

NEUQUÉN, 31 de Agosto de 2022.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**CERVIN CARLOS ANGEL C/ TELEFONICA MOVILES DE ARGENTINA S.A. S/ SUMARISIMO**", (JNQCIA4 EXP N° 524022/2018), venidos en apelación a esta **Sala III**, integrada por los vocales Marcelo Juan **MEDORI** y Fernando Marcelo **GHSINI**, con la presencia de la secretaria actuante, Lucía **ITURRIETA** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el juez **Ghsini** dijo:

I. La sentencia definitiva de primera instancia del 17 de diciembre de 2021 (h. 632/643), hizo lugar parcialmente a la demanda interpuesta por Carlos Ángel Cervin y condenó a Telefónica Móviles de Argentina S.A., a que rehabilite la línea 299-..., deje sin efecto la deuda generada por sistema, y abone al actor la suma de \$150.000, con más sus respectivos intereses.

A su vez impuso las costas en un 80% a cargo de la demandada y el 20% al actor.

II. Esa sentencia es apelada por la parte actora a h. 648 - presentación web n° 240002, con cargo del 22/12/2021-, y por el apoderado de la demanda a h. 649 -presentación web n° 240114, con cargo del 22/12/2021-.

II. a. Memorial del actor (h. 651/658 vta., presentación web n° 247296, con cargo del 03/02/2022).

En primer lugar, cuestiona el rechazo del deber de la demandada de dar a publicidad el reglamento de clientes de telefonía móvil, pues entiende que se trata de un derecho y no de un hecho que deba ser probado. Agrega que si bien está de acuerdo que el derecho no debe ser acreditado, existen leyes que establecen el deber de informar su propio texto al consumidor y usuario (art. 34 LDC y art. 1111 del CCC).

Luego de transcribir el art. 17 del Reglamento General de Clientes de Servicios de Comunicaciones Móviles, afirma que si bien la accionada sostuvo que el reglamento está publicado en su sitio web, ello es falso, y en todo caso debió probarlo no solo enunciarlo.

Vale decir, que debió dar amplia difusión al público en general como lo establece el art. 2 de la Resolución N° 490/97, lo que tampoco hizo.

En segundo lugar, se agravia porque la sentencia no le reconoce la calidad de cliente y dice que si bien es cierto que el cambio de titularidad de la línea jamás llegó a concretarse, ello fue por absoluta responsabilidad de la accionada.

Refiere que Telefónica reconoció que el actor y la señora Guzmán -titular de la línea- se hicieron presentes en el centro de experiencia al cliente y que la accionada se negó a hacer dicho cambio de titularidad por la existencia de una deuda pendiente de pago por otras líneas cuya titular era ésta última, con el argumento que ello constituye una prerrogativa reservada en el contrato. Cuestiona, la existencia del contrato entre Telefónica y Guzmán, porque en tal caso la demandada debió haber probado su existencia, cosa que no hizo.

Indica, que a pesar de ello, la sentencia tiene por probada la existencia del contrato negándole al actor la calidad de cliente.

Refiere, que la firma rechazó el cambio de titularidad al invocar una causal que no está prevista en el reglamento de clientes de telefonía móvil (art. 12 del reglamento mencionado).

Expone que Telefónica reconoció la legitimación activa del Sr. Cervin, de manera previa en los tres expedientes administrativos incorporados como prueba.

En tercer lugar, considera exigua la suma de \$50.000, determinada por la jueza en concepto de reparación del daño no patrimonial. Afirma que, la sentencia desconoce la calidad de consumidor hipervulnerable del actor -ello en función de la incapacidad física que lo afecta-, que le asignan los arts. 1 y 2 de la Resolución 139/2020.

Aduce, que ello quedó demostrado con el remito emitido por la firma Air Liquide, que provee oxígeno en estado puro al actor. Y que, en el mismo la gerencia tomó nota de que debía coordinar con

Cervin la entrega del mismo llamando por teléfono a la línea objeto de estas actuaciones.

Agrega, que ese no es el único padecimiento sufrido por el actor, sino que también se debe tener presente el maltrato sufrido como consecuencia de la cantidad de veces que tuvo que hacer los reclamos a telefónica.

Expresa, que durante la crisis sanitaria -situación de público y notorio conocimiento-, en función de las medidas de restricción en la circulación, las vías de comunicaciones digitales adquirieron suma importancia, a pesar de lo cual la accionada incumplía con su obligación de reestablecer el uso de línea de telefonía e Internet móviles.

