

REGISTRO N° 151-S FOLIO N° 775/84

EXPEDIENTE N° 160599 JUZGADO N°4

En la ciudad de Mar del Plata, a los 21 días del mes de Junio de 2016, reunida la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Segunda, en acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos caratulados "**CHAVARRIA JONATAN GERMAN C/ AUTOCREDITO S.A. DE CAPITALIZACION SINULIDAD DE CONTRATO**", habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial, resultó que la votación debía ser en el siguiente orden: Dres. Roberto J. Loustaunau y Ricardo D. Monterisi.

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes

CUESTIONES

1ra.) ¿Es justa la sentencia de fs. 188/195?

2da.) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión planteada el Sr. Juez Dr. Roberto Loustaunau dijo:

I. En la sentencia apelada -y su aclaratoria de fs.196-, el Sr. Juez de Primera Instancia hizo lugar a la demanda de nulidad de contrato promovida por el Sr. Jonatan Germán Chavarría contra la firma Autocrédito S.A. de Capitalización, condenando a esta última a que, dentro del plazo de diez días de quedar firme la sentencia, abone a la actora la suma de \$12.210.- en concepto de devolución de capital y la de \$25.000.- por daño punitivo, con más intereses calculados de acuerdo a la tasa pasiva del Banco de la Provincia de Buenos Aires para sus depósitos a 30 días realizados en sus sistemas BIP y costas a la vencida.

Para decidir de ese modo, teniendo en cuenta la prueba reunida y los estándares jurisprudenciales y doctrinarios sobre la aplicación de las normas protectorias del consumidor, consideró incumplido por la demandada el deber de información pues el contrato suscripto es impreciso y engañoso. Observó que la promoción del ahorro está enfatizada por frases como "usted nunca pierda su capital" y "los fondos acumulados son personales y la disposición depende exclusivamente de usted" y que en el contexto de un negocio que hace mención de los beneficios de un "título de capitalización", se ha otorgado un instrumento que incluyen complejas operaciones para el cálculo del rescate de los fondos acumulados.

Consideró que era engañosa la información siendo que, en la experiencia del profano, del hombre de pie, la locución "capitalización", "capitalizar" o afines, tienen el común denominador indicativa de la intangibilidad patrimonial, la idea de mantener incólume un activo.

Es así que, sin embargo, se logra percibir que después de 18 meses de aportes, el rescate alcanzaría apenas el 20 %,

aproximadamente, de los fondos descontados al adherente, a los 60 meses, cubriría el 50 % de los mismos, a los 125 meses las 2/3 partes, etc.; ante esta situación se preguntó, cuál es el capital que nunca se pierde.

En definitiva, sostuvo que lo efectivamente ofrece la empresa demandada difiere de lo que promociona en la venta, al menos en los elementos de publicidad y el resto de la información que se puso a disposición para interesar a los eventuales clientes -incluido el Sr. Chavarria- al momento de ofertar y suscribir el respectivo contrato -impreso.

También tuvo por demostrado que extenderse el instrumento contractual, la firma no había dejado margen de negociación-, según revelan los testimonios colectados a fs.158/161 por los testigos (Fernando Ezequiel Hernandez y Santiago Andres Romero) -que dan coincidente cuenta del abordaje en la vía pública de un grupo de vendedoras y/o promotoras como metodología de convocatoria comercial aplicada a la especie-.

Por todas estas circunstancias, consideró procedente juzgar como viciado el consentimiento prestado por el Sr. Chavarria, pues no hay duda de que el ofrecimiento fue engañoso y lo sorprendió en su buena fe, no teniendo efecto saneatorio o de cobertura el hecho de el contrato haya pasado los controles de la IGJ.

En cuanto al daño punitivo, lo fijó en la suma indicada en tanto entendió que para que la actuación del proveedor de bienes y servicios merezca la sanción, el art. 52 bis de la ley 24.240 solo exige el incumplimiento de su parte a obligaciones legales o contractuales para con el consumidor, y nada más y que, en el caso, se observó una especial indiferencia evidenciada en sede extrajudicial frente a las inquietudes expresadas por la actora mediante carta documento, lo cual justifica una medida de disuasión.

Finalmente aclaró que los intereses por el capital de condena debían correr a partir de la fecha en que fueron reclamados por carta documento (01/04/2014, fs. 10/11), mientras que los correspondientes a la multa civil, deben calcularse a partir de quedar firme el pronunciamiento y se haya vencido el término para su cumplimiento.

