

**NECESIDAD DE INCORPORAR EN NUESTRO CÓDIGO PENAL LA FIGURA
DE DEFRAUDACIÓN ACUMULATIVA. PROPUESTA NORMATIVA**

Por Nestor A. Oroño (*)

I) CONTEXTO

Resulta un dato de sencilla comprobación la necesidad para quienes vivimos en la sociedad actual de contar con bienes y servicios acordes al estadio de evolución que ésta ha alcanzado, para poder desenvolvernos así, conforme las expectativas, posibilidades y requerimientos que tal grado de evolución demanda.

En una elemental clasificación, podemos discernir, por un lado entre bienes y servicios primarios o indispensables, tales como agua potable y servicios sanitarios, energía eléctrica, gas, combustible, transporte, obra social, telefonía, entre los más importantes

Por otra parte, bienes y servicios secundarios -no indispensables-, pero que el nivel de evolución social hace que la mayoría de las personas aspiremos a contar con ellos, tales como, televisión por cable o por otro sistema de abono, internet, servicios financieros -vgr. cuentas bancarias, tarjetas de crédito, financiaciones diversas-, seguros, suscripciones de carácter profesional, etc.

Estos bienes y servicios -primarios y secundarios-, son prestados en su mayoría por empresas privadas o por empresas del Estado, que en sus políticas tratan de alcanzar emulando los parámetros de eficiencia y competitividad de las privadas.

La vinculación entre los proveedores-prestadores y quienes demandan dichos bienes o servicios -a los que indistintamente llamaremos usuarios, consumidores o abonados- se plasma mediante contratos estandarizados de adhesión, normalmente celebrados verbalmente por teléfono, o bien mediante sistemas informáticos o automatizados, reemplazando en la mayoría de los casos la tradicional modalidad escritural persona a persona.

En el devenir de la relación, el consumidor adherente no siempre recibe aquello que contrató, en otras oportunidades se verifica una sensible alteración en los términos que creyó contratar relacionados a costo,

calidad de los bienes o servicios, duración del contrato, entre las más frecuentes quejas escuchadas.

La cuestión adquiere dimensiones problemáticas cuando el adherente, usuario o consumidor pretende determinar, precisar o aclarar los términos de su relación con la prestadora. No es tarea sencilla lograr contacto efectivo y personal con dependientes o representantes de ésta, encontrando en muchas oportunidades como único interlocutor un sistema de contestador automático, o bien, la gestión a través de complejos sistemas automatizados, frecuentemente fuera de las posibilidades o de las habilidades del usuario.

Si se ha logrado penetrar esa muralla previa y establecer contacto real o virtual con la empresa, la siguiente faena en miras a variar la modalidad de prestación de los bienes o servicios o su adecuación a los términos convenidos, deviene casi imposible para el usuario.

II) FUNDAMENTOS

Se pretende mediante la tutela jurídico penal sancionar e impedir el abuso de posición dominante por parte de empresas públicas y privadas prestadoras de bienes o servicios públicos o privados, primarios o secundarios; la protección de los derechos de los consumidores en lo relativo a facturación, calidad del servicio, duración de la relación contractual y demás aspectos inherentes a la vinculación entre empresa y usuario.

En este tipo de relación, el consumidor se encuentra en clara situación de inferioridad ante hechos de notorio abuso por parte de la empresa, que individualmente considerados aparentan poca monta o insignificancia, por ejemplo la inclusión de cargos, débitos, seguros, etc., la reticencia por parte de los prestadores a otorgar la baja del servicio con la continuidad de la facturación, aún cuando el usuario manifieste su decisión en tal sentido, agravado por la complejidad propia de dichos trámites, según se apuntara precedentemente frecuentemente automatizados y fuera de las posibilidades de los usuarios.

Una vez que el consumidor ha formalizado su relación con el prestador, puede observarse la tendencia por parte de éste de mutar la especificidad del contrato por otro de tipo abierto que opere a modo de "bolsa" en la que

quepan todas las alteraciones, modificaciones o ampliaciones dispuestas unilateralmente por la empresa.

Es también un dato de fácil comprobación la problemática para acceder a la justicia por parte de los usuarios y consumidores respecto de las cuestiones o diferendos generados con motivo de la relación aludida, ante el costo y demás dificultades que ello importa, agravado por el desinterés de los operadores del sistema judicial en razón de los montos mínimos o irrisorios individualmente considerados.

