

_____ Salta, 26 de agosto de 2016.- _____

_____ Y VISTOS: Estos autos caratulados "CAFE DEL TIEMPO S.R.L., EN EXPEDIENTE N° 231-84612/13: BERARDO, CARLOS EDUARDO c/ CAFÉ DEL TIEMPO S.R.L. DE LA SECRETARÍA DE DEFENSA AL CONSUMIDOR POR RECURSO DE APELACION DIRECTA" - (**EXP - 540203/15 de Sala II**) y, _____

_____ **C O N S I D E R A N D O:** _____

_____ **La doctora Verónica Gómez Naar dijo:** _____

_____ I.- Que contra la resolución N° 3527/14 de la Secretaría de Defensa del Consumidor (en adelante, "la Secretaría"), dictada a fojas 42/46 del expediente administrativo N° 231-84612/13 iniciado por denuncia del señor Carlos Eduardo Berardo, la firma "Café del Tiempo S.R.L." interpone recurso de apelación directa en los términos del artículo 19 de la ley provincial N° 7402. _____

_____ En dicha resolución, la Secretaría dispuso aplicar a la sociedad apelante la sanción de multa de \$6.000,00 (pesos seis mil), por infracción al artículo 19 de la Ley N° 24.240. Asimismo, le ordenó efectuar, a su costa y en el plazo de cinco (5) días, la publicación que establece el artículo 47 *in fine* de la ley citada. _____

_____ Al fundar su recurso, luego de realizar una descripción y análisis de los hechos, la firma apelante expresa que la resolución carece de motivación y por tal motivo solicita que sea declarada nula. Asevera que no se valoró las circunstancias de hecho acreditadas en el expediente, conforme lo exigen los artículos 35 y 42 de la ley N° 5.348, sino que se acudió a presunciones que en nada se compadecen con el giro comercial de la firma, a la que maliciosamente se la identifica como una permanente infractora a la Ley de Defensa del Consumidor, aun cuando ésta no tiene antecedentes de denuncias o multas ante la Secretaría y que se ha allanado desde un principio a la infracción. _____

_____ Sostiene, además, que no se tuvo en cuenta los verdaderos fines que se persigue por el sistema sancionatorio previsto en la mentada ley, el que sólo

busca restaurar el orden jurídico infringido evitando que el proveedor denunciado incurra nuevamente en idéntica infracción, y no ser fuente de recursos para la Secretaría o para el Estado Provincial. Considera que la cuantía de la multa impuesta vulnera claramente esa finalidad. _____

_____ Subsidiariamente, para el hipotético supuesto de que no prospere el planteo de nulidad del acto impugnado, solicita la morigeración de la sanción por cuanto la considera excesiva, arbitraria y desproporcionada a tenor de los hechos acreditados; pues aduce que el supuesto perjuicio causado al consumidor asciende a tan solo \$58,30 (pesos cincuenta y ocho con treinta ctvos.), mientras que la sanción excede dicho monto en más de un mil por ciento. Afirma que debe tenerse en cuenta, asimismo, que el propio denunciante - pese haber rechazado el cuantioso ofrecimiento efectuado - lo aceptó tácitamente al utilizar la nota de crédito entregada por un valor de \$200,00 (pesos doscientos) en el mes de abril de 2014. Se pregunta entonces qué perjuicio pudo haberse causado al consumidor cuando los \$58,30 (pesos cincuenta u ocho con treinta ctvos.) que se le cobró de más le fueron restituidos en más de un ciento cincuenta por ciento. _____ .