II. Apelaron ambas partes.

La actora dedujo su recurso a fs. 201 y expresó sus agravios en el escrito agregado a fs. 207/208 vta. La demandada dejó interpuesto el suyo a fs.199, fundándolo con la presentación que obra a fs.2013/223 vta. Ninguno de los recursos fueron respondidos (fs.225)

II.1 Recurso de la actora.

Plantea un único agravio relativo al curso de los intereses. Considera que el juez se ha equivocado al fijarlos desde que intimara por carta documento a la demandada pues, a su modo de ver, corren desde que hizo cada pago.

Recuerda que el juez resolvió la cuestión de fondo decretando la nulidad del contrato de consumo celebrado por lo que, por efecto principal de la nulidad, las cosas deben volver al estado en que se encontraban antes del acto declarado nulo, restituyéndose lo entregado y recibido, de acuerdo a lo dispuesto por los arts. 1050, 1052 del CC y 390 del CCyC.

Sostiene que si las cosas vuelven al estado anterior como si nunca hubiesen existido, se deben intereses computados desde cada período mensual que el acreedor se vio privado de la utilización del dinero por haber sido debitado a favor de la accionada.

Afirma que el juez protege y premia a la empresa demandada que por un acto, violatoria de una norma de orden público, dispuso del dinero del consumidor, percibiendo sus frutos por más de tres años en distintos períodos, en perjuicio de su parte, que se vio obligada a dar uso a ese dinero, sea para adquirir bienes o servicios o para obtener una rentabilidad al depositar el dinero a un plazo fijo bancario.

Destaca, en último lugar, que el art. 1054 del CCivil establece que los intereses se deben desde el día en que la suma de dinero fue pagada y/o entregada. Sostiene que, trazando un paralelismo con los efectos de las relaciones de poder, la accionada por su condición de empresaria y posición frente al consumidor, debe ser considerada como un poseedor de mala fe, por lo que le corresponde restituir la cosa pagada con más sus intereses y los frutos que se hubiera percibido o que hubiera podido percibir desde el momento en que se realizó cada pago.

II.2. Recurso de la demandada.

La letrada apoderada de la firma Autocrédito SA de Capitalización, plantea diferentes agravios que pueden sintetizarse del siguiente modo:

i) se equivoca el juez al afirmar que no estuvieran cubiertas las garantías relacionadas con el deber de información. Tal yerro no se evidencia no solo en el contexto fáctico que cita en la sentencia sino en cuanto a las normas legales, ya que las tales garantías se encuentran resguardadas en las cláusulas aprobadas por las Resoluciones de la IGJ.

ii) la valoración de la prueba es parcial pues luego de afirmar que el material publicitario es impreciso y engañoso, transcribiendo frases tales "...usted nunca pierde su capital" y "...los fondos acumulados son personales y la disposición depende exclusivamente de Usted...", ignora el dorso del mismo folleto donde se lee "NUESTRA PROPUESTA DE AHORRO" "UN CLARO EJEMPLO DE FORMAR Y CAPITALIZAR SUS AHORROS", título seguido de ejemplos que no dan lugar a dudas de cual es el ahorro disponible de retiro correspondiente al monto aportado según el número de cuota, el que, lógicamente es mayor cuanto más cantidad de

cuotas hayan sido pagadas, siendo ambos conceptos iguales al finalizar el plan.

Es así que esta claramente señalado: "18 meses- MONTO APORTADO \$5400- AHORRO DISPONIBLE DE RETIRO \$1410" La cita exhibe la exactitud y veracidad de lo afirmado y demuestra el error del juez.

Si bien la intangibilidad patrimonial puede ser una acepción de la locución "capitalizar", en el caso de marras no puede perderse de vista que el actor podría haber accedido a un capital de \$100.000. abonando una cuota muy baja, desde la primera, de haber resultado favorecido en el sorteo correspondiente a la misma, supuesto en el que seguramente no hubiese cuestionado la validez del contrato.

El capital que nunca se pierde es el aportado por el suscriptor que permanece en el plan durante toda su duración, siendo una contingencia cubierta por el art.8 de las condiciones generales el hecho del retiro anticipado, supuesto en el cual el suscriptor rescata la reserva matemática de su ahorro.

iii) el contrato no fue formado con nulo margen negociación, como sostiene el juez. Cita un antecedente de la justicia contencioso administrativa de este departamento judicial que tiene a su mandante como actora (autos "Autocrédito S.A. de capitalización c. Municipalidad de general Pueyrredón s. pretensión anulatoria) en que se afirma lo contrario ante una documental similar, al sostenerse que la información brindada a la allí denunciante tenía la aptitud suficiente para colocarla en una situación de discernimiento claro y completo, respecto de todos los aspectos del contrato celebrado.

