

En la ciudad de General Roca, a los 26 días de julio de 2021. Habiéndose reunido en Acuerdo los Sres. Jueces de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro, con asiento en esta ciudad, para dictar sentencia en los autos caratulados: "MIRANDA DIEGO C/ TELEFONICA MOVILES ARGENTINA S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (Ordinario) (*) " (Expte. N° A-2RO-1462-C1-18), venidos del Juzgado Civil N° Uno, previa discusión de la temática del fallo a dictar, procedieron a votar en el orden de sorteo practicado, transcribiéndose a continuación lo que expresaron:

EL SR. JUEZ DR. VICTOR DARIO SOTO, DIJO:

Se han elevado los presentes autos, para el tratamiento del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada; teniendo presente que también lo había hecho la actora -luego desistido-. Se encuentra fundado y contestado en el SEON el recurso cuyo tratamiento habrá de abordarse; todo en relación a la sentencia de primera instancia del 20 de noviembre de 2020.-

1.- Cabe señalar aunque sea liminarmente y para dar el debido contexto a los agravios y su contestación, que la sentencia de primera instancia acogió el reclamo del actor, en el marco de la normativa consumeril, condenando a la demandada a abonar la suma de \$ 700.000,00.- que contempla el resarcimiento del "daño extrapatrimonial" o moral -en la suma de \$ 400.000,00.- y la aplicación del "daño punitivo" en la suma de \$ 300.000,00.-

2.- La parte demandada ha traído sus agravios, cuestionando inicialmente el supuesto incumplimiento de la sentencia en torno a las imposiciones emergentes del art. 200 de la Constitución Provincial, y del art. 34, inc. 4° del CPCCRN, al carecer de fundamentación adecuada y suficiente en relación a la condena a abonar indemnización por daño moral y sanción por daños punitivos.-

En segundo lugar, y en lo que hace al daño punitivo, se ha alzado el recurrente contra la condena, por entender que no se advierte de parte de la empresa demandada, una conducta punible.-

Agrega que si bien no escapa al conocimiento de esta parte la existencia de la doctrina legal emergente del fallo ?Coliñir? (STJRNS1, Se. N° 145/2019), y que por ello al juzgador le basta con tener por cierto el incumplimiento de obligaciones legales o contractuales para aplicar la sanción, en una suerte de responsabilidad objetiva, su parte introduce el presente agravio en miras a un eventual recurso extraordinario federal.

Que en definitiva y en torno al daño punitivo, critican también que se haya aplicado la figura, en los términos del precedente "Coliñir", por entender que se trata de una especie de objetivización de las sanciones, que pierde de vista el cometido de la figura, según desarrolla.-

Posteriormente, el recurrente se agravia en función de la cuantificación hecha del "daño punitivo" el que ataca también desde el ángulo de la congruencia, trayendo a colación que la parte actora ha reclamado \$ 200.000,00.- y finalmente se terminó condenando por un importe mayor, de \$ 300.000,00.-

Luego ha enfocado la crítica en torno al "daño moral",

Sostiene el recurrente que la indemnización concedida es demasiado elevada para el supuesto en cuestión, que no reconoce precedentes con paralelo con otros casos.-

También desea dejar sentado que no se ha merituado suficientemente en el fallo que la pericia psicológica llevada adelante, no reflejó padecimientos de orden psicológico, en tanto no requiere tratamientos.-

De igual modo, agrega que se ponderan una serie de operaciones comerciales frustradas, pese a que se reconoce que las mismas serían realizadas por la persona jurídica de la cual el actor es socio; ergo, no se vio afectado a título personal tal como sostiene que exige el Código Civil y Comercial de la Nación. Luego cita la declaración de los testigos que se refieren a la actividad comercial del actor que no cesó, que ratifican lo señalado en orden a la existencia de una persona jurídica desplegando tales labores la que no se vio afectada en su giro comercial, y que lo manifestado lo saben por comentarios del propio actor.

No solamente se enfoca contra la configuración del daño extrapatrimonial, sino también respecto de la cuantificación del daño moral.-

Cita como parámetros 1) ?Caro, Gabriel Andrés?, (Expte. A-2RO-749-C2015), Sentencia N° 161/2019 dictada por V.E., que cuantifica el rubro en la suma de \$ 100.000.; 2) ?Idañez Andrea Fabiana c/Telefónica Móviles Argentina S.A.?; (Expte. N° B-2RO-219-C9-17), Sentencia N° 77/2018, donde V.E. eleva el monto a la suma de \$ 30.000.; 3) ?Cánepa María del Rocío c/Telecom Argentina S.A.? (Expte. B-2RO-333-C9-18), Sentencia N° 87/2019, del 12/08/2019, se otorgó la suma de \$ 50.000.- 4) ?Rucci Cecily c/Telefónica de Argentina?, (Expte. N° B-2RO- 186-C9-16), Sentencia del 23/09/2020, donde se concedió la suma de \$ 140.000.-

Sostiene entonces que la cuantificación del daño resulta excesiva.-

Por lo expuesto pide la revocación del fallo en esos términos.-

3.- La parte actora ha dado contestación a los agravios de la demandada recurrente, y comenzando respecto de la falta de fundamentación, sostiene que no es así.-

Agrega que se trata de una mera crítica subjetiva del recurrente, sin explicar los contenidos puntuales en que el fallo supuestamente ha adolecido de indebida fundamentación.-

En torno al daño punitivo, sostiene la recurrida que se acreditó en autos un incumplimiento grave.-

Agrega que desde fs. 250 a 310 de estos autos obra agregada prueba ofrecida por la demandada de Pericial Contable en extraña jurisdicción y que tenía como fin primordial acreditar el vínculo contractual del Actor y la deuda que se le reclamo a lo largo de años. -

