

_____ Salta, de diciembre de 2017. _____

_____ Y VISTOS: Estos autos caratulados "S. S., L. vs. TELECOM PERSONAL S.A. POR SUMARISIMO O VERBAL" -Expediente N° 483409/14 del Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil y Comercial 2º Nominación (**EXP - 483409/14 de Sala II**) y, _____

_____ C O N S I D E R A N D O: _____

_____ **La doctora Hebe Alicia Samsón dijo:** _____

_____ l) Vienen los autos a la Alzada con motivo del recurso de apelación interpuesto a fojas 102 por la demandada en contra de la sentencia dictada a fojas 97/101, que hizo lugar parcialmente a la acción deducida por el señor

L. S. S. y condenó a Telecom Personal S.A. a abonarle: a) los intereses correspondientes a la suma restituida (\$ 229,97), a una tasa del 30% anual, desde la fecha de facturación hasta la de restitución; b) los montos indebidamente cargados en la factura del mes de noviembre del 2013, a una tasa del 30% anual, desde la fecha de facturación hasta el efectivo pago, y) la suma de 200.000,00 (pesos doscientos mil) en concepto de daño punitivo.

_____ A fojas 106/112, formula sus agravios. Se queja en primer lugar de que se la condene a pagar intereses por la suma restituida y a abonar, también mas intereses, lo indebidamente facturado en el mes de noviembre de 2013, aduciendo un incorrecto análisis e interpretación del artículo 4 de la ley 24.240. _____

_____ Sostiene que Telecom Personal S.A. es licenciataria del Estado Nacional, y que, como es de público y notorio, tiene obligación de emitir una factura conforme disposiciones federales. Por eso aduce que el cuestionamiento que le hacen sobre la facturación y el deber de información es incorrecto. Señala que los canales de información no son optativos, sino obligatorios. Que responden a normativas específicas en la materia, que imponen una facturación detallada, un servicio de atención telefónica las 24 hs. a través del *111 y 0800, además de la posibilidad que tienen los clientes de concurrir en forma personal a las oficinas comerciales en horario comercial para una atención personalizada. _____

_____ Considera que en el marco de esta situación legal y fáctica es que debió ser juzgada. Refiere que la empresa actuó conforme a derecho y que aplicó todas las presunciones a favor del consumidor. Al respecto, señala que a pesar de que el señor S. no es titular del servicio, sino la señora B., Telecom tomó como válida una autorización de ésta que el señor S. acompañó en la instancia conciliatoria y, como cierta su manifestación de no contratación. _____

_____ Señala que en el expediente n° 477.686/14, el Juez condenó a la empresa por la misma causa, considerando en esa oportunidad que debía ser sancionada por no haber reintegrado las sumas en concepto de mensajes trivias y que sin embargo en el presente, en donde antes del juicio reintegró los montos a favor del consumidor, la sentencia fue la misma. Se pregunta entonces cuál es el mensaje a los proveedores, ya que actuar en forma preventiva o no, tiene la misma sanción. _____

_____ Afirma que la facturación del señor S. cumple todos los requisitos legales y que la información es clara y concreta; que de la demanda surge que el actor detectó en su factura consumos que desconocía y decidió impugnarlos, por lo que la información fue certera y veraz, al igual que la repuesta al reclamo, a pesar de no ser el titular. _____

_____ Refiere que todo cliente de telefonía móvil tiene a su alcance la posibilidad de realizar gestiones en forma telefónica muy fácilmente, incluso de manejar su cuenta desde la página web y gestionar por vía telefónica (*111) pudiendo ingresar reclamos, los que tienen un tratamiento y respuesta conforme lo indica el reglamento de clientes de Telefonía Móvil. _____

_____ En este contexto, se pregunta cuál fue la intención del señor S., si quería una solución a su supuesto reclamo y si la nota que interpuso es propia de un consumidor. Aduce este accionar no fue meritado. _____

_____ Relata que el señor S. se presentó en la oficina comercial de Personal, donde fue asesorado, y ante el desconocimiento que realizó sobre la contratación, se le ofreció ingresar gestión de reintegro y se negó. Aduce que en el análisis de la buena fe realizado en la sentencia no hay paridad, ya que el comportamiento de ambas partes debe ser razonable. Por lo expuesto, solicita se deje sin efecto la condena de reintegro impuesta y los intereses impuestos por ser ajeno a los parámetros actuales. Con costas. _____