Entiende, que la suma de \$50.000 de ninguna manera repara todo el daño ocasionado al actor, ya que no llega a ser el salario mínimo de bolsillo de un empleado de comercio. Y que, la acción involucró, entre otras cosas, fallas en un equipo de telefonía celular de gama media y que la suma con la que se pretende indemnizar no alcanza para la compra de un equipo equivalente.

En cuarto lugar, se agravia por el rechazo de la indemnización por daño material, pues como contrapartida de la inversión efectuada para la adquisición de los bienes y servicios ofertados por la demandada, se encuentra el derecho del consumidor de que nadie lo prive de tales bienes. Eventualmente, quién sufra un menoscabo injusto tendrá derecho a una reparación por los daños materiales.

En quinto lugar, considera insuficiente la suma otorgada en concepto de daño punitivo (\$100.000), y ese importe no sirve para cumplir con la función disuasiva, y con ello evitar que la conducta de la demandada se reitere.

Menciona, que en el expediente administrativo se estableció una multa de \$50.000 en contra de la accionada, que resultó parcialmente revocada y se fijó en \$10.000, y que a pesar de ello, la accionada continuó sin ajustarse a las normas. Entre ellas, cortó una línea por un error que luego fue reconocido, siguió facturando

períodos con la línea cortada, y que a pesar de recibir la orden de restablecerla desde el ENaCom, no lo hizo y se le impuso una multa, pero continuó incumpliendo.

En sexto lugar, controvierte el comienzo del cómputo de intereses que fija la sentencia (desde la denuncia) porque entiende que los mismos se deben desde el incumplimiento de la demandada, consistente en la falta de suscripción del contrato, esto es desde el 27 de noviembre de 2012.

En séptimo lugar, se agravia por el rechazo del cambio de titularidad de la línea, y propone que Guzmán y Cervín se acerquen al centro de atención a solicitarlo.

Expone que los nombrados ya hicieron eso sin lograr el resultado correspondiente y la demandada reconoció que no efectuó dicho traspaso por falta de pago, ello a pesar de que ninguna norma la autorizaba. Dice que es una situación equiparable a la del cliente cautivo, a quién no se le da la baja de un servicio por falta de pago, cuando ese es el proceder, independientemente de la deuda.

En octavo lugar, argumenta que corresponde que la totalidad de los honorarios regulados sean a cargo de la accionada por resultar perdidosa.

Sustanciado el recurso (08.02.2022- h. 659) la demandada no lo responde.

II. b. Memorial de agravios de la accionada (h. 660/665, presentación web 249870, con cargo del 08/02/2022).

Cuestiona que se la haya condenado a abonar la suma de \$50.000 en concepto de daño no patrimonial, a pesar de reconocer expresamente que no existió en autos prueba de dicho daño.

Expresa, que la sentenciante ha omitido tener presente que sin perjuicio de ser una relación de consumo, por ello no deja de ser una relación contractual, y en consecuencia el criterio para el otorgamiento de esta especie de daño es de carácter restrictivo.

Indica que no cualquier descuido contractual o derivados de las relaciones de consumo pueden generar por sí mismos un resarcimiento por daño no patrimonial, sino que para que ello ocurra

el afectado debe acreditar de manera concreta que por dicho incumplimiento o falta de prestación en una relación de consumo, ha sufrido una lesión de tal índole.

Afirma, que el accionante no ha aportado elementos de convicción suficientes que autoricen a considerar configurado el daño extra patrimonial, no obstante que corresponde a dicha parte la carga de la prueba referida a ese extremo (art. 377 del CPCyC).

En segundo lugar, para el caso que no prospere el agravio anterior, cuestiona el tipo de tasa de interés que se ordena aplicar a la condena por daño moral, por cuanto al ser dicha indemnización una deuda de valor cuantificada a la fecha del decisorio, la adición de intereses a tasa activa que contiene un componente de actualización del dinero, implica un enriquecimiento sin causa de la parte actora.

En tercer lugar, se agravia porque se la condena a abonar daño punitivo, y dice que para su procedencia no basta el mero incumplimiento obligacional, sino que junto a ello, la conducta del incumplidor debe ser maliciosa e intencional, y debe configurar un grosero menosprecio por la situación del consumidor.

Sostiene, que tales extremos no han sido acreditados en autos y que tampoco se puede arribar a dicha conclusión por mera presunción, ello porque la Cámara en sus tres salas, se ha señalado que la procedencia del presente rubro debe ser estricta.

