--- En la ciudad de Trelew, a los días de marzo del año dos mil diez, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de esta ciudad, con la presidencia del Dr. Sergio Rubén Lucero y presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Raúl Adrián Vergara y Aldo Luis De Cunto, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“C. Q., G. c/ M. T. M. A. S.A. s/ Sumarísimo” (Expte. Nº 50 - año 2010)** venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 137.----------

----**A LA PRIMERA CUESTIÓN** el Dr. Lucero dijo: ----------

----Vienen estos actuados a conocimiento de la alzada con motivo del recurso de apelación interpuesto por la parte actora (fs. 123) en contra del pronunciamiento definitivo dictado en autos (fs. 120/122 y vta.) por el cual se rechaza la demanda entablada por la Sra. G. C. Q. en contra de T. M. A. S.A., con costas. Asimismo, plantea apelación respecto a los honorarios que se le regularan al letrado de la parte demandada por estimarlos altos.----------El escrito de expresión de agravios luce agregado a fs. 128/133 y vta..----------Ordenado su traslado (fs. 134), éste no fue evacuado por la parte contraria.----------I.- Previa reseña de lo resuelto en la sentencia que apela y de un resumido desarrollo cronológico de cómo sucedieron los hechos que motivaron su demanda, a todo lo cual me remito por razones de brevedad, alude a normas e interpretaciones relativas al Derecho del consumidor y usuario. Efectúa citas doctrinales y legales en apoyo de lo expuesto en tal sentido. Expresa que, sin embargo la cuestión se plantea en torno a si, una vez probada la infracción cometida, la inexistencia del daño al consumidor puede o no funcionar de defensa o causa exculpatoria para evitar la aplicación de la sanción. Esto último, lo manifiesta en referencia a un proyecto de reforma a la ley Nacional de Defensa del Consumidor a la que atribuye al número “47 bis” que transcribe, que contemplaría la posibilidad de imposición de multas al proveedor y a favor del consumidor por la sola infracción aún sin que esta hubiera ocasionado daño alguno. Y responde a tal cuestión puntualizando la falta de injerencia del daño como causa de la multa. Indica que su fundamento radica en que el objeto del procedimiento sancionatorio es procurar el efectivo cumplimiento de la ley de Defensa al consumidor. De este modo, expresa, el bien tutelado mediante aquel procedimiento es el interés público, que se halla en el respeto a la ley, por ello no se requiere –dice- ningún otro requisito para la imposición de una multa que la configuración de una infracción. Argüye que en el mecanismo sancionatorio previsto legalmente el consumidor pone en marcha la actividad estatal pero su intervención se limita a la denuncia inicial. Vale decir que, luego de la imputación de la infracción ya no es parte el denunciante a quien se lo ha afectado con la infracción. En consecuencia, el resto del procedimiento continuará a cargo de la

autoridad de aplicación, quien de hallar responsable al denunciado impondrá la sanción que corresponda siempre, claro está –expresa-, con el resguardo al debido proceso en todas las etapas. Pero lo llamativo, continua, es que el producido de la multa tiene por destino exclusivamente las arcas del Estado y nunca la retribución por el daño que se haya ocasionado. De allí, continúa, que el daño sea totalmente independiente de la multa y que no se necesite la configuración del primero para la imposición de la segunda. Efectúa citas jurisprudenciales en sostén de su posición. Puntualiza que la Administración (Comisión Nacional de Comunicaciones) no aplicó ninguna multa al proveedor, ni para las arcas del Estado y menos para su parte, y naturalmente ello generó este reclamo por entender que la fijación de un resarcimiento de daños y perjuicios es una potestad que constitucionalmente se ha otorgado al Poder Judicial. Cita como cuestión tratada por la Corte Federal el caso “Angel Estrada y Cía S.A.”. Finalmente remarca que su parte acompañó tarjetas de presentación personal en las que a solo un golpe de vista se nota que han sido impresas en distintas épocas, donde se consignan distintos domicilios y en todas figura el mismo número de celular, aseverando que con ellas se está probando que desde siempre ese fue y es el número de contacto personal para con sus clientes, pero aún así el Juez de grado entiende que no es suficiente aún cuando reconoce que el celular es un servicio que se ha impuesto tanto social como culturalmente y que los profesionales del derecho lo usan asiduamente indicando como prueba de ello el importe que abona el que –indica- no es de una usuaria común. Sin embargo, expresa, resulta diabólico colocar en cabeza de su parte probar efectivamente que la incomunicación ha generado un daño cuando en forma paralela se reconoce que es de notorio y público conocimiento que los abogados lo usan asiduamente. Expresa que el juzgador de grado debió aplicar la teoría dinámica de la prueba y colocar en cabeza del que está en mejores condiciones de probar (el proveedor/prestador) que en realidad su parte no usaba tanto el celular ya que por el mismo sistema de facturación son ellos quienes registran el consumo de los usuarios y, en cambio, los usuarios nada pueden hacer al respecto ya que no tienen acceso a cierta información del consumo de sus líneas telefónicas. En relación al daño moral, expone que acreditó que la demandada le envió más de tres intimaciones escritas y que le han realizado un sin número de llamados telefónicos tendientes a exigir suma de dinero que no le correspondía pagar, generando esta situación en su ánimo un sentimiento de impotencia tal que es difícil demostrar a no ser que se hubiera video-grabado y acompañado esas grabaciones como elementos probatorios. Postula que es diabólico requerir a la víctima que aporte al proceso la prueba concreta del daño al más íntimo de los sentimientos. Señala que el daño que por esta vía se pretende reclamar es un plus indemnizatorio que contemple los trastornos padecidos injustamente por su parte. Cita doctrina y jurisprudencia relativa al punto a la cual remito por razones de brevedad. Finalmente también cuestiona la imposición de las costas a su parte y los honorarios fijados de los letrados de la parte demandada por estimarlos altos. Alude al