Dice que ha quedado demostrado a fs. 283 que se ha practicado pericia contable sobre los libros de la firma demandada arribando el perito Contador Sra. Claudia Alicia coronel, a las siguientes conclusiones: "Fs. 284 ? HABIENDOSE VERIFICADO A TRAVES DEL DNI 22.848.624 EN LOS REGISTROS EXHIBIDOS Y SISTEMA INFORMATICO DE LA DEMANDADA, NO REGISTRA LINEAS DE TELEFONIA CELULAR A SU NOMBRE. - Sostiene que este es el primer elemento subjetivo que le brinda al demandado elementos concretos que han motivado al Juez de Grado a fallar de la manera que hoy es puesta en crisis. Más aún, que a fs. 164 se agrega contestación formulada por el Departamento de Comercio Interior de Río Negro INFORMANDO QUE LA DEMANDADA REGISTRA ANTECENTES POR SANCIONES en el Área de Defensa del Consumidor dependiente de esta Agencia de Recaudación por motivos similares al requerido mediante oficio. ?

Que señala Jurisprudencia de los años 2015 y 2017 y peticiona se reduzca la condena tomando como base los precedentes citados.-

En torno a la violación del principio de congruencia, sostiene que el agravio en si no resiste el menor análisis, por cuanto es como desentenderse de la prueba colectada.-

Culmina solicitando el rechazo de la apelación.-

4.- Habiendo analizado los fundamentos de las partes, en función de lo resuelto en la sentencia recurrida, entiendo pertinente anticipar al acuerdo que mi decisión será la de proponer el rechazo de la apelación, y la consecuente confirmación del fallo puesto en crisis.-

La inteligencia de los fundamentos de la apelación, pasan por atacar el fallo desde la

perspectiva de la supuesta falta de fundamentación, para luego apuntar a la improcedencia de la condena, como también en torno a la configuración y cuantificación del daño extrapatrimonial, a la vez que también se ha alzado contra la procedencia de la aplicación del "daño punitivo", entendiendo que no ha mediado de parte de la empresa de telefonía una conducta que justifica la aplicación, sino que -en su opinión- ha sido una suerte de condena "objetiva" que desvirtúa la esencia de la institución aplicada; mientras que por otra parte critica que se haya violado el principio de congruencia al aplicarse una sanción punitiva mayor a la peticionada en la demanda y alegato.-

5.- En primer lugar, no advierto razón de ser al agravio relacionado con la supuesta falta de fundamentación debida, que se atribuye a la magistrada. En mi opinión la sentencia cumple con los recaudos exigidos al respecto por el art. 200 de la constitución provincial.-

La lectura del fallo permite descubrir que no hay arbitrariedades y la resolución se advierte debidamente fundada, entendiendo que este agravio obedece a la percepción generada desde la contrariedad para con la decisión adversa respecto del interés que se ha defendido.-

Ha dicho nuestro STJ en los autos " ?PERI, Carlos Antonio c/LUIS M. PAGLIARA S.A. s/COBRO DE PESOS (ORDINARIO) s/CASACION? (Expte. N° 26945/14-STJ-) ", el día 04 de julio de 2014 que "... ingresando al examen de los agravios traídos a debate por el recurrente, corresponde abordar en primer término el planteo formulado respecto a la ausencia de fundamentación de la sentencia. Ello así en razón que del acogimiento de dicho cuestionamiento podría derivar la nulidad de la sentencia, deviniendo en consecuencia innecesario el tratamiento de los demás planteos efectuados. Previo a todo, es dable señalar que por imperativo constitucional (art. 200, Constitución Provincial) y de la normativa ritual de aplicación (art. 163 y ccdtes. del CPCyC.) los Jueces deben resolver las causas sometidas a su conocimiento con fundamentación razonada y legal, fulminándose con nulidad los actos decisorios que infringen dicho mandato.- Ello así, por cuanto la debida motivación exterioriza el itinerario descriptivo y justificante que, en base a una argumentación racional y jurídicamente válida, sustenta la/ decisión propiciada para el caso sometido a consideración. En dicho sentido, su trascendencia asume carácter indiscutible tan pronto se advierte que por su intermedio se asegura la operatividad del derecho de defensa en

juicio al funcionar como factor excluyente de resoluciones irregulares..."-.

Desde mi punto de vista, la labor de la sentenciante ha cumplido acabadamente con ese cometido, por lo cual me expido por el rechazo del agravio.-

6.- Respecto al agravio relacionado con la existencia o no de conducta punible por parte de la demandada, o si solamente se la ha sancionado desde la perspectiva de una supuesta responsabilidad objetiva; en mi opinión la demandada largamente merece la sanción impuesta y podría decir inclusive que es uno de los más cuestionables y de mayor entidad dañosa de los que he tenido acceso, sino el más.-

No estamos aquí ante un caso en el que un producto no cumplió con las expectativas prometidas o esperadas, ni tampoco con una línea que no se conectó a tiempo; sino que estamos ante un reclamo de una deuda por un servicio que el actor no contrató, y que no solo quedó ahí la situación, sino que fue molestado literalmente con incesantes e irrespetuosos reclamos por parte de un estudio de gestión de mora contratado por la demandada, con llamadas al teléfono fijo existente en la casa de la madre del actor, en horarios absolutamente inoportunos; sino que también generó la inclusión de la situación en el VERAZ, y a esta altura no es significativo que la persona informada en ese registro sea una persona jurídica que integró el actor; sino los inconvenientes que tal situación genera, los sinsabores y la indignación que es dable aunque más no sea imaginarse.-

Nada dice el recurrente en torno a las evidentes falencias del propio sistema operativo, evidenciadas en que una persona que no era el actor logró superar los controles de una empresa y radicar la línea de telefonía móvil en un domicilio de CABA -Ciudad Autónoma de Buenos Aires- dejando obligado al actor, que se domicilia en General Roca y por cierto no hizo esa contratación.-

