------En la ciudad de Esquel, Provincia del Chubut, República Argentina, a los 18 días del mes de noviembre del año dos mil veintiuno, se reúne en Acuerdo la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, bajo la presidencia del Dr. Claudio Alejandro Petris y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara Dres. Günther Enrique Flass y Jorge Luis Früchtenicht, a fin de dictar sentencia definitiva en los presentes autos caratulados: ***"P., C. F. c/ T. M. A. S.A. s/ Acción de Clase"*** (Expte. N°: 103 – Año: 2021 CANO), venidos en apelación a esta Alzada.----------

------Practicado el 27 de octubre de 2021 el sorteo establecido por el art. 271 de C.P.C. y C., correspondió el siguiente orden para la votación: Dres. PETRIS – FLASS – FRÜCHTENICHT.----------

------Acto seguido se procedió a plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es justa la sentencia apelada de fecha 23 de abril de 2021? y **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.----------

------A la PRIMERA CUESTIÓN, el Dr. PETRIS, dijo:----------

------Nuevamente estos autos a conocimiento del Tribunal esta vez con motivo de los recursos que las partes interpusieron contra la sentencia definitiva dictada en la causa.----------

------La sentencia hizo lugar al daño punitivo contra T. M. A. S.A. y la condenó a abonar como multa la suma de Pesos Mil quinientos ($1.500) a los clientes que ha identificado como con tarjeta o prepago y Pesos Tres mil ($3.000) en aquellos clientes con abono o post pago, de la ciudad de Esquel, con más los intereses a la tasa activa del B. del C. S.A. que se calcularán desde el 1 de junio de 2013 y hasta su efectivo pago. Impuso costas a la demandada y reguló honorarios profesionales.----------

------No hizo lugar al daño patrimonial ni al daño moral homogéneo reclamado por el actor.----------

------La actora expresó agravios ID 304141 el 11 de mayo de 2021 agraviándose porque el juez a quo no hizo lugar a la reparación integral pedida. Desarrolla la queja diciendo que esa parte ha requerido como indemnización para ella y el resto de los consumidores miembros de la clase una reparación integral en los términos del art. 54 de la Ley de Defensa del Consumidor y no daño patrimonial o moral disgregados como los valoró el "a quo".----------

------Que entiende que el daño en cuestión de cada usuario será distinto en

virtud de la afección que el incumplimiento de la demandada le haya ocasionado que no se puede establecer por la naturaleza de la presente acción pero no es menos cierto que hay un piso mínimo básico, inquebrantable y homogéneo que debe ser fijado para todos los usuarios.----------

------Que en su oportunidad fueron mensurados bajo 2 parámetros. Resolución N°: 824/2012 y Carta Documento. Hace cálculos. Cita jurisprudencia. Pide se cuantifique la misma en $300 por cada mes en que el servicio se prestó de manera deficiente (3 meses) para el apelante y extensivo para cada uno de los miembros de la clase con más los intereses desde la fecha en que los hechos se produjeron.----------

------El segundo agravio es que el juez de origen discrimina entre los clientes con tarjeta o prepago y los clientes con abono o post pago a los efectos de cuantificar la multa por daño punitivo otorgada.----------

------Manifiesta que el daño punitivo debe ser igual para todos los miembros de la clase sin distinción de si los mismos tenían contratado el servicio de telefonía celular con abono o mediante tarjeta prepaga ya que todos sufrieron la conducta temeraria y la desidia de la demandada y en definitiva todos los miembros de la clase tuvieron un uso inadecuado del servicio oneroso contratado.----------

------Desarrolla el daño punitivo, cita jurisprudencia. Pide que el monto sea igual y homogéneo para todos los miembros de la clase, unificando sin discriminar la forma de contratación del servicio, debiendo elevarse a $3000 para todos los clientes consumidores.----------

------Efectúa cálculos.----------

------La demandada expresó agravios el 11 de mayo de 2021 ID 304319, siendo el primer agravio el tratamiento dado por el sentenciante a la defensa de falta de legitimación activa interpuesta achacándole al fallo su falta de tratamiento con el debido rigor y haciendo caso omiso a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.----------

