



REGISTRADA BAJO EL N° 159 (S) F°886/896
Expte.N°156.333 Juzgado Civil y Comercial N°10.-

En la ciudad de Mar del Plata, a los .5.. días del mes de agosto de 2014, reunida la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Tercera, en acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos: **“PEREZ, MARIA CRISTINA c/ TELEFÓNICA DE ARGENTINA S.A. s/ DAÑOS Y PERJUICIOS. INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL (EXC. ESTADO)” - EXPTE.N°156.333** habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código de Procedimiento en lo Civil y Comercial, resultó que la votación debía ser en el siguiente orden: Dres. Rubén D. Gérez y Nélida I. Zampini.

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes

C U E S T I O N E S

1°) ¿Es justa la sentencia obrante a fs. 740/50?

2°) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA EL SR. JUEZ DR. RUBEN

D. GEREZ DIJO:

I. Antecedentes:

A fs. 216/40 se presenta la Dra. **María Cristina Pérez**, por derecho propio, promoviendo demanda contra **Telefónica de Argentina S.A.**, por incumplimiento contractual y daños y perjuicios. Asimismo, reclamó daño punitivo por la suma de \$ 500.000.

Relata que hace más de 17 años adquirió a ENTEL la línea de teléfono (0223) 481-4049, continuando la relación contractual con la demandada, quien incorporó el servicio MEMOBOX en forma gratuita y permanente.

Indica que hace más de 10 años optó por la modalidad prepaga sin factura denominada “línea cero”; siendo su única obligación cargar



mensualmente el importe de \$14,52, aunque se debe cargar \$ 15 ya que las tarjetas se emiten por cifras redondas.

Explica que en los años 2006-2008 la demandada promocionaba un servicio de Internet de 1mb denominado “*Speedyficat*e” a \$ 35 más IVA, es decir \$ 42,35 finales; al cual accedió mediante un kit autoinstalable. Sorpresivamente, dice, la primera factura alcanzó la suma de \$ 138,42 y que el sistema funcionaba con 512k, comprobando que el servicio de 1mb llegaba solo hasta 300mts de su vivienda. Es decir, Telefónica ofrecía un servicio que no podía cumplir.

Relata las fallas sufridas en el sistema, los errores de facturación, los innumerables reclamos, las interrupciones del servicio, los cargos de reconexión que se le facturaban y el peregrinaje en las oficinas de la demandada.

Todo ello la llevó a efectuar una denuncia ante la Dirección General de Defensa al Consumidor y Usuario de la Municipalidad de General Pueyrredón.

Cuantifica su reclamo, ofrece prueba, solicita el beneficio de litigar sin gastos.

A fs. 246 se ordena sustanciar la acción promovida bajo las normas del proceso sumarísimo; se decreta medida cautelar genérica innovativa ordenando restituir plenamente el servicio de teléfono línea cero, recuperar el servicio memobox gratuito y efectuar llamadas gratuitas al 222, 112, 114, 110, 911 y 0800.

A fs. 251 la actora amplía la demanda incrementando los montos de los rubros pretendidos.

A fs. 259 la actora denuncia como hecho nuevo la venta por la demandada de su línea telefónica.

A fs. 280/98 se presenta el Dr. Claudio Javier Rey, en su carácter de apoderado de Telefónica de Argentina S.A., contestando la demanda instaurada contra su cliente.



Sostiene la improcedencia del proceso sumarísimo, niega todos y cada uno de los hechos alegados en la demanda, niega la autenticidad material, formal e ideológica de toda la documentación acompañada por la actora en su demanda. Dice que su mandante en todo momento se ajustó al Reglamento General de Clientes del Servicio Básico Telefónico, imponiéndose el rechazo de la demanda. Se expone sobre la valuación del daño, la improcedencia de la medida cautelar, ofrece prueba.

A fs. 330 se dispone la apertura a prueba de las actuaciones por el plazo de diez (10) días, proveyéndose a fs. 335/6.

A fs. 495 se admiten hechos nuevos denunciados por la actora.

A fs. 620 se certifica el término y resultado probatorio.

A fs. 653 se admite un hecho nuevo alegado por la actora.

A fs. 739 se llaman autos para sentencia.

A fs.843/5 toma debida intervención el Sr. Fiscal General del Departamento Judicial Mar del Plata y pasan los autos a resolver a fs.846.