iv) la sentencia responsabiliza a su mandante de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda de curso legal que no tiene como otra causa el proceso inflacionario que atraviesa el país.

v) el juez no considera que los sorteos mensuales contribuyan al estímulo y mantenimiento del hábito de ahorro, que es el norte y finalidad que determina el art.19 del decreto 142277/43, sino que califica al plan como "emparentado con el juego" y con una "convención aleatoria similar a una rifa".

vi) se califica al contrato como predispuesto y con nula negociación, aunque se omite considerar que la solicitud de suscripción al plan contiene la transcripción del art 34 de la ley 24.240 conforme al cual la misma podía ser revocada dentro de los 5 días posteriores 8ahora 10) sin consecuencia para el consumidor, lo cual asegura "una segunda lectura". El actor viene a reclamar cuando no se siente conforme con el monto que le corresponde en concepto de rescate de la reserva matemática de su ahorro, el cual fue debidamente informado con los ejemplos contenidos en el folleto, que fue leído por éste al momento de contratar, según declararon los testigos.

vii) en tales circunstancias, no surge la existencia de dolo, error, violencia o intimidación que de lugar al art. 332 del CCyC. El actor es una persona plenamente capaz.

viii) la sentencia presenta un error sobre la naturaleza del contrato pues se citan obras de Guastavino y Aguilar referidas a "ahorro previo" que es otro contrato diferente del de capitalización y ahorro ventilado en estos autos. Los primeros están regulados en el capítulo II de la Res. G IGJN 26/2004, mientras que los segundos lo están en el capítulo V y poseen un tratamiento disímil.

Así, en los de ahorro previo en caso de renuncia o rescisión, el haber del suscriptor sufre una deducción en concepto de penalidad que constituye un fondo de multas, mientras el suscriptor de uno de capitalización y ahorro, tiene derecho a rescate de la reserva matemática de su ahorro si ha alcanzado el mínimo de cuotas previsto para tal contingencia y el mismo se calcula conforme la tabla de valores de rescate por cada mil de valor nominal impresa en el título pues, lógicamente, cada mes dos porciones de la cuota comercial abonada se agotan para pagar las adjudicaciones y los gastos administrativos.

Se ha condenado a la empresa pese a haber obrado de acuerdo con lo impuesto por la legislación vigente y el organismo que ejerce el control estatal permanente (IGJN), la que debió ser atacada de inconstitucionalidad, para poder arribar a la desacertada conclusión de nulificar el contrato. El juez no puede arrogarse facultades de controlar de la actividad de capitalización y ahorro que son absolutamente inherentes al poder ejecutivo.

Su conducta es, entonces, desarrollada de acuerdo a la aprobación de la IGJN y, por ende, importa el ejercicio de un derecho propio que no vulnera lo preceptuado en el art 1071 del CC. Son las condiciones aprobadas del plan las que determinan la suma que realmente le corresponde recibir al actor en concepto de rescate de la reserva matemática de su ahorro, por haberse retirado anticipadamente del plan.

La libertad contractual en supuestos como el presente se encuentra fuertemente restringida en aras del interés público, de allí que no puede predicarse la validez de convenciones que se apartan de las aprobadas por la IGJN (de acuerdo a citas jurisprudenciales transcritas en el memorial).

ix) la solución es absolutamente arbitraria por carecer de fundamentos fácticos y jurídicos ya que, como se ha señalado, el actor estuvo informado desde el mismo acto de suscripción del plan y, siguiendo las pautas contractuales, le corresponde la suma de \$3.764.43.- oportunamente remitida mediante cheques. El valor de rescate se integra con un porcentual del valor de la cuota que abona mensualmente el suscriptor y que fluctúa según que el plan sea más largo o más breve.

x) no ha existido de parte de su mandante un incumplimiento que justifique la imposición del daño punitivo, sino más bien el apego a la legislación específica que rige la operatoria. Tampoco existió indiferencia en sede extrajudicial, ya que concurrió debidamente representada a la audiencia que tuvo lugar en el organismo de defensa del consumidor y respondió en tiempo y forma los diferentes traslados. Por estos motivos, debe revocarse la condena de daño punitivo.

xi) como lógica consecuencia de los agravios anteriores, corresponde dejar sin efecto las costas y los intereses, imponiéndose las primeras a la actora y dando por caídos los segundos, en función de su accesoriedad.

xii) en último lugar, hace reserva de caso federal.