------Desarrolla la queja con cita del fallo Halabi, resalta que es contradictoria la sentencia en tanto que por un lado reconoce la legitimación del actor frente a derechos individuales homogéneos pero no en cuanto a la pretensión principal que rechaza el daño patrimonial y moral por entender que son de carácter individual y que requieren del análisis detallado de circunstancias especiales y particulares del caso concreto para la

determinación precisa del monto a reintegrar en el caso puntal.----------
------Se detiene en los requisitos de procedencia de la acción de clase, dice que la sentencia es arbitraria y con fundamentación aparente e insuficiente para rechazar la defensa de marras.----------
------El segundo agravio lo centra en que la sentencia efectúa una errónea interpretación de las constancias de la causa.----------
------No se tuvo en cuenta el marco normativo aplicable a la accionada ni la incidencia que tuvieron las autoridades locales al momento de aprobar o no las instalaciones de equipamiento.----------
------Dice que el servicio no es infalible, cita el Decreto 764/00, 1461/93 y 266/981, 1185 relativo a las sanciones a los prestadores debiendo verificarse en su caso la existencia de circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito que a criterio del juez no han sido demostrados por el demandado.----------
------Se detiene en las dificultades de la regulación municipal para la instalación de las nuevas antenas y estructuras, que ello surge de las declaraciones testimoniales de J. y G.----------
------Agrega que el único argumento por el que se hizo lugar a la demanda fue la presunta deficiencia en la prestación del servicio que fue exclusivamente imputable a T. M. A. S.A.----------
------El tercer agravio es la improcedencia del daño punitivo, es una pretensión accesoria y solo debe resultar procedente en caso de hacerse lugar a la pretensión principal, cosa que no ocurrió y aun en el supuesto de ser procedente el juez no aportó ningún elemento justificante para la aplicación de la multa.----------
------Reitera arbitrariedad. Reedita el planteo de inconstitucionalidad del art. 52 bis de la Ley de Defensa Consumidor, sostiene que el juez de grado no ha hecho mención alguna sobre los argumentos expuestos por su parte respecto a los principios, garantías y normas del derecho penal afectados por la aplicación de la norma mencionada.----------
------Desarrolla el instituto y se enfoca en la aplicación restrictiva del mismo.----------
------El cuarto agravio es la imposición de costas, teniendo en cuenta que la sentencia dictada en autos admitió parcialmente la demanda. Pide se aplique el art. 72 del C.P.C. y C.----------
------Sustanciados los agravios fueron respondidos por las partes.----------

------A su turno apeló honorarios el Dr. C. F. P. por considerarlos bajos.-----
------El 15 de octubre de 2021 se llama autos para dictar sentencia, providencia firme y consentida por los justiciables, practicado el sorteo de ley, desinsaculado a votar en primer término procedo en este acto a pronunciarme en definitiva bajo las previsiones de los arts. 168 y 169 de la Constitución de la Provincia del Chubut.----------
------Por una cuestión de método de elaboración de sentencia y lógica jurídica voy a tratar las quejas de la accionada en primer término y luego las del actor. Por último los honorarios apelados del Dr. P. por bajos.----------
------**LA LEGITIMACIÓN ACTIVA DEL ACTOR**:----------
------La empresa demandada cuestiona que el juez de origen haya rechazado la defensa de falta de legitimación activa del accionante.----------
------Para así decidir argumentó el sentenciante que el proceso colectivo no tiene estructura legal, y que no fue hasta el fallo Halabi recién cuando se zanjó la cuestión de la legitimación. El actor trajo a conocimiento un hecho único susceptible de ocasionar una lesión a los derechos de una pluralidad de sujetos, la defectuosa prestación de un servicio a cargo de la demandada y que tal conducta se encuentra desplegada en forma análoga a todos los damnificados y los afecta de manera similar, más allá del daño individualmente sufrido.----------
------Pasando por alto tales razonamientos fácticos y jurídicos dice que el juez omitió realizar un profundo análisis que merece la legitimación del actor quien se ha atribuido el derecho de representar a ciertos consumidores.-----
------Pero no demuestra el error sentencial si es que lo hubo.----------
------La meta de la actividad recursiva consiste precisamente en demostrar el desacierto sentencial que se recurre y los motivos que se tienen para considerarle errónea que en el particular nunca logró.----------
------La expresión de agravios, como acto procesal que es, no alcanza con el *"quantum discursivo"*, sino que la *"qualitae"* hace a la esencia de la crítica razonada, por lo tanto, no basta con disentir con el pronunciamiento, pues disentir no es criticar de modo tal que el recurso debe bastarse a sí mismo. En consecuencia, tanto los disensos subjetivos como la exposición retórica de la posibilidad de haberse interpretado las pretensiones o sus defensas de modo distinto al llegado por el *"a quo"*, si bien constituyen características propias del debate dialéctico, no lo son de la impugnación judicial que se