Argumenta, que el otorgamiento de daño punitivo configuraría la violación de la garantía constitucional del Non Bis In Idem, ya que en las actuaciones administrativas dicha sanción ya fue impuesta.

En cuarto lugar, cuestiona la aplicación de intereses sobre el daño punitivo, pues no es correcto, atento a que nos encontramos frente a una sentencia constitutiva de una sanción, donde al momento de sentenciar debe evaluarse si se configuran los requisitos de hecho y legales para que la misma sea procedente, y luego, los accesorios deben aplicarse al momento en que queda firme dicha sentencia, y no en forma retroactiva.

Sustanciado el recurso (14/02/2022, h. 666) la actora no contesta.

III. Ingresando al tratamiento de los agravios, por una cuestión de buen orden metodológico corresponde abordar en primer término los expuestos por el actor.

III. a. Así, en lo que respecta al reglamento de clientes de telefonía celular, comparto las consideraciones efectuadas en la sentencia, en cuanto a que, al tratarse de un reglamento aprobado mediante una resolución del Ministerio de Modernización (Res. 733-E/2017), al tratarse de una cuestión de derecho y no de hecho, no corresponde acreditar su existencia.

En cuanto a su publicidad, en la sentencia se dijo que su acceso es irrestricto y público, ya que dicho reglamento se encuentra en los portales de internet de la empresa, de Enacom y en los digestos normativos.

Por lo tanto, con ello considero que se ha dado debidamente cumplimiento con lo dispuesto en el art. 17 del reglamento, el que dispone que: "El prestador deberá colocar en sus sitios de internet en forma destacada y fácilmente accesible el presente reglamento y el texto completo y actualizado de la Ley N° 24.240".

Ahora bien, -a diferencia de lo expuesto en la sentencia de grado, respecto del destinatario y a la publicidad de dicho reglamento, considero que el destinatario no solo es el "cliente" de la empresa, sino que también abarca a los consumidores y usuarios, por lo tanto, ante requerimiento de cualquiera de ellos, más allá de que dicho reglamento se encuentre en internet, la empresa debe brindar la información de manera escrita, vía mail o por cualquier otro medio de comunicación que garantice en forma fehaciente su conocimiento y su puesta a disposición.

De allí que, si un cliente, usuario o consumidor, solicita la entrega de un ejemplar de dicho reglamento, más allá de su promoción por internet o en el digesto normativo, la empresa de servicios debe procurar la información a través de alguno de los medios mencionados anteriormente.

Por lo tanto, más allá de tratarse de una cuestión de derecho, y que el reglamento no requiera de la prueba de su existencia, esto de manera alguna invalida las normas tuitivas que amparan el derecho de información del cliente, consumidor o usuario de los servicios de telefonía e internet brindados por la demandada.

En tal sentido, el art. 4 de la LDC, dispone: "El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con claridad necesaria que permita su comprensión".

La norma mencionada impone a la empresa de servicio un deber, que consiste en "suministrar", no solo al cliente, sino también al usuario o consumidor, información detallada de las características esenciales del servicio que brinda.

Por lo tanto, cabe concluir que, si bien una de las formas es suministrar dicha información a través de su publicación por Internet -esto constituye solo uno de los medios para difundir y dar a conocer el reglamento-, pero no el único.

De manera que, ante requerimiento del cliente, usuario o consumidor de dicho servicio, la firma tiene el deber de colaborar -más allá de que se trate de un reglamento aprobado a través de una Resolución Ministerial y que se encuentra publicado en Internet- y facilitando dicha información, cualquiera sea el medio empleado (por escrito, mail etc.).

A fin de despejar todo tipo de dudas, y más allá que el actor pudo tener acceso al reglamento (vía internet), corresponde ordenar a la demandada, que en el plazo de diez días de notificada de esta sentencia, ponga a su disposición un ejemplar impreso del mismo, que deberá ser retirado bajo debida constancia.

En lo que respecta a la calidad del actor en la relación de consumo, la jueza lo considera "consumidor" y no le otorga la categoría de "cliente" como él pretende. Para así hacerlo, señaló que

el art. 6 del reglamento general de clientes, establece que: "El uso y pago del servicio, realizado por una persona distinta del cliente, no le otorga a aquella tal carácter, ni exime al cliente de las responsabilidades emergentes del contrato y del presente reglamento".

Si bien en función del reglamento esto es así, considero que más allá de que la gestión de traspaso de la línea no haya podido concretarse, al seguir siendo titular de la línea la Sra. Guzmán, el actor deberá contar con la conformidad de ésta última para poder concretar el cambio de titularidad de la línea telefónica y de los servicios de los cuales es usuario, y con ello obtener una facturación, independiente de las demás líneas y servicios contratados por su titular.