III. A mi entender, corresponde hacer lugar al recurso de la parte actora y desestimar el de la demandada.

Encuentro acertada la decisión anulatoria del contrato y la consecuente obligación de restituir la totalidad de las sumas al Sr. Chavarría y la fijación de la multa civil también a su favor en la suma pretendida. A su vez, debe ser modificado el cómputo de los intereses por el capital aportado, que deben computarse desde el día que se efectuó cada pago (art 1054 CC y 390, 1920 y 19835 del CCyC)

Los motivos que me convencen en este sentido, son los que serán expuestos a continuación sintéticamente:

1. En la etapa previa al contrato, el cumplimiento de los denominados deberes de conducta, y en especial el de información, constituye el factor de mayor incidencia para definir a esta responsabilidad, ya sea que tales deberes surjan expresamente de la ley o de la regla de la buena fe, pues ésta, es la protagonista en la esfera contractual. En la realidad negocial moderna, en los contratos predispuestos, en los celebrados por adhesión y en los de consumo, el incumplimiento del deber de información por parte del fuerte o poderoso de la relación, genera consecuencias no sólo resarcitorias, sino también en algunos casos su invalidez total o parcial.

Como en cualquier etapa del contrato, en su formación la buena fe es un modelo de conducta social que supone la fidelidad de la palabra empeñada y honrar la confianza generada en los otros. Su importancia práctica radica en la influencia que la información retaceada o falseada pueda ejercer sobre el consentimiento. Es que, quien se halla suficientemente informado, decidirá libremente, sin ver desnaturalizada la autenticidad de su acto que, como tal, debe ser voluntariamente ejecutado (Rubén y Gabriel Stiglitz, "La Responsabilidad Precontractual", ed. Abeledo Perrot, p.11)

Las partes no deben ocultar información ni provocar que el futuro contratante se obligue bajo ciertas circunstancias o modalidades que, de haberlas conocido debidamente, hubieran declinado su voluntad de

contratar. Si una de las partes actúa de modo tal que su acción o silencio no hacen otra cosa que inducir en error a la otra, se justifica hacerlo responsable por su obrar.

El deber de información integra el plan prestacional a cumplir por las partes y, cuando se trata de una relación de consumo, la ley 24.240 lo ha elevado a la categoría de obligación principal no accesoria y autónoma en el mismo sentido que la obligación de seguridad (conf. Graciela Lovece, "El derecho a la información de consumidores y usuarios como garantía de protección de sus intereses económicos y extraeconómicos", Revista de Derecho Privado y Comunitario 2009-1 "Consumidores", Rubinzal Culzoni, p.465)

La información, en la compleja cadena y estructura de contratación, es relevante en el ámbito de las tratativas de cualquier contrato, pero lo es especialmente, en los predispuestos y celebrados por adhesión y en los de consumo. Respecto a estos la exigencia legal es que la información debe ser completa, veraz, cierta, objetiva y detallada y debe ser proporcionada al consumidor con la claridad necesaria que permita su comprensión (art 4 ley 24.240, 1100 y 1101 del CCyC) y "se justifica en razón que se enfrentan a esta peculiar relación un experto y un profano, y la ley tiene un deber tuitivo con este último" (Atilio Alterini y Roberto López Cabana, "Responsabilidad profesional: el experto frente al profano" LL 1989-E, p.847 cit por López Cabana en de Derecho del Consumidor 7, ed.juris, p.47, Dir.Gabriel Stiglitz)

La cuestión adquiere especial relevancia cuando el consentimiento se ha logrado por la reticencia en la información brindada, o cuando se ha dado una información falsa, de manera que éste no ha sido prestado en forma reflexiva, pues si el destinatario hubiese conocido acabadamente todos los elementos, presupuestos y circunstancias del contrato al que se obligaba, no lo habría celebrado, o lo habría hecho en condiciones más ventajosas.

La veracidad está referida a la sinceridad con la que debe ser suministrada, y no cumple con este requisito cuando es engañosa, silencia o genera expectativas en el destinatario que no podrán ser satisfechas. La información es detallada, cuando el consumidor puede conocer todas las características de lo ofrecido - peso; medida; componente; origen; fecha de fabricación; modo de empleo; precauciones que deben tomarse; materiales utilizados; precio de pago contado y en cuotas, con indicación del interés aplicable; plazo y condiciones de entrega, etc- (arts. 6, 9, 10, 21 y cdtes ley 24.240 y Ley 22.802 de lealtad Comercial). La eficacia, está referida a su fuerza y a su poder persuasivo, dentro de la autenticidad o veracidad señalada y la suficiencia alude a las características esenciales, detalles, especificaciones de lo ofrecido que sean indispensables para que el consumidor tome una decisión reflexiva.