II. La sentencia recurrida:

A fs. 740/50 dictó sentencia definitiva la Sra. Juez de Primera Instancia haciendo lugar a la demanda promovida por **María Cristina Pérez** contra **Telefónica de Argentina S.A.**, condenando a esta última a restituir a la actora el servicio de telefonía fija en las condiciones contratadas (línea cero) y a abonarle la suma de **veinticinco mil trescientos noventa y seis con treinta y cuatro centavos (\$ 25.396,34)**, con más intereses a liquidar a la tasa que fija el Banco de la Provincia de Buenos Aires para sus operaciones de depósito a treinta días. Impuso las costas a la demandada vencida y difirió la regulación de honorarios para su oportunidad.

Para así hacerlo, comenzó diciendo que el caso se encuentra alcanzado por la normativa consumerista por resultar consecuencia de la prestación de un servicio público de telefonía y tratarse de una relación de consumo.



Prosiguió con el análisis del material probatorio, a los fines de desentrañar la cuestión litigiosa centrada en el incumplimiento contractual de la parte demandada que sostiene la accionante o la baja del servicio por culpa de la actora ante la falta de pago de las facturas oportunamente remitidas como alega la accionada.

Teniendo en consideración la teoría de la carga probatoria dinámica y el deber del proveedor de aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento, entendió que la accionante había acompañado las constancias de cumplimiento de las obligaciones a su cargo, y que era la compañía telefónica quien cuenta con las mejores condiciones técnicas para acreditar, como afirmó, la falta de pago de los vencimientos que el cliente adeudaba.

Indicó que de la prueba pericial contable no surgía la falta de pago de la accionante; y que la experta no indicó cuales fueron los elementos tenidos en cuenta para emitir su dictamen, ni el respaldo documental de sus afirmaciones.

Así las cosas, decidió que la demandada debía soportar las consecuencias de omitir ese imperativo en el propio interés, correspondiendo el reintegro del importe del servicio telefónico no prestado y el cargo de reconexión que ascienden a \$ 225.

Asimismo, y vista la ausencia de prueba de la falta de pago, resultó injustificada la baja del servicio; por lo que la demandada deberá mantener las condiciones contratadas oportunamente, esto es, servicio de línea cero, sin factura, con memobox; aunque no debe otorgar el mismo número que ya ha sido provisto a un tercero.

Con relación al servicio de Internet, señaló la a-quo que también la insuficiencia probatoria sellaba la suerte del reclamo. Dijo que de la prueba pericial producida no surgía cuales fueron los conceptos incluidos en las



facturas ni el servicio efectivamente prestado. En razón de ello, condenó a la demandada a restituir la suma de de \$ 171,34.

En torno al daño moral y tras señalar los padecimientos sufridos por la actora y las instancias administrativas que debió recorrer, fijó la indemnización en la suma de \$ 5.000.

Finalmente, ingresó al análisis del reclamo de daño punitivo. Luego efectuar el encuadre legal, doctrinario y jurisprudencial, y vista la sanción impuesta por la Dirección General de Defensa del Consumidor del Municipalidad de General Pueyrredón, fijó el parcial en la suma de \$ 20.000.

Sobre todos los parciales, consideró la sentenciante que debían liquidarse intereses a la tasa que fije el Banco de la Provincia de Buenos Aires para sus operaciones de depósitos a treinta días.

III. Apelación de la parte actora:

A fs. 751/60 interpone la actora recurso de apelación contra el referido pronunciamiento, el cual es concedido en relación y con efecto devolutivo a fs. 763, siendo fundado en el mismo acto, y contestado por la demandada a fs. 770/7.

En primer término, dice que la orden de restituir la línea telefónica y/o cualquier otro servicio de la demandada cayó en abstracto frente a su decisión de dar de baja la línea al advertir que la accionada violaría cualquier relación contractual. Así, considerando incongruente una sentencia que, pretendiendo beneficiarla, la obliga a padecer situaciones angustiantes, solicita la nulidad de lo allí dispuesto en torno a la restitución de la línea.

En segundo lugar, se agravia de la reducción arbitraria de los montos demandados.

Con relación al monto del daño moral establecido por la a-quo en \$ 5.000, considera que no existen parámetros en cuanto a la determinación del monto resarcitorio y que debe meritarse la conducta de la demandada desde que se inició el conflicto. Destaca la violación de las medidas cautelares dictadas en autos, los ocho años sufridos e incontables reclamos



y la necesidad de contratar telefonía celular porque –dice- “la asilaron del mundo”. Así las cosas, que se eleve el parcial a la suma reclamada de \$ 25.000.

En torno al daño punitivo, que la sentenciante fijara en la suma de \$ 20.000, y luego de sintetizar la conducta exhibida por Telefónica de Argentina S.A. a lo largo de la relación contractual, explica que la multa administrativa no se debe confundir de ningún modo con el instituto de la multa punitiva.

Alega que nada de la multa administrativa será percibida por la recurrente, siendo la Municipalidad y la Provincia los beneficiarios de los daños, despojos, angustia y maltrato que sufriera.