Así, a los fines de efectivizar el traslado de los servicios pertinentes a nombre del actor, deberá requerirse la conformidad de la señora Guzmán, en la sede de la firma demandada, o en su caso, se debe efectivizar en estos autos para que se libren los oficios pertinentes para el cambio de titularidad.

III. b. En lo que respecta a los agravios referidos a la procedencia y cuantificación de los rubros: daño material, daño extra patrimonial y daño punitivo; como así el cómputo de los intereses de estos últimos, para una mejor exposición serán abordados de manera conjunta.

En estas actuaciones ha quedado firme y consentido que los incumplimientos alegados por el actor que justifican el reclamo de los daños y perjuicios, son los mismos hechos que fueron denunciados en el expediente administrativo que tramitara con anterioridad al inicio de la presente causa.

Así, el demandante reclama los daños ocasionados por las fallas en el servicio de internet, en el equipo Sony Xperia, Modelo ZL, que fuera reemplazado por otro equipo marca LG, que tampoco funcionó correctamente; falta de reconocimiento o bonificación de las horas en la que no tuvo disponible el servicio.

En lo relativo a la prueba de los hechos invocados, se comparten las consideraciones efectuadas en la instancia grado, en

cuanto a que es la empresa, por estar en mejores condiciones para hacerlo, quién debe acreditar que el servicio técnico del equipo fue el adecuado; que se cumplieron con las condiciones de la garantía; y que el servicio de internet funcionó correctamente.

De modo que, en tanto Telefónica Móvil no ha aportado prueba alguna que justifique el cumplimiento regular de los servicios que prestó a favor del actor (art. 53 de la LDC), corresponde confirmar la sentencia en cuanto consagra su responsabilidad.

Ahora cabe analizar la procedencia y cuantificación de cada uno de los rubros que han sido motivo de apelación.

a) En cuanto al **daño no patrimonial** reclamado, más allá de tratarse de una cuestión de índole contractual, el mismo resulta procedente, cuando como consecuencia de la adquisición de productos o de una deficiente prestación del servicio, el consumidor se ve afectado en su faz espiritual, anímica y en su tranquilidad.

Con respecto a esta especie de daño, si bien resulta de difícil acreditación ante la imposibilidad de producir prueba directa del perjuicio experimentado, usualmente se recurre a indicios que permitan presumir su existencia.

En lo concerniente a su acreditación, es conteste el criterio de esta Sala en cuanto a que no se exige una prueba acabada de su existencia, desde que no es posible mensurar conforme a los parámetros que se emplean para cuantificar el daño material, sino que cabe presumirlo en función de la entidad del hecho y las repercusiones que el mismo produjo.

En la causa ha quedado acreditado que el actor -destinatario del servicio brindado por la demandada -es una persona de 70 años, que posee certificado único de discapacidad, con diagnóstico: "Dependencia de otras máquinas y dispositivos capacitantes. Insuficiencia respiratoria crónica. Enfermedad pulmonar obstructiva crónica no especificada" (ver informe de h. 366).

Es decir, que no se trata solamente de un incumplimiento del contrato de servicios por parte de la demandada, con los inconvenientes usuales que ello genera a un consumidor tipo, sino que en función de la calidad que reviste el actor -persona mayor de 70 años, con discapacidad crónica- se trata de un consumidor hipervulnerable, conforme art. 2 de la Resolución N° 139/2020, y esto adquiere mayor relevancia para justipreciar la procedencia del daño extra patrimonial.

Sabido es que, el servicio de telefónica celular e internet, es utilizado en la actualidad para un gran número de tareas importantes de la vida diaria, desde lo afectivo, hasta para contratar o pagar servicios de carácter esencial, adquirir bienes, etc. De forma que, cuando persona consumidora de tales servicios brindados por la empresa de telefonía, acredita a su vez su estado de vulnerabilidad como consecuencia de padecer alguna discapacidad, el daño extra patrimonial resulta más factible de concretarse. A los inconvenientes de la utilización de tales servicios, se le suman las dificultades propias de la persona para asistir personalmente a concretar tales operaciones.

En el caso, no se trata de simples molestias ocasionadas a un consumidor tipo, por incumplimiento irregular del servicio de telefonía, sino de una persona que en función de su edad y estado de salud, depende en gran medida de la utilización de dichos servicios de telefonía celular e internet para desenvolverse en su cotidianidad.