_____ Manifiesta que deviene totalmente arbitrario el forzar la interpretación de los parámetros legales a efectos de pretender dar sustento a la onerosa sanción impuesta, y más aun la imposición accesoria de publicidad en el diario de mayor circulación en la Provincia, pretendiendo con ello lesionar claramente su buen nombre y reputación. Agrega que, para el hipotético caso de que no se haga lugar al recurso, mantiene reserva del caso federal, en el entendimiento de que la resolución recurrida afecta los derechos constitucionales de defensa en juicio, debido proceso, derecho de propiedad e igualdad ante la ley. _____

_____ Corrida vista al Fiscal de Estado y al Fiscal de Cámara, éstos se expiden a fojas 66/70 y 72/73, respectivamente. A fojas 74 se dicta el llamamiento de autos para sentencia mediante providencia firme. _____

_____ II.- Que en primer lugar, con respecto a la objeción planteada por el letrado de Fiscalía de Estado sobre la insuficiencia del escrito de fojas 53/56

para fundar el recurso, debe señalarse que la prescripción del artículo 255 del Código de rito resulta inaplicable a la especie. _____

_____ En efecto, la Corte de Justicia de Salta ha señalado que los recursos directos no constituyen técnicamente recursos de apelación ya que se exhiben como pretensiones judiciales de impugnación de la validez de los actos administrativos, que se articulan directa y generalmente en un proceso que tramita ante una sola instancia judicial con el objeto de obtener una rápida revisión de tales actos. Por tal motivo, ha entendido que no resulta procedente imponer requisitos que han sido previstos para un supuesto diferente sino que se debe asegurar al justiciable la más amplia revisión de la decisión adoptada por la administración, conforme con la doctrina de la Corte Federal atingente al control judicial de la legalidad administrativa (CJS, Tomo 197:625/634). _____

_____ Por ende, debe ingresarse al examen del recurso interpuesto. _____

_____ III.- Que de la compulsa de autos surge que la sanción impuesta en el caso traído a revisión obedeció a la imputación de infracción al artículo 19 de la Ley 24.240, sobre la base de la denuncia realizada por el señor Carlos Eduardo Berardo el 30 de abril de 2013 por ante la Secretaría de Defensa del Consumidor (v. fs. 1). Expone allí el denunciante que el día sábado 24 de abril de 2013, luego de consumir en el restaurante “Café del Tiempo” y al momento de disponerse a pagar la cuenta, intentaron cobrarle con un documento no válido como factura, y que al preguntar por ésta, le respondieron que si quería factura o abonar con tarjeta de crédito o débito, el consumo se encarecería en un diez por ciento. Expresa que a pesar de la sugerencia recibida de pagar en efectivo, realizó el pago con tarjeta de crédito Visa, con el incremento mencionado. Indica que en el acto concurren al menos las siguientes circunstancias: 1) intencionalidad de cobro sin emitir la factura legal correspondiente, 2) presunta evasión fiscal, 3) recepción de tarjetas de crédito o bancarias condicionadas a un incremento del valor de compra exhibido, y 4) infracción a la ley 24.240. Reclama un pedido de disculpas y una reparación acorde a los inconvenientes económicos y morales sufridos. _____

_____ En la instancia conciliatoria llevada a cabo en sede administrativa (fs.

13), previa lectura de la nota dejada por la firma denunciada (fs. 4/6), la señora Sonia Myrian García se presenta por el Carlos Eduardo Berardo y expresa que el artículo 37 inciso “c” de la Ley de Tarjeta de Crédito N° 25.065 dispone que “El proveedor está obligado a: ... c) no efectuar diferencias de precio entre operaciones al contado y con tarjetas”; que en el local denunciado no hay carteles que informen el recargo en pagos con tarjeta de crédito. _____

_____A fojas 16, en respuesta a la nota presentada por la firma denunciada, el señor Berardo expresa que los temas que no son de competencia de la Secretaría se podrán plantear ante los organismos fiscales; que la alternativa del pago con tarjeta de crédito es una posibilidad que el comercio Café del Tiempo insinúa, propone y exhibe en su local comercial mediante carteles identificatorios de cada una de las tarjetas de crédito que recibe y ofrece como medio de pago, que por un consumo de \$ 583,00 (pesos quinientos ochenta y tres) debió pagar un recargo del diez por ciento, el que se encuentra claramente identificado en la factura como “ recargo por tarjeta” . Finalmente, propone que se le reintegre el total de lo pagado como pauta conciliatoria mínima. _____