_____ Se agravia también de la condena por daño punitivo, la que considera exorbitante y arbitraria. _____

_____ Manifiesta que este tipo de daño debe ser entendido como una figura de excepción que requiere de un factor subjetivo agravado como condición para su aplicación, el que afirma no se configura en autos. Cuenta que desde el primer momento en que el actor planteó el desconocimiento de la contratación, la empresa ofreció realizar la baja y el reintegro. Luego, en instancia conciliatoria nuevamente ofreció solución integral y bonificación sin reconocer hechos ni derechos. Finalmente, reintegró los montos cuestionados, lo que fue reconocido por la propia actora. Por ello, afirma que de ningún modo existió en el caso una grave inconducta, ni un perjuicio al consumidor, sino que la actitud de Telecom fue resolver el reclamo, tomándolo como cierto. _____

_____ En cuanto al monto, relata que la actora solicitó una condena de \$ 150.000,00 (pesos ciento cincuenta mil) sin detallar rubros ni acreditar los daños sufridos, y a pesar de ello, el Juez superó tal petición, condenándola a pagar la suma de \$ 200.000,00 (pesos doscientos mil). _____

_____ Aduce que la arbitrariedad en el monto es evidente, pues el Juez determinó que cantidad de clientes tiene la firma y en base a ello decidió que cada uno tiene un perjuicio de un peso, y que ello implicaba un lucro de \$ 1.500.000,00. Considera que, el análisis se realizó en clara violación al principio de congruencia judicial, ya que resulta evidente que le otorgó al caso una incidencia colectiva que no ha sido acreditada ni planteada en autos, por lo que Telecom no tuvo oportunidad de defenderse de esta nueva acusación. _____

_____ Manifiesta que el sentenciante no consideró la inexistencia de lucro, ya que la firma reintegró los montos, por lo que la ecuación económica que realizó es ajena a las constancias de la causa. _____

_____ Sostiene que se la ha acusado de una conducta delictiva, sin prueba y por segunda vez implicando una evidente vulneración del principio *non bis in ídem*. _____

_____ Por último, se agravia del rechazo del planteo de inconstitucionalidad del artículo 52 bis LDC, calificándolo de infundado. Expresa que el Juez redujo la fundamentación del rechazo a la transcripción de doctrinas ajenas al planteo específico realizado. _____

_____ Considera que en el caso la norma se interpretó de forma dogmática, sin análisis del sistema jurídico en forma hermenéutica, en franca violación de los principios constitucionales consagrados en los artículos 18 y 19 CN. Expresa que ello es así, porque la realidad es que los daños punitivos constituyen una sanción materialmente penal y no civil, y por consiguiente, son sanciones penales y las que no lo son, estriba en la finalidad de la imposición de la sanción. Y a su vez, esta distinción según la finalidad determina también una importante diferencia en los criterios para evaluar el monto de la suma a abonar: para la pena se tiene en cuenta la gravedad de la conducta del responsable, y para la indemnización, el daño efectivamente causado. Aduce que el caso, el supuesto daño no sólo no fue impetrado por su mandante sino que representa un monto mínimo con relación a la condena. _____

_____ Solicita se haga lugar al planteo de inconstitucionalidad, se revoque la sentencia recurrida en todas sus partes, con costas a la contraria. Formula reserva federal. _____

_____ A fojas 114/134 contesta agravios la parte actora y solicita se rechace el recurso interpuesto con costas, en base a los fundamentos que en su presentación expone. _____

