

En Viedma, a los 5 días del mes de diciembre del año dos mil veintitrés, se reúnen en Acuerdo las Sras. Juezas y el Sr. Juez de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Familia, de Minería y Contencioso Administrativa de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro, con asiento en esta ciudad, asistidos por la Secretaria del Tribunal, para resolver en los autos caratulados "**PASCUALETTI GUSTAVO FABIAN C/ TELEFONICA MOVILES ARGENTINA S.A. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (SUMARÍSIMO)**", en trámite por Expte. VI-15037-C-0000 (PUMA) y previa discusión de la temática del fallo a dictar, se decide plantear y votar en el orden del sorteo practicado, la siguiente cuestión:

¿Son procedentes los recursos de apelación interpuestos por la demandada - Telefónica Móviles Argentina S.A. (Movistar)- por medio de apoderado en fecha 26/06/23; y por el actor -Sr. Gustavo Fabián Pascualetti-, con debido patrocinio letrado, el 05/07/23? Y, en su caso, ¿qué solución corresponde adoptar?

La Dra. Sandra E. Filipuzzi de Vázquez, dijo:

1) Que mediante resolución de Ia. Instancia, dictada el 22 de junio de 2023, se resolvió, en lo que aquí se estima pertinente,-: "I.- Hacer lugar a la demanda por daños y perjuicios interpuesta por el Sr. Gustavo Fabián Pascualetti, y condenar a Telefónica Móviles Argentina S.A. (Movistar), a abonar al actor en el plazo de 10 días, la suma total de \$613.626,92 (compuesta de \$71.177,60 por daño material, \$242.449,32 por daño moral, y \$300.000 en concepto de daño punitivo), cuantificadas a la fecha de la presente, las que devengarán intereses sin solución de continuidad hasta su efectivo pago conforme a tasa de calculadora oficial del Poder Judicial o la que en lo sucesivo el S.T.J.. II.- Imponer las costas a la parte demandada vencida (art. 68 del CPCC)..."

Que para así decidir el Sr. Magistrado de origen, luego de realizar un

racconto del desarrollo procesal del trámite, consideró -conforme quedara trabada la litis a partir de los escritos introductorios del proceso- que la cuestión a resolver radicaba en determinar si a partir de la relación contractual que unió a las partes actora y demandada, se ha producido algún hecho generador de responsabilidad en el marco del Derecho del Consumidor y, en su caso, la procedencia o no de la reparación de daños correspondiente.

En esa tarea, en primer término, analiza la normativa que entiende aplicable y a mérito de las disposiciones del art. 7 del CCyC decreta que "... he de precisar que resulta de aplicación el Código Civil y Comercial de la Nación el que según ley 27.077, que entró en vigencia el 01/08/2015 (art. 1), y teniendo en cuenta las fechas invocadas en la demanda, siendo la presente una relación contractual consumeril cuyos efectos alegados como dañosos datan de la fecha de octubre de 2015, y conforme lo dispuesto por el art. 7 del CC y C, importa la aplicación del capítulo 1 del Título II del Código Civil y Comercial normas que regulan los Contratos en General en los arts. 957 a 1091, el Título III del Libro Tercero en los arts. 1092/1122 que regulan las relaciones de consumo, cuyos conceptos son integrados por la ley 24.240., y la ley provincial N° 2817 de Defensa de los Habitantes en el Consumo y Uso de Bienes y Servicios".

Y, en esos extremos conceptuales, resalta la especialidad de la regulación de la temática en estudio, expresando que cuando se habla de defensa del consumidor se hace referencia a un microsistema que atraviesa de manera transversal todo el universo de los contratos.

Luego, en base a esas premisas, y señalando que la LDC expande sus efectos hacia la carga dinámica de la prueba ante la dificultad que puede encontrar la víctima para probar la causa del daño, ingresa en el examen de los medios probatorios producidos en autos en forma detallada (ver considerando III).

Sentado lo cual, existiendo reconocimiento de ambas partes en cuanto a la relación contractual que las unió en sus calidades de consumidor (actor) y proveedora de servicios (accionada), precisa que la controversia central a decidir, gira en torno a la ocurrencia o no de los incumplimientos por parte de la empresa (principalmente en lo que se refiere a los cargos por consumos que ésta incluyó en los resúmenes de cuenta del accionante, y la procedencia o no de la deuda generada ante la falta de pago) (ver considerando IV), concluyendo -conforme argumentos que expone a partir del análisis de las actuaciones en sede administrativa del Departamento de Defensa del Consumidor- que sin perjuicio de la deuda que la empresa Movistar le atribuye al actor por falta de pago de las facturas por consumos telefónicos, "se encuentra reconocido por la demandada y demostrado con la prueba acompañada, que al Sr. Pascualetti le fue cobrado indebidamente por medio de débito en tarjeta de crédito, la suma total de \$13.332, ..., suma que nunca le fue restituída, ni luego descontada en los resúmenes que arrojaban un saldo a favor del actor".

De tal modo, en mérito a la prueba producida y a las circunstancias mencionadas, con apoyo en vastas citas doctrinales en la materia, el sentenciante no sólo tiene por acreditado el incumplimiento de la obligación legal y contractual por parte de la accionada, sino la improcedencia de la compensación opuesta subsidiariamente por la empresa como defensa, además de avizorar una palmaria violación al deber de información y al trato digno impuestos por ley de Defensa del Consumidor 24.240, lo cual declama originaría la obligación de indemnizar el daño derivado de aquél incumplimiento por parte de quien lo motiva.