Es decir, a las dificultades propias de la edad y de la discapacidad del accionante, se le suma el incumplimiento de la empresa en proporcionarle a éste último un servicio digital de comunicación -vía celular e internet- dificultando su posibilidad de intercomunicación no solo con sus pares o allegados, sino en la vida diaria (pago de facturas, utilización de correo electrónico, solicitud o cambio de servicios, etc.).

En consecuencia, el daño no patrimonial resulta procedente, lo que se traduce no solo en las molestias y reclamos que tuvo que

efectuar el actor para el restablecimiento adecuado del servicio, sino también por la repercusión anímica (desosiego, preocupación, angustia) que de ordinario ello genera en una persona de la edad y con la discapacidad crónica que padece el señor Cervín.

En cuanto a su cuantificación, no es posible mensurar su existencia de acuerdo a los parámetros que se emplean para cuantificar el daño material, sino que cabe presumirlo en función la entidad del hecho y las repercusiones que el mismo produjo.

En lo que respecta a la cuantificación del daño no patrimonial, el art. 1741 del Código Civil y Comercial de la Nación nos brinda una pauta orientativa al establecer que su monto, se encuentra sujeto a una prudente ponderación, por lo que "debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas".

Precisamente, las satisfacciones a las que alude la norma, se traducen en procura de mitigar en alguna medida la angustia, desazón, y la perturbación que vivenció la víctima como consecuencia del incumplimiento injustificado de la accionada, en el cumplimiento regular de las obligaciones que estaban a su cargo.

Observo, que ese daño no patrimonial fue valorado en la instancia de grado en la suma de \$50.000, con más sus respectivos intereses (Tasa Activa del BPN SA) desde la denuncia administrativa (11 de noviembre de 2015) hasta su efectivo pago.

Ese monto es cuestionado por el actor, quién lo considera bajo, por resultar desproporcionado con los padecimientos sufridos; y la demandada, quién ataca el monto y el tipo de tasa de interés que se aplicada sobre el mismo, por considerar que al tratarse de una deuda de valor, corresponde se aplique una tasa de interés distinta (tasa pasiva) a la fijada en la instancia anterior.

En lo que respecta al importe del daño extra patrimonial, la suma de \$50.000, que fija la sentencia no ha sido determinada como una deuda de valor, pues si ello fuera así, a la fecha de su determinación (17 de diciembre de 2021, conforme S.M.V.M. Res. CNE. N° 11/2021: \$32.000 www.argentina.gob.ar/trabajo/consejodelsalario),

ello sería el equivalente a un salario y medio, lo que resultaría insuficiente para reparar el daño extra patrimonial experimentado por el actor. Y por otra parte, si se hubiera determinado como una deuda de valor, tampoco se hubieran aplicado los intereses a tasa activa del BPN, desde la fecha del reclamo administrativo hasta su efectivo pago.

Por lo tanto, la suma determinada en la sentencia en concepto de daño no patrimonial, a los fines de analizar su cuantificación, debe ser valorada a la fecha del reclamo administrativo. En tal sentido, efectuando los cálculos pertinentes, el importe de dicha indemnización a la fecha del inicio del reclamo administrativo (11/11/2015), equivale a nueve salarios (SMVM Res. CNE N° 4/2015: \$5.580).

En base a los padecimientos sufridos por el actor a causa del incumplimiento de la demandada, considero que la suma de \$50.000 fijada en concepto de daño no patrimonial -que equivale a nueve salarios SMVM- a la fecha del reclamo, con más sus intereses a tasa activa del BPN, resulta adecuada para reparar en este caso particular, esta especie de daño, por lo que propiciaré al acuerdo su confirmación.

En relación al rubro "**daño material**", la jueza consideró que no encuentra evidencias que sugieran su existencia, y agrega que, en relación al perjuicio material no hay alegación respecto a qué daño material se produjo como consecuencia del mal funcionamiento del aparato celular o del servicio de internet y de telefonía, situación que impide admitir la pretensión.

El actor expuso que quién realiza la inversión para adquirir esos bienes y servicios tiene derecho a su uso y goce pacífico, comprensivo del derecho de que nadie lo prive de tales bienes. Y que, eventualmente, quién sufra un menoscabo tendrá derecho a una reparación por daños materiales.

Advierto que no logra conectar el incumplimiento o cumplimiento defectuoso que alega, con la existencia de algún daño particular de índole patrimonial para justificar su procedencia. Esto

es, además del hecho antijurídico, su relación de causalidad con el daño.

