal desarrollada en el pronunciamiento en pugna.

Esta Corte ha reiterado, en numerosos pronunciamientos, que al interponer un recurso casatorio es menester exponer una crítica razonada de la sentencia recurrida, para lo cual el recurrente tiene que rebatir todos y cada uno de los fundamentos en que se apoya el decisorio impugnado (conf. CSJTuc: sentencias N° 140 del 18/3/2003, N° 82 del 27/2002/2001; N° 476 del 10/196/2002; N° 778 del 25/199/2001, entre otras), lo que no se verifica en la especie.

En el caso, el recurrente se desentiende de las explicaciones que cimientan la resolución que impugna, y reitera alegaciones que no conmueven el eje del razonamiento sentencial. El Tribunal inferior dio razones suficientes para justificar la procedencia de los daños punitivos en el presente caso, las que no fueron rebatidas por el impugnante.

Este déficit de fundamentación recursiva sellaría, en forma adversa, la suerte del remedio intentado (CSJTuc, sentencia N° 1162 del 30/2011/2006, en “Consorcio de Propietarios de Las Yungas Reserva Privada Country Club vs. Hebert Lucrecia María s/Cobro Ejecutivo; en similar sentido: sentencia N° 108 del 07/3/2007, en “Murias González Paola Daniela vs. Artes Gráficas S.A.I.C.A.I. s/Cobro de pesos).

No obstante la ausencia de adecuada fundamentación que se advierte en el recurso casatorio incoado, lo que obstaría su admisibilidad, se dará respuesta a los agravios impetrados.

2.- El primer agravio del impugnante se orienta a demostrar la naturaleza penal que revestirían los denominados daños punitivos; y, como consecuencia de tal esencia, la consiguiente necesidad de aplicar los principios provenientes del derecho penal, específicamente el de irretroactividad de la ley penal, que impide el castigo de acciones u omisiones no punibles por ley, al momento de cometerse.

Los "daños punitivos" han sido definidos como aquellos "otorgados...para castigar al demandado por una conducta particularmente grave, y para desalentar esa conducta en el futuro". También se los conceptualiza 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 (conf. Pizarro, Ramón D., "Daños punitivos", en "Derecho de Daños", segunda parte, La Rocca, Buenos Aires, 1993, págs. 291/292; citado en Picasso, S., "Nuevas categorías de daños en la ley de defensa del consumidor" publicado en Suplemento especial La Ley, "Reforma a la ley de defensa del consumidor", abril de 2008). Algunos autores distinguen en los daños punitivos una doble función. La principal es la disuasión de daños conforme con los niveles de precaución deseables socialmente. Se trata de desbaratar la perversa ecuación que aconseja dejar que se produzca un perjuicio pues, en sí, resulta más económico repararlo en los casos singulares que prevenirlo para la generalidad. La otra función sería la sanción del dañador, ya que toda multa civil, por definición, tiene una función sancionatoria por la circunstancia fáctica de ser una condena en dinero extracompensatoria (conf. Irigoyen Testa, Matías, "¿Cuándo el juez puede y cuándo debe condenar por daños punitivos?", en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, La Ley, N° X, octubre de 2009; en similar sentido Shina, Fernando, "Una nueva obligación de fuente legal: los daños punitivos. Su aplicación en el Derecho Comparado. La situación en la Argentina. La Ley N° 26.361"; La Ley On-Line del 30 de septiembre de 2009).

Previamente cabe anotar que no escapa a este Máximo Tribunal que la incorporación de los denominados daños punitivos en nuestro derecho positivo, sin reparar en la inapropiada traducción del término, ha generado disímiles valoraciones en la doctrina autoral. Mientras el sector mayoritario de los juristas se ha inclinado hacia la admisión del instituto, en algunos casos con ciertas reservas (Pizarro, Kemelmajer de Carlucci, Galdós, López Herrera, Álvarez Larrondo, Colombes, Moisés, Stiglitz, Alterini, Ghersi y Weingarten; citados en Lorenzetti Ricardo Luis, "Consumidores", 2 ed. act., Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, pág. 560), otros en cambio han registrado disidencias a su aceptación, adhiriendo a la tesis de la naturaleza penal de los denominados daños punitivos, reclamando para su aplicación el respeto a los principios del derecho penal: tipicidad del ilícito, non bis in ídem o, incluso, la necesidad de reformas procedimentales a los efectos de adaptar su régimen a los requerimientos constitucionales propios del derecho sancionatorio (Picasso, Sebastián, "Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada", Picasso y Vázquez Ferreira (direct.), t. I, Buenos Aires, La Ley, 2009, pág. 604; en semejante sentido: Bustamente Alsina, "Los llamados daños punitivos son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil", en La Ley N° 1994-D-863; Sánchez Costa, Pablo F, "Los daños punitivos y su inclusión en la ley de defensa del consumidor, en La Ley N° 20/197/2009, 1; Highton, Alvarez y Gregorio, "Limitación de la responsabilidad por daños. Un enfoque socioeconómico.", en La Ley N° 1997-C, 1045;