A continuación, delimitada de esa manera la responsabilidad endilgada a Telefónica Móviles Argentina S.A. (Movistar), procede a revisar la procedencia de los rubros dañosos que se pretenden y la cuantía económica de su reparación.

Así, con sustento en la actividad probatoria producida y teniendo en cuenta el modo en que fueran solicitados los reclamos resarcitorios, por las razones que desarrolla puntualmente en cada ítem, estima razonable otorgar por el rubro perjuicio material la suma de \$ 71.177,62 (a la fecha de la sentencia -22/06/23- con más intereses a partir de ahí hasta su efectivo pago conforme tasa de calculadora oficial del Poder Judicial -in re STJRN "Fleitas"- o la que en lo sucesivo fije el STJRN); por Daño Moral, haciendo uso de las previsiones del art. 165 del CPCC, la suma de \$ 150.000 al 22/06/23, con más un interés fijo del 8% desde la fecha de ocurrencia del daño (que determina en fecha 14/10/15) hasta el dictado de la sentencia atacada (conforme doctrina de esta Cámara in re "Mosquera Marcos Adrian c/ Ford Argentina S.C.A. y otro s/ Daños y perjuicios (Ordinario)", arribando finalmente al monto de \$ 242.449,32 (al 22/06/23, suma que devengará intereses fijados por el STJRN y según calculadora oficial del Poder Judicial hasta el efectivo pago); y por Daño punitivo, en el marco del art. 52 bis de la ley 24.240 la suma de \$ 300.000 al 22/06/23 (fecha de emisión de la sentencia) (ver considerandos VI.a; VI b. y VI.c.).

2) Que frente al reseñado pronunciamiento, se alzan por un lado, la demandada por medio de apoderado designado al efecto en fecha 26/06/23 y, por otro, el actor a través de su representación técnica el día 05/07/23, ambos remedios recursivos concedidos en relación y con efecto suspensivo (27/06/23 y 07/07/23), expresándose agravios en fechas 03/07/23 (Telefónica Móviles Argentina S.A.) y 27/07/23 (Sr. Gustavo Fabián Pascualetti), respectivamente, recibiendo contestación (en data 27/07/23) de los traslados oportunamente concedidos, solo la primera de las presentaciones objetoras aludidas.

3) De tal modo, la demandada en sustento de la vía impugnativa que articula, principia realizando una síntesis de la sentencia en crisis, para luego centrar su crítica en 2 puntuales quejas, a saber: a) reconocimiento y

monto del daño extrapatrimonial (moral): en tanto, en lo sustancial, alega que el a quo considera procedente el rubro sin el respaldo de prueba alguna. Dice, que en el escrito de demanda la actora reclamó dicho rubro a partir del incumplimiento contractual y la inclusión del actor en calidad de moroso en el Veraz (lo que no se ha probado), ni tampoco se ofreció ni acreditó las referidas angustias y padecimientos que sufriera el accionante.

Asevera que no cualquier trastorno o incomodidad da lugar a la reparación de ese perjuicio, debiendo, en su caso, las dolencias ser probadas, lo que en el caso no fue acreditado por la contraria. Por ello, es que argumenta que si no existe daño cierto, mal puede existir posibilidad alguna de reparación, considerando que el reclamo a su respecto debe ser rechazado.

Subsidiariamente, para el hipotético supuesto que se considere viable tal reclamo, solicita una reducción del monto condenado. Afirma que el otorgamiento de una suma mayor a la requerida en la demanda, viola el principio de congruencia. Máxime cuando la única prueba que se produjo - informe de Equifax- es contraria a lo que se intentaba probar.

b) Procedencia del daño punitivo por el monto de \$ 300.000: en lo tocante, afirma que el mismo no es automático y que no deriva en todos los casos, destacando que en el presente no se dan los supuestos que ameriten su acogida. Menciona que tal daño conforme doctrina nacional, únicamente se acepta en supuestos de particular gravedad, calificados por el dolo o la culpa grave. Teniendo en cuenta ello, sostiene que si bien se encuentra demostrado el incumplimiento contractual, era propicio que el actor ofreciera la pertinente prueba demostrativa de que la empresa proveedora ha actuado con dolo, que incurrió en grave negligencia o, que se enriqueció indebidamente, no bastando el mero incumplimiento convencional (el que es resarcido por otro cause). Asimismo, entiende que el carácter sancionatorio que posee el art. 52 de la LDC es incuestionable, y que tal situación ha sido abarcada por la sanción de multa que fuera impuesta a

Telefónica Móviles Argentina S.A. en sede administrativa (ya abonada), considerando afectado el principio non bis in ídem al anunciar contraria al orden constitucional una condena adicional de carácter sancionatorio cuando ya fue objeto de tal imposición por la Dirección de Comercio Interior (obligándola a pagar dos veces una multa por idéntica causa). De ahí que peticiona que se deduzca del monto que eventualmente se otorgue lo que ya abonó en concepto de punición más sus intereses desde que la suma fue cancelada. Y, en el caso de no hacer lugar a esa solicitud, deja planteada la inconstitucionalidad del art. 52 de la ley 24.240, en tanto significa la violación al principio constitucional mencionado y al derecho de propiedad (art. 17 de la CN) o, si se considera viable el rubro en estudio, solicita en subsidio, una reducción del monto de condena en una suma que no supere los \$ 50.000 a la fecha de la sentencia (por haber sido fijada al solo arbitrio judicial).