beneficio de gratuidad reconocido por la Ley 24.240 al consumidor efectuando cita de fallo de la Corte Federal relativa al beneficio de litigar sin gastos.----------II.- En los límites determinados por los agravios formulados por la actora recurrente que vengo de reseñar, resaltaré desde un principio del análisis a emprender que, básicamente, la cuestión traída a resolución de este tribunal se encuentra desprovista de controversia relacionada a los hechos que desencadenaran el reclamo indemnizatorio por los daños y perjuicios que se denuncian haber padecido con motivo de los mismos.----------Y así lo consideró la juzgadora del anterior grado en el considerando 1º, fijando de continuo, apropiadamente a mi ver, en el considerando 2º textualmente lo siguiente: *"...lo controvertido en autos es* ***la existencia*** *y* ***alcance*** *del daño que la actora asegura haber sufrido y por el que reclama..."*(sic)(el énfasis en negrita me pertenece)(vide: considerando 2º -fs. 121 vta.-).----------Esto es, resulta útil puntualizar nuevamente dado su trascendencia en la especie, que se estableció bien o mal, pero de manera no cuestionada, al menos puntual y razonadamente en esta instancia, que el conflicto de intereses a dirimir centra exclusivamente en la elucidación de: primero, la existencia misma del daño resarcible cuyo reconocimiento jurisdiccional se persigue; y, segundo, eventualmente, mensurar su extensión o cuantía.----------Asimismo, a pesar de compartir el encuadre legal del supuesto en las normas que tutelan al consumidor y usuario, fijó postura en cuanto que en materia de reclamaciones por resarcimiento de daños y perjuicios derivados de una relación de consumo rigen las normas comunes del sistema de responsabilidad civil. Sobre tal basamento, la Sra. Juez a quo ahondó más, en referencia al primero de los aspectos sujetos a controversia, señalando como un presupuesto ineludible del deber de responder que se le imputa a la demandada, que concurra el daño, el que califica como el primer elemento de la responsabilidad civil (vide: considerando 2º de fs. 121 vta.).----------Es en este marco conceptual en el que valoró la prueba aportada al proceso concluyendo luego de evaluarla que, ni el daño patrimonial ni el moral se encuentran acreditados en autos.----------Pues bien, hago notar con tal síntesis del eje argumental y valorativo seguido por la sentenciante del anterior grado para sustentar su veredicto que desestima la pretensión indemnizatoria que, del cotejo del mismo con los argumentos que, esforzada pero también infructuosamente, expusiera la impugnante, ésta no ha logrado aportar a este tribunal de alzada materia crítica alguna que permita ejercer apropiadamente su facultad revisora.----------Y digo de tal manera, por cuanto postular como lo hace la letrada que actúa en causa propia que *"...en la Sentencia recurrida, no se empleó un razonamiento lógico basado en las constancias aportadas a la causa..."*(sic) sin indicar en qué se apoya para realizar tal aseveración, no es más que una mera afirmación

subjetiva desprovista en absoluto de apoyatura crítica que atender. Tampoco da contenido al susodicho pretenso agravio reseñar la cronología de los hechos que motivaran su reclamo desde que éstos de modo evidente fueron considerados por la juzgadora del anterior grado teniéndolos por ciertos puesto que no hubo controversia respecto de ellos. Añado que ninguna relevancia cuenta para el caso traer a colación que la Comisión Nacional de Comunicaciones hubiera dispuesto que la demandada diera por cancelado el pago y rehabilitara la línea sin cargo para la actora, por cuanto ello remite nuevamente a los hechos sucedidos pero de modo alguno se vincula al tópico que dirimiera la suerte del reclamo resarcitorio, cual es, reitero, la falta de acreditación concreta de la existencia de los daños reclamados y que se vinculan a tales hechos. Esto es, tal circunstancia en definitiva puede servir como elemento de verificación de que se incurrió en la infracción o bien de la antijuridicidad de la conducta desplegada por “M. T. M. A. S.A.” pero no implica ni es sinónimo de la existencia de un daño.----------Respecto a esto último cabe resaltar que el daño como presupuesto de la responsabilidad civil se encuentra claramente establecido por el art. 1067 del Código Civil en cuanto prescribe que *“No habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código, si no hubiese daño causado u otro acto exterior que lo pueda causar”* (ver: concordancia con los arts. 506 y 511 del C.C.). En suma pueden existir un actuar antijurídico sin que se generen daños empero es indispensable su producción para que exista “punibilidad civil”, vale decir: no hay responsabilidad sin daños.----------Aclaro que para que exista antijuridicidad de la conducta no es imprescindible que ésta produzca un daño. Así, la antijuridicidad significa un menosprecio hacia el ordenamiento jurídico por parte de una determinada conducta con prescindencia del resultado de la acción (Conf. Santos Briz, Jaime “Derecho de daños”, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, año 1062; id., Zannoni, Eduardo “El daño en la responsabilidad civil”, Ed. Astrea, 3º ed. actualizada y ampliada, año 2005, págs. 2 y sgtes., & 2; ídem, Orgaz, Alfredo “El daño resarcible –actos ilícitos-“, Ed. Omeba, 2º ed., año 1969, págs. 35 y s.s.; ídem, Bustamante Alsina, Jorge “Teoría general de la responsabilidad civil”, Ed. Abeledo Perrot, 9º ed., año 1997, págs. 160 y s.s., nº 284 y 285; ídem, Mosset Iturraspe, Jorge, en “Responsabilidad por daños”, Ed. Rubinzal Culzoni, ed. año 1998, T. I, págs.251 y sgtes).----------A la par, en sentido lato daño es la pérdida o menoscabo de un bien o interés jurídicamente protegido. Y precisando más el concepto el daño no es solo el menoscabo o lesión sino que centra en las repercusiones desfavorables de la lesión al interés. Esto es, la lesión es el evento fáctico disvalioso inherente a un suceso, en cambio técnicamente el daño se integra por las repercusiones perjudiciales de dicho hecho lesivo. Es de tal manera que el daño patrimonial denunciado en la especie debió ser acreditado mediante prueba concreta relativa a que tal actuar antijurídico de la demandada repercutió negativamente en bienes con valor económico (daño patrimonial que, en el caso, estimo que habría consistido en el lucro cesante derivado de la

imposibilidad de comunicación de los clientes con la actora que derivara de dicho actuar de la demandada); y, en la integridad espiritual de la víctima (daño moral)(conf. Art. 1068 del Código Civil)(Conf. Zavala de González, Matilde “Resarcimiento de daños”, Ed. Hammurabi, año 1999, T. 4 “Presupuestos y funciones del derecho de daños”, Cap. III, págs. 115 y sgtes.; id., López Mesa, Marcelo J., en “Elementos de la responsabilidad civil”, Ed. Biblioteca Jurídica Diké, año 2009, Bogotá, págs. 63 y sgtes.).----------