pretende.----------
------Discutir el criterio de valoración judicial, o pretender introducir lo que no dice la sentencia o debiera haber dicho, sin apoyar o dar base a un enfoque distinto, no es expresar agravios.----------
------Las acciones colectivas son una forma independiente de proceso judicial que representan la vía idónea hasta el momento para hacer efectiva la tutela de derechos que afectan a una pluralidad o colectivo de personas.--
------La posibilidad de que se accione colectivamente en defensa de los derechos de consumidores y usuario, surge expresamente de los arts. 54 y 55 de la Ley de Defensa del Consumidor.----------
------El Capítulo XIII de las Acciones de la Ley de Defensa del Consumidor comprende las normas del proceso (art. 53) y las acciones de incidencia colectiva (art, 54), las acciones judiciales (art. 52), del daño punitivo (art. 52 bis).----------
------Y a ello se agrega que reconocen un fundamento constitucional basado en los arts. 42 y 43 de la Constitución Nacional y 33 y 54 de la Constitución de la Provincia del Chubut.----------
------Es decir que la acción entablada bajo estudio tiene reconocimiento constitucional y regulación expresa por parte de la Ley 24.240 y sus modificaciones.----------
------En la actualidad la discusión que pretende la demandada ha quedado superada. Hoy es incuestionable que a partir de la legitimación potente que confiere el art. 43 de la Constitución Nacional la acción de clase es posible como un subtipo de acción colectiva y la propia manda constitucional tiene una vocación amplia “Toda persona…” que descarta toda pretensión de crear algún privilegio o elite de presentantes.----------
------No se encuentra razón relevante de por qué restringir la posibilidad de entablar una acción de este tipo al representante presentado en la demanda (fs. 1463/1477 y vta.).----------
------Es que fue la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación la que reconoció la existencia de los intereses individuales homogéneos (Halabi 2009).----------
------El actor peticionó que para el supuesto que sea recepcionada la demanda favorablemente la condena sea extendida a todos los usuarios que conforman la clase.----------

------No tengo dudas entonces que al reconocerse la existencia de los derechos individuales homogéneos como una especie de los derechos de incidencia colectiva reconocidos por el art. 43 de la Constitución Nacional y siguiendo la doctrina de Halabi la necesidad de que la lesión o amenaza tenga un origen común, habilita la legitimación que diera cuenta la demanda.----------Siendo ello así la legitimación individual que todo interesado posee para remediar su propia lesión personal convive con la legitimación colectiva y el ordenamiento reconoce a los afectados para proveer a la defensa del grupo abarcado por el hecho generador del perjuicio respectivo.----------Es que aun aceptando que debe ser demostrada la afectación, no parece razonable la exigencia de un daño distintivo o diferenciado en la medida en que ella pueda implicar, en realidad, un medio para desconocer la legitimación en supuestos en que el daño es padecido por un importante número de personas, o cuando la acción es ejercida –aunque por derecho propio- en defensa de intereses de otro o en defensa de la legalidad en ejercicio del mandato constitucional.----------Debe tenerse en cuenta al respecto que cuando el perjuicio es compartido por un conjunto de sujetos indeterminados no deja por ello de afectar a cada sujeto particular. También es afectado quien justamente con muchos otros padece un perjuicio compartido, como cotitular de un interés común.----------Por lo tanto alcanza a todos aquellos sujetos que acrediten un daño diferenciado pero no diferenciado del resto de los miembros afectados (cotitular del derecho colectivo) sino que diferenciado del resto de la sociedad, ya que el perjuicio al tratarse de un derecho colectivo no es personal o excluyente.----------El primer agravio se desestima. Así lo VOTO YO.----------El segundo agravio no ha de seguir mejor suerte.----------

