En la ciudad de Puerto Madryn, a los días de octubre del año dos mil catorce, se reúne la Excma. de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Mario Luis Vivas y asistencia de los Sres. Jueces de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi y María Inés de Villafañe, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"M., J. H. c/ T. D. A. S.A. s/ DAÑOS Y PERJUICIOS" (Expte. N° 99 Año 2014)** venidos del Juzgado Civil y Comercial (Expte. N° 101/2012) en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA CUESTIÓN**: ¿Cumple la fundamentación del recurso del actor los requisitos que exige el art. 268 del CPCC?; **SEGUNDA CUESTIÓN**: ¿Es justa la sentencia dictada? **TERCERA CUESTIÓN** ¿Son justos los honorarios regulados al letrado apoderado de la parte actora?; **CUARTA CUESTIÓN:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 198.

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

1 – Antecedentes

Se han recibido en esta Alzada los presentes actuados en virtud de los recursos de apelación que interpusieran tanto la parte actora (fs. 168) como la demandada (fs. 171) contra la sentencia dictada a fs. 156/164 vta., los cuales han sido concedidos a fs. 170 y 172 respectivamente. Asimismo, el letrado apoderado del actor, Dr. F. L., ha apelado la regulación de sus honorarios por considerarla "baja" (conf. fs. 169), concediéndosele el recurso a fs. 170.

2 – Sentencia

La sentencia dictada en la inferior Instancia admitió la demanda entablada por J. H. M. contra T. D. A. S.A., condenando a ésta a abonar al reclamante la suma de $ 115.200.- (Ciento quince mil doscientos pesos), en concepto de Daño Material, Moral y Multa Civil, con más los intereses a la tasa activa del Banco del Chubut S.A., que deberá ser abonada dentro de los diez días de quedar firme el pronunciamiento. Impuso las costas a la demandada y reguló los honorarios de los profesionales intervinientes.

En el caso, el actor reclamó la reparación de los perjuicios ocasionados por la demandada al reclamarle reiteradamente y por distintos medios el pago de una deuda inexistente.

No se ha controvertido, dice la sentencia, que el servicio telefónico que había contratado el actor fue dado de baja y que el mismo no adeuda suma alguna a la demandada como consecuencia de dicha contratación.

La Magistrada a quo ha dicho que el usuario del servicio no sólo tiene derecho a ser tratado por el prestador con cortesía, corrección y diligencia sino también a ser informado adecuadamente sobre los importes y/o conceptos cuestionados y la procedencia de los mismos. Asimismo, el prestador debe garantizar a los clientes y usuarios los derechos que le corresponden de acuerdo a la normativa aplicable.

Concluye la sentencia en crisis que la actitud de T., luego de la baja de la línea, lejos estuvo de ser calificada como diligente y ajustada a las obligaciones antes señaladas, incumpliendo con el deber de información que le impone el art. 4 de la Ley 24.240.

El proceder negligente de T., desprovisto de toda consideración hacia el cliente, no generó -ha dicho la a quo- meras molestias o incomodidades sin trascendencia, como pretende la demandada. Evaluó la sentenciante que inexplicablemente luego de seis meses de dado de baja el servicio telefónico, se iniciaron reclamos al actor de una deuda ya cancelada, obligándolo a exigir el cese de un reclamo infundado mediante el envío de

cartas documento, mails y el inicio de actuaciones administrativas que no fueron atendidos.

Destacó que la demandada al contestar demanda negó todos los hechos y afirmaciones del actor, pero no brindó un relato de los hechos conforme a su propia versión, limitándose a afirmar que no existe deuda con el actor, sin explicar las razones por las cuales durante dos años le ha reclamado una suma que evidentemente se encontraba abonada.

Con respecto a los "daños" reclamados, admitió el "Daño Material" por la suma de $ 200.- (Doscientos pesos) por el importe de las cartas documento enviadas por el actor. Hizo lugar a la indemnización por "Daño Moral" por la suma de $ 55.000.- (Cincuenta y cinco mil pesos) y condenó también al pago de la suma de $ 60.000.- (Sesenta mil pesos) en concepto de "Daño Punitivo" o "Multa Civil" prevista en el art. 52 bis de la L.D.C.

3 – <u>Agravios del actor</u>

4.1) Agravia al actor el importe de $ 55.000.- fijado por la a quo para indemnizar el "Daño Moral".

Sostiene que el monto sentenciado no es el que en realidad corresponde y que la indemnización establecida no contempla el daño infringido a su persona. Considera que el importe adecuado es el reclamado al demandar, porque la demandada no ha dejado gravamen alguno hacia su persona de proferir, difundir y dar a la luz de todos. Remarca que la demandada se mofó de la constitución, de la ley y de su propio reglamento y que la suma demandada es la que sigue pretendiendo.

Afirma que la demandada *"…echó a los perros mi buen nombre y honor…"* y pregunta: *¿Puede entenderse indemnizado semejante daño con la suma fijada?..."* (fs. 180).

4.2) Se agravia el actor porque considera que la "multa civil" aplicada a la demandada es reducida y no cumple con los criterios del art. 52 de la Ley

24240 y la doctrina de este Cuerpo. Sostiene que la suma de $ 60.000.- no cumple los propósitos de la ley.

Afirma que la demandada es una organización que debe y debió contar con algún tipo de estructura que palíe o subsane los defectos que se presenten en la relación con los usuarios y que si pudiendo hacerlo, no lo hace, la multa civil debe servir de aleccionadora experiencia y mención para que recuerden que están para prestar un servicio público.

Finaliza mencionando que el pedido de un monto mayor no es para acrecentar su peculio sino para que sirva al propósito de la ley, con distribución en las entidades de bien público a las que está destinado según surge de la demanda.

4 – <u>Agravios de la demandada</u>

4.1) Agravia a la parte demandada la admisión de la indemnización por "daño moral". Sostiene que no se ha arrimado a la causa ni una sola prueba que acredite el daño moral.

En este mismo punto hace referencia lo expuesto por su parte sobre este reclamo en la contestación de la demanda.

Insiste que para su procedencia es necesario demostrar la existencia del daño sufrido mediante prueba fehaciente por tratarse del incumplimiento de obligaciones contractuales (art. 522 C.Civ.)

4.2) Se agravia también por considerar improcedente, exorbitante, subjetivo, arbitrario y carente de sustento, el importe de $ 55.000.- fijado por la a quo para indemnizar el "daño moral" del reclamante.

Afirma que la estimación se fundó en las características particulares de la víctima (personalidad, profesión, sensibilidad y ámbito de actuación personal) que no surgen de las actuaciones y que no fueron argumentadas

por el actor. Considera que el monto e subjetivo, arbitrario y carente de fundamentos para determinar su procedencia y cuantía.

4.3) Es motivo de agravio la condena al pago de la suma de $ 60.000.- en concepto de "Daño Punitivo". Considera que la misma es arbitraria, carente de fundamentación fáctica y jurídica, improcedente y exorbitante.

Sostiene que no se encuentra pacíficamente aceptado el "daño punitivo" en nuestro derecho, siendo objetado por parte de la doctrina y jurisprudencia.

Considera que el instituto debería incorporarse al Código Civil para su aplicación. Destaca que en virtud del carácter penal que tienen estos daños se requeriría reformar el procedimiento civil para adaptarlo a los requerimientos establecidos por la Constitución y que su introducción sólo es posible siempre y cuando se respeten los principios que rigen la imposición de sanciones penales, caso contrario, se estaría incurriendo en graves violaciones a los derechos de las personas físicas y jurídicas, lo cual no está contemplado por el art. 52 bis de la LDC.

Afirma que el tipo previsto por el referido art. 52 bis es inconstitucional porque no respeta los principios del art. 18 C.N. y de los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional, al no describir la conducta prohibida, ni requerir un factor subjetivo de atribución, ni precisar las pautas mínimas que habrán de guiar la graduación de la sanción, desnaturalizando la función resarcitoria del derecho civil que impone como límite el monto del daño sufrido.

4.4) Se queja también la demandada porque fue desestimado su planteo de "inconstitucionalidad" del "Daño Punitivo" efectuado por su parte.