Concluye su memorial en términos breves y concisos, peticionando se dicte sentencia revocando el fallo apelado y se resuelva rechazar íntegramente la demanda, con costas.

4) De las objeciones de ese modo formuladas se corrió traslado a la contraria, Sr. Gustavo Fabián Pascualetti, quien al contestar en fecha 27/07/23 con debido patrocinio letrado, solicitó inicialmente el rechazo del recurso interpuesto por la demandada, en función de los argumentos que allí relata para la réplica que efectúa a cada uno de los aspectos objetados.

En relación al agravio respecto de la procedencia del daño moral, expresa que la contraria se basa en el informe remitido por Equifax, interpretando el mismo a su conveniencia, dado que del mismo emerge que la empresa desarrolla su actividad conforme ley 25.326 (que establece el mantenimiento de los datos por un plazo que no supere los 5 años de antigüedad), no surgiendo de la mentada respuesta brindada el hecho de que el actor nunca haya estado incluido en el Veraz. Afirma que resulta

innegable que los daños sufridos por el accionante con la compra del celular, cambio de garantía, erróneo cobro por segunda vez, facturas inentendibles, casi nulas soluciones brindadas inicialmente por la empresa, desconexiones del servicio, etc, derivan en las incertidumbres y angustias padecidas, todas nacidas del incumplimiento contractual de la empresa (demostrado con el reconocimiento de la documental y las constancias que surgen del expediente administrativo), lo que ha afectado la tranquilidad del espíritu de aquél. En cuanto a la reducción del monto otorgado, solicitada en forma subsidiaria, se remite a lo ya dicho en atención a que la queja se ha sustentado en similares argumentos desarrollados.

En cuanto a la queja atinente al daño punitivo con apoyo en que no se dan los supuestos que ameritan su procedencia, alega que se minimizan los hechos, incurriendo de esta forma en una actitud de grave menosprecio por los derechos del consumidor, violentando el derecho de trato equitativo y digno, a más de remarcar que los agravios carecen de fundamento.

Sobre la pretendida violación del principio non bis in ídem, cual garantía de índole penal, aclara que el citado artículo 52 de la LDC versa sobre las acciones judiciales que el consumidor puede iniciar, por lo que no guarda relación alguna con la procedencia o no del rubro daño punitivo. Por lo que el planteo de inconstitucionalidad del art. 52 de la ley 24.240 no debe proceder, ya que no se discutió perjuicio alguno en relación al mencionado artículo que conlleve un agravio para la contraria.

Remata, afirmando que tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en que la sanción debe ser ejemplar a los fines de poder disuadir la actitud del proveedor, evitando así la comisión de hechos similares en el futuro, por lo que, reducir el monto solicitado, no produciría el efecto deseado.

5) Por su parte, el accionante (conf. presentación de fecha 27/07/23) da motivos en sostén de su planteo crítico, a los que me remito en honor a la brevedad y que se sintetizan en un punto central de agravio, a saber: el

monto de la condena impuesta de \$ 300.000 en concepto de daño punitivo, en tanto lo considera insignificante para cumplir con la función preventiva y sancionatoria que pretende lograr en el proveedor una disuasión y prevención del comportamiento objetado. Cita referencias doctrinales y jurisprudenciales en sostén de su postura.

Corrido traslado de dicha presentación, la accionada Telefónica Móviles Argentina S.A., dejó de ejercer el derecho a contestarlo (conforme ya fuera dicho).

6) Que conteniendo la sentencia apelada una adecuada relación de la causa que satisface las exigencias legales -por lo que a ella corresponde remitirse (art. 163 CPCyC)-, y reseñada la actividad recursiva desplegada en estos obrados, quedando así delimitado el contenido del tema a decidir, los mismos se encuentran en estado de resolver.

Paso así a la tarea de analizar la procedencia tanto formal como sustancial de los remedios impugnativos articulados por ambas recurrentes que fueran compendidos en lo sustancial.

Y, toda vez que la actora y la demandada, al apelar en tiempo oportuno para ello (conforme certificación de Secretaría de fecha 10/08/23 y su ampliatoria del 11/08/23), han endilgado en los escritos de expresión de quejas errores a la decisión que recurren, por cuanto en lo principal -y en el marco de sus respectivas posturas recursivas y más allá de la recepción favorable o no que merezcan los distintos ítems que las conforman-, consideran que a partir de un análisis y apreciación equivocada de las constancias probatorias de la causa ha existido una errónea determinación de la responsabilidad asignada a la empresa demandada con incidencia en los rubros indemnizatorios determinados; como así también que no se ha cuantificado adecuadamente el daño punitivo condenado, evalúo que se encuentra superado en el caso el preliminar examen de admisibilidad formal que habilita la apertura de esta instancia revisora (conf. art. 265 CPr.

y en los términos establecidos por el Máximo Tribunal Provincial in re "Harina" Se. 80/2016; "Méndez" Se. 36/2014, entre otros).