_____ A fojas 142 emite dictamen el señor Fiscal de Cámara. _____

_____ A fojas 144, se llama autos para sentencia, providencia que se encuentra firme y consentida. _____

_____ II) Antes el planteo realizado por la parte actora al contestar los agravios, es necesario destacar que, si bien es cierto que la expresión de agravios debe contener una crítica concreta y fundada del fallo apelado que no se traduzca en meras discrepancias con el razonamiento del Juez de Primera Instancia, debe seguirse un criterio amplio en lo que respecta a su admisibilidad, ya que es el que mejor armoniza con el respeto a la doble instancia y al principio constitucional de defensa en juicio, tal como ha sido el criterio sustentado por este Tribunal en reiterados precedentes (v.g. esta Sala en "Murillo y Otros c/ Hospital de Vespucio S.A. por Medida Cautelar", expte. CV-6614/93, t. 2006 2ª Parte, fs. 300/301; Sala III, t. 2002, fs. 267/70; id, t. 2003, fs. 232/234; Sala IV, t. XXI, año 1999, fs. 576), en consonancia con la doctrina de la Corte (v. CJS in re "Rondoni vs. Ekhardt", Tomo 44:1109). Es así que en caso de duda sobre los méritos exigidos para la expresión de agravios, debe estarse a favor de su idoneidad; y aunque el escrito adolezca de defectos, si contiene una somera crítica de lo resuelto por el juez, suficiente para mantener la apelación, no corresponde declarar desierto el recurso (Sala III, "Rueda vs. Ayón", tomo 2007, fl. 1258). _____

_____ En esa inteligencia, se advierte que el escrito de expresión de agravios de fojas 106/112 cumple con las exigencias mínimas prescriptas por el artículo 255 del Código Procesal Civil y Comercial, por lo que corresponde entrar en el estudio del recurso. _____

_____ III) Respecto del primer agravio vinculado con la condena a abonar intereses por las sumas ya restituidas y devolución de lo facturado indebidamente en el mes de noviembre del año 2013, también con intereses hasta el efectivo pago, la apelante insiste -en miras a lograr la modificación del fallo en este punto- en el cumplimiento del deber de información a su cargo, que entiende concretado en oportunidad de remitir la facturación al cliente actor, con el detalle de los cargos por servicios de terceros. Sin embargo, el incumplimiento de tal obligación, como lo analiza el juez de grado, ha quedado configurado cuando, en oportunidad de celebrar el contrato de telefonía móvil, no puso en conocimiento del usuario la posible oferta de servicios de terceros a través de su línea

telefónica, cuyo cobro asumiera la demandada, a través de la facturación mensual de su servicio; como tampoco el mecanismo para proceder a su desactivación en forma inmediata. Tampoco lo hizo cuando en sede administrativa se la intimó a acompañar la documentación requerida por oficio agregado a fs. 89 del Expte. N° 30231-64144, que en fotocopia certificada se reserva en Secretaría. _____

_____ En efecto, el artículo 4º de la Ley de Defensa del Consumidor establece que el proveedor está obligado a suministrar en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, sea por sí o por terceros, y las condiciones de su comercialización y; que la información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con claridad necesaria que permita su comprensión. _____

_____ Tiene dicho la doctrina que desde el punto de vista normativo el deber de informar “es el deber jurídico obligacional, de causa diversa, que incumbe al poseedor de la información vinculada con una relación jurídica o con la cosa involucrada en la prestación, o atinente a actividades susceptibles de causar daños a terceros o a uno de los contratantes, derivados de dicha información, y cuyo contenido es el de poner en conocimiento de la otra parte una cantidad de datos suficientes como para evitar los daños o inferioridad negocial que pueda generarse en la otra parte si no son suministrados” (Lorenzetti, Ricardo Luis, “Consumidores”, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2009, 2da ed. act., págs. 170 a 172). _____

_____ En cuanto al modo de instrumentarla, esta Sala tiene dicho que se relaciona con la prueba ya que la información es un resultado en si mismo que debe ser probado por la empresa, ya que a los fines probatorios y conforme las reglas procesales, es el obligado a suministrarla quién debe acreditar que informó, lo cual resulta lógico dado que los hechos negativos (falta de información) solo pueden ser probados por un hecho positivo, que únicamente la empresa está en condiciones de acreditar. (Gherzi, Carlos A.- Celia Weingarten, “Tratado Jurisprudencial y Doctrinario- Defensa del Consumidor”, pág. 234, Tomo I, La Ley, Bs.As., 2011) (Libro Sent., Año 2016, 1º Parte, fº 118/123). _____

_____ Pero es del caso que Telecom Personal S.A. no aportó prueba alguna tendiente a acreditar que puso en conocimiento del contratante los servicios ofrecidos por las supuestas empresas prestadoras, o por lo menos le advirtió sobre la posible oferta a través de la línea adquirida, la forma de contratación, los costos, etc., pretendiendo dar por cumplida la obligación legal descrita con el solo detalle de los cargos incluidos que consignara en la facturación mensual remitida al Sr. S., resultado de un servicio no contratado, querido ni conocido, y aludiendo a la existencia de un número telefónico a disposición de los usuarios para canalizar los posibles reclamos, lo que resulta absolutamente insuficiente para concluir que la información proporcionada, tanto al momento de contratar como en el transcurso de la relación de consumo, fue clara y concreta, como afirma en sus agravios. _____