4.5) Plantea su agravio porque no concurren en este caso los requisitos que, según la doctrina, configuran la existencia del daño punitivo. Afirma que se tiene que dar un "recaudo de gravedad" para fijar este tipo de sanción y que ello no se da en este caso. Es decir, quien ocasiona el perjuicio debe saber de

antemano que la reparación de los daños le resultará menos costosa que reacomodar el producto o cumplir con la obligación a su cargo

4.6) Es motivo de su queja el monto fijado para el Daño Punitivo. Sostiene que la sentencia no ha dado pauta objetiva alguna para justificarlo y que el mismo es subjetivo, caprichoso y arbitrario.

4.7) Continuando con el "daño punitivo", sostiene la queja que la norma habla de "damnificado" y no simplemente de consumidor o usuario, por lo que necesariamente se debe configurar y acreditarse el padecimiento de un daño concreto. Afirma que la a quo simplemente ha advertido enojo y frustración por el tenor de las misivas del actor infiriendo un perjuicio que en autos no se ha comprobado. Ante la ausencia de este elemento, considera que la multa impuesta carece de fundamentación.

Esgrime que la aplicación de esta multa afectaría el derecho de propiedad de su parte (art. 17 CN), que no se ha demostrado ni el perjuicio del actor ni el beneficio obtenido por la demandada y que se ha olvidado el carácter excepcional de la misma.

Culmina haciendo el planteo del Caso Federal.

5 – Análisis de los agravios del actor

5.1 – El monto de la indemnización por daño moral

Esgrime su queja el actor con respecto al importe fijado por la a quo para indemnizar el daño moral por considerarlo insuficiente.

Tal como lo expresara ante un planteo similar in re: *"C., J.A. c/ A.S.A. y Otro s/ Accidente"*, Sent. 13/06/2013, Reg. SD N° 46/13), lo que el recurrente debe hacer en esta instancia es demostrarle al Tribunal el error cometido por la Sra. Jueza a quo al fijar el monto indemnizatorio, porqué se equivocó, porqué el monto es insuficiente, porqué hubiese sido el monto reclamado el justo o adecuado y porqué debió ser ése el importe sentenciado y no el

fijado por la magistrada del inferior. Es evidente que todos estos parámetros no surgen de la pieza en tratamiento.

Estamos sólo ante una clara disconformidad con el importe sentenciado pero no ante un agravio concreto y preciso con cabal demostración del error cometido por la sentenciante al fijar la indemnización por reparación del daño moral.

Es de toda evidencia que el apelante debió decir con claridad y corrección porqué considera injusto el monto fijado en la sentencia, desde que las normas regulatorias del debido proceso que hacen a la esencia de la institución, comportan la necesidad de exhibir los fundamentos de las propias críticas como único medio de hacer posible el contralor jurisdiccional atribuible a la segunda instancia, a través de un juicio de ponderación razonable y no la simple contraposición de aserciones, cerrado en sí mismo. Debe repararse que la segunda instancia no es autónoma, ni es reconducción. Es, como norma, dependiente de lo actuado en la instancia inicial, y es revisión de su sentencia, síntesis o conclusión, a cuyo efecto requiere el elemento nuevo: la crítica de los agravios que de la misma resulten. De allí que, si -tal como aquí ocurre- faltan esas argumentaciones, carece el tribunal de alzada de la materia indispensable para confrontar los argumentos de la a quo con los que, de contrario, aduce la parte que se considere afectada y ello, precisamente, constituye la función propia del segundo grado jurisdiccional.

Adviértase que la apelante afirma que la demandada "*…echó a los perros mi buen nombre y honor…*" y a renglón seguido pregunta: ¿*Puede entenderse indemnizado semejante daño con la suma fijada?*. Sabemos que plantear interrogantes al Tribunal no constituye un fundamentación recursiva sino que se debe demostrar que la decisión recurrida carece de toda fundamentación y de allí su necesidad de revocación por el Superior.

De considerar al actor que la a quo no ha sido prudente, ni fundada al estimar su daño moral, debió aquí desarrollar toda su estructura recursiva y demostrar a este Cuerpo la solidez de su postura. No lo ha hecho. Por lo tanto, lo que se encuentra en estos fundamentos es sólo “discrepancia”.

En la tarea de dar una adecuada respuesta al recurrente, he de remarcar que debió demostrar el agravio porqué razón la suma condenada es insuficiente, mientras que es adecuada la que reclamó en la demanda.

En su escrito el apelante debió examinar los fundamentos de la sentencia y concretar los errores que a su juicio ella contiene en la fijación del monto indemnizatorio, del cual derivan sus quejas. Ha de repararse asimismo, que la apuntada carga procesal supone la demostración del agravio, no correspondiendo al juzgador suplir en esa tarea al justiciable por ser un imperativo del propio interés del peticionario en un asunto que es de su exclusiva incumbencia (conf. C.N.Esp.Civ.Com., Sala III, 19/05/75, BCNEC y C. N° 7985).

Es que los agravios expuestos por todo recurrente deben alcanzar un mínimo de suficiencia técnica. Tal suficiencia se relaciona a su vez con una necesidad de articulaciones razonadas, fundadas y objetivas sobre los errores de la sentencia en la cuestión específica que estoy aquí considerando, no pudiendo considerarse agravios en los términos que las normas específicas exigen, las afirmaciones genéricas, las impugnaciones en general, el mero descuerdo con lo resuelto o simples consideraciones subjetivas y disgresiones que carezcan del debido sustento jurídico.

De allí que no pueda considerarse una verdadera expresión de agravios el escrito que sólo contiene simples afirmaciones dogmáticas sin una verdadera crítica de lo resuelto por la jueza a quo. Es por ello que las apreciaciones personales y valoraciones sociales y económicas subjetivas o las manifestaciones de orden personal y sentimental o las afirmaciones enfáticas que no son más que simples generalizaciones, son insuficientes

por sí solas para sustentar el agravio. La carga en cuestión requiere un razonamiento coherente que demuestre, a la vez, el desacierto del razonamiento contenido en la sentencia en la cuestión que se impugna; en este caso, en la fijación del monto indemnizatorio.

Es evidente el déficit de la cuestión en análisis que ha planteado el recurrente como agravio, dado que en la presentación sólo se exteriorizan generalizaciones subjetivas y disconformismo con el monto acordado, sin indicar de modo concreto dónde existe el error invocado y cuáles son los hechos y circunstancias acreditados en el proceso con virtualidad suficiente para destruir los argumentos desarrollados por la juzgadora (conf. CNCiv., Sala A, 08/08/75, LL 1976-D, 668, sum. 2260).

La conclusión de lo expuesto es que he de proponer al Acuerdo se declare "desierto" el punto del agravio en tratamiento (conf. arts. 268, 269 CPCC).

5.2 – <u>El importe de la multa civil</u>

Argumenta el recurrente que la suma fijada en concepto de multa civil es reducida y no cumple con los criterios del art. 52 de la L.D.C.

En este punto en análisis incurre la apelante en las mismas falencias que en el apartado anterior y de allí que, a fin de no incurrir en reiteraciones innecesarias, corresponda remitirme a lo allí expuesto.

He dicho en el apartado anterior que los agravios vertidos por todo recurrente deben alcanzar un mínimo de suficiencia técnica. Es decir, la Alzada debe contar con planteos razonados, fundados y objetivos que demuestren los yerros cometidos en la decisión que se recurre. Sabido es, también, que no es suficiente hacer afirmaciones genéricas o simples impugnaciones en general. Se ha decidido de manera uniforme en estos casos que no es suficiente como fundamentación recursiva el mero descuerdo con lo resuelto, las consideraciones subjetivas y las disgresiones que carecen de sustentación jurídica.

La carga que debe cumplimentar quien recurre exige un razonamiento coherente demostrativo del desacierto del razonamiento de la Magistrada sentenciante volcado en la sentencia en la cuestión que se impugna; en este caso, en la fijación del monto de la multa civil impuesta a la demandada.

Es evidente el déficit de la cuestión en análisis que ha planteado el apelante como agravio, dado que en la presentación sólo se exteriorizan generalizaciones subjetivas y disconformismo con el monto acordado, sin indicar de modo concreto dónde existe el error invocado y cuáles son los hechos y circunstancias acreditados en el proceso con virtualidad suficiente para destruir los argumentos desarrollados por la juzgadora (conf. CNCiv., Sala A, 08/08/75, LL 1976-D, 668, sum. 2260).