Pues, se constata el requisito de índole subjetivo (agravio) y además, en tanto conforme doctrina reiterada de este Tribunal, es necesario ponderar con cierta tolerancia, amplitud y flexibilidad el cumplimiento de los recaudos y requisitos legales establecidos en la norma citada a partir de una interpretación con sentido amplio que los tenga por satisfechos, en orden al respeto del principio constitucional de la defensa en juicio de los derechos y con la finalidad de brindar acabada satisfacción al recurrente, permitiendo la apreciación de las razones alegadas para la modificación de la sentencia (conf. Expte. N° 7674/2013, se del 08/09/14; 7569/2012, se del 18/06/13; Expte. N° 8257/2017, se del 20/03/18; en consonancia con lo resuelto desde antaño por la CNAp. Civ. Sala G, 3/08/81, LL, 1983-B, 768; íd. 10/02/87, LL 1987, LL 1987-B, 288, entre muchos más).

7) Que despejada la cuestión del estudio preliminar de admisibilidad formal de los recursos planteados, es dable recordar, preliminarmente, que los jueces no están obligados a seguir a los litigantes en todas y cada una de las argumentaciones que pongan a consideración del Tribunal, ni a valorar la totalidad de la prueba aportada, sino considerar tan sólo aquellas invocaciones y probanzas que sean conducentes y relevantes para decidir el caso y que basten para dar sustento a un pronunciamiento válido (cfr. CSJN Fallos 258:308; 262:222; 265:301; 272:225; 278:271; 291:390; 297:140; 301:970).

Es que en cada caso que llega a un estrado judicial, el magistrado interviniente debe realizar una verdadera reconstrucción histórica con el objeto de determinar si los hechos propuestos por las partes son ciertos o no, y para ello, ha de examinar detenidamente las postulaciones y argumentos expuestos por los involucrados así como los medios probatorios rendidos, apreciarlos con criterio lógico jurídico y finalmente,

asignarles su valor de acuerdo con las reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia, constituyendo tales circunstancias un límite especial a la fundamentación de sus argumentaciones.

8) Entonces, seguidamente, atañe ingresar en la indagación puntual de la materia recursiva formulada, aclarando que a los fines de un mejor desarrollo del presente resolutorio, se abordará en primer término el estudio del planteo apelatorio esgrimido por la demandada, en tanto sustancialmente tiende a sostener que no ha existido un incumplimiento contractual que origine la responsabilidad achacada y consecuente condena en la forma determinada por el Grado y, por tanto, la improcedencia del daño moral y daño punitivo, y sus cuantías, pues, en su caso, la recepción favorable podría incidir en los rubros indemnizatorios precisados y afectar la posición de la parte actora (en lo atinente a la objeción del monto del rubro daño punitivo por ella articulada).

También resalto que la evaluación de la procedencia de las respectivas quejas articuladas se abordará a tenor de los términos de la normativa establecida en la Ley 24.240 -y en lo pertinente de las del CCyC, arts. 1092/1095, sptes. y cc., entre otros; y ley D 2817 que establece la defensa de los habitantes de nuestra provincia de Río Negro en todo tipo de operaciones y formas legales y legítimas y consumo y uso de bienes y servicios-, ello a los fines de discernir el alcance y efectos del contrato de consumo que vinculara a las partes (cuya existencia no ha sido desconocida) y, en su caso, el incumplimiento que el actor endilgara a la contraparte y consecuente atribución de responsabilidad a partir de la deficiente prestación del servicio y trato indigno conferido, para luego, determinar la existencia de los daños alegados y acreditados, la procedencia de los rubros pretendidos y su cuantificación en el modo establecido.

Precisamente, el art. 1092 CCyC define la relación de consumo y, seguidamente, el art. 1093 al contrato consumeril. Por tanto, la relación de

consumo abarca todas las situaciones posibles en que el sujeto es protegido: antes, durante o después del contrato; cuando es dañado por un ilícito extracontractual o cuando es sometido a una práctica del mercado; cuando actúa individualmente o cuando lo hace colectivamente. Siendo aquella el elemento que decide el ámbito de aplicación del derecho del consumidor, debe comprender todas las situaciones posibles (conf. Lorenzetti, R., Consumidores, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 74; Wajntraub, J., La integración normativa del estatuto del consumidor, Revista Derecho Privado, año III, N° 8, Infojus, junio de 2014, p. 108). De ahí que la relación de consumo es el género que enmarca al contrato de consumo.

Justamente, tal temperamento y encuadre normativo es el que llevó adelante el juzgador -el que no fuera discutido por las partes-, y que propicio debe seguirse y cubrir el estudio del presente supuesto, en tanto el mismo se encuentra alcanzado por las disposiciones de la mencionada ley 24.240, por cuanto se aplica al adquirente de un bien de uso como destinatario final del mismo (art. 1 LDC), el que fuera proveído por una persona jurídica de derecho privado dedicado a la comercialización de bienes y servicios (art. 2 LCD) a través de una relación de consumo (art. 3 LCD), existiendo en esa relación (a partir de la enumeración amplia que realizan las dos primeras normas) una sustitución de la noción de vínculo contractual por la de vínculo consumerista.