------**ERRÓNEA INTERPRETACIÓN DE LAS CONSTANCIAS DE LA CAUSA:**----------

------Se limita a citar decretos y normas que hacen a las pautas de los prestadores del servicio de comunicaciones y al cumplimiento de metas de calidad y eficiencia definidas por la autoridad de aplicación que nada tienen que ver con la protección del usuario en el marco legal que está encima de esas normas. Esto es la Ley de Defensa del Consumidor y el art. 43 de la Constitución Nacional y 33 y 54 de la Constitución de la Provincia del Chubut.----------

------No se trata aquí de penalizar o no las deficiencias o interrupciones del servicio que dice no penalizables por amparo de ese marco normativo.-------

------Son cosas distintas.----------

------El régimen de sanciones administrativas de los órganos de contralor por un lado y por otro la tutela del consumidor amparado constitucionalmente.-

------A su vez ya hemos dicho en tornos a la prueba que los jueces no se encuentran obligados a tener que analizar todas y cada una de las pruebas colectadas en autos, sino solo aquellas que a su criterio y máximas de la experiencia resultan conducentes para la dilucidación de la causa, ni tampoco seguir el orden que le impone el justiciable. El Juez es soberano en el análisis que realice sobre la base de los hechos traídos a su conocimiento y material probatorio recolectado en el expediente (doctrina art. 390 del CPCC, esta Cámara S.D. N° 30/10, 54/10, 31/11, 54/12 entre otras).----------

------Trasladar el problema al municipio por el tendido de cables o antenas o instalación de radiobase, sin perjuicio de las autonomías municipales y ordenanzas al respecto, tampoco son justificativas para enervar la protección del usuario y la responsabilidad que pesa sobre la prestataria del servicio oneroso.----------

------Tampoco se hizo cargo el quejoso de las razones argumentativas del juez de origen respecto a la prueba informativa no impugnada estableciendo la Defensoría del Pueblo de la Provincia del Chubut acerca de los reclamos recibidos contra M. entre los meses de marzo/abril y mayo de 2013 (fs. 2062). Ni de los reclamos efectuados ante la Comisión Nacional de Comunicaciones de donde surgen las compensaciones efectuadas y los reclamos por deficiencia en el primer trimestre del año 2013.----------

------Circunstancias estas que atenta contra la teoría de los actos propios (art.