La información es la única posibilidad real con la cuenta el consumidor y usuario para poder conocer, elegir y decidir (Lovece ob cit

p.468) pues constituye un derecho subjetivo esencial (conf. Juan M Farina, "Defensa del Consumidor y Usuario", Ed-. Astrea, BsAs 1995, p.105)

A diario nos damos cuenta que la publicidad, cuyo fin es incentivar el consumo, suele ser engañosa, por contener inexactitudes, ocultamiento, puede inducir a error, engaño o menoscabando la voluntad jurídica del consumidor o usuario y constituye, cuando se la utiliza incorrectamente, el medio con el que se causa el daño (Conclusiones II Congreso Argentino de derecho del Consumidor -Rosario 1994).

De acuerdo a lo dispuesto por los arts 7 y 8 de la ley 24.240, la oferta al público es vinculante y se integra con la publicidad, cuyo contenido integra la trama obligacional aunque no haya sido reproducido en el contrato singular (conf. lo explica Atilio Alterini, "Contratos" p.307, Ed Abeledo Perrot, BsAs 1999) En similar sentido lo prescribe el art 1103 del CCyC.

Es que el principio de la buena fe, resulta mucho más vulnerable en las relaciones de consumo. *"El derecho a la información es la base fundamental sobre la cual descansa una relación de consumo saludable, pues es sólo en virtud de ella que el consumidor estará en posición de evaluar el costo de oportunidad que para él implica la adquisición de un bien o servicio determinado"* (Cooter y Ulen citados por Lovece en obra mencionada, p.467 nota 31).

"La información constituye, en sí misma, un resultado que deberá ser acreditado por quien deba cumplir con tal obligación; en caso contrario, existirá una presunción de incumplimiento que acarreará la correspondiente responsabilidad en forma autónoma e independiente de los daños económicos que pudieran producirse o aún cuando no existiese otro daño. En síntesis, la racionalidad del acto del consumidor se vincula en forma directa con la información suministrada, y la falta, falla o deficiencia de ésta afectará los elementos estructurales del acto voluntario restándole validez"(misma autora p.473, siguiendo jurisprudencia y doctrina allí mencionada)

Así, en este campo, el cumplimiento del deber de informar se potencia enérgicamente y el proveedor es responsable del cumplimiento de este deber, pudiendo llegar a ser sancionado con la nulidad al contrato.

El art. 37 tercer párrafo de la ley 24.240 faculta al consumidor o usuario a demandar nulidad total del contrato o parcial respecto de una o más cláusulas, cuando el oferente viole en deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o legislación de competencia o lealtad comercial. Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato.

2. En este contexto se inserta el planteo del Sr. Chavarria quien, pese a reconocer haber suscripto el contrato como el contenido de la revista publicitaria agregada en copia certificada a fs.136/149, sostiene que

fue engañado al ser informado sobre las condiciones en que se le devolvería el capital aportado en caso de manifestar su voluntad rescisoria, pues los promotores afirmaron que nunca perdería su dinero y que, a partir de la cuota 18, podría retirar la totalidad de lo integrado, sin quita por ningún concepto.

Los testigos (cuyas declaraciones obran en las actas agregadas entre las fojas 158 y 162) son coincidentes con su posición al indicar que: **i)** la adhesión al sistema les fue ofrecido junto al actor a la salida de su lugar de trabajo -cuartel del Ejército Gada 601 de esta ciudad sito en la Ruta 11 km 11.5- y **ii)** se les informó que luego de pagar la cuota 18, podrían rescindir el contrato y retirar el 100% de capital invertido, ya que el dinero que aportarían era lo que se ahorra, y que habría sorteos mensuales.

Estas declaraciones son contrarias a la defensa de la demandada que afirma, sujetándose al contrato, que el ahorrista puede retirarse del plan obteniendo devolución del dinero aportado, que no es la totalidad sino el "valor de rescate", el cual se calcula conforme a los fórmulas insertas en el propio título, pues la totalidad del capital recién se obtiene al finalizar el pago de las 300 cuotas. Explica que para facilitar la comprensión de este cálculo, el folleto publicitario entregado al actor, bajo el título "nuestra propuesta de ahorro", contiene un ejemplo de cómo se forma y cómo se pueden capitalizar los ahorros, indicando cuál sería el ahorro disponible para retiro en función del monto aportado. Recuerda además que el contrato está aprobado por la Inspección general de Justicia de la Nación, que es la autoridad de control.