De modo tal, que si bien se encuentra acreditado en autos, a través del expediente administrativo 4349-006114/2015, que el señor Cervin denunció los mismos hechos que describe en la demanda, esto es, fallas en el servicio (cortes en el servicio de internet), fallas en el equipo adquirido en primer lugar (marca Sony Xperia, modelo ZL, con garantía Premium), que fuera reemplazado por otro equipo (LG, modelo mini) y que también presentara fallas, más allá de la existencia de dichos incumplimientos, el actor no ha acreditado, ni siquiera ha hecho una clara y concreta mención de los daños patrimoniales que experimentados como consecuencia de dicho incumplimiento.

Por tal motivo, el agravio será rechazado.

En lo que respecta al **cómputo de intereses sobre el daño extra patrimonial**, los mismos deben ser calculados desde el momento de la primera denuncia administrativa, esto es desde el 11/11/2015, y no como pretende la actora, es decir, desde la falta de presentación del contrato.

Ello en función de que, más allá de su calidad de consumidor, no ha revestido el carácter de contratante directo, por lo que las consideraciones que menciona como incumplimiento de la demandada no pueden ser tenidas en cuenta como fecha de inicio del cómputo de los intereses en la forma pretendida.

En relación a los intereses sobre el daño punitivo, los mismos correrán en la forma que se indicara oportunidad de ingresar al tratamiento de éste agravio específico.

En cuanto al **daño punitivo**, la demandada cuestiona su procedencia, por entender que para su aplicación no basta el mero incumplimiento obligacional, sino que la conducta del incumplidor debe ser maliciosa o intencional; también en apoyo de su postura, argumenta que el otorgamiento de esta especie de daño configura una violación del principio "Non Bis In Idem", ya que dicha sanción fue

impuesta en sede administrativa. Finalmente ataca el comienzo del cómputo de sus intereses.

Con respecto a este instituto, cabe recordar que la reforma introducida a la Ley de Defensa del Consumidor, a través de su art. 52 bis, nos ha traído la figura de los daños punitivos de neto corte Anglosajón. El mencionado artículo (según Ley de Reforma 26.361) 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 artículo 47, inciso b) de esta ley".

Al efectuar un análisis de la norma transcripta, advierto que no cualquier incumplimiento contractual o legal, puede servir de sustento para imponer una pena pecuniaria de índole civil que condene al incumplidor a reparar fuera de los límites del perjuicio efectivamente sufrido.

Esta norma brinda al Juez un parámetro de referencia muy amplio, facultándolo -a instancia del damnificado- a aplicarla cuando: "el proveedor no cumpla con sus obligaciones legales o contractuales", lo que pareciera significar ab-initio que cualquier incumplimiento legal o contractual serviría de sustento para aplicar la sanción civil allí consagrada.

Ahora bien, cabe destacar que el artículo no obliga a los jueces a sancionar pecuniariamente cualquier incumplimiento legal o contractual, pues el mismo dispositivo dice expresamente que: "el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor...", es decir que, a pesar de verificar el incumplimiento, puede no aplicarla.

De allí, que corresponde a los jueces en primer lugar verificar la existencia de un incumplimiento de índole legal o contractual y luego evaluar si corresponde sancionar o no al responsable de esa inobservancia fuera de los límites de la reparación del perjuicio ocasionado.

Esta tarea no resulta fácil, máxime cuando la misma norma que consagra la sanción no brinda un marco de referencia -más allá del mero incumplimiento legal o convencional- al que atenerse en lo que hace a la procedencia o improcedencia de los daños punitivos.

En honor a la prudencia, no cualquier incumplimiento debe ser sancionado con una multa de carácter pecuniario, sino que cada caso en particular debe ser evaluado con suma mesura, para verificar si en los hechos la inobservancia aludida amerita, más allá de la reparación de los perjuicios ocasionados, sancionar al incumplidor.

Para la procedencia del daño punitivo no necesariamente se requiere culpa grave o dolo en el incumplidor, sino que, en determinados casos, también procede cuando la conducta del proveedor del bien o servicio, frente al reclamo concreto del consumidor, sea desaprensiva, desinteresada, y haya tenido por efecto prolongar de manera innecesaria y sin justificación el reclamo, obligándolo a transitar no solo por la instancia administrativa, sino también judicial.