Concluiré el punto remarcando que no basta disentir con la interpretación dada por el juzgador sin fundamentar la posición ni concretar pormenorizadamente los errores u omisiones en que éste habría incurrido respecto de la valoración de los elementos traídos a juicio en función de las normas que rigen la materia, o sin dar las bases jurídicas de los distintos puntos de vista, como igualmente manifestar la disconformidad con la decisión para considerarla equivocada o injusta sin dar ninguna pauta distinta a la evaluada por la a quo. Los agravios no pueden limitarse -como aquí ocurre- a señalar una mera discrepancia de criterios, o a manifestar simplemente una disconformidad con lo decidido por la a quo, sino que deben alcanzar suficiencia técnica. La meta de la actividad recursiva consiste en demostrar el desacierto de la sentencia que se recurre y los motivos que se tienen para considerarla errónea, de modo de producir convicción en el tribunal de alzada sobre la sinceridad y autenticidad de los agravios vertidos (conf. C.N.Civ., Sala D, 19/04/77, LL, 1977-C, p. 334; 24/03/81, LL, 1981-C, p. 654, 35.913-S).

La conclusión de lo expuesto es que he de proponer al Acuerdo que se declare desierto el punto del agravio en tratamiento en virtud de no reunir el mismo la suficiencia técnica exigida (conf. arts. 268, 269 CPCC).

6 – Conclusión

En atención a que la fundamentación del recurso concedido al actor no satisface los recaudos que exige la norma del art. 268 del ritual, he de proponer al Acuerdo declarar desierto el mismo (art. 269 CPCC). Es mi voto.

7 – Costas de la Alzada

Corresponde imponer las costas de la Alzada a la recurrente que resultara vencida en el recurso que le fuera concedido (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios del letrado apoderado de la demandada, Dr. O. D. V. y su letrado patrocinante, Dr. M. O. G., en conjunto, en el 28% de los que les correspondan por su labor en primera Instancia y sin regular honorarios al letrado patrocinante de la parte actora dado que, conforme es criterio uniforme de esta Cámara (SDL N° 03/10), no devenga honorarios el escrito de expresión de agravios que es tenido por insuficiente, considerándose su actividad inoficiosa.

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi vota por la **NEGATIVA.**

A LA PRIMERA CUESTION la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo:

1.

Los antecedentes del caso y la decisión impugnada como los motivos de agravios expuestos por las recurrentes, han sido reseñados por el Sr. Juez

de Cámara que me precede en el voto, por lo que abordaré directamente y en el mismo orden propuesto, los aspectos traídos a decisión de esta alzada y en el mismo orden que propone el Dr. Heraldo Fiordelisi.

En cumplimiento de las mandas de los arts. 169 de la Const. Prov., 8 de la ley V Nº 17 y 274 C.P.C.C., serán suficientes las consideraciones que siguen.

2.

a) El actor cuestiona en su expresión de agravios el monto resarcitorio para el daño moral admitido y el importe de la multa civil, en ambos casos por considerarlos insuficientes, y adelanto que daré respuesta negativa a la cuestión propuesta al Acuerdo.

Sabido es que el planteo de simples apreciaciones personales del recurrente, sin dar bases jurídicas a un distinto punto de vista, omitiendo concretar punto por punto los errores u omisiones en los que habría incurrido el *a quo* respecto de la apreciación y valoración de los elementos de convicción que le permitieron decidir, no constituye fundamento suficiente para la expresión de agravios.

Este escrito, para poder ser considerado como tal, debe contener la crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas. En tal sentido, la carga sólo puede considerarse cumplida cuando se indican puntualmente deficiencias de la sentencia apelada, actividad que no corresponde considerar suplida con la mera postulación de afirmaciones genéricas, la formulación de interrogantes ni la manifestación de desacuerdo con lo resuelto.

b) Así, respecto del daño moral el apelante se limita a sostener que la indemnización fijada en la sentencia debió ajustarse a la suma demandada a la que llegó luego de una cuidadosa evaluación, sin cuestionar las consideraciones de hecho y de derecho formuladas y tenidas en cuenta por la magistrada de grado.

De modo tal que la embestida contra el monto fijado, carece de fundamentos.

El recurrente ha omitido desarrollar los motivos que tenía para considerarlo injusto o arbitrario incumpliendo con una carga esencial para obtener la modificación de un pronunciamiento judicial mediante cualquier clase de impugnación, que demuestre cuales son los errores cometidos en la instancia anterior.

Para ello no alcanza reiterar la aplicación al caso, de las reglas que aportó Mosset Iturraspe para la cuantificación del daño moral, pues en definitiva no fundamenta por qué la suma acordada, más allá de su disidencia, es inapropiada.

El daño moral es aquel perjuicio que se manifiesta a través de los padecimientos, molestias y angustias que lesionan las afecciones legítimas de la víctima, lo que demuestra el intento de resarcir aspectos propios de la órbita extrapatrimonial del damnificado. Para su procedencia, la ley no requiere prueba de su existencia ya que se acredita ante el solo hecho de la acción antijurídica y la titularidad del derecho en cabeza del reclamante.

Para establecer la cuantía del daño moral, el juzgador debe sortear la dificultad de imaginar o predecir el dolor que el hecho dañoso produjo en la esfera íntima del reclamante para luego, establecer una indemnización en dinero que supla o compense el desmedro injustamente sufrido, por lo que más que en cualquier otro rubro queda sujeto al prudente arbitrio judicial, que ha de atenerse a la ponderación de las diversas características que emanan del proceso.

Consecuentemente con ello, las quejas sobre la exigüidad del monto deben ser explicitadas por el apelante, aportando los datos puntuales que -como ya he señalado - pongan de relieve la sinrazón del monto con la gravedad del daño irrogado. "*… La expresión de agravios debe consistir en una verdadera crítica de la sentencia o resolución que es apelada, mediante una argumentación*

seria, concreta y razonada tendiente a la demostración de su injusticia. Luego, el Tribunal de Apelación debe limitar sus actuaciones a tales alegaciones, fundadas, demostrativas de los errores de la resolución atacada puesto que el juicio de apelación comienza con dicha pieza que hace las veces de una demanda. Así siendo los agravios los que dan la medida a las atribuciones del tribunal, sólo cabe abrir el recurso siempre que los mismos sean suficientemente explicitados y se intente demostrar los yerros de la sentencia; caso contrario el recurso debe declararse desierto. No es expresión de agravios la simple historia o comentario de actuaciones preteridas, la que representan sólo una disconformidad con lo resuelto, o aquella que expone sólo una opinión personal no vinculada con los fundamentos que sustentaron la sentencia, ni los argumentos no eslabonados con los fundamentos del fallo…" (STJCH Sent. N° 01/05.SRO, 22/2/05).

Los cuestionamientos formulados para la impugnación, no tienen entidad para constituirse en un agravio, por lo que he de acompañar la propuesta del Dr. Heraldo Fiordelisi de declarar la deserción del recurso en esta parcela del agravio (art. 269 del CPCC).

c) El segundo aspecto de la expresión de agravios está destinado a cuestionar el monto otorgado en la sentencia en concepto de multa civil.

Señala para ello, que disiente con el criterio de la magistrada porque el monto consignado no cumple con los criterios del art. 52 de la ley 24.240.

He de reiterar aquí lo expuesto respecto de la suficiencia de la expresión de agravios y específicamente aquello que el Tribunal de alzada es típicamente revisor de lo decidido en la instancia anterior, y no renovador de lo actuado y decidido, de donde se requiere excitación del interesado (mediante la expresión de agravios), para poder cumplir su misión (Conf. entre otros Azpelicueta, Juan José - Tessone, Alberto, "La Alzada. Poderes y Deberes" pág. 81 y sgts; Hitters, Juan Carlos, "Técnica de los recursos ordinarios" pág. 253 y sgts, Loutayf Ranea, Roberto G. "El recurso ordinario de apelación en el proceso civil" T. I, pág. 61 y sgts).

En este aspecto, si no se cuenta con una crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considera equivocadas, se lo reputará insuficiente y el recurso deberá ser declarado desierto.

El recurrente no aporta elementos nuevos de convicción u otras razones que justifiquen una solución distinta, puesto que las meras discrepancias con el monto admitido por la señora jueza de grado no constituyen la crítica que le exige el art. 268 del CPCC y vale recordar, que los interrogantes que incorpora tampoco son admisibles en la técnica recursiva para desvirtuar el fallo apelado.

d) Por las consideraciones expuestas, incumplida la carga que impone al apelante el art. 268 del CPCC, corresponde declarar desierto el recurso interpuesto por la actora (art. 269 del CPCC).