Entiende que debe considerarse la magnitud del dominio y poderío económico de la empresa, y el beneficio que obtiene por sobrefacturación y otras argucias comerciales. Para ello efectúa una serie de cálculos que, entiende, demuestran la sobrefacturación por diferentes conceptos, citas doctrinarias y jurisprudenciales, para finalizar con la cuantificación del parcial en \$ 500.000.

IV. Apelación de la parte demandada:

A fs. 762 interpone la demandada recurso de apelación contra el referido pronunciamiento, el cual es concedido en relación y con efecto devolutivo a fs. 789, siendo fundado a fs. 793/820, y contestado por la actora a fs. 824/38.

En primer lugar, lo agravia la errónea distribución de la carga probatoria e incorrecta valoración de la prueba que hiciera la a-quo.

Considera que la actora no arrimó prueba alguna que pueda servir de prueba a los hechos alegados. Dice que las tarjetas telefónicas con las que la accionante pretende acreditar el cumplimiento de su obligación de pago fueron oportunamente negadas, no probándose que las mismos fueron acreditadas en su cuenta. Así, la pasividad de la contraria en la producción de prueba culmina beneficiándola en claro menoscabo a su parte.



Destaca que su parte produjo prueba pericial contable de la cual surgen acreditados los vencimientos y períodos adeudados por la accionante como así también los períodos adeudados por la accionante como así también los períodos de interrupción del servicio y sus motivos.

Todo ello lleva al recurrente a sostener la violación del debido proceso y los principios procesales que rigen la carga de la prueba, que no resultan modificados por la ley de defensa al consumidor desde que solo pone en cabeza del proveedor el deber de colaboración procesal y no la inversión de dicha carga.

Entiende que, a contrario de lo sostenido por el a-quo, en las respuestas a los puntos 4 y 8 de la prueba pericial contable se da cuenta de los cargos, conceptos y períodos impagos que motivaron las interrupciones en el servicio telefónico de la accionante.

Con relación al servicio de Internet, sostiene que la actora no aportó prueba alguna de las supuestas sobrefacturaciones, limitándose a su afirmación; y del informe pericial surge que ante los sucesivos reclamos de la actora se general ajustes por buena política comercial, conforme se detalla en los puntos 4, 5 y 6.

Su segundo agravio gira en torno a la condena por daño directo, moral y multa civil.

En torno al daño directo afirma que la actora no acreditó, como sostuvo, la carga de tarjetas telefónicas en su línea, resultando las interrupciones del servicio, como ya expresó, producto de la falta de pago de los respectivos cargos. Por otro lado, sobre el servicio de Internet tampoco se probó la sobrefacturación alegada, emitiéndose notas de crédito a favor de la actora que superan el monto reclamado.

Prosigue señalando que la línea de teléfono reinstalada, aunque con otro número, fue dada de baja ante la expresa voluntad de la actora, constituyendo un absurdo que se condene a la restitución de aquella. Así las cosas, solicita que se deje sin efecto la mentada orden.



Sobre el daño moral sostiene que no nos encontramos frente a aquellos supuestos en que el daño moral se presume por la sola acción antijurídica, debiendo acreditarse en forma precisa el perjuicio alegado, lo que no ha sucedido ni aún mínimamente.

Finalmente, se expide sobre la improcedencia de la multa civil fijada por el a-quo en la suma de \$ 20.000. Luego de expedirse sobre la naturaleza jurídica de aquella, el presupuesto objetivo y subjetivo, sostiene la falta de configuración de estos en el caso bajo análisis. Dice que se trata de un instituto para “muy pocos casos”, para conductas que revistan especial gravedad, desde que constituye un ámbito excepcional y de interpretación restrictiva. Cita jurisprudencia y doctrina en su apoyo, peticionando que se deje sin efecto la multa civil aplicada.

V. Tratamiento de los agravios:

Razón de orden lógico me llevan a comenzar con el primer agravio de la parte demandada, el que de prosperar conllevará a la revocación de la sentencia de grado y con ello el rechazo de la acción instaurada.

a) No existen dudas que la cuestión debatida en autos gira en torno a una relación de consumo en los términos del art. 3 de la ley 24.240; es decir el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario (art. 330, 354 y cdtes. del CPC; ver fs.216/41, 280/98 y en particular fs.286vta.).

Y esta primera conclusión no resulta menor para el análisis del principal agravio de la demandada, tal como tuve la oportunidad de decidir en los autos caratulados: **“MORENO, BLANCA MABEL c/ AMX ARGENTINA S.A. s/ RECLAMO CONTRA ACTOS DE PARTICULARES” - EXPTE.N°152.175**, sentencia dictada el 21/02/2013 (Reg.Nº 23 (S) Fº127/133)-

Sabido es que incumbe la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido. Cada una de las partes, dice el art. 375 del CPC, deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción.