----Por lo demás todas las referencias de la ley 24.240 y de su modificatoria (ley 26.361) y principalmente las relativas a la amplitud de los medios de prueba y a la carga de aportación de los mismos a quien se encuentra en mejores condiciones de probar, realmente resultan totalmente desajustadas al supuesto bajo examen. Ello así toda vez que no se trata de probar en el caso el hecho mismo de la prestación irregular o defectuosa, o derechamente el vicio en la prestación del servicio que es imputado a la empresa prestadora del servicio de telefonía móvil demandada sino las consecuencias dañosas o perjudiciales que se denunciara haber padecido como efecto o resultado de dicho actuar. Insistiré en que la circunstancia fáctica que diera origen al presente reclamo no se encuentra controvertida en autos y que, lo que si se encuentra explícitamente contradicho es que de tales hechos hubieran derivado daños resarcibles a la usuaria del servicio demandante.----------

----Del mismo modo, debo descartar como configurativa de una concreta y razonada crítica la referencia a un proyecto de ley modificatorio de la Ley Nacional de Defensa del Consumidor que se individualiza con número de expediente y por el cual se propiciaría incorporar un artículo a la norma vigente. Es que tal postulación pretensamente impugnaticia torna de tal manera de *lege ferenda*, al apoyarse en una propuesta legislativa pendiente de tratamiento por parte del Congreso Nacional, que puede o no ser compartida en su contenido o necesidad, pero que de modo alguno indica un error en el desarrollo argumental seguido por la juzgadora de la anterior instancia.----------

----Descartaré también que pudiera incidir en el resultado negativo que, se viene perfilando, en mi voto ha de tener el recurso bajo análisis, la evidente confusión entre pretensión resarcitoria de los daños que se denunciaran haber padecido en el escrito promocional pero que no han sido acreditados, con la posibilidad de que la empresa proveedora del servicio de telefonía móvil sea pasible de la imposición de una multa, aún cuando por vía de proyecto de modificación legislativa se proponga incluir como eventual beneficiario de la sanción al consumidor o usuario de la relación de consumo. De allí que suprimo de toda posible consideración las referencias a la susodicha posibilidad de imponer multas a favor del consumidor o usuario en tanto que no tiene apoyatura en norma legal vigente, ni tampoco es susceptible de ser confundida la imposición de una sanción con el resarcimiento económico de los daños que denunciados y acreditados se reconozcan como sufridos e indemnizables.----------

----Finalmente, la alusión tendente a sostener que con las tarjetas de presentación personal acompañadas (vide: fs. 28) se habría acreditado la incomunicación y, de allí,

que se produjo el daño patrimonial que, advierto, ni siquiera se concretó en qué habría consistido ni menos aún, sugerido su cuantía (ver: escrito de demanda, punto II.1. “El daño causado” –fs. 30 vta./31 y vta.-), no alcanza a configurar más que un mero discrepar con el mérito valorativo efectuado por la juzgadora de grado que tampoco contiene contenido crítico que atender. Es que tal valoración distinta a la efectuada por la juzgadora desatiende que fue señalado por la Sra. Juez a quo que dichas instrumentales fueron expresamente desconocidas por la parte contraria.----------

----Solo añadiré a título *obiter dicta* que aún cuando se considerare que con tales tarjetas de presentación se hubiera acreditado que hubieran sido impresas en distintas épocas, con distinto domicilio y figurando en todas el mismo número, y con ello, que siempre el número de la línea de la cual era usuaria la actora y con el cual se comunicaba con sus clientes era el mismo, lo que no demuestra ni directa ni indirectamente, es que con la incomunicación sufrida con motivo de la suspensión del servicio efectivamente se vio impedido de comunicarse con los susodichos clientes y, en su caso, como y en qué medida se tradujo tal incomunicación en un concreto nocimiento patrimonial (Conf. Arts. 10 bis “in fine” de la ley 24.240, según texto ley 26.361, en concordancia con el art. 1067 del Código Civil).----------

----Finalmente, en relación al daño moral diré que tengo posición tomada en cuanto que no comparto que en materia de daños derivados del incumplimiento de obligaciones contractuales el resarcimiento por los padecimientos espirituales, aún los denominados indirectos, deban ser ponderados restrictivamente. Básicamente, tengo para mi que, como todo daño, sea patrimonial o extrapatrimonial, éste deberá ser acreditado y, concurriendo el nexo de causalidad adecuado con el actuar comisivo u omisivo denunciado e imputable a su autor según el factor subjetivo respectivo, su resarcibilidad resultará consecuencia natural en el marco del deber de reparar los daños injustamente causados a otro, sea por el incumplimiento obligacional o por aplicación del principio constitucional conocido como *alterum non laedere* que enuncia que nadie tiene derecho a dañar a otro y, si lo hace, debe reparar el daño infringido en toda su integridad (Conf. Art. 19 Constitución Nacional)(Conf. Pizarro, Ramón D., en “Daño moral”, Ed. Hammurabi, ed. Año1996, & 32, págs. 190/195; y & 34, págs. 202/204).------

----Sin embargo, es de ver que la actora en autos no ofreció siquiera prueba tendente a su acreditación tal como fuere correctamente destacado por la juzgadora del anterior grado. Esto es, se redujo solo a denunciar el nocimiento espiritual sin aportar elemento de prueba que permita siquiera avizorarlo. Habida cuenta de lo cual no se trata de cómo hubiera de ponderarse la prueba del daño moral sino lisa y llanamente que ni se intentó acreditarlo con el ofrecimiento y producción de prueba pertinente que lo corrobore. Es de ver que no se contempla en nuestro régimen legal una presunción genérica, absoluta o relativa, de la existencia del daño moral (conf. Arts. 522 y 1078 del Código Civil), excepción hecha de los supuestos previstos por los arts. 1071 bis y 1088 del mencionado Código sustancial. En cuanto a las presunciones judiciales, destaco que