3.

Las costas por el recurso interpuesto y declarado desierto se imponen al recurrente (art. 69 del CPCC). Los honorarios de los letrados Abs. O. D. V. y M. O. G. se estipulan en el 28% de los que corresponda en la primera instancia, sin regular honorarios al Ab. F. L. por resultar ineficaz su labor en la Alzada.

Voto a la primera cuestión, por la **NEGATIVA.**

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

1 – Tratamiento de los agravios de la demandada

1.1 – Procedencia del Daño Moral

Según la queja, no se ha acreditado el "daño moral", siendo necesario prueba fehaciente del mismo por tratarse del incumplimiento de obligaciones contractuales (art. 522 Cód. Civ.).

Advierto que en el agravio se hace referencia también a lo que expuso sobre este punto la parte demandada en la contestación de la demanda, lo cual no constituye un "agravio" digno de ser evaluado. Sabido es que no satisface la carga de fundar el recurso el hecho de remitirse o reiterar lo expuesto en etapas anteriores del proceso (art. 268 CPCC). Es por ello que no corresponde su consideración por esta Alzada.

Con respecto a la afirmación de la demandada que el caso corresponde encuadrarse en la norma del art. 522 del Cód. Civil por tratarse de un daño derivado de un incumplimiento contractual, considero que no es así.

Si bien entre las partes existió un vínculo contractual relativo al servicio de telefonía, lo cierto es que la actuación que se reprocha a la parte demandada es posterior a la fecha en que dicho servicio se dio de baja. En efecto, la baja se produjo en el mes de Septiembre de 2009, con lo cual operó la resolución del contrato que ligaba a las partes. Y fue en el mes de Abril del año 2010 en que el actor recibió una intimación de pago de un estudio jurídico reclamándole el pago de una deuda en nombre de la demandada, la cual había sido cancelada en Septiembre de 2009; sucediéndose luego todos los hechos narrados en la demanda, acreditados documentalmente y reconocidos por la demandada.

Con lo cual queda en claro que los hechos por los cuales se ha demandado a T. d. A. S.A. no constituyen en rigor el incumplimiento de obligaciones derivadas del contrato que había ligado a las partes, sino una incorrecta actuación posterior a la resolución contractual.

En consecuencia, la responsabilidad que se atribuye a la demandada no se refiere a la insatisfacción de alguna obligación contractual. De ahí que no sea factible examinar la procedencia del daño moral desde la óptica estricta que legisla el artículo 522 del Código Civil para la responsabilidad de origen contractual, sino que debe juzgársela desde el más amplio criterio que establece el art. 1078 de ese ordenamiento para reparar el agravio moral

causado por los actos ilícitos, engendrados en la violación de la genérica obligación de no causar daños (conf. CNCiv., Sala A, 23/03/01, L. 311.059; ídem, Sala A, 19/02/04, L. 378566; elDial.com-AA1DFF).

No tengo dudas en cuanto a que es indemnizable para el actor el daño sufrido como consecuencia de la manifiesta o grosera inconducta por parte de la demandada en el trato con quien fuera su cliente, por la notoria desatención de la demandada a las numerosas gestiones realizadas con el objeto de indagar sobre las deudas por las que se intimara al actor y los desmedidos reclamos cursados por la accionada. La conducta de la empresa constituyó una grave violación a la exigencia de la L.D.C. en el art. 8 bis.

Debe tenerse en cuenta que resulta acreditada la existencia del daño moral por el sólo hecho de la acción antijurídica y se configura in re ipsa, tal como lo entiende la doctrina y jurisprudencia al interpretar la Ley de Defensa del Consumidor; en todo caso, es al responsable a quien le incumbe acreditar una situación objetiva que excluya la posibilidad del nocivo estado espiritual generado por aquélla, siendo indudable que la perturbación anímica derivada de la conducta de la parte demandada reviste autonomía resarcitoria; es decir, debe ser reparada con independencia de otros factores que contribuyeran a su existencia (conf. Juzg.Civ.Com. N° 12 Rosario, 14/06/2013, "Martiñena, L. c/ Telecom de Arg. S.A. s/ Sumarísimo"; MJ-JU-M-82392-AR).

A contrario de lo que sostiene la quejosa, luce claro que hay una relación de causalidad adecuada entre los hechos provocados por la negligencia de la demandada y el daño sufrido por la actora. Así, toda la situación generada exclusivamente por la demandada, tuvo una clara aptitud para provocar la movilización del actor a través de una larga serie de actividades extrajudiciales, judiciales y administrativas, y ellas encuentran como causa eficiente e inmediata a las conductas antijurídicas de la demandada, que causaron este daño directo. Asimismo, toda esa desagradable e injusta

situación, trajo como consecuencia lógica y directa la mortificación en los sentimientos del actor, tipificantes del daño moral reclamado.

En esta inteligencia, es preciso señalar, que los hechos referidos en la demanda, acreditados en sede administrativa y judicial, poseen virtualidad suficiente a los fines de producir en el actor un estado de desasosiego, preocupación y angustia, que excede las incomodidades que puede generar cualquier incumplimiento.

Constituye una máxima de la experiencia, entendida como "…el conjunto de conocimientos que el juez ha obtenido culturalmente con el uso, la práctica o sólo con el vivir…" y que, por lo tanto "…no es necesario alegarlas ni probarlas…" que a nadie escapa, las complicaciones que acarrea comunicarse con los "centros de atención al cliente", habitualmente engorrosos, dilatorios y carentes de respuestas efectivas. La falta de resignación del actor frente a la inconducta de la prestataria del servicio público y la falta de respuestas por parte de ésta, llevó al Sr. M. a utilizar las herramientas previstas por la ley y acudir previamente a la sede administrativa, con la tensión que conllevan para el consumidor, cargar contra grandes empresas y sus representantes legales.

El daño moral alegado por la parte actora aparece palpable, resultando evidente la configuración de tal padecer ante la afección a sus bienes materiales destinados a brindar confort y comodidad esenciales y básicos, en el diario vivir, dentro del ámbito doméstico el normal devenir de los acontecimientos permite sostener que la afección de los bienes materiales del actor conlleva a la alteración de su tranquilidad espiritual.

No cabe la menor duda que resulta patente que la debilidad estructural del consumidor impacta profundamente en su condición personal, y hace que su persona sienta el desconocimiento de sus derechos y el consiguiente incumplimiento con una fuerza moral evidente. La aflicción espiritual que produce este tipo de conductas, donde se oculta la información, se intenta

dar permanentes excusas y no se asume una conducta responsable, como si se desconociera la situación que sufría el cliente, implica una actitud reprochable que debe ser resarcida con la consiguiente reparación del daño moral que torna procedente el reclamo efectuado por el Sr. M. (conf. Cám.Civ.Com.Córdoba, Sala 6ª., 08/04/2014; MJ-JU-M-85617-AR).

La actitud omisiva y contradictoria de Telefónica es una evidente muestra de insinceridad y falta de respeto para el consumidor, violando los deberes de información y de trato digno, amparados por los arts. 4 y 8 bis de la Ley 24.240, lo cual -conforme lo vengo fundamentando- hace a la indiscutible procedencia de la reparación del daño en tratamiento.

Vistos los padecimientos sufridos por el accionante que van desde los incesantes reclamos efectuados a quien fuera el proveedor del servicio, la necesidad de tener que concurrir a la sede administrativa (Defensa del Consumidor) para obtener el reconocimiento de sus derechos vulnerados, la búsqueda de una solución ante los improcedentes reclamos, intimaciones de pago y amenazas de inclusión en los registros como deudor moroso, las facturas e intimaciones recibidas en su domicilio donde se le indica el carácter de deudor sin brindar las explicaciones ni la información debida, 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 Jueza de primera Instancia (conf. SCBA, C. 107407, 06/07/2011; Cám.Civ.Com.M.del Plata, Sala 3ª., 05/08/2014, “Pérez, M.C. c/ Telefónica de Argentina S.A. s/ Daños y Perj.”; MJ-JU-M-87478-AR).

Lo hasta aquí expuesto y los fundamentos vertidos me conducen al inevitable rechazo de los agravios esgrimidos por la demandada.