Tampoco nada se dice del porque nunca se acompañó por parte de la demandada, la documentación respaldatoria de esa operación.-

Ni tampoco de la indolencia puesta de manifiesto en prolongar el padecimiento del actor, en todas las derivaciones del caso desde el año 2013 hasta la actualidad.-

En suma, la pertinencia de la sanción resulta inobjetable, y la sanción punitiva inclusive pudo ser mayor.-

7.- En lo que hace al daño punitivo, la parte recurrente esboza una crítica por una parte, refiriéndose al criterio que surgía del expediente elevado por esta Cámara en casación al

Superior Tribunal de Justicia, "COLIÑIR, ANAHI FLAVIA c/LA CAMPAGNOLA SACI-GRUPO ARCOR S/ORDINARIO s/CASACION" (Expte N° 36146-J5-12 // 30314/19-STJ-), que resolvió el día 09 de diciembre de 2019, en lo sustancial que "... Por su parte el art. 52 bis de la Ley 24.240, incorporado por la Ley 26.361 (BO del 07/04/2008), establece: "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". De la simple lectura de la norma surge claro que se exige para la aplicación del daño punitivo un solo requisito: que el proveedor no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor. Esta disposición, apartándose de las sugerencias efectuadas a nivel doctrinario, no exige un grave reproche subjetivo en la conducta del dañador ni un supuesto de particular gravedad caracterizado por el menosprecio a los derechos del damnificado o a intereses de incidencia colectiva ni a los supuestos de ilícitos lucrativos. Solo dispone que proceda cuando se incumplen obligaciones legales o contractuales (cf. Lorenzetti, Ricardo L., Consumidores, Ed., Rubinzal-Culzoni, ps. 562/563; Mosset Iturraspe, Jorge y Wajntraub, Javier H., Ley de Defensa del Consumidor, Ed. Rubinzal-Culzoni, ps. 278/279). No caben dudas que tanto la letra del art. 52 bis de la Ley 24.240, como la tésis que la inspira a contrario de lo argumentado por la demandada, no requiere la presencia del "factor subjetivo". Esta conclusión se evidencia si se tiene en cuenta que, desde su implementación en el año 2008, diversos proyectos -siguiendo a calificada doctrina- procuraron la introducción del "factor subjetivo", sin haber tenido recepción favorable en el ámbito legislativo, manteniendo así su redacción primigenia. Postura que fue además reforzada en el año 2018 con la sanción de la Ley 27.442 (Ley de Defensa de la Competencia, publicada en el B.O. del 15/05/2018), en cuyo art. 64 se incorporó la figura de los daños punitivos con una redacción idéntica a la del art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor, sin ningún recaudo específico ("factor subjetivo"). En ese sentido, explica Picasso que "la primera constatación que surge del análisis de la norma es que las condiciones de procedencia de los daños punitivos quedan reducidos en ella al hecho de que el proveedor incumpla

sus obligaciones para con el consumidor. De acuerdo al texto sancionado, bastaría con el incumplimiento, cualquiera sea la obligación violada, medie o no dolo o culpa del proveedor (y cualquiera sea la gravedad de ésta), hay o no un daño realmente causado al consumidor y con independencia de que el proveedor se haya o no enriquecido como consecuencia del hecho. La "gravedad del hecho" es tenida en cuenta por la norma únicamente para graduar la cuantía de la sanción, más no como condición de su procedencia. En cualquier caso, el juez -a quien la expresión "podrá", empleada por la ley, parece otorgarle plena discrecionalidad al respecto- no se encuentra contrariado más que por su buen sentido, puesto que el artículo solo exige el incumplimiento del proveedor para que proceda la condena a pagar daños punitivos". (Picasso, Sebastián: "Nuevas categorías de daños en la Ley de Defensa del Consumidor", en Vázquez Ferreyra, Roberto: Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor. LL, supl. Especial, abril 2008.). A modo de síntesis podemos decir que para poder aplicarse la multa civil, deberán reunirse los siguientes requisitos: el proveedor deberá haber incumplido sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor; la parte perjudicada debe solicitar su aplicación; la graduación de la sanción se realizará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso; la pena es independiente de otras indemnizaciones que pudieran corresponder; responden por la multa civil de manera solidaria todos los integrantes de la cadena de comercialización y distribución, sin perjuicio de la acciones de regreso que correspondan. (cf. Mosset Iturraspe, Jorge y Wajtraub, Javier H., ob. cit., ps. 281/282)...".-

Se ha alzado contra esa concepción de la sanción, aunque corresponde referencia que luego de la fundamentación de su recurso, nuestro S.T.J. se expidió el 04 de marzo de 2021, en los autos "COFRE, NICOLAS SEBASTIAN C/FEDERACION PATRONAL SEGUROS S.A. S/SUMARISIMO S/CASACION" (Expte. N° B-4CI-204-C2015); diciendo en lo que aquí importa que "... El art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor 24.240 modificada por la Ley 25.361 (B.O. 07/04/2008) incorporó la figura del daño punitivo en estos términos: " 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? 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?". El daño punitivo se origina en el derecho anglosajón y consiste en una pena privada, que se