éstas solo son viables si se basan en indicios que deben ser acreditados. Es que según el art. 165, inc. 5º del C.P.C.C., las presunciones no establecidas en la ley constituirán prueba cuando se funden en hechos reales y probados que, por su número, gravedad y concordancia, produzcan convicción según la naturaleza del juicio, de conformidad con las reglas de la sana crítica. Estos “hechos reales y probados” son los indicios o fuentes de presunciones (Ver: Carnelutti, Francesco, “La prueba civil”, traducción de Niceto Alcalá Zamora y Castillo, Ed. Depalma, 2º ed., año 1982, pág. 89).----------

----De otro lado, estimo que no es normal que con motivo de que se suspenda el servicio de telefonía móvil a un profesional del derecho éste sufra una afectación en su espíritu de tal entidad que llegue al punto de alterar su modo de estar o de sentir de forma tal que pueda considerarse que comporte tal molestia, contrariedad, inquietud o el desagrado que produzca tal situación, un daño moral reparable. Y aludo a normalidad o anormalidad por cuanto se ha dicho, que los hechos normales se encuentran exentos de prueba por resultar ellos conformes al estado normal y habitual de los hechos (Conf. Ghorpe, Francisco “De la apreciación de las pruebas”, traducción Niceto Alcalá Zamora y Castillo, Ed. Ejea, año 1950, pág. 158).----------

----Por tanto si la actora se ubica en la porción de personas que por su sensibilidad particular o personal se vio afectada en sus sentimientos más íntimos debió aportar probanzas que pudieren acreditar directa o indirectamente tal nocimiento. No hecho de tal manera huérfano de todo posible sustento ha quedado tanto su postulación originaria y, por consonancia, la expuesta en esta porción del agravio formulado, el que se enfoca desde una perspectiva ceñida a realizar alegaciones subjetivas y genéricas relativas a un sentimiento de impotencia, término que refiere en su primer acepción del Diccionario de la Real Academia Española a la “falta de poder para hacer algo”, situación que lejos se encuentra de configurar una consecuencia extrapatrimonial resarcible. En lo demás, todas la alegaciones relativas a la cuantificación de un daño moral que no se considera acreditado tornan vacías de contenido por lo que me eximo de expedirme a su respecto.----------

----Para terminar el cuestionamiento dirigido en contra de la imposición de las costas y de los honorarios, adelanto opinión, que habrá de prosperar solo respecto a las costas no así en relación a los honorarios.----------

----Es que la imposición de costas al vencido que como regla establece el Código del rito no es una sanción ni un castigo sino un derivado del entendimiento que la actuación de la ley no debe representar una disminución patrimonial para la parte en cuyo favor tiene lugar. Por lo tanto, el vencido debe cargar con todos los gastos que hubo de realizar el vencedor para obtener el reconocimiento de su derecho quien debe salir incólume del proceso (Conf. Chiovenda, Giuseppe “Instituciones de Derecho Procesal Civil”, traducción de Gómez Orbaneja, Revista de Derecho Privado, Madrid, año 1936-1940, págs. 332/335).----------

----En igual criterio al expuesto se ha dicho que el principio objetivo de la derrota, en

materia de imposición de costas, no tiene una finalidad punitoria sino que responde al propósito de resarcir al vencedor los gastos en que debió incurrir para obtener el reconocimiento de sus derechos (Conf. CNFed.CC, Sala II, 14-10-97, L.L. 1998-F-140; ídem, CNCom., Sala C, 9-6-00, Rep. L.L., LX-668; ídem, CNCiv., Sala D, 15-12-98, L.L., 2000-A-548).----------

----Asimismo, aún cuando participo que en general no corresponde confundir “gratuidad” con “beneficio de litigar sin gastos” adelanto que la postulación impugnaticia dirigida a sostener que se omitió lo previsto por el art. 53 de la Ley de Defensa del Consumidor resulta procedente. Es que allende de las disputas que se mantiene en la doctrina en relación al tópico, lo cierto y decisivo es que en la provincia el art. 11 de la ley 4219 (actual ley VII N° 22) establece explícitamente que las acciones iniciada con motivo de infracciones a la ley de defensa del consumidor gozan del beneficio de litigar sin gastos (ver: Picasso-Vázquez Ferreira, “Ley de Defensa del Consumidor, comentada y anotada”, Ed. La Ley, año 2009, T. I, págs. 671 y sgtes.).----------

----Solo dejaré expuesto mi punto de vista en cuanto que concuerdo con la inteligencia de que el beneficio de litigar sin gastos encuentra sustento en dos preceptos de raigambre constitucional: la garantía de defensa en juicio y la igualdad ante la ley, ya que por su intermedio se asegura la prestación del servicio de justicia, no ya en términos formales sino con un criterio que se adecua a la situación económica de los contendientes, situación que cabe presumir en la especie no concurre toda vez que la actora se trata de una profesional del derecho que acciona por su propio derecho (Conf. C.S.J.N., 28-5-98, E.D. 181-579; ídem, C.S.J.N., 16-2-99, E.D., 183-131 y comentario de Albrecht, Paulina “Criterios de la Corte sobre el beneficio de litigar sin gastos”).--------

----En cambio, el beneficio de justicia gratuita refiere solo a permitir el acceso a la justicia tal como, por caso, se encuentra previsto en otras ramas del derecho que la contemplan en aras de tutelar la garantía de acceso a la jurisdicción del Estado (verbigracia: conflictos laborales y de familia). Y en tales procesos en los que transita la discusión de derechos que por su índole resultan especialmente tutelados por las normas que los regulan nadie discute que, ante el vencimiento en el proceso, impera la regla de imposición de costas al vencido (vide: arts. 59 de la ley 69 en conflictos de índole laboral, e igualmente por vía de la remisión del art. 205 de la ley 4537, el art. 68 y conc. del C.P.C.C., en los de familia).----------