De allí que, para que resulte procedente la sanción pecuniaria del art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor, se requiere no sólo la existencia del aspecto objetivo, entendiéndose por tal al incumplimiento legal o contractual, sino también junto con él, un elemento subjetivo que sirva para calificar a dicha conducta, la que no necesariamente debe traducirse en una conducta dolosa o gravemente culposa, sino también en un manifiesto desinterés frente al reclamo genuino del consumidor.

Ello así, porque una de las funciones del daño punitivo es la de evitar la repetición de conductas que menoscaben los derechos de los consumidores, y entre estas, no puede dejar de mencionarse aquellas que se traducen en desidia por parte de la firma proveedora

de ese bien o servicio frente al reclamo genuino de un consumidor, aun cuando la culpa no sea grave, siempre que dicha conducta haya provocado una dilación innecesaria en el reconocimiento del derecho reclamado.

En el caso, la jueza consideró procedente la multa civil, al entender que la empresa dio de baja la línea telefónica del actor con fundamento en una deuda inexistente, pues fue generada por un error propio; por otro lado, no solo no acreditó que la línea funcionara correctamente, sino que tampoco resolvió deficiencias del servicio y del aparato vendido al Sr. Cervin. Y finalmente, expuso que la empresa tuvo múltiples oportunidades para resolver el caso, pues el actor insistió una y otra vez en su reclamo, sin lograr solucionar el problema, lo que evidencia un desinterés en la firma en resolver el conflicto.

A mi modo de ver, el razonamiento expresado en la sentencia es correcto, pues se observa que la demandada incumplió con las prestaciones a su cargo y a pesar de los diversos reclamos del actor, se comportó de manera desinteresada y no solucionó los problemas planteados. Es precisamente ese desinterés en brindar una solución a los problemas que aquejaban al actor lo que la norma trata de sancionar y en su caso evitar.

De manera que, ese comportamiento justifica la aplicación de la sanción pecuniaria civil por la actitud posterior que tuvo la demandada, quién en lugar de dar una repuesta a los reclamos efectuados en varias oportunidades, asumió una conducta totalmente desaprensiva en desmedro de los derechos del consumidor, actitud que se vio reflejada aún durante la tramitación de este proceso judicial.

Dicha conducta, en el presente caso, es merecedora de la sanción punitiva del art. 52 bis de la Ley N° 24.240, con la finalidad de persuadir a la demandada, para que en el futuro, ya sea frente al reclamo del actor o frente al de cualquier otro usuario, brinde la colaboración necesaria para buscar una solución al problema y no actúe de manera desinteresada, provocando su judicialización y consiguiente dilación en el tiempo.

Con respecto a las consideraciones de la demandada en cuanto a que la sanción del art. 52 bis de la LDC, ya ha sido aplicada en sede administrativa y que aplicación en esta causa implica una doble sanción por el mismo hecho, diré que ello no es así, en función de lo que expondré seguidamente.

Considero que la multa civil no tiene naturaleza penal, por lo que no resulta de aplicación el principio "Non Bis Idem". Así, la sanción consagrada en el art. 52 bis de la LDC, no apunta a la prevención o represión de un delito, sino que esta orientada a "disuadir" a las empresas proveedoras de un servicio de conductas reiteradas que lesiona los derechos de los consumidores o usuarios.

De modo que, si la función punitiva del derecho civil es la de "evitar" y en su caso "disuadir" a las empresas para que cambien su actitud frente al consumidor o usuario, en caso de que dicha actitud persista, no existen obstáculos para que, en función de la reiteración y prolongación de la conducta, se imponga una nueva sanción.

Dicho lo anterior, para un correcto discernimiento del importe del **daño punitivo**, resulta necesario indagar acerca de la finalidad del mismo, en el contexto del actual derecho de daños.

La finalidad del daño punitivo se perfila no sólo a sancionar la conducta del infractor, en cuanto ha demostrado desinterés pleno y manifiesto, en brindar una solución de corto o mediano plazo a su cliente, sino que también se enfoca en prevenir la reiteración de hechos similares en el futuro. Máxime, cuando muchas veces las vías de reparación habituales resultan insuficientes para evitar la repetición de una conducta similar.

No obstante, resulta imposible de antemano recurrir a fórmulas matemáticas que eliminen la valoración subjetiva que la LDC coloca en cabeza de la judicatura. Esta subjetividad es un propósito del sistema y no una consecuencia disvaliosa, tal como tantas veces se presenta. El único límite -como en todo enjuiciamiento valorativo- es la **razonabilidad** de la solución.