No obstante aquel principio general en materia de carga probatoria, el estatuto consumeril (ley 24.240) trae innovaciones sobre el punto como consecuencia del régimen protectorio allí establecido.

Así se ha dicho que *“En los casos en los que los consumidores promueven acciones judiciales en defensa de sus derechos, son admisibles todos los medios de prueba sin que corresponda la inversión de la carga de la prueba en perjuicio de ellos. Asimismo, el juez debe evaluar el comportamiento de las partes para poder determinar si actuaron de buena fe, no incurrieron en abuso de derecho y si cumplieron con las obligaciones impuestas a su cargo por las disposiciones vigentes. Y cuando no tenga elementos de convicción suficientes para tener por verificados o no los hechos discutidos, deberá interpretar el contrato en la forma más favorable al consumidor.”* (Barbado, Patricia, **“La tutela de los consumidores y las consecuencias procesales de las relaciones de consumo”**, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Consumidores, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2009-1, pág.210).

Nos explica Sáenz que reviste vital importancia el deber de conducta de las partes, que determina que si existe un hecho controvertido, respecto del cual una de las partes se encuentra en mejor posición de aportar certeza sobre su veracidad, resulta entonces que si aquél omite u obstruye la producción de prueba necesaria, podrá presumirse judicialmente que tenía razón la contraria respecto del acaecimiento o no del hecho en cuestión (**Ley de Defensa del Consumidor, Comentada y Anotada**, obra colectiva, Picasso y Vazquez Ferreyra directores, ed. La Ley, Bs.As., 2009, T.I, pág.453).

Este deber de conducta tuvo recepción legislativa en la reforma de la Ley de Defensa del Consumidor introducida por la ley 26.361. Allí, el nuevo tercer párrafo del art. 53 dispone que: *“Los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme las*



características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio”.

Y Bersten indica que en la telefonía la unidad de medida no es constante sino variable, tanto en distancia como en los horarios, no existiendo un patrón único de medida. Por otro lado, explica que los instrumentos de medición se trata de computadoras que están instaladas en dependencias de la propia empresa; de modo que los usuarios del servicio no pueden controlar en absoluto si las mediciones efectuadas son reales o no (ob.cit., T.III, pág.726).

Por su parte, la jurisprudencia ha dicho que *“Deberá ser entonces quien está en mejor posibilidad de probar quien acredite con veracidad certera lo facturado...”* (Cám.Nac. de Apel. en lo Civil y Comercial Federal, Sala III, en autos “Biestro de Bover, Amelia T. v. Telefónica de Argentina S.A.”, JA 1995-II-166).

Más recientemente se ha resuelto que *“...el principio de las "cargas probatorias dinámicas" son llevadas a su máxima expresión pues, el proveedor tiene una obligación legal: colaborar con el esclarecimiento de la situación litigiosa; y en consecuencia, todo silencio, reticencia o actitud omisiva, se constituirá en una pauta que afectará dicha obligación legal con la consecuente presunción de certeza sobre la versión que sustenta la pretensión del consumidor (cfr. Junyent Bas-Del Cerro, "Aspectos procesales de la ley de defensa del consumidor", La Ley, 14/06/2010, 1, p. 16).”* (Juzgado Civil y Comercial N°5 de San Nicolás, en autos “Taborda, Pablo Alcides c. AMX Argentina S.A. s/ Daños y perjuicios” • 10/04/2012, AR/JUR/10707/2012).

Ello me basta entonces para concluir que **Telefónica de Argentina S.A.** se encontraba en mejores condiciones para acreditar la veracidad de los incumplimientos que alegara y principalmente que los consumos que fueron liquidados en las facturas cuestionadas por la accionante se correspondían con los servicios contratados. Pero lejos de desplegar una



actividad probatoria conducente a la búsqueda de la verdad de los hechos controvertidos, optó por negar todos y cada uno de los hechos alegados por el consumidor, desconocer la totalidad de la documentación aportada por éste último.

Y en el repaso de la prueba ofrecida y producida por la accionada debo decir que la prueba pericial contable se presenta insuficiente a tales fines (art. 384, 474 y cdtes. del CPC).