_____En una segunda audiencia (fs. 17), el señor Carlos Alberto Urtasun, en calidad de socio gerente de la firma denunciada, ofreció el pedido de disculpas solicitado en la denuncia y una nota de crédito a favor del denunciante por la suma de \$200,00 (pesos doscientos) por los inconvenientes generados. _____

_____A fojas 18 el señor Javier Berardo, en representación del señor Carlos Eduardo Berardo, rechazó la propuesta por considerarla insuficiente para cubrir los daños morales sufridos, puesto que su representado tuvo que soportar una prolongada discusión con el personal ante la presencia de su acompañante, un cliente del estudio profesional proveniente del extranjero, hecho que fue bochornoso. A los fines de mantener la voluntad conciliatoria, reiteró su propuesta de que le restituyan el importe abonado (\$641,30) en efectivo, y no con una orden de compra, ya que luego de la experiencia vivida no es intención del señor Berardo retornar al establecimiento. _____

_____En una tercera audiencia (fs. 19), la señora García, en representación

del denunciante, rechazó la propuesta y solicitó el pago en efectivo del importe abonado. _____

_____ En la última audiencia (fs. 21), la señora García manifestó que atento las reiteradas faltas a las audiencias de la firma denunciada y la poca voluntad conciliatoria, solicitó el fracaso de la instancia y la aplicación de las sanciones previstas en la Ley de Defensa del Consumidor. _____

_____ Promovida imputación por presunta infracción al artículo 19 de la Ley de Defensa del Consumidor, la firma en su descargo destacó que permanentemente actuó con buena fe durante la etapa conciliatoria conforme los antecedentes obrantes en el expediente. Al respecto, refiere que pese a haber presentado descargo escrito en la primera audiencia a la que fuera citada - oportunidad en la que no se conocía en realidad lo que el denunciante pretendía atribuirle - compareció a una segunda audiencia fijada por la Secretaría con la intención de llegar a un acuerdo con el señor Berardo. Así, pese a la incomparecencia del denunciante, le ofreció disculpas y un resarcimiento económico muy por encima del perjuicio efectivamente alegado. _____

_____ A su vez, resalta que cuenta con una larga trayectoria en el mercado salteño, sin haber sido pasible nunca de sanción alguna por incumplimiento a la ley de defensa del consumidor. Asevera que la presente constituye la única denuncia formulada en su contra, siendo ello un claro reflejo de su conducta intachable. Por ello, solicita que para el supuesto que no se tenga en cuenta lo manifestado y se dicte una resolución contraria a ello, formula reserva del caso federal. _____

_____ Las probanzas recabadas en sede administrativa consisten en: copia del ticket emitido por Café del Tiempo por la suma de \$ 641,30 (pesos seiscientos cuarenta y uno con 30/00), copia del cupón de pago de Visa por el mencionado importe, copia del comprobante n° 13525 por la suma de \$ 583,00 (pesos quinientos ochenta y tres) (fs. 2) y nota de crédito a favor del señor Eduardo Berardo por la suma de \$ 200,00 (pesos doscientos) (fs. 47), y comprobante N° 109349 por el monto de \$ 257,00 (pesos doscientos cincuenta

y siete). _____

_____ El trámite concluyó con la resolución N° 3527/14, dictada el 18 de julio de 2014, que es objeto del presente recurso. _____

_____ IV.- Que en autos se encuentra reconocido por la denunciada el cobro de una diferencia de precio según el medio de pago, lo cual se encuentra expresamente prohibido por el artículo 37, inciso “c” de la ley N° 25.065, en cuanto dispone que el proveedor está obligado a no efectuar diferencias de precio entre operaciones al contado y con tarjeta. _____

_____ Al respecto, esta Sala tiene dicho que basta que la conducta de la firma encuadre en alguna de las prescripciones legales para que deba ser sancionada. Lo que sanciona la ley de defensa del consumidor es la omisión o incumplimiento de los deberes u obligaciones a cargo de los prestadores de bienes y servicios que fueron impuestos como forma de equilibrar la relación prestatario - consumidor. Tal como lo refiere la apelante, se trata de infracciones formales donde la verificación de tales hechos hace nacer por sí la responsabilidad del infractor. La jurisprudencia tiene dicho que no se requiere daño concreto, sino simplemente el incumplimiento de lo prescripto por la ley (C.Apel.C.C. Salta, Sala II, Libro de Sentencias Definitivas, 1° Parte, Año 2016, f° 35/38). _____