2.1. Como lo adelantara, considero que asiste razón al actor. Con los testimonios está probado que no fue debidamente informado sobre las condiciones en las que, según el contrato, podía requerir el rescate del capital (art 375, 384 del CPC) Vale destacar que las declaraciones no han sido cuestionadas (arts 447, 456 del CPC).

Tengo en cuenta, además, que se trata de un contrato predispuesto y el modo en que se celebró (a la vera de una ruta, a la salida del trabajo y junto a otras personas), la dificultad de comprensión que presenta la fórmula de cálculo del rescate y que son engañosos los términos del folleto publicitario.

Coincido con el *a quo* en cuanto a que la promoción del ahorro está enfatizada por frases como "*usted nunca pierda su capital*" y "*los fondos acumulados son personales y la disposición depende exclusivamente de usted*" y que en el contexto de un negocio que hace mención de los beneficios de un "*título de capitalización*", el contrato contiene operaciones complejas. A la consideración de un profano, palabras como "capitalización", "capitalizar" o afines se identifican con la intangibilidad patrimonial.

Si bien debe reconocerse que la información objetiva es raramente brindada por la publicidad comercial, que por sus objetivos lucrativos apunta a alcanzar la mayor rentabilidad del producto o servicio

promocionado, ello no le resta relevancia: juega un rol importantísimo en todo el proceso de la relación del consumo, pues a través de ella se atrae, persuade y seduce al consumidor (conf. Ramón Daniel Pizarro y Carlos Vallespinos, "Publicidad inductiva y engañosa", "Derecho del consumidor" 1, p. 43, ed. Juris, Dir. Gabriel Stiglitz)

Lo afirmado por las personas encargadas de la promoción y venta, la especial dificultad de comprensión que presenta el instrumento contractual en orden a establecer los cálculos y los términos señalados sobre la publicidad permiten darle seriedad al planteo del Sr. Chavarría en cuanto a que no fue debidamente informado y que, de haberlo sido, no se habría adherido al sistema de financiación.

Es decir que está probado que fue la falta de información adecuada a los términos del art. 4 de la ley 24.240 fue determinante para que el actor celebrara el contrato (arg. art.42 CN, 961 y 962 del CC y 271 y 272 del CCyC)

2.2. A su vez, la circunstancia de que el contrato esté aprobado por la Inspección General de Justicia de la Nación, que es la autoridad de aplicación (conforme dec 142.277/43), no impide que a los jueces su revisión, no sana ni confirma la nulidad.

El control previo supone el cumplimiento de un mandato legal de accionar anticipatorio por parte del Estado que en modo alguno excluye la revisión judicial de las decisiones de la autoridad administrativa cuando se comprueban su arbitrariedad o irrazonabilidad y que, por tales, deben descalificarse.

Como se ha dicho, *"la aprobación administrativa sólo significa que el órgano de control no tiene nada que oponer a las condiciones generales del contrato por adhesión, pero no supone elevar al plano legislativo las condiciones generales redactadas por una empresa, ni que les de eficacia para derogar las disposiciones legales imperativas que las contradigan"*(SC Mza, Sala I "Rojas c/Huarpe"LL 1988-E-13 con nota de Rubén y Gabriel Stiglitz. Ver asimismo C Civ y Com. Junín, 26/10/1988, "Zabaleta c/Pantepirino de Ragozzini", JA 1989-I-51.)

De todos modos, los términos del contrato en sí no están cuestionados en este expediente, sino cómo se logró que el actor prestara su consentimiento. Ha fallado la intención como elemento interno de la voluntad, por medio del incumplimiento del deber de información por parte de la demandada y en esta razón se finca la sanción de nulidad expresamente señalada por el art. 37 tercer párrafo de la ley 24.240. La nulidad es total, por lo que no corresponde su integración.

3. De acuerdo a lo expuesto, propongo a mi colega la confirmación de la sentencia que ha declarado la nulidad del contrato de capitalización celebrado entre las partes, debiendo la sociedad accionada

restituir las sumas integradas a causa de su celebración. La nulidad tiene como efecto directo y propio la orden de que las cosas vuelvan al estado anterior al otorgamiento del acto nulo, dejado sin efecto por la sentencia judicial (art 1050 CC y 390 CCyC)

No obstante considero que debe modificarse el curso de los intereses. El juez ha tomado como punto de partida la intimación por carta documento, que fue recibida el 04/04/2014 (fs. 10), mientras que el Sr. Chavarría sostiene que los intereses se deben desde que efectuó cada pago.

A mi entender, la queja debe ser recibida.

Sea que se aplique el art 1054 del CC como los arts 390, 1920 y 1935 del CCyC, la solución es la misma: la empresa demandada debe ser calificada de mala fe desde el inicio mismo de la relación, por lo que debe los intereses desde que cada pago se hizo.