----Pero, reitero, merced a que la norma contenida por el art. 11 de la ley 4219(actual ley VII N° 22), literalmente contempla el beneficio de litigar sin gastos a favor del consumidor o usuario, tales disquisiciones tornan abstractas debiéndose en consecuencia revocar parcialmente el fallo en tal sentido. Así lo dejo propuesto al acuerdo.----------

----Por lo demás, escasa atención cabe tener en relación a la porción del agravio relativa a la regulación de honorarios. Téngase presente que la apelación de honorarios es una vía recursiva autónoma, regulada en el art. 49 de la ley 2.200 (actual art. 48 de

la ley XIII N° 4). Ahora bien, el recurso de apelación de honorarios fue introducido por la actora conjuntamente con el dirigido en contra del pronunciamiento sobre el fondo del asunto (fs. 125), por lo que ingresaré a verificar si efectivamente se omitió señalar la base de cálculo de los mismos y si los fijados a los letrados de la parte demandada resultan elevados, aspectos estos que son los puntualizados como motivo del agravio.----El primero de los aspectos bajo cuestión bastará para desestimarlo con remitirse a lo expuesto en el considerando respectivo en el cual se explicitó que la base económica de regulación comprende el monto pretendido en demanda, esto es, el capital más intereses que se hubieran devengado hasta la fecha del pronunciamiento de primera instancia. Y, obsérvese que tal base económica fue la instituida por este cuerpo para supuestos de rechazo de la demanda desde el antecedente “B. C. A. S.A. c/ C., J. S. D. y Otro” y mantenida invariablemente en pronunciamientos posteriores (S.D.C., sala B, N° 01/01, c. 16.600; id. S.D.C. N° 29/02; S.D.L. N° 38/02; S.D.L., N° 36/04; S.D.L., 36/06; S.D.L., N° 194/06, entre otras, CANE.).----------En consecuencia, en tal porción el agravio no ha de prosperar en mi voto y así lo dejo propuesto al acuerdo.----------Asimismo, en cuanto se cuestionan por elevados los honorarios fijados en conjunto a los letrados intervinientes por la parte demandada, los que fueran establecidos en la suma equivalente al 19,50%, estimo que según las pautas de apreciación fijadas en el art. 6 y el porcentaje del art. 7, correspondiente al letrado de la parte vencedora, que de común se fija por esta alzada en el 14%, más el 40% sobre dicha alícuota por la procuración según lo contempla el art. 9° de la ley del arancel, los fijados en el fallo resultan ajustados a la calidad, eficacia y resultado obtenido con sus labores en el anterior grado (los artículos citado respectivamente corresponden a la actual numeración: 5°, 6° y 8° de la ley XIII N° 4).----------Ahora bien, no obstante lo dicho, debo dejar sentado que tal cuestión ha devenido en vacía de interés para la actora recurrente toda vez que por lo expuesto “supra” en relación a la imposición de costas que se propicia revocar en el marco del beneficio de litigar sin gastos que legalmente se establece para todo aquel que litigue en defensa de sus derechos como consumidor o usuario, tales emolumentos no serán en definitiva a su cargo. De allí, entonces, que tampoco tendrá andamiento esta porción del agravio. ------Así lo voto.----------III.- Conclusión: ----------

----Por todo lo expuesto, corresponderá confirmar en lo principal que decide el fallo apelado para revocarlo parcialmente en cuanto impone las costas a la parte actora.----------Asimismo, en consonancia con lo previsto por los arts. 53 de la ley 24.240 (según texto de ley 26.361 y art. 11 de la ley 4219 –actual ley VII N° 22-), lo actuado en esta segunda instancia lo es sin costas.----------Los honorarios del abogado patrocinante de la parte actora apelante, Dr. J. G. A., por

sus tareas de alzada, apreciándolas por su extensión, calidad y eficacia, estimo adecuado fijarlos en la suma equivalente al 2,5% de la misma base regulatoria establecida en la instancia precedente, con más el I.V.A. pertinente; sin regular honorarios a la Dra. C. de Q., en virtud que es la parte actora apelante en causa propia que resultara vencida en esta segunda instancia (Conf. Arts. 6, 8, 14 y 47 de la ley 2.200 –actuales 5, 6, 8, 11, 13 y 46 de la ley XIII N° 4-; y, leyes 23.349 y 23.871).----------Finalizo el tratamiento de la presente cuestión pronunciándome en ella PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA.----------

----**A LA PRIMERA CUESTIÓN** el Dr. De Cunto manifestó: ----------

----En atención a la claridad de la reseña que efectuara el Sr. Magistrado antes sufragante, respecto de la sentencia de fs. 120/122 vta., así como de los agravios que contra la misma expusiera la actora a fs. 128/133, me remito a la misma en homenaje a la brevedad.----------

----I.- A los fines de un mejor seguimiento de las cuestiones a tratar, seguiré el mismo orden de análisis que instrumentara el colega preopinante.----------

----1) Como quedara claramente explicitado en la sentencia se ha tenido por acreditado y reconocido por las partes que la actora era titular de una línea de telefonía móvil por la cesión que le efectuara G. A. G. y que abonó la factura de vencimiento en octubre de 2007 con su tarjeta de crédito y que por cuestiones relativas a la operatividad del sistema de pago, el mismo se registró dos veces. Por tal motivo la demandada reconoció a la actora la suma abonada en segundo término, la que fue acreditando paulatinamente a la cuenta de la actora. Asimismo se reconoció que mediante trámite ante la Comisión Nacional de Comunicación, se dispuso que la demandada diera por cancelado el pago efectuado en noviembre de 2007 y rehabilitara la línea sin cargo a la actora, lo que fuera cumplido (ver sentencia a fs. 121/vta., pto. 1). Todas estas consideraciones efectuadas por la sentenciante de grado no fueron objeto de crítica por la apelante.----------La cuestión controvertida en primera instancia y que sí acarrea la queja de la recurrente reside en la existencia y alcance del daño que la actora dice haber experimentado y que reclama en la especie (ver fs. 121 vta., pto. 2, 1er. párrafo). A fin de indagar la acreditación del daño la jueza “a quo”, razonó en el sentido que *“...deben aplicarse las reglas que rigen el sistema de responsabilidad civil. Así para que exista obligación de reparar deberá acreditarse el hecho, el daño y la relación de causalidad entre ambos”* (ver sentencia a fs. 121 vta., 2do. párrafo), para más adelante expresar *“La prueba del daño es esencial para la admisión judicial del reclamo resarcitorio, pues si bien es facultad de los jueces fijar su cuantía, aunque no resulte acreditado exactamente, debe siempre probarse la realidad del perjuicio; el daño no se presume, incumbiendo su prueba a quien invoca la condición de damnificado”* (ver sentencia a fs. 121 vta., anteúltimo párrafo). Bajo dicho marco conceptual la juzgadora de origen valoró la