_____ Así, para la configuración de la conducta susceptible de sanción, no se exige un elemento subjetivo de culpabilidad ni la comprobación de daño del consumidor ni lucro o beneficio de parte del infractor. Se trata de tipos abstractos, que para su consumación no necesitan del perjuicio efectivo; asimismo, la presencia de dolo o culpa en el prestador del servicio no tiene gravitación en la concreta configuración de la infracción, pues basta con que se verifique una relación de contradicción entre la obligación impuesta y su incumplimiento (Lorenzetti, Ricardo L., “Consumidores”, págs. 503 y ss., Rubinzal- Culzoni, Sta. Fe, 2003) _____

_____ En virtud de tales consideraciones, es menester concluir que la resolución administrativa impugnada se encuentra suficientemente motivada en la infracción al artículo 19 de la Ley 24.240 que ha quedado comprobada

sobre la base de las constancias de la causa y del propio reconocimiento de la infractora, y no de meras presunciones como alude la recurrente en sus argumentaciones que no logran desvirtuar los válidos fundamentos de la decisión administrativa objetada. La infracción a la ley consumeril se halla comprobada, sin que sea menester su reiteración, dado que basta el solo hecho acreditado para motivar la aplicación de la sanción administrativa prevista en la norma. Se observa asimismo que la resolución reúne los recaudos de validez del acto administrativo impuestos por la Ley de la Provincia de Salta N° 5348. _____

_____ V.- Que en cuanto a los agravios referidos al monto de la sanción impuesta, si bien es dable puntualizar que el señor Berardo utilizó la nota de crédito el día 6 de abril de 2014 (fs. 47/49), no se advierte un criterio irrazonable o desproporcionado por parte de la Autoridad de Aplicación en la graduación del monto (\$ 6.000,00), ya que de la lectura de la resolución surge que ésta ponderó la verificación de perjuicio resultante de la infracción para el consumidor, quien no sólo se vio obligado a abonar una diferencia de precio por elegir el pago mediante tarjeta de crédito, sino que debió también soportar el mal momento y maltrato que implica tener que efectuar un reclamo pecuniario, recibir una negativa pese a su legitimidad, y en presencia de terceras personas. Valoró también la necesidad de prevenir la generalización de este tipo de infracciones; el hecho de que se encuentra expresamente prohibido por la Ley de Tarjeta de Crédito el cobro de diferencia según el medio de pago; el grado de intencionalidad y responsabilidad de la sumariada puesto que la conducta adoptada por la firma que no se compadece con el profesionalismo que es exigible a estas empresas, y la circunstancia de que, a pesar del reclamo, siguió en su postura de cobrar lo indebido. Tales pautas han sido razonablemente ponderadas y se adecuan a la previsión legal (art. 49, Ley 24.240). _____

_____ Nótese, asimismo, que el importe de la multa se encuentra comprendido dentro de la escala del artículo 47, inciso “b”, de la ley citada (\$ 100,00 a \$5.000.000,00, cf. ley 26.361) y no parece exorbitante en atención a

los fines que persigue la norma y a las pautas analizadas en la misma resolución. _____

_____ Al respecto, se ha destacado que la apreciación de los hechos, la gravedad de la falta y la graduación de sanciones pertenecen al ámbito de la Administración, cuyo ejercicio no debe ser sustituido por los jueces a quienes sólo les cabe revisarlas en caso de irrazonabilidad o arbitrariedad (cf. CNFed.C.Adm., sala III, LL, 2000-F-641). _____