Tal como lo destaca la actora las conclusiones de la experticia se basaron en “documental analizada”, sin indicarse de cual se trataba; y principalmente, ningún punto de pericia tiende a acreditar de que forma una “Línea Cero” - que **la misma accionada explica que son completamente prepagas, sin factura y sin abono, que funcionan a través de la carga de tarjetas control** (ver fs.287vta.) – puede generar una factura impaga y con ello la interrupción del servicio. La misma conclusión resulta predicable con relación al servicio de Internet, con el agravante de que la propia experticia da cuenta de los numerosos reclamos y los ajustes que derivaron en las notas de crédito, reintegros o devoluciones (ver ptos.4 y 5 de la pericia obrante a fs.673/8).

En otras palabras, la especialidad ofrecida (contable) no era conducente para probar el hecho negado por el consumidor, debió haber ofrecido el mismo medio probatorio (prueba pericial) pero ha realizar por un **ingeniero** con incumbencia profesional en la materia específica, esto es un ingeniero en telecomunicaciones, electrónico o en radiocomunicaciones (cfr. Nómima de especialidades del Acuerdo N°3287 del 16/08/2006).

Sobre el particular, y de plena aplicación al caso bajo estudio, nuestra Corte Provincial ha dicho que: *“Es de recordar en este sentido que nos hallamos en un ámbito al que resulta razonable aplicar los principios que permiten flexibilizar las reglas de las cargas probatorias (art. 375, C.P.C.C.), tornándolas dinámicas, permitiendo así a la judicatura adjudicar el peso de la ausencia de colaboración contra la parte que poseyendo los medios para*



formar la convicción acerca de la verdad de los hechos controvertidos, se conforma con una pasiva negativa en los términos del art. 354 del Código Procesal Civil y Comercial (arg. Ac. 76.417, sent. del 30-IV-2003; Morello, A. M., "La prueba. Tendencias modernas", Platense, págs. 58ù59; Stiglitz, G. - Solsona, G., "Un caso de aplicación de la ley 24.240 en la defensa de los usuarios de servicios públicos domiciliarios", en "La Ley Buenos Aires", 1998-445, esp. ap. II.1; Peyrano, Jorge W., "Doctrina de las cargas probatorias dinámicas", en "La Ley", 1991-1034; "Apostillas procesales sobre la ley de defensa del consumidor", "Jurisprudencia Argentina", 1994-V-765), actitud que en el sub iudice puede imputarse a la accionada respecto de los hechos referidos."

Tal déficit probatorio conlleva a que **Telefónica de Argentina S.A.** deba soportar las consecuencias de omitir ese imperativo en el propio interés (SCBA, Ac 45068 S 13-8-1991; AC 73932 S 25-10-2000; C 100570 S 29-4-2009; entre tantos otros; art. 42 de la C.N.).

Es que como afirma Shina: "*Le pese a quien le pese, las relaciones de consumo han cambiado, irrevocablemente, el derecho civil*" (**Daños al Consumidor**, ed. Astrea, Bs.As., 2014, pág. 200).

Así las cosas, propongo al acuerdo desestimar el primer agravio de la demandada y, de la mano con ello, la confirmación de la condena por el daño directo sufrido, desde que el agravio se encuentra sostenido por el embate descartado en este punto (arts. 260, 266 y cdtes. del CPC).

b) La primera queja de la accionante y parte de la segunda de la demandada a mi entender deben prosperar, aunque con el alcance que seguidamente expongo.

En efecto, a fs. 480 obra la nota presentada por la actora en la compañía telefónica solicitando la baja del servicio, fechada el 13/03/2012; y a fs. 493vta la respuesta de la demandada dando cuenta de su recepción y la inexistencia de deuda pendiente de pago. Por su parte la sentenciante indicó a fs.510 que la cuestión excedía el marco del proceso.



A poco que se repasa el contenido de la pretensión originaria de la accionante se advierte que la restitución del servicio de la línea cero número (0223) 481-4049 y el mantenimiento de la misma en las condiciones contratadas (ver fs.224 primer párrafo), constituían parte de aquella y luego fueron desistidas por la accionante al solicitar la baja definitiva del servicio; tornando abstracto el pronunciamiento judicial sobre el punto.

En este sentido, el art. 163 inc.6 del CPC manda al sentenciante decidir sobre los hechos constitutivos, modificativos o **extintivos** producidos durante la sustanciación del juicio.

Nuestra Suprema Corte de Justicia ha expresado que: *“Conforme a la disposición contenida en el art. 163, inc. 6, párrafo segundo, del Código Procesal, el juzgador puede hacer mérito de los hechos constitutivos, modificativos o extintivos de la litis, producidos durante la sustanciación del juicio. Cuando esas circunstancias sobrevinientes puestas de manifiesto en la sustanciación, importan la desaparición del conflicto ventilado, queda inhabilitada esta Corte, para resolver la materia recursiva sometida a su conocimiento, debiendo declararla abstracta (art. 163 inc. 6, 2º párrafo, C.P.C.C.)”* (SCBA, C 91512 S 19-12-2012).