manda a pagar por encima de los valores que se condene en calidad de daños y perjuicios, destinada en principio al propio damnificado. Su objeto es impedir que el proveedor siga vendiendo u ofreciendo un producto o servicio que genere perjuicios, estimando que resulta más económico repararlo en los casos singulares que prevenirlo para la generalidad, por lo que se le otorga al Juez la facultad de aplicarlo o no en el caso concreto y graduarlo conforme la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso. Esto es, tiende a ser ejemplificador a los efectos de que otros proveedores no incurran en similares incumplimientos. Al respecto, Pizarro y Stiglitz han expresado que el tema presenta particular importancia en el ámbito del derecho del consumo, especialmente en dos supuestos: en los enriquecimientos injustos obtenidos por medio del ilícito (ilícito lucrativo) y en los casos en los que la repercusión socialmente disvaliosa del ilícito es superior, comparada con el daño individual causado al perjudicado. Tal lo que ocurre, por ejemplo, con la responsabilidad del productor de bienes y servicios, cuando, como consecuencia de un proceder antijurídico, se generan microlesiones múltiples, de carácter extremadamente difuso, idóneas para afectar a muchísimas personas, en diferentes lugares y hasta en distinto tiempo, respecto de la causa originaria del daño. La reparación de tales daños difícilmente alcance a concretarse en reclamaciones judiciales. Cuando el daño es muy difuso, la responsabilidad tiende a esfumarse, sobre todo teniendo en cuenta el costo económico y el tiempo desproporcionado que insumen las actuaciones judiciales. Esta realidad es frecuentemente tenida en cuenta por proveedores profesionales poco escrupulosos. Sostienen que la adopción de sanciones en casos de graves inconductas de los proveedores de bienes y servicios puede erigirse en un elemento de prevención y de disuasión de enorme importancia. Es más, consideran que la adecuada implementación de un sistema de penas privadas, especialmente en materia de daños causados por productos defectuosos y por servicios defectuosamente prestados, se puede constituir en un instrumento útil para asegurar, en términos equitativos, el adecuado funcionamiento del mercado y la libre competencia (cf. Pizarro - Stiglitz, Reformas a la ley de defensa del consumidor, La Ley 2009-B, 949). En síntesis, se trata de una herramienta de prevención del daño que se aplica como sanción a quien ha actuado con grave indiferencia hacia los derechos del consumidor. Solo procede, entonces, ante la intención o suficiente negligencia que, como tal, amerite sanciones con el fin de desanimar la ocurrencia futura de acciones similares. Y si bien es cierto que ha sido criticado el alcance amplio con el que ha sido legislada dicha multa civil, en cuanto

refiere a cualquier incumplimiento legal o contractual, en la actualidad existe consenso dominante tanto en la doctrina como en la jurisprudencia en el sentido de que los daños punitivos solo proceden en supuestos de particular gravedad, calificados por el dolo o culpa grave del sancionado o por la obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito o, en casos excepcionales, por un abuso de posición de poder, particularmente cuando ella evidencia menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva. La aplicación de la multa civil tiene carácter verdaderamente excepcional y está reservada para casos de gravedad, en los que el sujeto hubiera actuado, precisamente, con dolo -directo o eventual- o culpa grave -grosera negligencia-, no siendo suficiente el mero incumplimiento de las obligaciones "legales o contractuales con el consumidor" mencionadas por el precepto, sino una particular subjetividad, representada por serias transgresiones o grave indiferencia respecto de los derechos ajenos. (cf. CNCom., Sala D, "Hernández Montilla, Jesús Alejandro c. Garbarino S.A.I.C.E.I. y otro s/Sumarísimo" del 03.03.2020)...".-

Este posicionamiento de nuestro S.T.J. se encuentra en la misma línea que la desarrollada por el apelante en su agravio.-

Ahora bien, en mi modesta opinión no modifica la pertinencia de la sanción, porque no hay margen para la duda en cuanto a que la actuación de la demandada ha sido con grave desprecio e indiferencia respecto de los derechos ajenos, en este caso del Sr. Miranda.-

Tal como surge de las constancias de autos, y ha sido vastamente referenciado en la sentencia, ha quedado acreditado que el actor recibió varias intimaciones por una deuda que supuestamente tenía hacia el año 2013 con "Telefónica Mviles Argentina S.A.", por una línea supuestamente generada en la ciudad de Buenos Aires, que siempre desconoció, porque nunca tuvo contrato alguno con dicha empresa, aunque si era titular de una línea fija y servicio de internet provisto por "Telefónica ...", Esta circunstancia surge plenamente referenciada en la pericia contable hecha en extraña jurisdicción, que refleja a fs. 286/287 que el actor nunca tuvo línea celular alguna contratada con la demandada, ni tampoco deuda alguna con la misma. No obstante, se le reclamaron deudas en el año 2015 y 2018 con inclusión en el VERAZ, de la que tomó conocimiento cuando tuvo que realizar gestiones con el Banco Francés, en virtud de la agencia de cambio que posee, cuyo contrato constitutivo bajo el formato de S.R.L. con su madre, surge de autos. Todo esto, con los malestares y demás inconvenientes que tal situación ha generado, más aún cuando de su parte no hubo deuda alguna contraída con la

demandada. El actor padece desde el año 2013 este despropósito en que lo ha sumergido la demandada y aún cuando ya ha sido subsanado, aún se encuentra en el presente proceso; no habiendo acompañado nunca la demandada la documentación respaldatoria de la deuda que le reclamó.-

Evidentemente entonces, no es una simple responsabilidad objetiva surgida de un mero incumplimiento, sino un caso de inusitada gravedad, por lo que largamente se encuentra justificada la sanción punitiva, y por el importe fijado; aún desde la posición en que se lo mire.-

Mi propuesta es entonces por el rechazo del agravio, en cuanto a la procedencia de la sanción.-

Ahora bien, a la misma conclusión se llega a la hora de enfocar el análisis de la supuesta incongruencia entre el monto reclamado por "daño punitivo" en la ampliación de la demanda -fs, 120 vta.- "in fine" y el sentenciado.-

Lo primero que hay que decir es que el actor formuló ese reclamo con el recaudo en la redacción, en torno a que era "con lo que en más o en menos resultara de la prueba a producirse en autos".-