_____ Asimismo, la queja referida a la orden de publicación de la sanción en un diario de amplia difusión carece de asidero, pues en modo alguno puede afirmarse que ella responde a una pretensión de lesionar el buen nombre y reputación de la infractora. Al respecto, es preciso resaltar que no es dable invocar como dirimente de dicha sanción accesoria el posible daño sobre el prestigio comercial del infractor, pues es su propio comportamiento, y no la publicación de la decisión sancionatoria, el que origina en todo caso el deterioro de su imagen. Debe destacarse que se trata de una pena accesoria que tiene por fin ilustrar al público consumidor de la infracción cometida (Lorenzetti, op. cit., pág. 507), que necesariamente debe ser impuesta (“en todos los casos”, cfr. art. 47 penúlt. párr.) a quien infringe la Ley de Defensa del Consumidor. _____

_____ En efecto, la publicación de la sanción es conjunta a todo tipo de sanción, tal como lo tiene decidido la Corte Suprema de Justicia de la Nación: “La facultad que le asiste a la Autoridad de Aplicación de graduar las sanciones de acuerdo a los antecedentes del infractor y de las circunstancias del caso (Art. 49), se limita a la facultad de aplicar, en forma conjunta o independiente, cualesquiera de las sanciones enumeradas en cada caso uno de los incisos del Art. 47, mas dicha facultad no alcanza al último párrafo del mencionado precepto, el cual determina de manera imperativa que la resolución condenatoria deberá publicarse en el diario de mayor circulación del lugar donde la infracción se hubiera cometido, a costa del infractor. Dicha disposición en examen -publicación imperativa- constituye una sanción accesoria insoslayable a aplicar, cualquiera fuere la sanción condenatoria

principal y con prescindencia de la levedad o gravedad de la infracción cometida y sancionada. De no ser así -aplicable a todos los casos- el legislador hubiera incluido a la publicación como un inciso más de los enumerados en el artículo en ciernes, convirtiéndola de ese modo en una sanción posible a aplicar, junta o independientemente con las demás” (CSJN, “Banco Bansud S.A. c/ Secretaría de Comercio e Inversiones -Disposición 1242/98”, 30/05/2001).

____ Por su parte, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso administrativo Federal, Sala III, en fecha 28 de junio de 2007 y en los autos “Club Mediterráneo Argentina S.R.L. c. Director Nacional de Comercio Interior”, señaló que: “La publicación imperativa de la parte dispositiva de la resolución que impuso una multa por incumplimiento a la ley 24.240 (Adla, LIII-D, 4125) contenida en el último párrafo del art. 47 de dicho cuerpo legal constituye una sanción accesoria insoslayable a aplicar, cualquiera fuere la sanción condenatoria principal y con prescindencia de la levedad o gravedad de la infracción cometida y sancionada”.

____ Sobre la constitucionalidad de la norma se ha expresado la jurisprudencia al afirmar que: “Debe rechazarse el planteo de inconstitucionalidad del art. 47 “in fine” de la ley 24.240 (Adla, LIII-D, 4125), en cuanto obliga a publicar la resolución condenatoria en el diario de mayor circulación del lugar donde se cometió la infracción, ya que la obligación consignada en la norma impugnada tiene como fin ilustrar a los consumidores sobre las contravenciones a sus derechos” (CNCont.Adm.Fed., Sala II, La Ley, 2005-E, 387).

____ En virtud de las razones expresadas, los agravios no pueden prosperar y voto por el rechazo del recurso.

____ VI.- Que en cuanto a las costas, los principios que rigen al respecto en materia de procedimiento contencioso administrativo me llevan a proponer establecerlas por el orden causado.

____ **La doctora Hebe Alicia Samsón dijo:**

____ Por sus fundamentos, me adhiero al voto que antecede.

_____ Por ello, _____

_____ **LA SALA SEGUNDA DE LA CÁMARA DE APELACIONES EN
LO CIVIL Y COMERCIAL,** _____

_____ **I.- NO HACE LUGAR** al recurso de apelación directa interpuesto por
CAFÉ DEL TIEMPO S.R.L. _____

_____ **II.- IMPONE** las costas por el orden causado. _____

_____ **III.- ORDENA** que se registre, notifique y devuelva a la Secretaría de
Defensa del Consumidor.- _____