prueba producida, argumentando que la actora *"...alega que como consecuencia del accionar de la demandada debió 'buscar una línea celular alternativa y la consecuente comunicación a todos los clientes del estudio que momentáneamente se tendrían que comunicar a un nuevo número' y teniendo en cuenta que el 'celular es un medio de comunicación instaurado socialmente y es de notorio y público conocimiento que los profesionales del derecho lo utilizan asiduamente como una herramienta de trabajo diario". Las únicas pruebas arrimadas a tales efectos han sido tres tarjetas personales, que fueran desconocidas por la demandada, por lo que el daño patrimonial que invoca no puede tenerse por acreditado"* (ver sentencia a fs. 121 vta., último párrafo/122, dos primer párrafos).----------

----2) Ante dicha argumentación construida en la sentencia, la recurrente, en su expresión de agravios, comienza por realizar un desarrollo cronológico de los hechos, relatando que se registró dos veces el pago del servicio y que por dicha razón debió abonar ambos importes, iniciando reclamos hasta obtener que se le reconociera el importe a su favor, mas llamativamente se le suspendió el servicio (ver fs. 128 vta. "in fine"/129, 1er. párrafo), Hasta aquí ninguna crítica se esboza respecto al razonamiento dirimente de la jueza por el cual consideró no acreditado el daño. Hace mención seguidamente a que la Comisión Nacional de Comunicaciones dispuso que la demandada debía abstenerse de gestionar el cobro extrajudicial de la supuesta deuda, diera por cancelado el pago y rehabilitara la línea sin cargo (ver fs. 129, 2do. y 3er. párrafos), todo lo cual carece de relación con lo argumentado en relación a la orfandad probatoria del daño.----------

----Refiere la apelante que la ley 24240 no establece límites a los medios de prueba, que debieron haberse tenido en cuenta las actuaciones administrativas, menciona la importancia de la teoría de la carga probatoria dinámica en el proceso de daños iniciado por un consumidor o usuario, la consideración del principio *in dubio pro consumatore*, el que vincula al art. 37, 2do. párrafo de la ley citada. Cita doctrina en cuanto a que debe facilitarse la carga de la prueba y la norma del art. 40 de la ley 24240 en cuanto el supuesto responsable sólo se liberará total o parcialmente si demuestra que la causa del daño le ha sido ajena (ver fs. 129 "in fine"/130, 1er. párrafo). Como se aprecia todas estas menciones y afirmaciones aparecen totalmente desprovistas de crítica concreta al razonamiento expuesto en la sentencia, ya que no basta mencionar la teoría de la carga probatoria dinámica, ni el principio "in dubio pro consumatore" o la facilitación en la carga de la prueba, sino se los relaciona con el caso de autos en forma particular. Al respecto debe recordarse que carece de contenido la expresión de agravios si contiene afirmaciones genéricas sobre las pruebas, sin precisar el yerro o desacierto en que incurrió el sentenciador en sus fundamentos (conf. CN. Civ., Sala C, 4/7/85, LL, 1986-A-184; íd., Sala D, 4/7/80, LL, 1980-D-412; íd., Sala G, 29/7/85, LL, 1986-A-288; CN. Fed. Civ. y Com., Sala III, 6/12/91, LL, 1992-B-12; entre otros); así como si transcribe la opinión de autores y fallos jurisprudenciales sin vincularlos a los hechos que los motivan

(conf. CN. Civ., Sala A, 23/4/81, LL, 1981-C-280; íd., Sala D, 12/9/79, ED, 86-442; CN. Com., Sala C, 29/2/80, ED, 88-421); o no ataca concreta y frontalmente los verdaderos fundamentos del fallo (conf. C. 1era. Apel. San Nicolás, 29/4/71, LL, 143-100).----------
----Por lo demás también resulta estéril la cita del art. 40 de la ley 24240, por cuanto el texto de la misma da por sentado la existencia del daño para luego establecer el estándar de responsabilidad, y el razonamiento de la juzgadora de grado radica en que la actora no acreditó el daño. Es que como bien lo señala el colega preopinante, para que surja la responsabilidad acreditada es necesario acreditar el daño (conf. arts. 506, 511 y 1067 del C. Civil). Es que el daño es el presupuesto más importante del deber de reparar, sin daño no hay responsabilidad, la teoría de la reparación de daños dirige su mirada precisamente al daño, por lo cual éste se constituye no sólo en el presupuesto básico, sino que también fija la medida de la reparación ya que el perjuicio causado marca el límite de la obligación indemnizatoria (conf. Vázquez Ferreyra, Roberto A.: “Responsabilidad por daños (Elementos)”, Ed. Depalma, 1993, pág. 169). Daño es la lesión a un interés jurídico, por lo que el interés es el núcleo de la tutela porque los derechos, los bienes en general, están regulados en vista de la satisfacción de intereses de la persona. Y con relación a la existencia del daño resulta fundamental su certidumbre, ya que el daño es incierto si no existe seguridad de que la lesión se haya producido o vaya a producirse, es cierto cuando es real y efectivo y no meramente hipotético (conf. Vázquez Ferreyra, op. cit, págs. 174 y 178).----------
----La sentenciante de origen fue muy clara en remarcar la necesidad de la certeza del daño al expresar que *“...cuando se acciona en virtud de responsabilidad contractual o extracontractual, el perjuicio para que sea resarcible debe ser cierto corriendo su prueba por cuenta del que lo reclama, quien debe demostrarlo de manera fehaciente, siendo ineficaz la mera posibilidad de producción de ese perjuicio; para el derecho la prueba del daño es capital: un daño acreditado carece de existencia...”* (ver sentencia a fs. 122, 3er. párrafo). En la especie, la actora aportó, tal como se señala en la sentencia sin que ello haya sido objeto de crítica, tres tarjetas personales desconocidas por la contraria y con dicha prueba se intentó acreditar el daño patrimonial, que la demandante precisa en la necesidad de recurrir a una línea móvil alternativa con la consiguiente comunicación a sus clientes del nuevo número (ver fs. 30 vta., anteúltimo párrafo). Sin embargo de las propias tarjetas personales aludidas se desprende la existencia de una línea telefónica fija (ver fs. 28), por lo que lejos de acreditarse el daño, se refuerza que el mismo no fue debidamente probado, ya que la existencia de otra línea da por tierra la forzosa incomunicación a la que la actora dijo haber quedado sometida como consecuencia del accionar de la demandada. Ante esta circunstancia deviene claramente irrelevante la mención al uso masivo de la telefonía móvil.----------
----En lo que se refiere al daño moral, también la juzgadora fue explícita en indicar la necesidad de acreditar su existencia, destacando que en el ámbito de la responsabilidad contractual su reconocimiento debe analizarse con criterio restrictivo