No hay entonces incongruencia desde una visión rígida de la cuestión, desde que la prueba reunida, como ya he anticipado en mi opinión daba margen para sostener un reproche mayor; aunque hay opiniones como las que surgen del contenido que expondré en el párrafo siguiente, que -aún si la reserva hecha por el actor en autos- admiten la aplicación de la sanción de oficio, o bien con la sola petición aunque sin cuantificarla.-

En efecto, del muy elaborado voto del apreciado colega, Dr. Gustavo A. Martínez, en el fallo del 03 de junio de 2021, en autos "GALLEGO TULIO FAVIAN C/ EDERSA S/ SUMARISIMO " (Expte. N° B-2RO-376-C3-19) , surge que "... 6.4.- Más allá que la doctrina avanza en la línea de autorizar la imposición de oficio por los tribunales del instituto hoy solo previsto en el régimen de protección de los consumidores (art. 52 bis ley 24.240) y el anteproyecto de ley así lo prevé, es menester remarcar que en general se coincide en las amplias facultades del juzgador para fijar su cuantía graduando ésta ´en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso´. Está facultad discrecional que encuentra su justificación en el propio texto de la ley tal como lo expone Tinti (Tinti, Guillermo P., ´El daño punitivo´, ´Revista Iberoamericana de Derecho Privado´, Número 9 - mayo 2019, cita online: IJ-DCCXLII-920), aun cuando criticada la redacción del art. 52 bis por algunos por resultar demasiado laxa, en general es reconocida. Galdós y otros, citando a Álvarez Larrondo (Álvarez Larrondo, Federico,

‘Los daños punitivos’, LL 2000-A-1111) nos dicen que ‘en posición contraria al cuestionamiento de la parquedad del texto, se sostiene que esa ambigüedad a priori se corresponde con la naturaleza del instituto de provocar una situación de aflicción para quien ocasionó el daño’ (Galdós, Jorge M., Blanco, Gustavo H., Venier, María Eugenia, ‘Otra vez los daños punitivos’, JA 2016-II, Cita Online: AR/DOC/4243/2016) Es decir que se encuentra justificación para la discrecionalidad del juzgador, en la función disuasoria del instituto. Un autor como Chamatropulos directamente sostiene que la instancia de parte prevista en el artículo que comentamos no requiere la cuantificación del daño punitivo. Expresa que ‘al consumidor le bastará con pedir la aplicación de la multa sin estimar su monto, tarea que queda en manos del juez sin perjuicio de la colaboración que preste el interesado en la determinación del quantum (Chamatropulos, Demetrio A., ‘Los Daños Punitivos en las normas de protección de la competencia y de los consumidores; Análisis comparativo, publicado en: Sup. Esp. Com. Ley de Defensa 2018 -octubre-, Cita Online: AR/DOC/2121/2018). La discrecionalidad del juzgador no parece estar mayormente en discusión. Así se puede consultar también a Krieger (Krieger, Walter F., ‘Volviendo a pensar los Daños Punitivos: Estado actual y proyecciones en el proyecto de Ley de defensa del Consumidor’, RCCyC 2019-agosto, Cita Online: AR/DOC/1923/2019, quien expresa: ‘Puede observarse que los criterios de cuantificación son absolutamente facultativos del juzgador, quien puede fijar el monto con absoluta discreción’); Ayala y Stekler (Ayala, Héctor Martín - Stekler, Bárbara Samantha, ‘Daños punitivos y derechos fundamentales en el Derecho del Consumidor. Su cuantificación’, Revista Jurídica del Nordeste Argentino - Número 11 - diciembre 2019, Cita Online IJ-CMI-929); Molina Sandoval (Molina Sandoval, Carlos A., Daños punitivos en la actividad financiera de consumo’, Revista de Derecho de Daños, Rubinzal-Culzoni, 2013-1, Cita Online RC D 792/2015). 6.5.- En un destacado fallo de la Cámara 1ª. de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca, Sala II, que adquiere mayor significación luego de que fuera confirmado por la Suprema Corte de Buenos Aires, en sentencia de fecha 17 de octubre de 2018, se expone en el voto ponente que también me persuade de la conveniencia de seguir tal temperamento: ‘En la demanda, M. C. C. solicitó que se mensuren en \$50.000 ‘y/o lo que en más o menos fije el alto criterio’ judicial. Entiendo que tal pedido es inocuo; carece de la manera más absoluta de incidencia en la cuantificación porque no se trata de un resarcimiento a favor de la víctima sino de una sanción al infractor. Comparto, en este sentido, lo que elocuentemente ha señalado Álvarez Larrondo: ‘Es claro que al no ser éste un rubro