1.2 – <u>El monto indemnizatorio del daño moral</u>

La demandada considera improcedente, exorbitante y subjetivo el importe de $ 55.000.- fijado por la a quo para indemnizar el daño moral.

Las manifestaciones vertidas por la recurrente no alcanzan a revestir una verdadera expresión de agravios, revistiendo sus dichos una mera disconformidad con el criterio de la Juzgadora, insuficientes para conmover lo decidido al respecto.

No obstante lo expuesto, debe recordarse que el daño moral, por tratarse de una modificación disvaliosa del espíritu, no permite una cuantificación estrictamente objetiva, por lo que en principio queda librada al arbitrio judicial.

Es que no existen en esta materia criterios de tarifación estática, sino que se deben tener en cuenta las circunstancias del caso concreto, evaluándose puntualmente en cada situación la prueba rendida y resolviendo prudentemente, y cuando como en el caso, se consideró la personalidad del afectado (profesión, cultura, sensibilidad, ámbito de actuación, etc.), la naturaleza de la intrusión, la finalidad perseguida, la potencialidad dañosa del medio empleado, la incidencia que pueda acarrear en su vida de relación o en la función del damnificado, cabe declarar razonable el monto fijado por la sentencia en crisis.

En el sublite, las circunstancias sobre las que se sustenta el reclamo, esto es la falta de cumplimiento a sus obligaciones esenciales por parte de la demandada, habiéndose probado la actitud indolente de ésta y la necesidad de la actora de promover actuaciones administrativas y judiciales, como asimismo, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso valoradas anteriormente, considero justo y equitativo

el monto fijado por la a quo, debiendo confirmarse el decisorio también en este punto.

1.3 – El daño punitivo

Los últimos cinco puntos en que se desarrollan los agravios de la demandada están dedicados cuestionar la procedencia del "daño punitivo" admitido por la a quo y de allí que procederé a su tratamiento de manera conjunta.

Previo a ingresar al análisis de la cuestión es menester aclarar que si bien demandada solicitó la inconstitucionalidad de lo dispuesto en el art. 52 bis de la L.D.C. -modif. por Ley 26.361-, la misma fue rechazada por la a quo en la sentencia recurrida, no habiendo mereciendo una crítica concreta, razonada y fundada por parte de la accionada los fundamentos vertidos en la misma para desestimar tal petición, implicando ello la firmeza del decisorio de grado respecto de lo decidido sobre dicha temática.

Corresponde anticipar que no es posible oír el agravio de la recurrente en cuanto considera que el daño punitivo tiene carácter "penal". El decisorio impugnado impuso a la demandada una sanción civil impetrada a los fines de prevenir, por parte de la empresa, hechos similares para el futuro. Vale destacar que el instituto bajo examen no sólo persigue una función sancionatoria y reparadora, sino también "preventiva". La finalidad que persigue no es sólo castigar aquel grave proceder, sino también prevenir -ante el temor que provoca la multa- la reiteración de hechos similares en un futuro. Contribuye al desmantelamiento de los efectos de ciertos ilícitos, pero sin acudir a principios o normativas del Derecho Penal. La idea es, básicamente, que frente al riesgo de sufrir la sanción, deje de ser económicamente atractivo enriquecerse a costa de vulnerar derechos ajenos (conf. Cám.Civ.Com.Córdoba, Sala 6ª., 08/04/2014, cit.).

En el mismo sentido se ha dicho con total claridad que el daño punitivo participa de la naturaleza de una pena privada, que se manda a pagar por encima de los valores que se condene en calidad de daños y perjuicios, destinadas en principio al propio damnificado. Y ésta existe cuando por expresa disposición de la ley o por la voluntad de las partes, sin acudir a los principios, normas y garantías del derecho penal, se sancionan ciertas graves inconductas, mediante la imposición de una suma de dinero a la víctima de un comportamiento ilícito o, más excepcionalmente, al propio Estado o a otros terceros (liga de consumidores, organizaciones de tutela del medio ambiente, etc.) (conf. Cám.Civ.Com.M. del Plata, Sala II, 27/05/09, in re: "Machinandiarena, H.N. c/ Telefónica de Arg. SA"; Cám.Civ.Com.Rosario, Sala 2ª., 29/07/2010; MJ-JU-M-67082-AR).

De todos modos, cabe recordar que para la configuración del incumplimiento y -por ende- de infracción a la Ley 24.240, no se requiere la existencia de factores subjetivos de atribución, tales como el dolo o la culpa, bastando únicamente el incumplimiento a modo de factor de atribución objetivo, pues como lo ha dicho la jurisprudencia: *"La norma no exige la existencia de un elemento subjetivo concreto determinando una conducta objetiva contraria a los preceptos de la ley, sin que pueda pretenderse la existencia de un tipo penal concreto o la exigencia de la existencia de dolo o culpa en los términos exigidos por el Derecho Penal Sustantivo"*(CNFed.Cont.Adm., Sala V, 12/05/97; Cám.Civ.Com.Rosario, Sala 2ª., 29/07/2010, cit.).

Con respecto al daño bajo análisis, anticipo que es claro que las conductas imputadas a la demandada encajan en las descriptas en la L.D.C. para aplicar el daño punitivo pretendido.

Conforme la norma del art. 8 bis de la L.D.C., el proveedor debe garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios. Condiciones y trato que, como surge de estos actuados, 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 art. 52 bis de la mentada ley.

VAZQUEZ FERREIRA 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, pág. 101 y sigtes.; Cám.Civ.Com.M. del Plata, Sala 3ª., 05/08/2014, "Pérez, M.C. c/ Telefónica de Arg. S.A.", MJ-JU-M-87478-AR).

Su finalidad procura disuadir al dañador, evitando la imitación de conductas similares. Su clave es la desvinculación del daño padecido por la víctima y la penalidad impuesta al agente dañador (conf. SHINA, "Daños al Consumidor", pág. 161, Ed. Astrea, 2014).

La conducta asumida en este caso por la empresa de telefonía demandada, la violación 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 el actor y acreditado durante el proceso, lo que se repitió en la instancia judicial mediante la 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 (conf. Cám.Civ.Com. M. del Plata, Sala 3ª., 05/08/2014, cit.).

"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 ilícitos que, por su gravedad o por sus consecuencias, requieren algo más que la mera indemnización resarcitoria de los perjuicios causados"(STIGLITZ, R.S. y PIZARRO, R.D., "Reformas a la ley de defensa del consumidor", LL 2009-B, 949; Cám.Civ.Com. M. del Plata, Sala 2ª., 27/05/09, LL, 2009-C-647).

Queda en claro, por lo expuesto, que el daño punitivo tiende a ser ejemplificador a los efectos de que otros proveedores no incurran en nuevos incumplimientos.

En lo que hace al monto impuesto, es de destacar que fijar el monto es una tarea delicada, siendo premisas ineludibles: a) que no es un resarcimiento; b) que es una sanción; c) que tiene incidencia la gravedad de la falta; d) que no tiene relación directa y lineal con los rubros indemnizatorios; y e) que debe cumplir una función preventiva disuadiendo al infractor de reincidir en conductas análogas.

El Tercer Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores (Buenos Aires, 23 a 25 de Septiembre de 2010) ha despachado unánimemente por su comisión 5ª. ("Principio de Prevención. Daños Punitivos"), de lege data y de manera unánime, que *"El consumidor no debe mensurar el daño punitivo al tiempo de su petición, por cuanto su imposición ha sido atribuida exclusivamente al magistrado en cumplimiento de una manda constitucional (art. 42 C.Nac.), y por consiguiente no es pasible de la oposición de la excepción de defecto legal atento a quedar encuadrado en la excepción que impone el art. 330 segundo párrafo del Código Procesal de la Nación y el de la Pcia. de Buenos Aires".*

El quid de la cuantificación del daño punitivo radica en una cantidad encuadrable en el concepto de sanción con función estrictamente preventiva que no sea inferior ni superior a la suma necesaria para generar incentivos económicos suficientes en el infractor como para disuadirlo de

incurrir en conductas análogas, postura que ha sido aprobada por unanimidad en el citado 3er. Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores bajo la siguiente fórmula: *"De lege data se interpreta que la multa civil no debe ser inferior ni exceder el monto necesario para cumplir con su función de disuasión"* (conf. Cám.Civ.Com. 1ª., Sala II, B.Blanca, 28/08/2014, in re: "Castelli, M.C. c/ Banco de Galicia y Bs.As. SA s/ Nulidad de Acto Jurídico", Expte. N° 141.404).