(ver sentencia a fs. 122, 4to. párrafo). Al respecto es de decir que no comparto la postura restrictiva en la que se ubicara la sentenciante de la instancia anterior. Las pretendidas razones que avalan la misma, conservan algún predicamento en nuestra doctrina y jurisprudencia, a pesar de su evidente fragilidad, quizás por un atavismo que, en materia de “negocios”, sólo percibe en juego intereses económicos y no los que afectan la existencia misma y la dignidad del acreedor, pese a que en verdad son los prioritarios y dirimentes en cualquier ámbito jurídico y económico (conf. Zavala de González, Matilde: “Resarcimiento del daño moral”, Ed. Astrea, 2009, págs. 152/153). Mas la amplitud indemnizatoria con la que debe apreciarse el daño moral en el ámbito contractual, no empece a que, al igual que en el ámbito aquiliano, se requiera la certeza de daño (conf. Zavala de González, op. cit., págs. 153/154). En ese sentido se ha sostenido que para que proceda la indemnización del daño moral se requiere que el menoscabo supere las molestias propia derivadas de las irregularidades en el desenvolvimiento de una relación contractual, habida cuenta de que no constituye un modo genérico de engrosar la reparación del detrimento económico (conf. CN. Civ. y Com. Fed., Sala II, 07/08/01, Rep.JA, 2004-484, nº 28); así como que mediante la reparación del daño moral no cabe satisfacer cualquier tipo de molestia, sino los detrimentos serios al patrimonio moral de una persona (conf. C.Fed. Resistencia, 23/8/84, JA, 1985-IV-165). Es que no procede sostener que el daño moral resulta una derivación automática e ineludible de todo incumplimiento contractual culpable, ya que ello contraría lo normado por el art. 522 del C. Civil, del cual emerge que dicho perjuicio es eventual, y una condena por este título requiere hacer mérito de las circunstancias del caso (conf. Zavala de González, op. cit., pág. 155). En consecuencia, y más allá de no compartirse la posición restrictiva en la que se colocara la juzgadora, resulta acertado su rechazo al reclamo de daño moral por cuanto no se acreditó el mismo, más aún cuando, como se dijera “ut supra”, la actora contaba con una línea telefónica fija.----------A lo dicho hasta aquí añadiré que la mención de la recurrente a un proyecto de ley modificatoria del régimen de Defensa del Consumidor (ver fs. 130) deviene totalmente intrascendente por tratarse de una cuestión de *lege ferenda*, sin que pueda apreciarse tampoco aquí la vinculación de la multa a favor del consumidor con el objeto de la crítica, esto es, la orfandad probatoria respecto del daño. Otro tanto corresponde manifestar acerca de la cita jurisprudencial con relación a las infracciones formales contempladas en la ley 24240 (ver fs. 130 vta. “in fine”).----------Finalmente los restantes argumentos desgranados por la actora se refieren a la prueba de las tarjetas personales y a la existencia del daño moral (ver fs. 131/vta.), todo lo cual ya ha sido objeto de consideración, sin que la recurrente pudiera confutar la esterilidad probatoria -en el caso de la documental mencionada- ni la orfandad acreditante -con relación al daño moral-.----------Por los motivos expuestos es que concluyo en la desestimación del agravio relacionado con el fondo del objeto de la litis.----------

----3) Se queja la accionante de la imposición de costas a su cargo, expresando que en el decisorio atacado se ignoró la aplicación del art. 53 de la ley 24240. Dicha norma reza, en su último párrafo: *“Las actuaciones judiciales que se inicien de conformidad con la presente ley en razón de un derecho o interés individual gozarán del beneficio de justicia gratuita. La parte demandada podrá acreditar la solvencia del consumidor mediante incidente, en cuyo caso cesará el beneficio”*. Buena parte de la doctrina entiende que la reforma de la ley 26361 ha introducido un beneficio de litigar sin gastos automático a favor del usuario o consumidor; mas se ha señalado que si no se indicó en la norma expresamente el beneficio de litigar sin gastos fue para no provocar una ingerencia en la autonomía de las provincias y no porque se lo considerara un término diferente al de justicia gratuita. La justicia gratuita es el principio general que abarca todo el proceso y no sólo el acceso a la justicia, es el principio que inspira la ley de fondo, y está sujeto a la reglamentación local mediante el cual se establecerá la manera de hacerlo efectivo (v.gr.: mediante el beneficio de litigar sin gastos) (conf. Sáenz, Luis R. y Silva, Rodrigo; en Picasso-Vázquez, Ferreyra: “Ley de Defensa del Consumidor Comentada”, Ed La Ley, 2009, págs. 672/673).----------