Precisamente, esa insignificancia individual que junto a los demás inconvenientes apuntados desalienta el reclamo particular, es un factor a partir del cual se estructuran verdaderas políticas empresarias que reportan a los prestadores importantes beneficios dada la gran cantidad de usuarios en similar situación. De ahí su carácter "acumulativo".

La tutela penal apunta entontes, junto a otros dispositivos contenidos en el ordenamiento jurídico -por ejemplo Ley de Defensa del Consumidor, procedimientos administrativos de tutela a éste- a sancionar y prevenir prácticas desleales, con el objeto de fortalecer la transparencia en ese ámbito de relaciones.

III) ¿QUE ES LA DEFRAUDACIÓN ACUMULATIVA?

Este tipo penal se materializa mediante acciones reiteradas emergentes de una única decisión tomada en el seno de la organización, que persigue la ilegítima afectación al patrimonio de una generalidad de individuos ligados a ella mediante relación contractual, en una proporción que individualmente considerada no resulta cuantitativamente relevante, pero que en conjunto o sumatoria reporta importantes beneficios para el prestador, a través de la inclusión de cargos, seguros o diversas partidas generadoras de mayores costos en la facturación, resúmenes o cualquier otro sistema de cobranza, que no se encontraban expresamente convenidos, o bien mediante la continuidad de la facturación de los bienes y servicios cuando el usuario ha manifestado expresamente su decisión de dar por finalizada la relación contractual y ha dejado de utilizar los bienes o servicios.

Se entiende como beneficio ilegítimo aquel obtenido por el prestador o por terceros vinculados, más allá de los términos efectivamente convenidos con el consumidor,

mediante diversas maniobras, conforme se especifica en el párrafo precedente.

Resulta indiferente que el beneficio sea para el prestador directamente o que lo sea para otros sujetos vinculados a éste, por ejemplo las empresas aseguradoras o proveedoras de otros servicios que a través del contrato de adhesión originario se relacionan con los usuarios.

Se trata de un claro supuesto de defraudación por abuso de confianza, estructurado a partir de un contrato de adhesión a un servicio.

IV) PROPUESTA NORMATIVA

Agréguese como inc. 17 del art. 173 del Código Penal el siguiente texto: *"El prestador de bienes o servicios destinados a una pluralidad determinada o indeterminada de personas que incluya en la facturación, resúmenes o en cualquier medio de liquidación o de cobro que emita por bienes o servicios convenidos, importes, cargos, gastos o cualquier remesa que no se corresponda a bienes o servicios efectivamente prestados o que no fueren expresamente convenidos o autorizados al momento de la contratación o adhesión al servicio*

En la misma pena incurrirá quien incluya en las facturaciones, resúmenes o liquidaciones mencionadas en el párrafo anterior cargos por seguros, garantías o resguardos no contratados expresamente mediante firma gráfica, digital o electrónica del suscriptor o adherente y quien continuare emitiendo factura o liquidación por períodos posteriores a la baja requerida por el adherente.

En todos los casos se aplicará además pena de multa que se graduará entre cinco y cincuenta veces el monto resultante de la ilegítima inclusión en las liquidaciones o facturaciones de los rubros indicados en los párrafos precedentes.

Si la prestadora de bienes o servicios fuese una persona jurídica la pena de prisión se aplicará a los directores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, administradores, mandatarios, representantes, autorizados o funcionarios que hubieren autorizado o posibilitado la inclusión de dichos cargos, aún cuando el acto que hubiere servido de fundamento a la representación sea ineficaz.

La pena de multa se aplicará solidaria e indistintamente a la persona jurídica y a los sujetos incluidos en el párrafo anterior”.

a) Acciones penadas

Incluir en la facturación, resúmenes o en cualquier medio de liquidación o de cobro que se emita por bienes o servicios prestados, importes, cargos, gastos o cualquier remesa que no se corresponda a bienes o servicios efectivamente prestados o que no fueren expresamente convenidos al momento de la contratación o adhesión al servicio. Incluir en las facturaciones o liquidaciones mencionadas, cargos por seguros, garantías o resguardos no contratados expresamente mediante firma gráfica, digital o electrónica del suscriptor o adherente.