Siendo así, válido resulta sostener (como lo vengo afirmando desde hace tiempo en antecedentes de esta Cámara de similar naturaleza) que la aplicación de la normativa de orden público protectoria de usuarios y consumidores -de neto rango constitucional desde el año 1994 y ahora también incorporada al Código Civil y Comercial- se impone en tanto el objeto de la presente acción resulta ser una consecuencia de aquél vínculo comercial que configurara un contrato de consumo, habida cuenta que una de las partes es un consumidor o usuario y la otra un proveedor, que tuvo

por objeto la adquisición de un bien, y por destinatario final al consumidor, y tiene como último destino su beneficio propio o de su grupo familiar o social, perfeccionándose así los elementos subjetivos y objetivos para su consideración como tal (conf. ley 24.240, también en los arts. 1092, 1093 CCyC).

Estoy convencida que, precisamente, las propias fallas del mercado que ocasionan la denominada hiposuficiencia del consumidor, en sus aspectos jurídicos, económicos y técnicos, son las que intentan ser subsanadas con el régimen protectorio ante el desequilibrio que existe entre el proveedor y el propio consumidor, debiendo interpretarse el contrato de consumo en el sentido más favorable para este último, y cuando existen dudas sobre los alcances de su obligación, adoptarse la solución que sea menos gravosa (y en esa inteligencia es que -asumo- ha sido receptado hoy por el legislador en el art. 1094 CCyC).

De ahí que -insisto- no hay que perder de vista que el estudio del reclamo efectuado por el actor, y las quejas que se formularan contra la decisión jurisdiccional en los términos en que se determinara la condena, deben revisarse articulándose con el régimen general previsto en el derecho del consumidor.

9) Bien, dicho todo lo cual, anticipo mi opinión en sentido desfavorable a la procedencia de las críticas de la demandada, toda vez que los fundamentos introducidos por intermedio del escrito de expresión de agravios, además de resultar insuficientes para lograr la finalidad perseguida en esta instancia, ciertamente no exhiben reflexión alguna con sustento adecuado y razonable tendiente a justificar la revocación de la decisión jurisdiccional que se ha puesto en crisis. Doy razones.

Primero, cabe ponderar que no se encuentra rebatido el incumplimiento contractual, sino que lo que se discute (1ra. queja) es que se haya reconocido el daño moral sin respaldo de prueba alguna respecto de las

angustias y padecimientos alegados por el actor, en tanto -se dice- que de la prueba informativa a Veraz (Equifax Argentina S.A.) no se probó que éste haya estado incluido, poniendo así en crisis su procedencia y monto, lo que ha sido controvertido por la contraria.

Al respecto noto que contrariamente a lo afirmado por la demandada, de la comunicación referida no se extrae que el accionante no haya estado incluido en el Veraz, sino que lo que se informa es que desde el 2015 a la fecha de la sentencia no surge registro de que conste denunciado como deudor al actor, en tanto la empresa mantiene los datos por un plazo que no supere los 5 años de antigüedad o dos años a partir de la cancelación de la deuda -y así fue valorado por el juzgador-. Entonces, teniendo en cuenta la fecha de los hechos que dan sustento a la presente acción (2015) y los términos y data de la mencionada prueba informativa (remitida por la empresa el 11/08/22), no existe certeza que el Sr. Pascualetti no haya estado incluido en el Veraz, por lo que el argumento alegado por la recurrente al respecto debe desecharse.

Segundo, sin perjuicio de ello, lo cierto es que el sentenciante al entender procedente el rubro "daño moral" luego de caracterizarlo en el marco de la defensa del consumidor, conforme los extremos que tuvo por probados en el contexto y desarrollo del contrato que vinculara a las partes, precisó que determinadas las características particulares del evento dañoso e implicancias del mismo en los términos de la afección espiritual, resultaban evidentes las dolencias ocasionadas al accionante. Ello ante la situación de incertidumbre y angustia que trae aparejada la falta de resolución oportuna de su reclamo y la reticencia y evasivas en brindar información necesaria al usuario por parte de la empresa para conocer con precisión qué sumas le correspondía pagar por el servicio de telefonía y compra de un equipo, y por el que sufriera un reclamo de deuda por parte de la misma, que nunca pudo entender ni comprender (véase documental adjuntada y

detalladamente analizada por el sentenciante, cons. IV), lo que no ha logrado ser desvirtuado con prueba ni fundamento válido alguno por parte de la apelante (pese a que reconociera la improcedencia de la suma debitada y la obligación de su restitución).

Tercero, lo expuesto denota claramente ocasionado malestares en el peticionante que se traducen en una situación disvaliosa con consecuencias en la esfera extrapatrimonial que debe ser resarcido. Pues, de las constancias del expediente se recoge de manera notoria el peregrinaje del actor en reclamo de su derecho como consumidor, primero ante la empresa, luego en sede administrativa a través del organismo de aplicación provincial (con resultado negativo al reclamo), y finalmente, con el presente planteo judicial, lo que revela, al menos, la falta de cooperación de la accionada y dilación innecesaria de los plazos (aun en ejercicio del debido derecho de defensa), todo lo cual indica una afección legítima (que por sí conlleva "per se" molestias, incomodidades, perturbaciones de ánimo) no solo a partir de la falta de información cierta y clara por parte de la accionada (infringiendo su deber al respecto y de trato digno al cliente, conf. art. 4 y 8 bis, ley 24.240) que generara créditos, reembolsos, cobros indebidos, anulaciones, sin explicación de cómo fueron aplicados a la cuenta telefónica del usuario y que generara una deuda, sino de la pérdida de confianza por el comportamiento comercial de la demandada, merecedora de un resarcimiento económico.