Por las razones expuestas es que se ha dicho que no estamos aquí ante una indemnización o reparación por daño alguno sufrido por la víctima, sino ante un instrumento preventivo sancionador, que ha elegido como destinatario a la víctima, con la sola finalidad de fomentar la denuncia de prácticas lesivas del orden económico integral. Es que al conocer el consumidor que su reclamo de escaso monto puede recibir además un plus producto de la sanción al obrar violatorio de todo el ordenamiento económico (por cuanto el mismo distorsiona las reglas del mercado, perjudicando a los competidores ajustados a la ley), éste tendrá mayor interés en iniciar el arduo camino de un proceso judicial, y ante el incremento de los reclamos, las empresas que actúan como la aquí demandada descubrirán que el negocio de lesionar los derechos de sus clientes deja de ser rentable para convertirse en deficitario, y en consecuencia, comenzarán a resolver los inconvenientes directamente en su propia sede, descargando de esa manera el costo de gestión de conflictos que hoy trasladan masivamente al Estado a través de sus oficinas de Defensa del Consumidor (conf. ALVAREZ, LARRONDO, F.M., "Los daños punitivos y su paulatina y exitosa consolidación", La Ley, 29/11/2010).

Tampoco debe tratarse de una suma superior a la necesaria para generar incentivos suficientes que disuadan al infractor de incurrir en conductas análogas, porque si bien el daño punitivo es una sanción, su finalidad es

estrictamente preventiva y, por ende, resultaría excesiva una cantidad mayor (conf. Cám.Civ.Com. 1ª., Sala II, B.Blanca, 28/08/2014, cit.).

En la tarea de la cuantificación de la condena, valoro la reprochabilidad de la conducta asumida por la empresa que ya he descripto supra, su indiferencia frente al reclamo, más su reticencia de toda índole que obligó al accionante a realizar tramitaciones extrajudiciales, administrativas y judiciales para obtener el reconocimiento y reparación de los daños. Teniendo en cuenta todos esos factores he de concluir que en modo alguno encuentro que el monto fijado por la Sra. Magistrada a quo no resulte justo, adecuado y razonable para la función que debe cumplir la multa civil aplicada a la parte demandada y de allí que corresponda rechazar los agravios expuestos por la recurrente.

2 – <u>Conclusión</u>

Analizados los agravios de la recurrente es procedente concluir que corresponde rechazar los mismos y confirmar la decisión dictada en la anterior Instancia en todo lo que ha sido materia del recurso tratado. Es mi voto.

3 – <u>Costas de la Alzada</u>

Las costas de la Alzada se imponen a la recurrente que resulta vencida en el recurso (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de su letrado apoderado, Dr. O. D. V. y los de su patrocinante, Dr. M. O. G., en conjunto, en el 25% del importe que les corresponda por su labor en primera Intancia y los del Dr. F. L., apoderado de la parte actora, en el 30% de los que les correspondan por su labor en primera Instancia, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el I.V.A. de corresponder (arts. 5, 9, 13, 38 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi vota por la **AFIRMATIVA**.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe, dijo:

1.

Corresponde ingresar al tratamiento de los agravios formulados por T. d. A. S.A.

a) En el primer aspecto de la queja insistirá con vehemencia que tratándose del incumplimiento de obligaciones nacidas de un contrato, la admisión del daño moral debe ser evaluada con criterio restrictivo, requiriéndose una clara demostración del perjuicio.

Llega firme a esta instancia y por no haber sido una cuestión sujeta al contradictorio, que el Sr. J. H. M. y T. d. A. S.A. se encontraron vinculados por un contrato de servicio de telefonía domiciliaria, como que el actor solicitó la baja el día 24 de septiembre de 2009. Se señaló en la sentencia que la demandada admitió a fs. 53 que el actor no adeudaba suma alguna como consecuencia del servicio prestado.

De modo tal que el vínculo contractual que existió entre las partes, en rigor, estaba fenecido al tiempo de los sucesivos reclamos destinados al cobro de la factura por $ 118,09 y que había sido saldada oportunamente por el actor, en forma previa a la baja del servicio de telefonía domiciliaria. Reclamos por cierto debidamente acreditados en el expediente y que llegan firmes a esta instancia.

De lo expuesto se sigue, que resulta manifiesto que lo aquí reclamado son los daños derivados de una intimación falsa o contraria a derecho (por inexistencia de deuda) por lo que no se aplican las reglas relativas a los daños derivados de un incumplimiento contractual y, en esta circunstancia,

la mortificación y las incomodidades deberán ser resarcidas por resultar manifiestamente injustas sobre la base de lo dispuesto en los arts. 1068, 1078 y 1109 del CC, esto es en tanto provienen de una infracción al deber genérico de no dañar.

El daño moral, en el caso de la responsabilidad extracontractual, no requiere de una prueba directa de su existencia y entidad, ya que se manifiesta *in re ipsa*, es decir a partir de una determinada situación objetiva, ésta permite inducir un menoscabo en las afecciones legítimas de la víctima. Para ello, no se necesita de un profesional en la materia, para comprobar los sufrimientos que un determinado hecho pueden provocar en la víctima

Por su lado, no puede obviarse que el caso de autos quedó comprendido en una relación de consumo, por lo que no puede quedar al margen de los principios que informan todo el régimen consumeril (ley 24.240 y su reforma por ley 26.361). El art. 42 de la CN refiere así a todas las circunstancias que rodean, se refieren o constituyen un antecedente, o son una consecuencia de la actividad encaminada a satisfacer la demanda de bienes y servicios para destino final de consumidores y usuarios" (Rinessi Antonio Juan, " Relación de Consumo y Derechos del Consumidor", Astrea, pág. 23; Farina Juan M., "Relación de Consumo" (a propósito del art. 42 de la Constitución Nacional), JA-1995-I-887).

Lo dicho reviste importancia por cuanto el origen del deber de reparar no está dado por el incumplimiento de un contrato, sino de una situación más compleja como es violar los deberes resultantes de la relación de consumo. Expresa Osvaldo Alfredo Gozaíni que se "debe dispensar una tutela especial a la confianza del consumidor, en razón de la complejidad del tráfico que hace exigible la protección responsable del consumidor (art. 42 ley 24240) y la confianza como principio de contenido ético impone a los operadores un inexcusable deber de honrar las expectativas" (CN Com, sala

B, 28/12/2000, "Multidiseño SA y otro c BBV Banco Francés SA" Lexis Nº 1/500051, íd, 12/9/2000, "Derderián Carlos c/Citibank NA" JA 2003-II-450; íd, 1/4/2003, "Cova Rodolfo J c/Banco Caja de Ahorro SA" JA 2003/III/819 en GOZAINI Osvaldo Alfredo; "Protección Procesal del Usuario y Consumidor" Rubinzal, pág.20).

Dicho lo anterior y toda vez que el daño moral resulta ". . .una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial. . ." (Cfr: PIZARRO, Ramón Daniel, Daño Moral, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p.43), soy del criterio que el mismo ha sido eficazmente probado y no encuentro en el agravio, ningún elemento de convicción que me disuada de su procedencia.

Basta el trajín al que se ha visto sometido el actor, del cual la iniciación de la presente causa es la prueba más elocuente como la conducta procesal asumida por la demandada, que ha sido bien valorada por la magistrada de grado, para persuadirme de su procedencia.

Del evidente malestar que generó el reclamo injusto a la impotencia frente a la no solución del problema por los caminos correctos y acorde a los derechos de todo consumidor surge la vinculación causal para admitir el reclamo.

En ese derrotero T. d. A. S.A. no cumplió con su deber de información (art. 4 de la ley 24.240) ni el deber de garantizar condiciones de atención y trato digno a los consumidores (art 8 bis) ni el deber de obrar de buena fe (obligación accesoria, art. 1198 C.C) que pesa sobre la empresa sino que burocratizó el trámite por más de dos años, sin darle la atención merecida a su reclamo, la hizo soportar todas las instancias de una gestión extrajudicial de cobro plagada de amenazas de suspensión de servicios (por cierto inexistentes), de demandas judiciales ya preparadas, la de inclusión errónea e injustificada en los registros de las entidades de riesgo crediticios para la

que basta una comunicación de la demandada. Lo expuesto ha sido causa suficiente para una modificación disvaliosa en el espíritu que excede las meras molestias alegadas por la parte, proyectando sus efectos al plano de las afecciones, configurando el daño moral.