----Ahora bien la ley provincial 4219, actual ley VII Nº 22, en su art. 11 establece: *“Beneficio de litigar. Las actuaciones judiciales que se inician de conformidad con la presente ley gozarán de pleno derecho del beneficio de litigar sin gastos con exención total del pago de las costas, tasas y demás gastos causídicos”*. En consecuencia de tal claro texto legal, no cabe otra solución que acoger favorablemente el agravio en estudio, ya que legalmente se impone la exención total no sólo de la tasa de justicia a fin de acceder a la jurisdicción, sino también de las costas y demás gastos causídicos. En consecuencia de lo expuesto es que concuerdo con lo postulado por el colega prevotante en revocar parcialmente en dicho aspecto puntual el decisorio en crisis.-------

----En cuanto a los honorarios, si bien es cierto que la mención de dicha materia en la expresión de agravios (ver fs. 132, pto. V) deviene inoperante por cuanto la misma debe ser objeto de recurso autónomo en virtud de lo dispuesto por el art. 49 de la ley 2200 -actual art. 48 de la ley XIII Nº 4-, es de tener presente que la apelante interpuso dicho recurso a fs. 125. Ello así, la queja de la recurrente transita por considerar que no resulta clara la base del cáculo de los honorarios pues se rechaza la ejecución y se establecen porcentajes a aplicarse sobre el monto que en definitiva resulte y considerar excesivo el porcentual de 19,50% regulado al letrado de la demandada.----------

----En lo que se refiere al primer punto, no le asiste razón a la apelante, ya que si bien en la parte resolutiva de la sentencia se establecen los porcentuales regulados sobre *“el monto que resulte”* (ver fs. 122 vta., pto. 2), en el considerando respectivo se explicitó que la base regulatoria involucra el monto reclamado con más los intereses que hubiera devengado desde la fecha del reclamo y hasta la del pronunciamiento de primera instancia conforme a la tasa del B. C. S.A. para sus operaciones de descuento, que surja de la liquidación a practicarse y en porcentaje (ver fs. 122 “in fine”). En

consecuencia, amén de que dicha base regulatoria resulta correcta en caso de rechazo de la demanda, como ocurre en el “sub exámine”, ha quedado claramente determinado en el decisorio el monto sobre el cual habrán de calcularse los porcentuales regulatorios. En razón de lo señalado se desestima el agravio.----------Con relación al porcentaje de 19,50% establecido para los letrados de la demandada en conjunto, teniendo en cuenta que el mismo incluye el plus por mandato del apoderado -conforme art. 9 de la ley 2200, actual art. 8 de la ley XIII Nº 4-, y que el mismo resulta casi igual al porcentaje habitual del 19,6% regulado por esta Sala para los letrados patrocinante y apoderado de la parte vencedora, lo que representa un 14% para el patrocinante, teniendo en cuenta la escala del art. 7 de la ley 2200 -actual art. 6 de la ley XIII Nº 4-, la regulación impugnada no resulta excesiva. Amén de lo expuesto, ante el acogimiento del agravio relativo a la imposición de costas, es de señalar que la actora ha perdido interés en atacar los honorarios de los letrados de la parte contraria.------II.- A la luz de todo lo expuesto, y coincidiendo con el vocal prevotante, corresponde confirmar en lo principal el fallo apelado, revocándolo parcialmente en cuanto impone las costas a la parte actora.----------

----En cuanto a las costas de esta sede, dado que la actora es la parte recurrente, resulta de aplicación lo dispuesto por el art. 11 de la ley 4219 -actual ley VII Nº 22-, por lo tanto no corresponde la aplicación de costas. En relación a los honorarios por la tareas ejecutadas ante la Alzada, en atención al mérito y extensión de las mismas, así como al resultado del pleito, regulo al letrado patrocinante de la apelante, Dr. J. G. A., en un 2,5% de la misma base regulatoria establecida en la instancia anterior, con más el IVA pertinente; sin regulación a la Dra. G. C. Q. por resultar vencida en causa propia (conf. arts. 6, 7, 9, 12, 14 y 47 de la ley 2200 -actuales arts. 5, 6, 8, 11, 13 y 46 de la ley XIII Nº 4-, y leyes 23349 y 23871).----------A la luz de todo lo expuesto, a la primera cuestión voto PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA.----------

----------**A LA SEGUNDA CUESTIÓN** el Dr. Lucero dijo: ----------

----El pronunciamiento que corresponde dictar es el siguiente, a saber: 1) CONFIRMAR en lo principal que decide el fallo apelado, revocándolo únicamente en cuanto impone las costas a la parte actora, estableciéndose que lo actuado en dicha instancia lo es sin costas atento a la índole de la materia decidida; 2) Lo actuado en esta alzada lo es igualmente sin costas. 3) REGULAR los honorarios del Dr. J. G. A., por sus tareas de segunda instancia, en la suma equivalente al 2,5% de la base regulatoria establecida en el anterior grado, con más el I.V.A. correspondiente.----------ASI LO VOTO.----------**A LA SEGUNDA CUESTIÓN** el Dr. De Cunto dijo: ----------En atención al acuerdo arribado, el pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. Lucero, expresión fiel del mismo.----------

----Así lo voto.----------

----Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por haberse logrado la mayoría (art. 9 Ley V – nº 17 – antes Ley 1130) pasándose a dictar: ----------

---------- **S E N T E N C I A**: ----------

--- Y VISTO: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones con asiento en la Ciudad de Trelew, **RESUELVE**: ----------

---- CONFIRMAR en lo principal que decide el fallo apelado, revocándolo únicamente en cuanto impone las costas a la parte actora, estableciéndose que lo actuado en dicha instancia lo es sin costas atento a la índole de la materia decidida;----------

----SIN COSTAS en esta Alzada.----------

----REGULAR los honorarios del Dr. J. G. A., por sus tareas de segunda instancia, en la suma equivalente al 2,5% de la base regulatoria establecida en el anterior grado, con más el I.V.A. correspondiente.----------

---- Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

REGISTRADA BAJO EL Nº ___ DE 2010 – SDC.- Conste.-

cg

VILMA NOEMI BIRRI
SECRETARIA DE CAMARA