Tal es así, que la utilización de una fórmula de matemática financiera solamente constituirá una pauta adicional para analizar, si en un caso concreto, la multa civil genera disuasión en el infractor, más no resulta conveniente ni mucho menos legalmente exigible, seguir a ciegas fórmulas que de otro modo se constituirían en una suerte de tarifación que la ley no contempla.

La Ley de Defensa del Consumidor en su art. 52 bis, establece que la multa se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, con independencia de otras indemnizaciones que correspondan. Esto implica que, a los fines de la determinación de la multa se debe analizar el contexto en que se produce la conducta sancionada.

Para la procedencia y graduación de la multa civil, debe ponderarse no sólo la existencia de incumplimiento, sino también en qué contexto se ha dado, es decir, "como se incumple", teniendo para ello en cuenta las circunstancias, de persona, tiempo y lugar.

En base a tales lineamientos, y teniendo en cuenta lo desarrollado en relación a la procedencia del daño punitivo, considero que el importe fijado en la instancia anterior (\$100.000), guarda adecuada proporción con el incumplimiento y la conducta asumida por la accionada, ante el reclamo efectuado por el actor por los inconvenientes experimentados en la prestación del servicio, y que fueron motivo de expreso reclamo, por lo que dicho importe debe ser confirmado.

La sentencia ordenó la aplicación de intereses sobre este rubro a partir de la primer denuncia administrativa (11/11/2015) y hasta su efectivo pago.

La empresa expone que la multa por daño punitivo no consiste en la reparación de un menoscabo, sino que tiene naturaleza punitiva/sancionatoria, que nace con el dictado de la sentencia, no tiene efectos retroactivos, por lo que no corresponde la aplicación de intereses en la forma dispuesta en instancia de grado.

Considero que, dada la naturaleza sancionatoria, preventiva y disuasiva que caracteriza al daño punitivo, y al ser el instituto de interpretación restrictiva y de aplicación excepcional, los intereses no se retrotraen a la fecha de los acontecimientos que dieron lugar a la demanda, sino que deben computarse a partir de los diez días de dictada la sentencia de primera instancia.

Ello así, pues antes de su imposición judicial no habría posibilidad de que el pago de dicho monto sea exigible, y como consecuencia de ello no habría intereses moratorios que computar.

En resumidas cuentas, propondré que los intereses moratorios correspondientes al daño punitivo, comiencen a correr a partir de los diez días de dictada la sentencia de grado.

En cuanto a las costas, en la instancia anterior se distribuyeron en un 80% a la demandada y en un 20% a cargo del actor. Para así hacerlo, la jueza tuvo en cuenta el resultado parcialmente favorable obtenido por el actor.

Soy de la opinión que independientemente que la demanda haya prosperado solo parcialmente, aunque en su mayor extensión, cuando se trata de debatir y decidir cuestiones que involucran derechos del consumidor, para la imposición de costas no solamente debe tenerse en cuenta el resultado parcial arribado, sino el comportamiento que han tenido las partes.

A mi criterio, aún cuando la demanda haya prosperado en su mayor extensión y no en su totalidad, pero haya sido la actitud reticente y desinteresada de la empresa demandada la que dio lugar al inicio de la demanda judicial, es ésta última, con independencia del resultado parcial obtenido, quién debe cargar con las costas generadas en el proceso judicial.

En función de lo expuesto, la imposición en costas de primera instancia debe ser modificada, imponiéndose en su totalidad a la demandada. En cuanto a las costas de Alzada, por los mismos motivos, serán a cargo también de la demandada.



IV. Por todo lo expuesto, propongo al acuerdo, hacer lugar parcialmente a los agravios del actor y de la demandada, y en consecuencia, modificar la sentencia de primera instancia en la forma dispuesta en los considerandos.

Teniendo en cuenta el resultado obtenido, y ponderando el hecho que la actora tuvo motivos para iniciar el presente reclamo judicial, las costas de ambas instancias serán impuestas en su totalidad a la accionada.

En cuando a los honorarios correspondientes a esta instancia, los mismos se regularan en el 30% de los fijados en la instancia de grado conforme art. 15 L.A.

Tal mi voto.

El juez **Medori** dijo:

Por compartir la línea argumental del voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **Sala III**

RESUELVE:

1.- Modificar la sentencia de primera instancia, de conformidad a los argumentos expuestos en los considerandos.

2.- Las costas de ambas instancias se imponen a la accionada.

3.- Regular los honorarios de los profesionales que intervinieron en esta instancia en el 30% de los fijados en la instancia de grado (art. 15 L.A.).

4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y oportunamente, vuelvan a origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dra. Lucía Iturrieta - SECRETARIA