Asimismo, lo sostenido por el a-quo en su sentencia, en cuanto ordena la restitución del servicio, no da lugar a la nulidad del pronunciamiento, ni siquiera en forma parcial, ya que cuando los vicios son subsanables por vía de la apelación, no debe decretarse la nulidad del decisorio, porque orbita en ello el principio de la conservación de los actos jurídicos (argto. art.163, 242, 253 y conds. del CPC; art. 168, 171 y conds. de la Const. Prov.; conf. Juan Carlos Hitters, **Técnica de los recursos ordinarios**, Ed. Platense, 2004, pág.. 522 y ss; Jurisp. esta Sala, causa N°148.570, RSD-122-11 del 2-8-11; 154.493, sent. del 15/10/2013; Sala II, 94966 RSI-621-95 I 17-8-1995; 100967 RSI-110-97 I 11-3-1997; Sala III, 154.493, sent. del 15/10/2013).

En otros términos, propongo en este acuerdo, que la parcela del



decisorio referida a dicha cuestión (restablecimiento de la línea en los términos contratados originalmente), debe revocarse en tanto no tuvo en cuenta que esa pretensión fue desistida por la actora con la conformidad tácita de la demandada.

c) Daño moral:

Con relación al parcial, motivo de agravio de ambas partes, no tengo dudas de que, en esta sede judicial, nos encontramos frente al supuesto aprehendido por el art. 522 del Cód.Civ. que regla el mentado rubro dentro del ámbito de la responsabilidad contractual (Sala III, causa "Amaya, María Antonia c/ BBVA Consolidar Seguros S.A. s/ Daños y Perjuicios por Incumplimiento Contractual" - Exp.Nº154916, sent. del 03/12/2013).

Y sobre este, la Suprema Corte Provincial ha expresado que: *"En materia contractual -donde resulta de aplicación el art. 522 del Código Civil- el resarcimiento del daño moral debe ser interpretado con criterio restrictivo para no atender reclamos que respondan a una susceptibilidad excesiva o que carezcan de significativa trascendencia jurídica quedando a cargo de quien lo invoca la acreditación precisa del perjuicio que se alega haber sufrido. En tal sentido se requiere la clara demostración de la existencia de una lesión de sentimientos, de afecciones o de tranquilidad anímica que no pueden ni deben confundirse con las inquietudes propias y corrientes del mundo de los pleitos o de los negocios."* (C 111627 S 26-6-2013; Ac 89068 S 18-7-2007; Ac 73965 S 21-3-2001).

Ahora bien, esa estrictez que exige la jurisprudencia en la valoración y consideración del rubro, debe ceder ante supuesto como el de autos donde es el consumidor -parte débil de la contratación- quien efectúa el reclamo (arts. 42 de la CN, 38 de la CPBA).

No estamos frente a un contratante más: él es un consumidor en una relación de consumo, que hizo necesaria una protección específica para la parte más débil de la estructura comercial que se concreta en la Ley de Defensa del Consumidor que vino a ampliar y profundizar, la tutela ya



garantizada por el Código Civil con cuya estructura normativa se complementa, y por la Constitución Nacional a través de los arts. 42 y 43 a partir de la reforma de 1994.

Así, el marco constitucional utiliza la expresión “trato equitativo y digno”, refiriéndose a un aspecto social o externo, es decir al honor y el respeto que se le debe a la persona. Conceptos éstos, cuya lesión claramente llevan al dolor, la angustia, la aflicción y los padecimientos provocados a la víctima por el evento dañoso. En otras palabras, la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor incuestionable en la vida del hombre que son la paz, la tranquilidad del espíritu, la libertad individual y la integridad individual que constituyen sus más gratos afectos (cfr. Lowenrosen, Flavio, **“La dignidad, derecho constitucional de los usuarios y consumidores”**, elDial.com - DC5F8).

Y el art. 8 bis de la ley 24.240 también exige a los proveedores garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios.