_____ Admitida la existencia de un deber legal de informar, su ausencia o su cumplimiento defectuoso son de por sí violatorios de tal obligación. Por consiguiente, los perjuicios económicos provocados al consumidor como consecuencia de tal omisión deben ser resarcidos por la empresa demandada, quien además, denota una conducta

contradictoria al formular el agravio, ya que con anterioridad, restituyó casi la totalidad de las sumas cargadas por servicios no contratados, luego de iniciado el presente. _____

_____ Por lo tanto la condena a abonar los intereses de las sumas reintegradas, más los cargos indebidamente facturados en el mes de noviembre de 2013 y sus intereses hasta el efectivo pago, que constituyen el daño material reclamado por el actor, resulta ajustada a derecho, por lo que este agravio deviene inadmisibile. _____

_____ IV) Corresponde analizar la disconformidad con la condena impuesta a Telecom Personal S.A. por daño punitivo. _____

_____ La ley 26.361 incorporó a la Ley de Defensa al Consumidor el denominado daño punitivo a través del art. 52 bis. Dicha norma dispone que: “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, independiente de otras indemnizaciones que correspondan...”. _____

_____ La incorporación del daño punitivo en el derecho del consumidor ha generado distintas posiciones entre la doctrina ya que mientras algunos autores ven en la aplicación del instituto un medio apto para dotar de real operatividad al derecho del consumidor, otros, oponen reparos a su procedencia cuestionando inclusive su constitucionalidad. ____

_____ Según la mayoría de nuestra doctrina procede en supuestos de particularidad gravedad, calificados por el dolo o la culpa grave del sancionado, o en casos excepcionales por un abuso de posición de poder, particularmente cuando ella evidencia un menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva. _____

_____ En este sentido López Herrera al mencionar las características de aquél, adocina diciendo que: “Amén de accesorios, los daños punitivos son de aplicación estrictamente excepcional. La regla es que los daños punitivos no proceden en ningún tipo de acción. No basta demostrar, por ejemplo, que se ha sufrido un daño injustamente causado por otra persona. Además en el mismo proceso hay que probar que concurren otras circunstancias, por ejemplo la actitud del dañador hacia la víctima, su malicia, temeridad, o la actividad dañosa, teniendo en cuenta el mayor beneficio obtenido después de pagar las indemnizaciones”. Menciona el mismo autor, la necesidad de un elemento subjetivo agravado como rasgo distintivo de los daños punitivos y que la mera negligencia no es suficiente para imponerlos. (López Herrera, Edgardo. “Los daños punitivos”, Abeledo Perrot, 2008. Pág. 22). _____

_____ De ese modo, resulta contrario a la esencia del daño punitivo sostener que un abogado está habilitado a pedir y el juez a concederlo ante la simple invocación de que el proveedor no ha cumplido sus obligaciones legales o contractuales. Para poder cobrar daños punitivos hace falta, entonces, la verificación de dos (2) extremos: un elemento subjetivo de dolo o culpa grave y un elemento objetivo, representado por el enriquecimiento indebido del dañador. (CNCiv, Sala A, Emagny S.A. c. GOT S.R.L. y Otro, 09/11/2010, AR/JUR/92165/2010). _____

_____ Por su ejemplaridad e importancia, el instituto de los daños punitivos requiere que su imposición sea proporcional con la gravedad del hecho antecedente o la conducta desplegada a aquel a quien se le aplica la sanción. Y, ante la falta de indicaciones precisas de la ley, son los jueces quienes deben llevar su aplicación a sus justos límites. (CNCiv., sala H, 2-3-2010, “A., M. F. y otros c/ Galeno SA en Revista de derecho de

daños. Daño Punitivo. Mosset Iturraspe– Lorenzetti (dirs.) Rubinzal Culzoni, 2011. Pág. 462). ____