Pese a que el art 1054 del CC no distingue entre buena o mala fe del poseedor de la cosa que debe restituirse, *"algunos autores consideran que la norma debe aplicarse en forma literal, sin ponderar esta circunstancia (Spota, Salvat, Arauz Castex, Llambías; en contra Lloveras de Resk), lo que no obsta a la crítica de la solución que se desentiende de la buena fe de alguno de los poseedores, equiparándolo al de mala fe"* (Julio C. Rivera, "Instituciones de Derecho Civil" Parte general, tº2 p.732, quinta edición actualizada, Abeledo Perrot)

La solución sería la misma si se aplicase el nuevo Código Civil y Comercial . El art 390 prevé que las restituciones se rigen por las disposiciones de la buena o mala fe según el caso, de acuerdo a lo dispuesto en las normas del Capítulo 3 del Título II del Libro cuarto. De este modo, quien es de mala fe debe restituir todos los intereses percibidos o dejados de percibir por su culpa (art 1935) y su mala fe está determinada en el comienzo de la relación de poder y permanece invariable (art 1920).

La mala fe de la demandada, consistente a la ilicitud que supone inducir al error del Sr. Chavarría, está presente incluso desde antes de celebrarse el acto y recibir el pago de la primera cuota, por lo que los intereses por el capital aportado por él deben liquidarse desde la fecha en se canceló cada cuota.

4. En último lugar, debe tratarse la queja de la sociedad demandada sobre la indemnización por daños punitivos fijada en la sentencia en los términos del art. 52 bis de la ley 24.240 (agregado por la ley 26.361).

Considero que la condena debe mantenerse, en atención a los siguientes motivos:

4.1. Tal como lo explicara el Dr. Monterisi (en su voto al que adherí en la causa "Machinandiarena Hernández c. Telefónica de Argentina" (causa nº143.790, sentencia del 27/05/09 reg. nº257 Fo. 1619/1640), se ha definido al daño punitivo como las *"sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro"* (Pizarro, Ramón D., "Derecho de Daños", 2º parte, La Rocca Buenos Aires, 1993, pág. 291 y ss.).

Se trata de una institución de sólido predicamento en el derecho anglosajón, que tiene adeptos y detractores, que ha comenzado a proyectarse, gradualmente, también dentro del sistema del derecho continental europeo y en Canadá y que ahora hace su aparición entre nosotros. Participa de la naturaleza de una pena privada, que se manda a pagar por encima de los valores que se condene en calidad de daños y perjuicios, destinadas en principio al propio damnificado. Y ésta existe cuando por expresa disposición de la ley o por la voluntad de las partes, sin acudir a los principios, normas y garantías del derecho penal, se sancionan ciertas graves inconductas, mediante la imposición de una suma de dinero a la víctima de un comportamiento ilícito o, más excepcionalmente, al propio Estado o a otros terceros (liga de consumidores, organizaciones de tutela del medio ambiente, etc.). 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 (Stiglitz, Rubén S. y Pizarro, Ramón D., "Reformas a la ley de defensa del consumidor", LL 2009-B, 949).

Si bien se han escrito voces en contra de la introducción del instituto de la multa civil a la legislación argentina por medio de la Ley de Defensa del Consumidor (ver por caso Jorge Mayo, "La inconsistencia de los daños punitivos", en LL periódico del 04/03/09, pág. 1 y ss.; Sebastián Picasso, "Nuevas categorías de daños en la ley de defensa del consumidor", en Sup. Esp. Reforma de la Ley de defensa del consumidor, abril de 2008, pág. 123 y ss.), lo cierto es que la mayoría de la doctrina autoral la ha recibido favorablemente (Stiglitz, Rubén S. y Pizarro, Ramón D., ob. cit.; Ghersi, Carlos y Weingarten, Celia, "Visión integral de la nueva ley del consumidor", Sup. Esp. Reforma de la Ley de defensa del consumidor, abril de 2008; Alterini, Atilio Aníbal, "Las reformas a la ley de defensa del consumidor. Primera lectura, 20 años después", Sup. Esp. Reforma de la Ley de defensa del consumidor, abril de 2008; Alvarez Larrondo, Federico M., "La incorporación de los daños punitivos al Derecho del Consumo argentino", JA 2008-II, Núm. Esp. "Régimen de Defensa del Consumidor. Análisis de su reforma"; mismo autor, "La consistencia de los daños punitivos", LL 2009-B, 1156; entre otros).