Bueres Alberto, "Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada", citada, t. I, Buenos Aires, La Ley, 2009, pág. 640/201, entre otros Publicado en: RCyS 2010-XII, 225).

Ahora bien, el sector más amplio de la doctrina autoral, sin renegar del carácter sancionatorio (no compensatorio) que revisten los llamados daños punitivos, los conciben como sanciones civiles y no penales strictu sensu, razón por la cual quedan excluidos del régimen de garantías propias del derecho penal; así se recomendó -de lege ferenda- en las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, al aconsejarse "la implementación de multas civiles, con carácter de penas privadas, para sancionar graves inconductas mediante la imposición al responsable de una suma de dinero". Es en este sentido que Alterini los caracteriza como una "pena civil" (citado por Javier Wajtraub, "Ley de Defensa del Consumidor", Mosset Iturraspe Jorge, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008, pág. 280). Con similar alcance se ha sostenido que "la esencia jurídica del daño punitivo es la de ser una pena civil pecuniaria - multa civil-" (Farina Juan, "Defensa del Consumidor y del usuario", 4ta ed. act., Astrea, Buenos Aires, 2008, pág. 568). López Herrera rechaza la idea de que los castigos únicamente deban imponerse en procesos penales, destacando que "esta suerte de propiedad exclusiva de la función punitiva por parte del derecho penal no es tan exacta, al menos no tanto en nuestros días", para terminar calificando a los daños punitivos como sanciones civiles excluidas del ámbito del derecho penal (López Herrera Edgardo, "Los Daños Punitivos", 1ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, pág. 97 y siguientes). Con esa orientación se caracteriza al daño punitivo como una pena privada, aclarándose que "existe pena privada cuando..., sin acudir a los principios, normas y garantías del derecho penal, se sancionan ciertas inconductas, mediante la imposición de una suma de dinero para la víctima de un comportamiento ilícito o, más excepcionalmente, al propio Estado o a otros terceros" (Bru Jorge y Stiglitz Gabriel, "Manual de Derecho del Consumidor", coord. Dante Rusconi, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, pág. 427/19429).

En esta tesitura, este Máximo Tribunal Local ha juzgado que "el daño punitivo tiene un propósito netamente sancionatorio de un daño que resulta intolerable, siendo su finalidad punir graves inconductas, y prevenir el acaecimiento de hechos similares. La «pena privada» está estrechamente asociada a la idea de prevención de ciertos daños y también a la punición y al pleno desmantelamiento de los efectos de ilícitos que, por su gravedad o por sus consecuencias, requieren algo más que la mera indemnización resarcitoria de los perjuicios causados" (CSJTuc, sentencia N° 939 del 06/2012/2011, en "Borquez Juana Francisca vs. Cía. de Teléfonos del Interior S.A. CTI Móvil s/Daños y perjuicios", citando a Stiglitz, Rubén s.y Pizarro, Ramón D., "Reformas a la ley de defensa del consumidor", LL, 2009-B, 949; ídem Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala IICam. 1a Apel. Civil y Com. Mar del Plata, sala II, "Machinandarena Hernández, Nicolás c. Telefónica de Argentina" del 27/195/2009, en La Ley N° 2009-C, 647; ídem Cam.Apel. Civil y Comercial de Rosario, Sala II, "Rueda, Daniela vs Claro Amx Argentina S.A., sentencia del 29/197/2010, en La Ley N° 29/2011/2010, 9; en similar sentido Cam.Apel. Civil y Com. San Isidro, Sala I, "Anglada Norcí A. vs. Bristol Medicine S.R.L., del 01/2011/2010, en RCyS 2011-III, 203). Publicado en: RCyS 2011-III, 203 - LLBA 2011 (mayo) , 387, con nota de Graciela B. Ritto; En apoyo de esta última postura, a la que venimos haciendo referencia, se cita como ejemplo análogo el supuesto de las "multas procesales" que son sanciones, mas no penales; ergo se encontrarían excluidas de la necesaria contemplación de todas las garantías del proceso penal (CSJN, 20/3/2007, Conductil S.A. v. Music House Jujuy S.R.L., SJA