_____ En el caso *sub examine* se encuentra acreditado, que ante el reclamo formulado, la Empresa contestó mediante carta fechada el 8 de enero de 2014 (v. fotocopia agregada a fs. 14) y si bien la respuesta no satisfizo al cliente, dando origen al presente reclamo judicial, procedió a dar de baja a los servicios de suscripciones no contratados y a reintegrar la casi totalidad de los importes abonados, según notas de crédito acompañadas a la causa y valoradas por el sentenciante al momento de fallar. La secuencia temporal de los acontecimientos en torno a la solución del problema, a lo que se suma la comparencia a la instancia conciliatoria con ánimo de solucionar los inconvenientes suscitados, que se advierte de las actuaciones administrativas reservadas en Secretaría, me llevan a la conclusión que la conducta asumida no respondió a una actitud dolosa por parte de Telecom, más allá de los perjuicios que le pudo acarrear la situación al accionante que sustentan el reclamo material admitido en el pronunciamiento en crisis. Si bien no se desconoce las incomodidades y molestias derivadas de la necesidad de reclamo, que pudieron afectar la tranquilidad del usuario, no se evidencia una conducta que amerite la aplicación de daño punitivo, desde que lo que se sanciona, a través de esta figura, no es el daño al consumidor sino la conducta del proveedor calificable de particular gravedad, lo que no se advierte en autos. _____

_____ En igual sentido se ha expedido esta Sala en casos semejantes (entre otros, Humarán, Ignacio Anibal vs. Telecom Personal S.A. por sumarisimo verbal", Expte. CAM Nº 474.217/14 registrado en Libro Sent., 2da. Parte, Año 2017, fl. 285/290 y particularmente en los autos "Marton, Jimena c/Telecom Personal S.A. s/sumarisimo o verbal- Defensa al Consumidor", Expte. CAM Nº 477.686/14, donde el presupuesto fáctico de la pretensión punitiva resultaba idéntico al descrito en autos, registrado en Libro Sent., 1era. Parte, Año 2016, fl. 409/415). _____

_____ Cabe reiterar que los daños punitivos son excepcionales, pues proceden únicamente ante un grave reproche en el accionar del responsable de la causación del daño, frente a supuestos de particular gravedad. Importa una condena "extra" que se impone ante una conducta que se aparta gravemente de aquellos niveles de precaución deseables socialmente. En fin, a pesar del texto de la norma que ha sido muy criticado al respecto- es unánime la doctrina al entender que no cualquier incumplimiento puede dar lugar a la fijación de daños punitivos (conf. Lex doctor, voz: daños punitivos, in re: "Borquez Juana Francisca c/ Cia de Teléfonos del Interior SA CTI Movil s/ daños y perjuicios", 06/12/2011; CNCiv, Sala F, Cañadas Pérez María c. Bank Boston NA, 18/11/2009. AR/JUR/45423/2009). _____

_____ Por lo tanto entiendo, que en este caso, el mismo no resulta procedente, poniendo de resalto que -por su naturaleza- su aplicación debe ser valorada con suma cautela. En consecuencia cabe admitir el agravio y revocar la condena impuesta en concepto de daño punitivo, conclusión que torna innecesario el examen de la inconstitucionalidad del artículo 52 bis de la ley de Defensa al Consumidor propiciada por la recurrente. _____

_____ V) Por todo lo expuesto voto por hacer lugar parcialmente al recurso deducido revocando el punto II) de la sentencia dictada a fs. 97/101 y, en consecuencia,

desestimando el reclamo de daño punitivo, confirmándola en lo demás que decide y ha sido materia de agravios. _____

_____ En cuanto a las costas de primera instancia, deben mantenerse a cargo de la parte demandada, en razón del principio de reparación integral que rige en la materia. _____

_____ Las costas de esta segunda instancia propongo imponerlas por el orden causado, atento la existencia de vencimiento recíproco (art. 71 CPCC). _____

_____ **La doctora Verónica Gómez Naar dijo:** _____

_____ Por compartir sus fundamentos, me adhiero al voto que antecede. _____

_____ Por ello, _____

_____ **LA SALA SEGUNDA DE LA CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL,** _____

_____ **I.- HACE LUGAR PARCIALMENTE** al recurso interpuesto por la demandada y, en su mérito, **REVOCA** el punto II de la sentencia de fojas 97/101, desestimado el reclamo de daño punitivo y **CONFIRMA** lo demás que decide y ha sido materia de agravios. _____

_____ **II.- IMPONE** las costas de esta instancia por el orden causado. _____

_____ **III.- ORDENA** que se registre, notifique y baje.- _____