No obstante su incorporación a nuestro ordenamiento jurídico difiere de sus antecedentes del derecho comparado. Ello sucede, en

especial, en lo tocante a que la ley local no contiene una referencia expresa a que su aplicación quede reservada a supuestos de incumplimiento de particular gravedad, calificados por el dolo o la culpa grave del sancionado o por la obtención de enriquecimiento indebido derivado del ilícito o, en casos excepcionales, por un abuso de la posición de poder.

Esta circunstancia ha sido fuertemente criticada por parte de la doctrina (Ramón Daniel Pizarro, Rubén Stiglitz, Sebastián Picasso, Roberto Vázquez Ferreyra, Antonio Juan Rinessi, Horacio Roitman, entre otros) que sostienen que la norma tiene una laxitud impropia del instituto y desentendida de sus fuentes, lo cual conduce a algunos incluso a proponer su inconstitucionalidad.

Pero más allá de la discusión sobre el alcance de la norma, en el caso la aplicación de la multa se justifica como una medida tendiente a dismantelar el provecho que ha obtenido la demandada con la obtención del consentimiento del actor a través de retacearle información y valerse de la judicialización del conflicto para demorar la justa reparación.

Aún cuando critica el modo en que la cuestión ha sido regulada, Pizarro señala que los daños punitivos pueden ser útiles para dismantelamiento de ciertos ilícitos, particularmente los de carácter lucrativo, entendiendo por tales a los que, una vez pagadas las indemnizaciones de los daños efectivamente sufridos, *dejan subsistente un beneficio económico en el sindicado como responsable* ("Los daños punitivos en la ley de Defensa del Consumidor", Revista de Derecho de Daños, 2011-2 p.436, Rubinzal Culzoni, el destacado no es de origen)

Esto es, a mi entender, lo que sucede en el caso de autos. Encuentro que la conducta desplegada encuadra entre las suceptibles de ser sancionadas por vía del art. 52 bis de la ley 24.240. El rechazo de la multa supondría consolidación por vía judicial de un ilícito saneando sus efectos perjudiciales.

4.2. Por lo demás, en orden a la graduación, la ley señala que corresponde al juez considerando la gravedad del hecho y las circunstancias del caso, por lo que se exige una evaluación integral en que se produce la conducta sancionada, independiente de otras indemnizaciones que se hayan reconocido.

En este punto, se señala que la gravedad debe ser apreciada teniendo en cuenta circunstancias tales como el tipo de producto o servicio, la alteración, el tipo de consumo, a quién está destinado, la cantidad, y demás caracteres (conf. lo señalan Tinti y Roitman en "Daño Punitivo" publicado en la Revista de Derecho Privado y Comunitario 2012-1 "Eficacia de los derechos de los consumidores" Ed. Rubinzal Culzoni, p.219).

De este modo, teniendo especialmente en cuenta que los bienes involucrados son exclusivamente de índole patrimonial y no personal, considero que indemnización punitiva fijada por el juez debe confirmarse (art. 42 Constitución Nacional, 52 bis L 24.240, 165 del CPC y cdtes)

Así lo voto.

El Sr. Juez Dr. Ricardo Monterisi votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada el Sr. Juez Dr. Roberto Loustaunau dijo:

En atención al modo en que ha quedado resuelta la cuestión precedente, corresponde: I) Rechazar el recurso de la demandada; II) Hacer lugar al recurso del actor en cuanto al curso de los intereses por el capital, ordenándose que en la etapa de la ejecución de sentencia, sean liquidados desde que se pagó cada cuota y hasta el efectivo pago; III) Las costas de sendos recursos se imponen en el orden causado, dada la ausencia de controversia (art 68 del CPC y fs. 225)

Así lo voto.

El Sr. Juez Dr. Ricardo Monterisi votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

En consecuencia se dicta la siguiente

SENTENCIA

Por los fundamentos expuestos en el precedente acuerdo, se resuelve: I) Tener por reanudado el llamado de autos para dictar sentencia que fuera suspendido a fs. 228. II) Rechazar el recurso de la demandada; III) Hacer lugar al recurso del actor en cuanto al curso de los intereses por el capital, ordenándose que en la etapa de la ejecución de sentencia, sean liquidados desde que se pagó cada cuota y hasta el efectivo pago; IV) Imponer las costas de sendos recursos en el orden causado, dada la ausencia de controversia (art 68 del CPC y fs. 225). **REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE** (art. 135 del C.P.C.).**DEVUÉLVASE.**

RICARDO D. MONTERISI ROBERTO J. LOUSTAUNAU

Alexis A. Ferrairone

Secretario