05/199/2007-JA 2007-III-412, Lexis N° 20071564). Lo mismo cabe predicar de las sanciones en el ámbito disciplinario administrativo donde los principios vigentes en materia penal no son de ineludible aplicación en ese ámbito (CSJN, Fallos 203:399; 256:97; 310:316). Otros autores citan como ejemplos de sanciones que no revisten la necesaria naturaleza penal (en el sentido de regidas íntegramente por el derecho penal) a los intereses punitivos o la cláusula penal pura, no habiéndose dudado de la constitucionalidad de estas sanciones ni de su naturaleza civil (López Herrera Edgardo, “Los Daños Punitivos”, 1ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, pág. 352). Trigo Represas “se inclinó por su reconocimiento legislativo en el sistema jurídico nacional expresando que las penas privadas no resultaban ajenas a nuestro ordenamiento, en el cual pueden apreciarse institutos jurídicos de similares características, entre los que cita las astreintes del art. 666 bis CCiv, los intereses punitivos o sancionatorios que resultan aplicables en materia contractual y los castigos pecuniarios previstos por el Código de Procedimientos...” (citado por Bru Jorge y Stiglitz Gabriel, “Manual de Derecho del Consumidor”, coord. Dante Rusconi, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, pág. 431).

Finalmente cabe destacar que la Corte Suprema de los Estados Unidos, en repetidas ocasiones, ha dicho que los punitive damages no son sanciones penales sino civiles, quedando por lo tanto al margen de las garantías propias del proceso penal, con la sola salvedad de que no sean excesivos (Conf. Pizarro, Ramón Daniel, Daño moral, pág. 538 y sigtes, citado por Moisés, Benjamín, “Los llamados "daños punitivos" en la reforma a la Ley N° 24.240 Los llamados "daños punitivos" en la reforma a la Ley N° 24.240”, en RCyS 2008, 271) En similar sentido se admite que en Estados Unidos, los daños punitivos revisten naturaleza de sanción civil (conf. Martínez Alles, María Guadalupe, “Para qué sirven los daños punitivos?. Modelos de sanción privada, sanción social y disuasión óptima”, en RCyS 2012-V, 55: citando a Guido Calabresi). en: RCyS 2008, 271 En el descripto contexto, resulta indudable que los llamados daños punitivos revisten naturaleza sancionatoria y no resarcitoria; y, si bien, presentan algunas afinidades o similitudes con ciertos aspectos de la pena en el derecho penal, que ameritan que su aplicación deba estar rodeada de ciertas garantías; de ello no puede deducirse necesariamente que el legislador haya pretendido subsumir el instituto sub estudio en el marco del derecho penal, como lo postula el recurrente. Prueba de tal razonamiento es la denominación de “multas civiles” que se le ha otorgado a los denominados daños punitivos, en el art. 52 bis de la LDC y, asimismo, la ausencia de una antijuridicidad tipificada en el diagrama legislativo del instituto (Iribarne, Santiago Pedro, Bravo d’ André Ignacio, “De los problemas que presenta la incorporación del daño punitivo”, en RCyS 2009-V, 31; Bru Jorge y Stiglitz Gabriel, “Manual de Derecho del Consumidor”, coord. Dante Rusconi, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, pág. 429).

De hecho, la multa civil es aplicada por los jueces en el marco del procedimiento civil y comercial que se funda en principios distintos a los que gobiernan la imposición de sanciones estrictamente penales. Por tanto, es dable concluir que la multa civil del art.52 bis de la Ley N° 24.240, modificada por Ley N° 26.361, constituye un supuesto de pena privada.