De tal manera, resulta posible compartir la conclusión a la que arriba el Grado, entendiendo que tanto la procedencia del rubro "daño moral" como la razonable suma que por tal concepto en los términos determinados fijara el Juez interviniente (la que se nota acorde a las circunstancias que rodearon el supuesto teniendo en cuenta la calidad de consumidor/proveedor de las partes litigantes, y ajustada a derecho y jurisprudencia en la materia) debe ser confirmada, y así propondré al

Acuerdo. Es que no advirtiendo violación al principio de congruencia en la decisión, en tanto más allá de los términos de la pretensión inicial, su delimitación responde a la discrecionalidad jurisdiccional aplicada en el caso -conforme la valoración de los hechos y la prueba- en los términos del art. 165 del CPCyC y, siempre que es uno de los perjuicios más difíciles de cuantificar en tanto comprende íntimas afecciones personales y no está sujeto a prueba acabada permitiendo su presunción, quedando precisamente ese menoscabo, por esa razón, sujeto al prudente arbitrio judicial.

Lo dicho, máxime, cuando teniendo en cuenta lo prescripto a nivel constitucional en el art. 42 de la Carta Nacional y en las normas específicas de la Ley 24.240 -cuyo principal objetivo es tutelar al consumidor en casos en los que se encuentra desprotegido frente a una práctica comercial determinada-, el daño causado por la demandada en su posición de proveedora de renombre en una ciudad pequeña (que reviste carácter profesional y especializado en la materia contractual) debe ser analizado valorando que será mayor su obligación a partir de posibles consecuencias de los hechos cuanto mayor era su deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de la modalidad comercial que ofrecía (es decir, dentro de los parámetros del anterior art. 902 CC, receptados por el nuevo ordenamiento normativo de fondo, art. 1725 CCyC).

Cuarto, en lo que respecta a la segunda crítica, procedencia del daño punitivo y cuantía, apoyada en que el rubro "no es automático y no procede en todos los casos", estimando que no se dan en autos los supuestos que lo configurarían, pues si bien se encuentra demostrado el incumplimiento contractual, no se ha probado dolo, grave negligencia o enriquecimiento indebido por parte de la empresa recurrente; además de entender afectado el principio non bis in ídem, contrariando el orden constitucional (al determinar una condena adicional de carácter sancionatorio cuando ya fue impuesta una sanción de multa en sede administrativa), peticionando se

deduzca el monto ya abonado con más sus intereses o -subsidiariamente- la inconstitucionalidad de art. 52 de la Ley 24.240, lo que ha sido contradecido por la contraria al apreciar dichas consideraciones carentes de fundamento por los argumentos que expresara, declamo que tampoco tiene asidero jurídico y no puede tener acogida.

Es que cabe rememorar que la temática, por cierto extensamente discutida, se puede enmarcar a partir de lo dicho tanto en doctrina como en jurisprudencia que se trata de sanciones o multas civiles que proceden a pedido de parte interesada, y que están destinadas a culpables de conductas extremadamente reprochables por su gravedad, que a su vez le han reportado beneficios económicos, y que pueden sumarse al resarcimiento ordinario, con fines disuasivos de la reiteración de actos similares y ejemplificadores para quienes pretendan imitarlo (conf. Fundamentos al Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación, en relación a las proyectadas "sanciones pecuniarias disuasivas" del art. 1748 eliminado por el Poder Ejecutivo; Gregorini Clusellas, Eduardo L., "El Daño punitivo y la sanción pecuniaria disuasiva. Análisis comparativo de la proyección de una figura resistida hoy consagrada", en RCyS, 2013-X,15; Galdós, Jorge M., "La responsabilidad civil (parte general) en el Anteproyecto", LL, 2012-C-1254).

De ello podemos extraer que los requisitos de su procedencia son dos: a) que la conducta del dañador hubiere sido grave y, b) que dicho comportamiento hubiere importado beneficios económicos al responsable. Asimismo, que el instituto tiene una doble finalidad: a) sancionar al causante del daño que derivó de una conducta grave intolerablemente nociva y, b) prevenir o evitar la reiteración de hechos de similar tenor para el futuro. De ahí que los daños punitivos generan, por un lado, un efecto inmediato: sancionar al dañador y, por otro, uno mediato: elemento disuasivo al prevenir la reiteración de acontecimientos similares, ya que

frente al riesgo de la sanción dejaría de ser atractivo económicamente enriquecerse vulnerando derechos ajenos. Se trata de una figura de carácter inusual y anómala, a punto tal que tanto en el derecho comparado como en la doctrina nacional que estudia el tema se ha recalcado que sólo procede en casos de particular gravedad (cfr. Stiglitz, Rubén S., Pizarro, Ramón D., "Reformas a la ley de defensa del consumidor", L.L., 2009-B, 949; Nallar, F. "Imprudencia de los daños punitivos en un fallo que los declara procedentes", L.L. 2009-D, 96, entre otros.).