La jurisprudencia provincial ha decidido que: *“El daño moral consiste no sólo en el dolor, padecimiento o sufrimiento espiritual del individuo”, sino también en la “privación momentos de satisfacción y felicidad en la vida del damnificado -víctima o reclamante- y que en definitiva influyen negativamente en la calidad de vida de las personas”* (Highton, Elena I. - Gregorio, Carlos G. – Álvarez, Gladys S. *“Cuantificación de Daños Personales. Publicidad de los precedentes y posibilidad de generar un baremo flexible a los fines de facilitar decisiones homogéneas y equilibradas”* Revista de Derecho Privado y Comunitario 21, Derecho y Economía, pág.127; conf. mis trabajos *“Afección al Espíritu de la Persona. Legitimados para reclamar el daño moral”* en *“Estudios de Derecho Privado Moderno. Homenaje al Dr. Julio César Rivera”*, Ed. La Ley, Bs As 2012 pág. 145; *“Los daños a las personas en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires”*, Revista de Derecho de Daños



2009-3-245; "Cuánto" y "quién" por daño moral" en "Homenaje a los Congresos Nacionales de Derecho Civil (1927-1937-161- 1969). Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba Ed. Advocatus, Córdoba 2009- T. III pág. 1659)." (Cám.Apel. Azul, Sala II, Exp.Nº 57494, "Rossi Laura Viviana c/ Whirlpool Arg. S.A. s/ Daños y Perjuicios - Incump. contractual", sent. del 11/06/2013).

En tal entendimiento y vistos los padecimientos sufridos por la accionante que van desde los incesantes reclamos efectuados telefónicamente al proveedor del servicio – con dictamen: “ajustar” (ver pericia contable de fs.674/8, en especial respuesta al punto 4), las interrupciones injustificadas del servicio telefónico con la imposibilidad de comunicarse que ello conlleva, la necesidad de tener que concurrir a la sede administrativa para obtener el reconocimiento y resarcimiento de sus derechos vulnerados, la gran cantidad de facturas recibidas en el domicilio de la accionante donde se indica el carácter de deudora sin brindar las explicaciones ni la información debida (ver fs. 20 a 55), considero que provocan en la vida de cualquier persona, una clara lesión a la esfera espiritual que supera los que comúnmente la jurisprudencia denominaba como “padecimientos propios de la vida en sociedad” y que, por tal razón, no resultaban indemnizables. Al contrario, en base a la propia experiencia (que nuestro sistema de valoración de la prueba –sana crítica- acoge como pauta válida) considero que aquellos padecimientos del hombre común merecen ser resarcidos, tal como lo hizo la juez de primera instancia (argto. Jurisp. SCBA C 107407, sent del 6/julio/2011).

Ahora bien, en cuanto al monto reconocido en la instancia anterior, teniendo en cuenta que la actora pidió a esta Alzada su elevación, debo expedirme sobre el quantum establecido.

En este punto, tengo en cuenta que la edad de la actora (64 años), su actividad profesional (abogada), el tiempo por el cual permaneció incomunicada; la cantidad de veces que tuvo que reclamar a la empresa de



telefonía, como así también la molestia que implicó la concurrencia a las audiencia ante la oficina del Consumidor (entidad Municipal) son circunstancias que justifican una reparación integral y ajustada a los padecimientos sufridos, por lo que propongo elevar el parcial a la suma de **veinticinco mil pesos (\$ 25.000)** (arts. 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 8º, 19, 40 y concs. L.D.C.; arts. 522, 1078, 1083 y concs. Cód. Civ.).

c) Daño Punitivo:

Conforme lo norma el art. 8 bis de la ley 24.240, el proveedor debe garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios. Condiciones y trato que, como quedo a la vista anteriormente, no fueron cumplidas por parte de la demandada.

El mismo artículo prevé en su última parte que tales conductas podrán ser pasible de la multa civil establecida en el artículo 52 bis de la mentada ley, el que dispone: *“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...”*.

Siguiendo a Stiglitz y Bru, podemos definir a los daños punitivos en nuestro sistema, como una institución jurídica vigente en el marco del derecho del consumidor, destinada a sancionar graves inconductas en que incurren los proveedores de servicios o cosas en la relación de consumo, a través de la imposición de una sanción pecuniaria adicional, a favor del damnificado, y que excede la cuantificación de la indemnización compensatoria correspondiente (Jorge Bru y Gabriel Stiglitz, en “Manual de Derecho del Consumidor”, pág. 389 y sgtes. Abeledo Perrot, 2009).

Vázquez Ferreira, por su lado, explica que el Derecho de Daños ya no se conforma con la reparación de los daños injustamente causados, sino que va más allá, y donde le es factible, busca la propia evitación del perjuicio. En este sentido, sostiene que la responsabilidad civil ha sido



ampliada por el Derecho de Daños, jugando un rol fundamental la prevención de los daños, visión que da cabida a instituciones que exceden la mera reparación de los perjuicios (“**La naturaleza jurídica de los daños punitivos**” en Revista de Derecho de Daños, pag. 101 y sgtes.).

Su finalidad procura disuadir al dañador, evitando la imitación de conductas similares. Su clave, dice Shina, es la desvinculación del daño padecido por la víctima y la penalidad impuesta al agente dañador (**Daños al Consumidor**, ed. Astrea, Bs.As., 2014, pág. 161).