indemnizatorio sino una sanción de carácter preventivo impuesta por el Magistrado interviniente, el consumidor no puede ni debe mensurar dicho rubro, y de hacerlo, el Juez en modo alguno quedará limitado por dicha petición' (Álvarez Larrondo, Federico M: 'Los daños punitivos y su paulatina y exitosa consolidación', en La Ley, 29/11/2010). En la misma línea, el Tercer Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores (Buenos Aires, 23 a 25 de septiembre de 2010) ha despachado unánimemente por su comisión 5° ('Principio de prevención. Daños punitivos'), de lege lata y de manera unánime, que 'El consumidor no debe mensurar el daño punitivo al tiempo de su petición, por cuanto su imposición ha sido atribuida exclusivamente al magistrado en cumplimiento de una manda constitucional (art. 42 C. Nac.), y por consiguiente no es pasible de la oposición de la excepción de defecto legal atento a quedar encuadrado en la excepción que impone el art. 330 segundo párrafo del Cód. Procesal de la Nación y el de la Pcia. de Buenos Aires'. Por ello, el quantum solicitado es irrelevante, sobremanera cuando se lo relativizó en función de lo que más o en menos determine el criterio del tribunal, aunque era innecesario. El quid de la cuantificación del daño punitivo radica en una cantidad encuadrable en el concepto de sanción con función estrictamente preventiva que no sea inferior ni superior a la suma necesaria para generar incentivos económicos suficientes en el infractor como para disuadirlo de incurrir en conductas análogas, postura que ha sido aprobada por unanimidad en el citado Tercer Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores bajo la siguiente fórmula: 'De lege lata se interpreta que la multa civil no debe ser inferior ni exceder el monto necesario para cumplir con su función de disuasión'?' (C., M.C. c/ Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. s/ nulidad de acto jurídico', Thomson Reuters, Cita Online: AR/JUR/44655/2014). Por cierto, Álvarez Larrondo comentará con elogios este fallo, que no compartimos en cuanto a la utilización de la fórmula propuesta por Irigoyen Testa, pero si en lo demás (ver Álvarez Larrondo Federico M., 'La mejor de lección jurisprudencial sobre Daños Punitivos, publicado en RDCO 269, 612, Cita Online: AR/DOC/5832/2014). En cuanto a nuestra posición crítica sobre la utilización de la fórmula referida a fin de ser breve me remito a lo expuesto en el punto 5.2.5.3 de mi voto en 'Guiretti' (sentencia de fecha 5/04/2019 correspondiente al Expte. N° 24949/16)..."-.

8.- En lo que hace a la cuantía de la sanción punitiva, que se ha fijado en \$ 300.000,00.- a la fecha de primera instancia, verdaderamente debo decir que estamos ante un monto

que para la magnitud del caso, y teniendo presente que tal como se ha informado en el expediente papel -la existencia de otras sanciones punitivas contra la misma demandada.- no aparece como descontextualizado para el caso, por lo que propongo confirmarlo.-

Sabido es que esta Cámara pone a disposición de los letrados el registro con el que se cuenta en el sistema Lex Doctor, para el cotejo particular, pero, con solo mirar los últimos pronunciamientos a los que haré referencia, se advierte que la sanción inclusive pudo ser mayor.-

Por ejemplo, en autos "QUINTERO ANGELA ROSA C/ FCA AUTOMOBILES ARGENTINA S.A. y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (Sumarísimo) - B-2RO-345-C2018 Se. Cámara 04/02/2021 por fallas mecánicas en su auto 0 km. Que se imputan a fallas de fabricación del motor, esta Cámara eleva el daño punitivo a la suma de \$ 900.000, fecha de sentencia de primera instancia 07/10/2020.-

En autos "MEDINA ALICIA BEATRIZ Y OTRO C/ BANCO PATAGONIA S.A S/SUMARISIMO - expte nro. B-2RO-234-C5-17. Se. Cámara 09/06/2021- Por la falta en el deber de información por apertura de caja de valores ? incorporación del consumidor en el veraz por unos meses , esta Cámara elevó el daño punitivo de la a la suma del equivalente en Jus a \$ 763,200,00.- peticionados, a la fecha de la sentencia de primera instancia 13/07/2020.-

Indudablemente, todos muy ´por encima de la sanción determinada en el caso, habiendo mediado aquí una conducta lesiva y sostenida en el tiempo, demostrativa de la indolencia de la demandada ante el perjuicio producido en un consumidor que no había contratado ningún servicio de telefonía celular, incorporado al VERAZ, con incesantes e irrespetuosos requerimientos intimatorios, sin que hubiera deuda alguna generada, y con evidente incumplimiento del deber de información, desde que nunca la demandada acreditó documentalmente la acreencia pretendida.-

Por ello, propongo el rechazo del agravio.-

9.- Finalmente, y contra la condena de \$ 400.000,00.- por "daño extrapatrimonial" o moral, se ha alzado la demandada, trayendo a colación pronunciamientos con indemnizaciones inferiores, pero -hay que decirlo- de varios años atrás, con lo que en atención al tiempo transcurrido, en función de la pérdida constante del poder adquisitivo de la moneda como consecuencia de la inflación, a valores históricos no ofrecen parámetro real, estando como ocurre, ante una deuda de valor.-

Ha dicho nuestro S.T.J., el 28 de junio de 2021, en los autos "DAGA, PABLO C/CUOTAS DEL SUR S.A. S/SUMARISIMO S/CASACION" . (Expte. N° B-2RO-311-C2018), que "... d) La demandada también se agravia del fallo dictado en cuanto se ha acogido el reclamo por daño moral, argumentando la indebida aplicación de los arts. 1716, 1721, 1726, 1741 y 1744 del Código Civil y Comercial. Sostiene además que la decisión exhibe falta de fundamentación y que el daño moral no se presume, sino que debe ser acreditado por quien lo invoca (art. 1744 del CCyC), siguiendo la tradición del Código de Vélez que así lo imponía cuando su fuente era un contrato. (cf. art. 522 del Código Civil). Adelanto mi opinión contraria al progreso de este planteo. Doy razones: En primer término cabe señalar que a partir de la sanción del Código Civil y Comercial no existen diferencias en relación con la procedencia de la reparación del daño moral (consecuencias no patrimoniales o daño extrapatrimonial) en los ámbitos extracontractual y contractual. El nuevo Código en su art. 1716 establece un solo régimen de responsabilidad civil, con una regulación común, independientemente de que la fuente del deber de resarcir provenga de la violación del deber genérico de no dañar o del cumplimiento de una obligación preexistente, equiparando así la regulación de los efectos entre las otrora llamadas obligaciones extracontractuales, o cuasi delictuales, con el incumplimiento de una obligación en general y en especial las nacidas de los contratos. En tal inteligencia y partiendo de la premisa que donde la ley no distingue no debemos distinguir, podemos afirmar -a contrario de lo postulado por la recurrente- que no solo han quedado derogadas las disposiciones de los arts. 522 y 1078 del Código Civil sino también superadas las diferencias que establecían. En línea con dicha interpretación, se suma además: a) El Cap. 3 del Título Preliminar del Código Civil y Comercial que regula el ejercicio de los derechos. b) Un art. 2° CCyC, que impone interpretar la ley teniendo en cuenta las disposiciones que surgen de los tratados de derechos humanos, los principios y valores jurídicos de modo coherente con todo el ordenamiento jurídico. c) Un único tratamiento para el incumplimiento del deber de no dañar como del incumplimiento de una obligación contractual. d) El art. 1744 CCyC impone que el daño debe ser acreditado por quien lo invoca, salvo que la ley lo impute o presuma, o bien surja notorio de los propios hechos. De manera que se debe presumir la insatisfacción injustificada cuando surge notoria. e) La procedencia de la indemnización no está diferida a la potestad del Juez (como era en el art. 522 del Código Civil) f) No hay una cuantificación legal mínima que establezca insatisfacciones tolerables no indemnizables, de aquellas otras injustificadas