3.- Descartado entonces -la hipótesis impugnativa- que la aplicación de la multa civil, del art. 52 bis de la LDC, deba sujetarse necesariamente a la totalidad de los principios que rigen al derecho penal (sin que ello implique desconocer el respeto por determinadas garantías que deben guiar la concreción de cualquier sanción), resta examinar la posibilidad de aplicación

retroactiva de daños punitivos a hechos acaecidos con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 26.361. Un proveedor no puede ser condenado a pagar la multa civil prevista en el art. 52 bis de la Ley N° 24.240 – incorporado por la Ley N° 26.361– por una conducta anterior a la vigencia de la ley que incorpora ese instituto a nuestro derecho, pues la figura del daño punitivo es de carácter excepcional, no rutinario, y debe ser empleada con sumo cuidado, en tanto se trata de un instituto importado del derecho anglosajón, extraño a nuestro sistema jurídico. XTO COMPLETO: De la compulsión de la causa se desprende que, la aplicación del daño punitivo al proveedor demandado, se impuso como consecuencia de una conducta llevada a cabo con anterioridad a la referida ley (26.361), que fue promulgada parcialmente el 3 de abril de 2008 y publicada el 7 de abril de ese año, momento a partir del cual y de conformidad con lo establecido en el art. 65, ha entrado en vigencia. La cuestión también ha dado lugar a debate. Por un lado, rechazando tal posibilidad, la jurisprudencia nacional ha resuelto que: “un proveedor no puede ser condenado a pagar la multa civil prevista en el art. 52 bis de la Ley N° 24.240 -incorporado por la Ley N° 26.361- por una conducta anterior a la vigencia de la ley que incorpora ese instituto a nuestro derecho, pues la figura del daño punitivo es de carácter excepcional, no rutinario, y debe ser empleada con sumo cuidado, en tanto se trata de un instituto importado del derecho anglosajón, extraño a nuestro sistema jurídico” (Cám.Nac.Apel. Civil, sala F, “Cañadas Pérez María c. Bank Boston NA”, sentencia del 18/2011/2009, en La Ley N° 23/2012/2009, 10; en igual sentido: Nallar, Florencia, "Los aciertos y errores del art. 52 bis de la Ley N° 24.240: Irretroactividad de los daños punitivos, supuestos de procedencia y aplicación de oficio", La Ley, 2010-C, 602; Sebastián M. Serra, "Daños punitivos imposibilidad de sancionar conductas anteriores a la Ley N° 26.361", La Ley, 2010-A, 203). En sentido contrario, un sector de la doctrina ha proclamado que en tanto los daños punitivos no revisten la calidad de penas equiparables en todas las garantías a las sanciones penales, el proveedor puede ser condenado a pagar por haber incurrido en una conducta merecedora de daños punitivos antes de la vigencia de la Ley N° 26.361 (López Herrera Edgardo, “Los Daños Punitivos”, 1ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, pág. 351).

Habiendo anotado la existencia de posturas disímiles sobre el particular, entendemos que no puede aplicarse daño punitivo a un proveedor demandado, por una conducta llevada a cabo con anterioridad a la vigencia de la referida ley (26.361), que fue promulgada parcialmente el 3 de abril de 2008 y publicada el 7 de abril de ese año, momento a partir del cual, y de conformidad con lo establecido en su art. 65, entró en vigencia.

Ciertamente, si el art. 3 del Cód. Civ. ha consagrado el principio de irretroactividad, estableciendo que las leyes "no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, salvo disposición en contrario", mal puede aplicarse la multa civil por conductas supuestamente dañosas desplegadas antes del 7 de abril de 2008. El Congreso Nacional tuvo la potestad de darle a la Ley n° 26.361 el efecto retroactivo, sin alterar lo prescripto por el Cód. Civ.. De allí que, si el legislador no lo previó así, debe entenderse que pretendió que la ley tenga efectos hacia el futuro (conf. Cám.Nac. Apel. Civil, sala D, “Ramos José Antonio c. Compañía Financiera Argentina S.A. y otros”, sentencia del 22/199/2010, en RCyS 2011-IV, 149). Es en ese contexto que se resolvió el rechazo de daño punitivo, en tanto que “al tiempo de interposición de la demanda no se encontraba vigente la norma jurídica fundante de la condena” (Cám.Apel. Civil y Comercial de Posadas, sala II, “Ramírez, Vicente Andrés c. Vicov S.A. s/Daños y perjuicios”, sentencia del 25/198/2011, en LLLitoral 2012 –febrero-, 94).