La conducta asumida por la empresa proveedora del servicio telefónico y de internet, el incumplimiento de las condiciones de atención a la tutela a la información, que converge en un trato indigno y viola el derecho del cliente a ser tratado con cortesía, corrección, diligencia y obtener una respuesta adecuada y oportuna a su requerimiento, claramente detallada por la autoridad administrativa en su resolución de fs.640/5, y que se repitió en la instancia judicial, sumada a la total actitud pasiva y reticente en la acreditación de los hechos imputados por el consumidor desoyendo el claro precepto del art. 53 tercer párrafo de la L.D.C., conllevan a la aplicación de la multa civil a favor del consumidor.

No puede perderse de vista que la norma exige ponderar la gravedad del hecho y las demás circunstancias del caso. Y esas circunstancias nos llevan a una situación de hecho que tiene altísimas probabilidades de volver a repetirse: innumerables reclamos y falta de respuesta adecuada y oportuna.

La Sala Segunda de este Tribunal, que antes integraba mi distinguida colega, tuvo oportunidad de expedirse sobre el instituto bajo análisis en los autos “**Machinandiarena Hernández, Nicolás c/ Telefónica de Argentina s/ Reclamo contra actos de particulares**” – Expte.N°143.790, con fecha 27/05/2009 (LL, 2009-C-647). Allí se indicó que: “*La pena privada está estrechamente asociada a la idea de prevención de ciertos daños, y también a la punición y al pleno desmantelamiento de los efectos de ilícitos que, por*



su gravedad o por sus consecuencias, requieren algo más que la mera indemnización resarcitoria de los perjuicios causados (Stiglitz, Rubén S. y Pizarro, Ramón D., **Reformas a la ley de defensa del consumidor**, LL 2009-B, 949).”

Por nuestra parte, esta Sala III, también ha tenido oportunidad de resolver acerca de los daños punitivos. En los autos **“Amaya, María Antonia c/ BBVA Consolidad Seguros S.A. s/ Daños y Perjuicios por Incumplimiento Contractual” – Expte.Nº154.916**, sentencia del 03/12/2013, en la que dijimos que el daño punitivo tiende a ser ejemplificador a los efectos de que otros proveedores no incurran en nuevos incumplimientos.

Para la cuantificación de la condena, valoro la reprochabilidad de la conducta asumida por la empresa arriba descrita, su indiferencia frente al reclamo, más su reticencia de toda índole que obligó a la accionante a realizar tramitaciones extrajudiciales, administrativas y judiciales para obtener el reconocimiento y reparación de los daños. Así las cosas, propongo elevar el parcial a la suma de **cincuenta mil (\$ 50.000)**.

A la misma cuestión la Sra. Juez Dra. Nélide I. Zampini votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA EL SR. JUEZ DR. RUBEN D. GEREZ DIJO:

Corresponde: **1º)** Hacer lugar, parcialmente, al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada a fs.762; **2º)** Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora a fs. 751/60 y, en consecuencia, a) se revoca la orden de restitución del servicio de telefonía fija, b) se eleva la suma fijada en concepto de daño moral a la suma de **veinticinco mil pesos (\$ 25.000)**, c) se eleva la suma establecida en concepto de daño punitivo a la suma de **cincuenta mil pesos (\$ 50.000)**; **3º)** Imponer las costas de alzada a la accionada vencida (art. 68 del CPC); **4º)** Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 de la ley 8904).



ASI LO VOTO.

A la misma cuestión la Sra. Juez Dra. Nélide I. Zampini votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

En consecuencia, se dicta la siguiente

SENTENCIA:

Por los fundamentos brindados en el presente acuerdo: **1°**) Se hace lugar, parcialmente, al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada a fs.762; **2°**) Se hace lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora a fs. 751/60 y, en consecuencia, a) se revoca la orden de restitución del servicio de telefonía fija, b) se eleva la suma fijada en concepto de daño moral a la suma de **veinticinco mil pesos (\$ 25.000)**, c) se eleva la suma establecida en concepto de daño punitivo a la suma de **cincuenta mil pesos (\$ 50.000)**; **3°**) Se imponen las costas de alzada a la accionada vencida (art. 68 del CPC); **4°**) Se difiere la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 de la ley 8904). **REGISTRESE. NOTIFIQUESE PERSONALMENTE O POR CEDULA (art. 135 inc.12 del CPC). Cumplido, devuélvase a la instancia de origen.-**

RUBEN DANIEL GEREZ

NELIDA ISABEL ZAMPINI

Marcelo M. Larralde
Auxiliar Letrado