indemnizables. Las únicas diferencias están enunciadas en el art. 1718 CCyC (cf. CSJN, Fallos 334:376). De lo expuesto surge sin hesitación que el Código Civil y Comercial ha ampliado la posibilidad de resarcir las consecuencias no patrimoniales producidas por el incumplimiento contractual. En la actualidad no hay restricción alguna para resarcir: la reparación de la lesión a las afecciones espirituales legítimas (el otrora daño moral) está contemplada de manera única en el art. 1741 CCyC sin cortapisa alguna para el daño patrimonial y para el daño extrapatrimonial. La reparación en todos los casos debe ser plena, por imperio de los arts. 19 de la Constitución Nacional y 1740 CCyC. En materia contractual este concepto de "insatisfacción no justificada" se ve reafirmado por lo dispuesto en los arts. 8° bis, 37 y 40 bis, de la Ley 24.240, además de tener que atender a lo establecido en el art. 3° del mismo cuerpo legal, como también por lo impuesto en los arts. 1094, 1095, 1096 y ss, CCyC.

También es dable destacar que en materia contractual el art. 961 CCyC, resulta mucho más claro y determinante que el derogado 1198 Código Civil, ya que establece que los contratantes se obligan a todas las consecuencias que puedan considerarse en los términos obligacionales del contrato, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor, lo que interpretado en un coherente diálogo de fuentes normativas impone al proveedor profesional en una relación de consumo o al predisponente contractual a una mayor y más amplia asunción obligacional, por que cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias (cf. art. 1725 CCyC).

En tal orden de ideas no se advierte que la sentencia de Cámara haya incurrido en las violaciones normativas invocadas y mucho menos, en falta de fundamentación.

Es que, acreditada la falta de cumplimiento adecuado del deber de información y de trato digno -extremos cuya determinación nos conduce a cuestiones de hecho y prueba, irrevisables en casación-, no resulta luego irrazonable presumir las consecuencias no patrimoniales (daño moral) por configurar una derivación del incumplimiento contractual..."-.

En el caso convocante, y tal como se referencia en la sentencia, el actor ha debido lidiar con una situación de fuerte afectación hacia su tranquilidad espiritual a la vez que fuente de genuina preocupación; provocada por la parte demandada, quien no ha tenido la predisposición necesaria y el respeto de ocuparse de sanearla; cuando estuvo a su alcance.-

Nótese que el derrotero que tuvo que soportar el actor comenzó en el año 2013, en que empezó a recibir incómodas y agraviantes intimaciones de pago por una deuda que no generó ni tenía con "Telefónica Móviles Argentina S.A.", de la que nunca fue cliente; que a la larga llevó a ser incluido en el VERAZ, de lo que tuvo conocimiento a través del Banco Francés, con obstaculización hacia sus proyectos generada por esa indebida inclusión. Esto, sin perjuicio de la zozobra que la situación imponía, desde que como afirmó el testigo Lontero, el actor intentaba obtener la autorización para la apertura de una agencia de cambio, que finalmente obtuvo pero a costa de mayores contratiempos. Nótese que por ser una actividad fuertemente controlada por el Banco Central, esta institución en dos oportunidades, en los años 2016 y 2017, se percató de la inclusión en el VERAZ, puesto que se había ocupado de gestionar el levantamiento con la demandada y esta nunca la llevó adelante, lo que en definitiva tuvo que hacer por su parte, mediante gestión directa ante el Banco Central, como surge de autos.-

Cabe hacer notar que en autos también se produjo una pericia psicológica a fs. 243/245 por parte de la lic. Rodofile, quien determinó que el caso en su momento fue generador de cambios de conducta en el actor, que hacían recomendable la realización de tratamientos, pero que al momento del informe ya habían sido superados.-

Teniendo presente la naturaleza del conflicto, el caso presenta una marcada similitud con el que había experimentado una persona a la que también se incluyó en el VERAZ y fue centro de múltiples reclamaciones por mora e inclusión en el VERAZ por supuestas obligaciones impagas con el Banco demandado, con el que nunca había contratado pero mediando un error de identidad con un cliente del banco homónimo de Junin, Provincia de Buenos Aires, se vió envuelto en la situación que le generó perjuicios. Me refiero a los autos "ROMERO HECTOR ROGELIO C/ BBVA BANCO FRANCES S.A. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (Sumarísimo)", en los que se dictó sentencia de primera instancia el 20 de septiembre de 2016, por la que se fijó una indemnización de daño moral de \$ 60.000,00.- que no fue apelada, pero que hoy con la evolución de la inflación nos permitiría arribar a un importe de \$ 230,000,00.-; que reitero, no fue apelado.-