Ahora bien, y sin perjuicio de que la conclusión a la que se arriba concuerda con el segundo de los agravios del impugnante, igualmente el recurso no puede prosperar porque de la plataforma fáctica y procesal no se desprende que la conducta del demandado se haya consumado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 26.361.

Efectivamente, de las constancias de la causa surge que la demanda fue promovida el 14/198/2009 (fs. 10). Relata el actor, en dicho escrito, que en fecha 09/195/2007 recibió una factura de CTI Móvil en la que podían individualizarse servicios no solicitados por el accionante. Tal irregularidad se repitió en las 7 próximas facturaciones, siendo la última con vencimiento el 18/2012/2007 (fs. 10 vta.), lo que trajo como consecuencia la presentación de una denuncia ante la Dirección de Comercio en fecha 01/2011/2007 (fs. 21/23). El 10/2012/2007 se dictó Resolución N° 1571/311-DCI-07 del Sub Director de Comercio Interior de Tucumán (fs. 83), por la cual se homologó el acuerdo alcanzado entre las partes el 29/2011/2007, en el que la denunciada ofrecía reintegrar al denunciante, dentro del plazo de 10 días, la suma de \$ 2.450 más impuestos, y que en caso de debitarse nuevos montos por las líneas de telefonía, éstos serían restituidos en su totalidad (fs. 81). Ante el incumplimiento de dicho convenio, el accionante denunció dicha situación ante la Dirección de Comercio el 13/2012/2007 (fs. 84/1985), requerimiento éste que fue contestado por la accionada el 18/2001/2008 alegando que las cancelaciones de líneas ya habían sido realizadas, pero que el denunciante aún registraba un saldo a su favor de \$ 6.230,96 que le sería entregado mediante giro postal, con una demora de 30 días aproximadamente. Luego, la Sub Dirección de Comercio dictó la resolución N° 384-311-DCI-08 del 16/194/2008 (fs. 154/20157) por la que se le impuso a CTI una multa de \$ 1.000 por incumplir el acuerdo homologado. Ante ello, la denunciada puso en conocimiento de la Autoridad de Aplicación de la LDC –el 14/2005/2008 (es decir, entrada en vigencia la Ley n° 26.361)- que el día 23/2001/2008 se autorizó el retiro del cheque por los \$ 6.230,96, lo que no se habría consumado -hasta esa fecha- por problemas imputables a la parte interesada, según manifestó la demandada (fs. 159), agregándose como supuesta prueba de esto último, una impresión del sistema informático de la empresa denunciada (fs. 162). Mediante proveído de fecha 28/195/2008 - notificado el 20/196/2008- la autoridad administrativa rechazó la recién referida presentación e intimó a AMX Argentina para que acredite el cumplimiento de la multa dispuesta (fs. 176).

Iniciado el presente proceso judicial, el 11/3/2010 la Sra. Jueza de grado convocó a las partes a la realización de la audiencia prevista en el ex art. 410 del C.P.C.C.T. (actual art. 401), donde el demandado se opuso a la procedencia del rubro daño punitivo, circunscribiendo su argumento al hecho que la demandada ya había sido sancionada administrativamente, por lo que la aplicación de una multa civil supondría violación al principio “non bis in idem” (fs. 264).

En la sentencia de primera instancia la judicante resolvió la aplicación de una multa civil de \$ 5.000 con sustento en la actitud reticente del demandado a restituir sumas de dinero percibidas arbitrariamente (fs. 278).