Bien, con base a dichos principios, y asumiendo que conforme los términos del art. 52 bis de la Ley 24.240 se amplía la concepción tradicional de la responsabilidad civil en cuanto a la reparación del daño constatado, a una función preventiva, disuasiva y sancionadora en el marco tuitivo del derecho al consumidor, y sin soslayar que su aplicación es de orden excepcional y prudente, asumo que la utilización de tal herramienta es factible cuando -tal como surge de las constancias de autos y en mérito a todo lo que se ha venido reseñando a lo largo de este decisorio-, se ha verificado el incumplimiento de obligaciones legales y contractuales por parte del proveedor para con el consumidor en el marco de la relación de consumo que vinculara a las partes, el que no es un incumplimiento más, sino referido al objeto propio del contrato en cuestión, dando motivo a actuaciones administrativas y judiciales, importando tal situación una grave inconducta y aptitud despectiva hacia las consecuencias respecto del consumidor y sus derechos, apta de enmarcar dicho actuar que le fuera reprochado dentro del encuadre que requieren los actos susceptibles de ser sancionados por la vía del rubro daño punitivo.

Opino así, que la falta observada en el supuesto, sí debe ser apreciada con una entidad suficiente como para su aplicación, no solo por las consecuencias potenciales que pudiere haber traído aparejado para el actor la carencia de precisiones respecto de la deuda que se le adjudicaba y que

aparejara la suspensión del servicio, sino porque la penalidad tiene un fin persuasivo, cual es, el de detraer a las empresas a tener conductas como las aquí consideradas en cuanto a la falta de debida información a suministrar al usuario en forma cierta, clara y detallada que conlleva una violación al trato digno que merece el consumidor cual derecho humano.

Aquí es importante insistir y puntualizar que la prueba de los hechos alegados no recae en la actora como pasa en cualquier otro proceso civil, sino que rige el sistema de carga dinámica, donde quien debe probar es quien se encuentra en mejores condiciones de hacerlo. Y es, precisamente, la demandada quien está en esas óptimas posiciones, en este caso, de probar dos cosas: 1) que en el marco de su actividad comercial no posee denuncias similares por incumplimientos en su accionar, a los fines de descartar la procedencia del daño punitivo; y 2) que el monto fijado por este rubro se aparta de los parámetros establecidos en la propia Ley 24.240 (art. 47 inc. b) por remisión del art. 52 bis), (nótese más cerca del mínimo que del máximo -\$5.000.000, ley 26.361-), lo que no ha efectivizado en autos.

Por tanto, todo lo mencionado denota que ha existido un patente menosprecio hacia la persona del usuario, e importa una posible reiteración de hechos similares que pudieren afectar a otros consumidores, tornando procedente la aplicación de la medida disuasiva o ejemplificadora como la dispuesta por el Sr. Juez en función del art. 52 bis de la ley 24.240. Y, precisamente, es lo que asumo ha sido evaluado en ese sentido por el juzgador al considerar procedente tal requerimiento (ver cons. VI.c)).

En cuanto a la alegada afectación del principio non bis in ídem por contrariar el orden constitucional, y subsidiario planteo de inconstitucionalidad del art. 52 de la Ley 24.240, entiendo que también debe rechazarse. Ello en tanto que para que sea de efectiva aplicación aquella garantía del procedimiento penal, debe darse una exacta igualdad

entre identidad de persona, objeto y causa, y aquí la multa que se impusiera a la empresa en sede administrativa tiene una naturaleza preventiva dentro del Derecho Administrativo sancionador que no exige un daño concreto, sino la simple y objetiva desobediencia a determinadas normas (LDC) y, por el contrario, la penalidad civil decretada en autos, tiende a otorgar a la víctima de ciertos ilícitos de un monto de dinero (que se suma a las indemnizaciones por los daños efectivamente experimentados) con el fin de sancionar graves inconductas del demandado, desanimando acciones futuras del mismo tipo a manera preventiva y punitoria.

Si bien la norma cuestionada (en la literalidad de su letra) menciona como presupuesto de procedencia de la multa civil el incumplimiento por parte del proveedor de sus obligaciones legales o contractuales y la instancia de parte, omitiendo toda referencia a factores objetivos o subjetivos de atribución de responsabilidad, lo cierto es que mayoritariamente en doctrina se ha entendido que para su aplicación debe mediar un incumplimiento legal o contractual por parte del proveedor, sumado a factores subjetivos de atribución que impliquen una conducta de dolo, malicia, negligencia grosera o desprecio al consumidor. Tales recaudos adoptados prácticamente en forma uniforme por la jurisprudencia, han implicado una limitación de la norma que descarta una posible colisión con normas constitucionales (arts. 17 y 18 CN), pues se han puntualizado las conductas que hacen posible la procedencia de la figura y, por el contrario, la Constitución Nacional no requiere en ningún lado para el ejercicio de los derechos por ella consagrados una tipificación taxativa de tipo conductual.

Es decir (más allá de la amplitud e imprecisión de su redacción), lo cierto es que no caben dudas que el legislador ha dejado librado al arbitrio judicial la apreciación en cada caso concreto de la procedencia o improcedencia de la multa civil, que -reitero- además de poseer carácter sancionador, posee una finalidad preventiva, cuyo objetivo es disuadir al

dañador de la actitud que ha generado el ilícito, para evitar que continúe repitiéndose. Desde ese punto de vista, válido resulta recordar que en el derecho civil también se admiten otras clases de tales sanciones, como intereses punitivos (art. 769 CCyC) o astreintes (art. 804 CCyC), que tampoco presentan una definición completa de sus presupuestos y, sin embargo, su validez constitucional no se encuentra discutida.