La empresa ha vulnerado los deberes que pesan a su cargo conforme lo prescribe la ley 24.240 y que pudieron ser salvados con una mínima diligencia.

Todas las circunstancias apuntadas, aptas para provocar angustias, padecimientos y dificultades espirituales han sido consideradas en la sentencia de grado para viabilizar el reclamo del daño moral infringido y no encuentro en el agravio ninguna crítica razonada del que pueda inferir más que, por tratarse de un incumplimiento contractual, el daño moral requiere prueba fehaciente.

Aún en su postura, debió mostrar que no operaban en el caso los presupuestos genéricos para cualquier resarcimiento. "*Un hecho ilícito no deja de ser tal, no modifica su naturaleza, por la mera circunstancia de producirse dentro de una obligación preexistente que resulta incumplida, o fuera de ella. En uno y otro supuesto, el menoscabo espiritual derivado de la lesión a un interés no patrimonial puede ocasionarse y merecer la misma reacción del ordenamiento jurídico, orientada a restablecer el equilibrio alterado mediante el respectivo resarcimiento*" (Pizarro Ramón Daño moral. Ed. Hammurabi, 2004 pág. 165 y sgtes).

En definitiva, acreditado el perjuicio en la esfera extrapatrimonial del actor, el recurso en el punto debe desestimarse.

Resta ocuparme de la crítica a la cuantificación del daño.

Más allá de las dificultades que se presentan para cuestionar el monto que tasa el daño moral, voy a decir que no es suficiente señalar que el mismo es improcedente, exorbitante, subjetivo, arbitrario, carente de todo sustento, que excede los criterios de prudencia en materia indemnizatoria y que

configura una confiscación y enriquecimiento sin causa para el reclamante. Todos los calificativos que utiliza para cuestionar en el monto, sin desarrollar argumentos que permitan evidenciarlos, dejan al agravio carente de sostén y en consecuencia en una mera discrepancia con la cuantificación de la magistrada.

Sin perjuicio de ello, señala en su agravio que las características personales que se vuelcan en la sentencia, no surgen de las actuaciones y que son conocidas por la magistrada por haber sido pares en el ejercicio de la Magistratura.

La referencia a la actuación cumplida por el Dr. Manino como Juez de Cámara, no ha sido para mensurar el perjuicio sino más bien para evidenciar que, el actor, de profesión abogado (lo que para la parte no puede ser una circunstancia desconocida), conocía las implicancias de ser incluido en los datos de las empresas de riesgos crediticias y la dificultad para ser luego excluido.

A lo ya dicho respecto de la utilización de interrogantes para criticar un fallo y que no resulta de buena técnica recursiva, agregaré que nada aporta a su queja tildar de subjetivo el fallo, pues para determinar el monto, sujeto al prudente arbitrio judicial, son las condiciones personales de la víctima las que serán consideradas en el caso concreto y conforme el menoscabo sufrido. El juez ha de considerar objetivamente cuál pudo ser el estado de ánimo de una persona común colocada en las mismas circunstancias concretas en las que halló la víctima del hecho lesivo. De lo contrario, sería imposible cualquier valoración en la práctica, pues tampoco ningún juez puede haber experimentado todos los desmedros espirituales susceptibles de afectar a las personas.

En definitiva, no logra en su agravio revertir las consideraciones de la magistrada, más bien desatiende en su queja, la actitud remisa, apática y desprovista de toda consideración hacia el consumidor que asumió a lo

largo de todo el reclamo extrajudicial y administrativo que debió llegar a la instancia judicial, para procurar un reconocimiento a su derecho.

Es por ello que, admitido el daño moral y su gravedad, los cuestionamientos formulados, no tienen entidad para conmover el monto otorgado para resarcir el daño moral, por lo que debe desestimarse esta parcela del agravio.

b) Corresponde abordar al agravio que refiere al reconocimiento de la multa civil y su cuantía.

En primer lugar, he de referir que la crítica al rechazo del planteo de inconstitucionalidad, no reúne los requisitos que le impone el art. 268 del CPCC.

Luego y en tanto la naturaleza jurídica ya me expedí en autos "S., M. C/T. D. A. S.A S/ SUMARISIMO" por lo que vale reiterarlo en el caso *"El marco normativo en materia de defensa del consumidor contiene las tres funciones del denominado derecho de daños: prevención, reparación y punición. (cfme. Conclusiones XII Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal y Laboral. Junín Com. N° 1. Octubre/09) Así es que dentro de su función punitiva, incorpora la figura del "daño punitivo" en su art. 52 bis .No me resulta ajena la discusión planteada en doctrina y jurisprudencia respecto de la recepción en nuestro derecho positivo de los daños punitivos y bastaría remitirme a las posturas que se reflejan en la obra "Ley de Defensa del Consumidor "Comentada y Anotada. Directores Vázquez Ferreyra -Picasso, T 1 págs. 593/ 641. Ed. La Ley, Bs. As., 2009. En ese contexto, los daños punitivos resultan ser aquella sanción-consistente en sumas de dinero- que los jueces condenan a pagar a quien ha incurrido en una grave conducta, que, a su vez, le ha reportado beneficios económicos. En este sentido, procede básicamente en casos de particular gravedad, que denotan -por parte del dañador- una gran indiferencia o menosprecio por los derechos individuales o de incidencia colectiva, abuso de posición dominante y también en los casos de ilícitos lucrativos. Queda claro que la finalidad que se persigue con este*

tipo de sanción no es sólo castigar aquel grave proceder, sino también prevenir, disuadir -ante el temor que provoca la multa- la reiteración de hechos similares en un futuro, teniendo como objetivo el afianzamiento de la protección de los derechos del consumidor, en un ámbito de razonable ponderación de los intereses individuales y colectivos comprometidos. La aplicación de la sanción punitiva es una facultad de los jueces. Así lo dice el art. 52 bis que en su parte pertinente expresa: "El juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor..., lo que denota la potestad del magistrado al momento de la configuración de los requisitos o presupuestos del instituto en análisis, la que graduará "en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso". En principio, la "gravedad del hecho" se relaciona directamente con el juicio de reprochabilidad al agente dañador: una grave indiferencia, una violación consciente y deliberada a los estándares de seguridad, graves omisiones al deber de información; en cuanto a las demás circunstancias del caso, se admite que integran la valoración, entre otros factores la solvencia del proveedor, la cuantía del beneficio obtenido, la reincidencia. Por su lado, y frente al texto literal de la norma, la doctrina ha ido reinterpretando su alcance, poniendo bajo la responsabilidad de los magistrados su aplicación prudente y racional, atendiendo a los principios informadores del derecho privado y con resguardo estricto de los derechos constitucionales." (CAPM SDC N° 22/11).

Por su lado considero justificada la pretensión del actor en cuanto a la imposición de una multa que tenga el efecto de prevenir daños, disuadiendo conductas ilícitas, antijurídicas, futuras.

Si bien, no puede hablarse de malicia, ni fraude, considero que ha existido una negligencia culpable que demuestra indiferencia por los intereses ajenos. Esta conducta se ha manifestado asimismo en la actitud procesal de negar todas las secuencias de reclamos sin dar satisfacción alguna al actora, en cuanto a explicar la causa de las infracciones ya individualizadas (información, trato digno y equitativo), demostrando total indiferencia por las consecuencias de una conducta que a todas luces aparece como

negligente o desaprensiva y reñida con las claras disposiciones legales de protección a los derechos del consumidor. Por lo que el agravio sobre la procedencia de la multa civil debe desestimarse.

Una vez determinada la procedencia de la aplicación de la misma, debo ingresar a la crítica respecto de la determinación del monto sentenciado.

Ha señalado la demandada que el mismo responde a fundamentos subjetivos, caprichosos y arbitrarios y debo señalar que la crítica roza el límite de la deserción.

Es importante dejar establecido, en este punto, que la indemnización por "daños punitivos "se justifica en el carácter de la conducta desplegada por la demandada y no en el daño inferido a la parte actora.