No obstante y analizando en registro de fallos que este cuerpo mantiene en lex doctor, con acceso a los operadores del Derecho, se puede ver que hay casos que ofrecen paralelos destacables, como por ejemplo los mencionados en el precedente ya referido de "Gallego c/ Edersa", en los que se dijo "... la indemnización por daño moral es una tarea extremadamente difícil, porque precisamente el dolor y las afecciones de orden

espiritual, no resultan por esencia medibles económicamente. Hay siempre una gran dosis de discrecionalidad en la decisión jurisdiccional, que desde mucho tiempo se viene tratando de acotar, procurando acordar mayor objetividad y consecuente legitimidad a la decisión, atendiendo a lo decidido con anterioridad en casos que pudieran ser de algún modo asimilables. En nuestra jurisdicción desde el viejo precedente *‘Painemilla c/ Trevisán’* (Jurisprudencia Condensada, tº IX, pág.9-31), se ha sostenido que *‘no es dable cuantificar el dolor ya que la discreción puede llegar a convertirse en arbitrio concluyéndose en cuanto a la tabulación concreta de este rubro, que su estimación es discrecional para el Juzgador y poca objetividad pueden tener las razones que se invoquen para fundamentar una cifra u otra. Es más, el prurito de no pecar de arbitrario que la efectiva invocación de fundamentos objetivos, lo que lleva a abundar en razones que preceden a la estimación de la cifra final. La única razón objetiva que debe tener en cuenta el Juzgador para emitir en cada caso un pronunciamiento justo, es además del dictado de su conciencia, la necesidad de velar por un trato igualitario para situaciones parecidas... Por cierto, que nunca habrá de agotarse en la realidad, pero la orientación emprendida en esta tarea, el catálogo de las posibilidades que nos pondrá de manifiesto la realidad’* (*‘El daño moral en las acciones derivadas de cuasidelitos’*, Félix E. Sosa y Mercedes Laplacette, pág. 6) *‘Sabía entonces el recurrente que iba a tener que pagar por daño moral y daño punitivo, además de las indemnizaciones por daño material que a pesar de su mayor cuantía aquí tampoco ha cuestionado, pero, no obstante, opta por seguir litigando e incluso llegar a la instancia recursiva desconociendo no solo la cuantía, sino la existencia misma del daño moral, lo que es absurdo.* 5.4.- El importe reconocido no excede mayormente el importe reclamado en la demanda en valores reales (más adelante me extenderé sobre este tópico al abordar el daño punitivo). Pero fundamentalmente se corresponde con la entidad del daño que supera a cualquiera de los otros precedentes -refiero siempre a daños en materia de consumo u otros que no incluyen daños a la vida e integridad psicofísica- que hemos tenido en la Cámara. En este sentido entiendo oportuno recordar que en *‘S. c/ Standard Bank Argentina’* (sentencia de fecha 12/12/2013 correspondiente al Expte. 33333-J5-09), en un caso de menor significación -suspensión de cuenta bancaria por información errónea- reconocimos una indemnización por daño moral de \$35.000,00 al 24/10/2012 que, actualizados a la fecha de la sentencia aquí apelada, asciende aproximadamente a \$ 435.000.- Por otra parte, en el precedente *‘M. c/ Casa TIA’* (sentencia de fecha 27/06/2017 correspondiente al Expte. N 22984-98), -molestias

por roturas en vivienda provenientes de construcción de supermercado al lado- reconocimos la suma de \$100.000.- a valores de 03/02/2017, lo que, actualizado a marzo de 2021, ascendería aproximadamente a \$410.000.-...".-

Por lo expuesto me expido por el rechazo del agravio.-

10.- Conforme lo desarrollado hasta aquí hago presente al acuerdo que en mi opinión la apelación tratada debiera desestimarse, confirmándose en todas sus partes a la sentencia de primera instancia del 20 de noviembre de 2020, con costas a la demandada vencida - art. 68 del CPCC. y proponiendo la regulación de los honorarios de los Dres. Claudio Alejandro López y Horacio Caffaratti en el 30 % de los regulados en primera instancia, y al Dr. Jose María Iturburu, en el 25 % de la misma regulación para los letrados de la parte demandada -arts. 6 y 15 de la ley G-2212). ASI VOTO.-

EL SR. JUEZ DR. DINO DANIEL MAUGERI, IJO: Que compartiendo los fundamentos expuestos por el Dr. VICTOR DARIO SOTO, VOTO EN IGUAL SENTIDO.-

EL DR. GUSTAVO ADRIAN MARTINEZ, DIJO: Que atendiendo a la coincidencia de opinión de los dos primeros votantes, se abstiene de emitir su opinión (art.271 C.P.C.).- Por ello, y en mérito al Acuerdo que antecede, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería,

RESUELVE: 1.- Rechazar la apelación tratada y confirmar en todas sus partes la sentencia de primera instancia del 20 de noviembre de 2020, con costas a la demandada vencida -art. 68 del CPCC., de acuerdo a los considerandos.-

2.- Regular los honorarios de segunda instancia de los Dres. Claudio Alejandro López y Horacio Caffaratti en el 30 % de los regulados en primera instancia , y al Dr. Jose María Iturburu, en el 25 % de la misma regulación hecha en lo que hace a los letrados de la demandada -arts. 6 y 15 de la ley G-2212), según los considerandos precedentes.- Regístrese, notifíquese y vuelvan a origen.-.

VICTOR DARIO SOTO
JUEZ DE CÁMARA
DINO DANIEL MAUGERI
JUEZ DE CÁMARA

GUSTAVO ADRIAN MARITNEZ

JUEZ DE CÁMARA

(En Abstención)

Certifico que el acuerdo que antecede fue arribado a través de los medios informáticos disponibles, atento la modalidad de trabajo vigente en función de la acordada 04/2021 de nuestro S.T.J.- CONSTE.

PAULA CHIESA

SECRETARIA

nvp