Entonces, por lo dicho, no advirtiendo que la normativa cuestionada violente garantía constitucional alguna, a más de valorar que ante un planteo de inconstitucionalidad que importa un acto de gravedad institucional, se debe guardar el máximo de cuidado recurriendo a ella sólo ante una estricta necesidad, debiendo evitarse de ser posible de acuerdo a una interpretación de las normas que permita resguardar todos los derechos en juego, es que la crítica enarbolada al respecto por la empresa sancionada debe ser rechazada.

En cuanto a la queja específica referida a la cuantificación dada al daño punitivo, observo que los términos en que fuera expresado el mismo no dejan de ser una distinta estimación y valoración subjetiva de lo apreciado por el juzgador, por lo que su revisión resulta inviable en tanto no se ha demostrado con entidad suficiente cuál es el error en que ha incurrido el Grado, el que por el contrario, ha dado acabados fundamentos de la decisión emitida y, en consecuencia, también propicio su rechazo.

10) Ahora bien, seguidamente resulta pertinente avocarse al tratamiento de la objeción esgrimida por el actor en cuanto al monto otorgado en concepto de daño punitivo, siendo, a su criterio, insignificante a los fines de cumplir con la función preventiva-sancionatoria del instituto. Entiendo que merece su desestimación. Es que en su fundamentación se aprecia una mirada distinta y subjetiva de lo declamado por el sentenciante, quien no sólo ha dado razones para determinar la procedencia del rubro sino también su cuantía (la que se advierte prudencial y equitativa conforme características

que rodearon el caso), todo lo cual además, fuera conformado por esta Magistrada de acuerdo a los argumentos ya dados al analizar la crítica articulada por la parte demandada en el punto. En definitiva, no se repara configurado argumento válido ni motivación suficiente para modificar la decisión cuestionada, lo que así decido.

11) Que en base a todo lo expuesto y ya de manera conclusiva, porque el proceder jurisdiccional en crisis, se avizora sustancialmente justificado, razonable y ajustado a derecho a mérito de las circunstancias de hecho que rodearon el caso y de las diligencias probatorias obrantes en autos; y porque las recurrentes no han logrado con los argumentos esgrimidos desvirtuar ni replicar las consideraciones determinantes de la decisión adversa en lo pertinente para cada una de ellas, es que se ha formado en la suscripta una convicción dirigida (tal y como se expuso en los apartados precedentes) a proponer al Acuerdo: I) No hacer lugar al recurso de apelación interpuesto en fecha 26/06/23 por la demandada; II) No hacer lugar al recurso de apelación incoado el 05/07/23 por la parte actora; III) Imponer las costas por ambos planteos recursivos tratados por medio de la presente a cargo de la empresa accionada por resultar mayoritariamente perdedora (art. 68, 2do. párrafo del CPCyC); IV) Regular los honorarios de los profesionales actuantes, atendiendo las pautas valorativas instituidas en el art. 6 de la Ley 2212, en orden al mérito de la labor desplegada apreciada por la calidad, eficacia, extensión, y resultado obtenido, para el Dr. Alejandro Ricardo Buckland -apoderado de la accionada-, y para los Dres. Pedro Francisco Casariego y Claudia Andrea Pichiñan -letrados patrocinantes del actor-, en forma conjunta, en el 25% y 35%, respectivamente, a aplicar sobre los montos de honorarios que le fueran determinados a los mismos en la Instancia de origen (arts. 6, 7, 15 y cc. L.A.). **MI VOTO.**

A la misma cuestión, la Dra. María Luján Ignazi, dijo:

Adhiero a la solución propuesta por la Sra. Juez preopinante, por compartir los fundamentos por ella expuestos, sufragando en igual sentido.

A la misma cuestión, el Dr. Ariel Gallinger, dijo:

Atento a la coincidencia de criterio de las Sras. Juezas que me preceden en orden de votación, me abstengo de sufragar.

Por ello, y en mérito al Acuerdo que antecede, el **TRIBUNAL RESUELVE:**

-.I. No hacer lugar al recurso de apelación interpuesto en fecha 26/06/23 por la demandada.

-.II. No hacer lugar al recurso de apelación incoado el 05/07/23 por la parte actora.

-.III. Imponer las costas por ambos planteos recursivos tratados por medio de la presente a cargo de la empresa accionada por resultar mayoritariamente perdidosa (art. 68, 2do. párrafo del CPCyC).

-.IV. Regular los honorarios de los profesionales actuantes, atendiendo las pautas valorativas instituidas en el art. 6 de la Ley 2212, en orden al mérito de la labor desplegada apreciada por la calidad, eficacia, extensión, y resultado obtenido, para el Dr. Alejandro Ricardo Buckland -apoderado de la accionada-; y para los Dres. Pedro Francisco Casariego y Claudia Andrea Pichiñan -letrados patrocinantes del actor-, en forma conjunta, en el 25% y 35%, respectivamente, a aplicar sobre los montos de honorarios que le fueran determinados a los mismos en la Instancia de origen (arts. 6, 7, 15 y cc. L.A.).

Regístrese, protocolícese y notifíquese conforme Acordada n° 36/2022 STJ, Anexo I, apartado 9 a) y, oportunamente, remítanse los autos al organismo de Origen.

ARIEL GALLINGER-PRESIDENTE, SANDRA E. FILIPUZZI DE VAZQUEZ-JUEZ, MARÍA LUJÁN IGNAZI-JUEZ. ANTE MI: ANA VICTORIA ROWE-SECRETARIA