Respecto de la graduación se ha entendido que depende de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, en referencia a la posición del dañador en el mercado, la cuantía del beneficio que hubiere obtenido con su accionar, el grado de intencionalidad, gravedad del riesgo, conducta reincidente y generalización de la falta. La ley no establece criterios a seguir en lo que respecta a la relación que deba existir entre condena indemnizatoria o compensatoria y la punitiva y el único límite que la ley le ha puesto es el valor de la infracción del art. 47, inc. b), que se fija en $ 5.000.000.

Señala la apelante que en el escueto desarrollo sobre el daño punitivo la magistrada omitió considerar el recaudo de gravedad de la conducta de su representada, sin embargo surge de la sentencia que ello ha sido debidamente mensurado, describiendo a lo largo de la sentencia cuales han sido las conductas antijurídicas reprochadas a la empresa y ello como a lo largo de todo este proceso ha sido una constante.

No existe una línea, más que para las innumerables negativas que formuló al contestar la demanda, que permitan conocer cuál ha sido, a criterio de la prestataria monopólica en la zona del servicio de telefonía fija, la versión de

los hechos. No ha logrado revertir la actitud pasiva frente un reclamo que termina asumiendo ha sido injusto desde que el Sr. M. nada le adeudaba, no ha logrado explicar porque la deuda inexistente fue derivada al cobro extrajudicial y que ello desencadenó un sinfín de reclamaciones que sin razón alguna, derivaron en un menoscabo en la esfera extrapatrimonial del Sr. M.

Analizado el monto de condena para la multa civil, atendiendo a las circunstancias del caso y sin perder de vista que esta que esta sanción cumple -como ya he señalado- una función, además de sancionatoria, disuasiva y ejemplificadora a futuro para la parte y frente a otros productores de bienes o servicios, considerando la situación patrimonial y monopólica de la demandada y el precedente de esta Cámara ya individualizado, soy del criterio que la suma de $ 60.000 es ajustada a derecho y a las constancias de esta causa.

Concluyo el tratamiento de los agravios de la parte demandada, expidiéndome por su rechazo.

2.

Las costas en la Alzada deberán imponerse a la recurrente vencida en el recurso (art. 69 CPCC).

En cuanto a los honorarios de los letrados que intervinieron en esta sede, conforme mérito extensión y resultado obtenido propongo se establezcan sobre los montos que resulten determinados en la instancia de grado, para los letrados O.V. y M. G., en conjunto y proporción de ley en el 25 % y para el Ab. F. L. en el 30%, sin perjuicio de los mínimos legales y con más el IVA si correspondiera (arts. 5,7, 8, 9 y 13 de la ley arancelaria).

Voto por la **AFIRMATIVA**

A LA TERCERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

El Dr. Francisco Laurita, apoderado de la parte actora, ha interpuesto recurso de apelación por considerar "bajos" los honorarios que les fueran regulados en la sentencia recurrida.

Analizando el monto del proceso, la naturaleza del mismo, el resultado obtenido y el mérito de la labor profesional desarrollada por el recurrente, considero que el porcentual fijado para regular sus honorarios por la labor cumplida en la anterior Instancia debe ser elevado y fijarse en el 19% del monto que arroje la liquidación final a practicarse en autos conforme las pautas fijadas en la sentencia dictada en la Instancia originaria, sin perjuicio de lo normado por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el I.V.A. de corresponder (arts. 5, 6, 18, 38, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

A LA TERCERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi vota por la **NEGATIVA.**

A LA TERCERA CUESTIÓN, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo:

A fs. 169 apela el Ab. F. L. sus honorarios por considerarlos bajos.

Para fijar los honorarios la señora jueza ha tenido en cuenta el conjunto de pautas expresamente previstas en el régimen arancelario y que puede ser evaluadas por los jueces con un razonable margen de discrecionalidad, entre las que se encuentran la naturaleza y complejidad del asunto, el mérito de la causa, la calidad, eficacia y extensión del trabajo, entre otros aspectos, por lo que realizados los cálculos pertinentes debe concluirse que el porcentaje establecido para el apoderado del actor no refleja la importancia y extensión de los trabajos cumplidos por el profesional, por lo

que cabe reajustarlos en el 19 % del monto que resulte, sin perjuicio de los mínimos legales y con más el IVA si correspondiere.
Voto A esta cuestión por la **NEGATIVA**

A LA CUARTA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

De ser compartidos mis fundamentos por los colegas integrantes de este Cuerpo, el pronunciamiento que corresponde dictar sería el siguiente:

Primero: DECLARAR DESIERTO el recurso de apelación concedido a la parte actora (arts. 268, 269 CPCC).
Segundo: CONFIRMAR la sentencia dictada a fs. 156/164 vta. en todo lo que ha sido materia de agravios.
Tercero: IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA de la siguiente forma:
a) por el recurso interpuesto por la parte demandada: se imponen a la recurrente que resultara vencida en el mismo (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de su letrado apoderado, Dr. O. D. V. y los de su patrocinante, Dr. M. O. G., en conjunto, en el 25% del importe que les corresponda por su labor en primera Intancia y los del Dr. F. L., apoderado de la parte actora, en el 30% de los que les correspondan por su labor en primera Instancia, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el I.V.A. de corresponder (arts. 5, 9, 13, 38 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.; y **b) por el recurso interpuesto por la parte actora:** se le imponen a la recurrente que resultara vencida en el mismo (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios del letrado apoderado de la demandada, Dr. O. D. V. y su letrado patrocinante, Dr. M. O. G., en conjunto, en el 28% de los que les correspondan por su labor en primera Instancia y sin regular honorarios al letrado patrocinante de la parte actora

dado que, conforme es criterio uniforme de esta Cámara (SDL N° 03/10), no devenga honorarios el escrito de expresión de agravios que es tenido por insuficiente, considerándose su actividad inoficiosa.

Cuarto: MODIFICAR la regulación de honorarios fijada para el letrado apoderado de la parte actora, Dr. F. L., por la labor desempeñada en primera Instancia, fijándose los mismos en el 19% del monto del proceso, sin perjuicio de lo normado por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el I.V.A. de corresponder (arts. 5, 6, 18, 38, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

Quinto: REGISTRESE, NOTIFIQUESE y oportunamente, **DEVUELVASE.**

A LA CUARTA CUESTIÓN la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe, dijo.

El pronunciamiento que corresponde dictar es el que propone el Dr. Heraldo E. Fiordelisi.

Es mi Voto.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que el Dr. Mario Luis Vivas no emitió opinión por haberse formado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17) pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de octubre de 2014.

En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn pronuncia la siguiente:

S E N T E N C I A

Primero: DECLARAR DESIERTO el recurso de apelación concedido a la parte actora (arts. 268, 269 CPCC).

Segundo: CONFIRMAR la sentencia dictada a fs. 156/164 vta. en todo lo que ha sido materia de agravios.

Tercero: IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA de la siguiente forma: **a) por el recurso interpuesto por la parte demandada:** se imponen a la recurrente que resultara vencida en el mismo (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de su letrado apoderado, Dr. O. D. V. y los de su patrocinante, Dr. M. O. G., en conjunto, en el 25% del importe que les corresponda por su labor en primera Intancia y los del Dr. F. L., apoderado de la parte actora, en el 30% de los que les correspondan por su labor en primera Instancia, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el I.V.A. de corresponder (arts. 5, 9, 13, 38 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.; y **b) por el recurso interpuesto por la parte actora:** se le imponen a la recurrente que resultara vencida en el mismo (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios del letrado apoderado de la demandada, Dr. O. D. V. y su letrado patrocinante, Dr. M. O. G., en conjunto, en el 28% de los que les correspondan por su labor en primera Instancia y sin regular honorarios al letrado patrocinante de la parte actora dado que, conforme es criterio uniforme de esta Cámara (SDL N° 03/10), no devenga honorarios el escrito de expresión de agravios que es tenido por insuficiente, considerándose su actividad inoficiosa.

Cuarto: MODIFICAR la regulación de honorarios fijada para el letrado apoderado de la parte actora, Dr. F. L., por la labor desempeñada en primera Instancia, fijándose los mismos en el 19% del monto del proceso, sin perjuicio de lo normado por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el I.V.A. de corresponder (arts. 5, 6, 18, 38, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

Quinto: REGISTRESE, NOTIFIQUESE y oportunamente, **DEVUELVASE.**

REGISTRADA BAJO EL N° /14 SDC. CONSTE.