Ello motivó la apelación de dicho pronunciamiento por parte del demandado (fs. 296/297), quien se limitó a cuestionar la procedencia del rubro “daño punitivo”. La argumentación de la vía impugnativa ordinaria se centró en dos ítems: la irretroactividad de lo dispuesto en el art. 52 bis (interpretando el dispositivo legal a la luz del derecho penal y, en subsidio, por aplicación del art. 3 del Cód. Civ.); y, en segundo lugar, requiriendo -el accionado- la atención al principio non bis in idem, ante la preexistencia de una multa impuesta por la Dirección de Comercio Interior. Ambos agravios fueron objeto de un adecuado y circunstanciado tratamiento en la sentencia del inferior (punto 5 de la sentencia recurrida, fs. 326 vta y 327); enfatizando la Cámara que respecto a la alegada irretroactividad del art. 52 bis: “si bien los hechos generadores del incumplimiento contractual atribuido a la parte demandada, esto es, la indebida incorporación del usuario a un plan de servicios no solicitado por la parte actora, tuvieron su génesis en el año 2007, o sea, con anterioridad a la entrada en vigencia del mentado art. 52 bis, lo concreto en el caso es que el incumplimiento en perjuicio del consumidor persistió con posterioridad a la entrada en vigencia del art. 52 bis de la LDC, no obstante el compromiso asumido por la demandada en la segunda audiencia conciliatoria celebrada por ante la Dirección de Comercio Interior, circunstancia que motivó el dictado de la resolución N° 384/311-DCI-08 de fecha 16/194/2008 y, tal como se refiere en la demanda, la empresa demandada nunca cumplió con la obligación a su cargo, dejando expedita la vía judicial ejercitada en fecha 14/198/2009 por la parte actora (consumidor). En síntesis, la contumacia de la empresa prestadora del servicio de telefonía exhibida con posterioridad a la entrada en vigencia del denominado daño punitivo, amerita su aplicabilidad al caso en análisis”. Tal razonamiento sentencial no logra ser rebatido por el accionado en la presente instancia extraordinaria, limitándose - el impugnante- a reproducir los fundamentos desestimados por el Tribunal de Alzada, como ya se anticipara supra.

Es que acertadamente juzga el inferior que si bien la conducta reprochable del demandado tiene su origen en la inclusión de servicios no solicitados por el usuario en diversas facturaciones del año 2007, la demanda persigue la restitución de los \$ 6.230,96 reconocidos por el denunciado como adeudados (fs. 101); habiéndose admitido, incluso, que al 14/195/2008 el incumplimiento de tal restitución persistía; por lo que tal inobservancia, verificada luego de entrada en vigencia la Ley N° 26.361, es la que determinó la imposición de la multa civil al accionado, no configurándose un supuesto de irretroactividad legal, como erradamente lo postula el impugnante.

En definitiva, si bien los daños punitivos no podrían a priori ser aplicados a conductas anteriores a la entrada en vigencia de la Ley N° 26.361, tal hipótesis fáctica no se verifica en el presente caso, donde el accionar antijurídico del empresario -que motiva el presente proceso y la consiguiente condena impuesta- persistió luego de tal fecha (07/194/2008).

VI.- Por todo lo expuesto, corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto.

Las costas de la presente instancia extraordinaria local se imponen a la parte recurrente vencida, en virtud del principio objetivo de la derrota (art. 105, primera parte, del C.P.C.C.T.).

Los Dres. Daniel O. Posse y Antonio D. Estofán, dijeron:

Estando de acuerdo con los fundamentos dados por el señor vocal preopinante doctor Antonio Gandur, votan en idéntico sentido.

Y VISTO: El resultado del precedente acuerdo, la Excma. Corte Suprema de Justicia, por intermedio de su Sala en lo Civil y Penal, **R E S U E L V E** :

I.- **NO HACER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por la demandada (fs. 332/334 vta.) en contra de la sentencia N° 235 de fecha 19 de agosto de 2011 (fs. 325/328 vta.) dictada por la Sala I de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Común; con pérdida de depósito.

II.- **COSTAS** de la presente instancia como se consideran.

III.- **RESERVAR** pronunciamiento sobre regulación de honorarios para su oportunidad. Publicado en: LLLitoral 2012 (febrero), 94 - LLLitoral 2012 (marzo) , 154, con nota de Juan Manuel Prevot; La multa impuesta a la demandada en concepto de daño punitivo no fue reclamada por la actora, además de que, al tiempo de interposición de la demanda no se encontraba vigente la norma jurídica fundante de la con **HÁGASE SABER**.

Antonio D. Estofán - Antonio Gandur - Daniel O. Posse