Debe tratarse de partidas o remesas destinadas a la generalidad de los suscriptores, independientemente de que se trate del mismo o de diverso monto, que tengan como efecto una incidencia mayor en el costo de los bienes o servicios que el usuario debe abonar, o bien aquellas acciones u omisiones que arrojen como resultado que el usuario deba seguir pagando por los bienes y servicios luego de haber manifestado de manera expresa su decisión de finalizar la relación contractual y no siga utilizando los bienes o servicios objeto de contratación.

Se entiende por facturación el conjunto de actividades que se realizan para emitir la factura, comprensiva de cómputo, lectura, determinación, revisión y control previo, liquidación de consumos, elaboración y entrega de la factura.

El delito se consuma con la emisión en los instrumentos indicados en la figura -factura, resúmenes, o cualquier otro, por ejemplo notas de débitos-, mediante los cuales el prestador o empresa exterioriza formalmente su pretensión ilegítima. No es requisito del tipo objetivo la percepción por parte de la prestadora de las remesas o períodos irregularmente facturados o incluidos en las liquidaciones emitidas.

b) Sujeto activo

Persona física o jurídica de carácter público o privado, prestadora de bienes o servicios públicos o privados, destinados a una pluralidad de sujetos nominados o innominados. Se establece un especial sistema de responsabilidad para los representantes de la persona

jurídica a fin de evitar que la responsabilidad por estos hechos se diluya en la estructura organizacional de la misma.

Es requisito que las personas físicas mencionadas en calidad de representantes de la persona jurídica hayan autorizado o posibilitado la inclusión de los rubros en cuestión en la facturación, resumen o liquidación, consagrándose la posibilidad de comisión del hecho por acción u omisión. Respecto de la modalidad omisiva, aquellos sujetos que dentro de la estructura organizacional tengan la función o deber de control sobre la correcta facturación o liquidación.

Se parte de la premisa que las decisiones y cursos de acción son propios del objeto o de la actividad de las personas jurídicas, que -por supuesto- ejecutadas por personas físicas, se entienden sólo en interés de aquella, por cuanto el beneficio personal es inexistente o indiferente para el ejecutor material, quien actúa en razón de su posición dentro de la estructura organizacional a fin de materializar decisiones constitutivas de políticas empresarias.

Se establece la solidaridad de la multa aplicada para la empresa y las personas físicas responsables por acción u omisión de la inclusión indebida o que hubieren posibilitado la continuidad de la facturación cuando se hubiere requerido la baja por parte del usuario.

La base de cálculo de la multa está dada por la suma que pueda resultar para la universalidad de casos comprendidos y no sobre la remesa individualmente considerada.

c) Sujeto pasivo

Pueden ser sujetos pasivos adherentes o suscriptores -plurales- de dichos bienes o servicios. Sujeto pasivo, es entonces quien se encuentre comprendido en una situación que abarca a una pluralidad de personas en similar condición contractual con la prestadora.

Por el contrario, quedan fuera del tipo las maniobras urdidas con la finalidad de perjudicar a un único sujeto determinado. Hecho que podrá -si reúne los elementos del tipo- quedar atrapado por el art. 172 del Código Penal o por alguna de las demás figuras legisladas en el art. 173 del mismo digesto.

En el aspecto procesal este tipo penal podrá dar lugar a las llamadas acciones de clase; aquellas que agrupan a una pluralidad de sujetos en similar situación

fáctica a los fines de hacer valer una idéntica pretensión jurídica.

d) Tipo subjetivo

La naturaleza del delito solamente admite su imputación con dolo directo, el que se integra con el conocimiento acerca de que los cargos incluidos no integran los términos contratados o aceptados por el usuario y la decisión de incluir los mismos en las facturas que éste debe abonar; o bien con el conocimiento de la decisión del usuario de poner fin a la relación contractual y no obstante ello mantener la continuidad de dicha relación con el fin de percibir un beneficio que no corresponde.-

(*) Profesor titular de Derecho Penal Parte General UCSF. Profesor titular de Derecho Penal Parte General UCA (Facultad Teresa de Avila). Profesor titular de Derecho Penal Parte Especial UCA (Facultad Teresa de Avila). Presidente del Instituto de Derecho Penal del Colegio de Abogados de Santa Fe.