1067 del Código Civil y Comercial de la Nación).----------
------Imprime otra versión acerca de la prueba que no se condice con la realidad reflejada.----------
------La segunda queja se rechaza. Así lo VOTO.----------
------DAÑOS PUNITIVOS:----------
------La tercera queja se refiere al acogimiento de los daños punitivos.--------
------Los daños punitivos no son accesorios formaron parte de los distintos rubros reclamados y tuvieron acogida favorable. Fueron pedido en la demanda (fs. 1463/1477 y vta.). Son autónomos no accesorios e independientes de otras indemnizaciones que correspondan.----------
------Podrá discutirse la naturaleza jurídica, el concepto, etc. pero están previstos en el art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor con base constitucional y el juez rechazó la inconstitucionalidad planteada porque consideró justamente que se aseguró con la manda legal el marco protectorio de la Constitución de la Nación, de la Provincia del Chubut y de la ley consumeril (fs. 3261 aparado tercero).----------
------Y ello es así porque en el derecho del consumidor se explica por la función de tutela que la Ley Especial 24.240 atribuye al Estado, a los efectos de disuadir a las empresas proveedoras de servicios de incurrir en conductas reiteradas en el tiempo y lesionen a los bienes jurídicos protegidos por la Ley de Defensa del Consumidor.----------
------Hoy se entiende por daños punitivos el mecanismo por el cual se condena a pagar una indemnización que busca reparar la violación a los derechos constitucionales de los ciudadanos, ocasionada ya sea por funcionarios del gobierno o por los particulares. Son las sumas de dinero que los tribunales exigen pagar con el fin no de indemnización compensatoria, sino como una sanción con fines ejemplarizantes (cf. Rinessi, Antonio J. y Rey de Rinessi, Rosa, “Naturaleza jurídica del daño punitivo”. RDD, 2011-2 “Daño Punitivo”, p. 117).----------
------Las notas tipificantes según el art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor son las siguientes: se trata de una condenación que es distinta y diferente del resarcimiento del daño; por eso se la vincula con las funciones de prevención y punición de la responsabilidad civil; su finalidad esencial es prevenir y punir graves inconductas del dañador; son de origen legal, por lo que se requiere de norma expresa que los regule; la determinación del destino

es un aspecto librado esencialmente al arbitrio legislativo.----------
------Y en ese orden de ideas el juez sentenciante y tras efectuar un estudio del instituto, su finalidad, interpretación, etc. arribó a la conclusión no impugnada por la crítica concreta y que por ende arriba firme a la Alzada por ausencia de impugnación que la propia demandada efectuó compensaciones a algunos de sus clientes, que ello surge de los informes de Defensa del Consumidor de la Municipalidad de Esquel en el período del primer semestre del año 2013 y que con esta multa se compensan tanto esos reclamos como los no formulados. Circunstancias que entre otras –mal funcionamiento del servicio- dieron motivo a la aplicación del instituto.----------
------Es que los daños punitivos resultan aplicables en el ámbito de las relaciones de consumo a través del art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor reformada por la Ley 26.361, y el art. 1714 del Código Civil y Comercial de la Nación quedó redactado así: “Punición excesiva. Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarla a los fines de fijar prudencialmente su monto”.----------
------El art. 52 bis dice que se pueden imponer daños punitivos al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor. La norma tiene un indudable acierto que es la mención de obligaciones legales para terminar de despejar las dudas sobre si la responsabilidad por daño punitivo es contractual o legal (López, 2008:365).----------
------De igual modo se explayó el Dr. Trigo Represas, al señalar que el problema –se refiere al art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor- radica en que la norma sanciona lisa y llanamente “Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor”, sin exigir ningún requisito.----------
------A su vez el art. 47 inc. b de la Ley de Defensa del Consumidor dice ”Verificada la existencia de la infracción, quienes la hayan cometido serán pasibles de las siguientes sanciones, las que se podrán aplicar independiente o conjuntamente, según resulte de las circunstancias del caso: a) Apercibimiento. b) Multa de PESOS CIEN ($ 100) a PESOS CINCO MILLONES ($ 5.000.000). c) Decomiso de las mercaderías y productos objeto de la infracción. d) Clausura del establecimiento o suspensión del servicio afectado por un plazo de hasta TREINTA (30) días. e) Suspensión de

hasta CINCO (5) años en los registros de proveedores que posibilitan contratar con el Estado. f) La pérdida de concesiones, privilegios, regímenes impositivos o crediticios especiales de que gozare. En todos los casos, el infractor publicará o la autoridad de aplicación podrá publicar a costa del infractor, conforme el criterio por ésta indicado, la resolución condenatoria o una síntesis de los hechos que la originaron, el tipo de infracción cometida y la sanción aplicada, en un diario de gran circulación en el lugar donde aquélla se cometió y que la autoridad de aplicación indique. En caso que el infractor desarrolle la actividad por la que fue sancionado en más de una jurisdicción, la autoridad de aplicación podrá ordenar que la publicación se realice en un diario de gran circulación en el país y en uno de cada jurisdicción donde aquél actuare. Cuando la pena aplicada fuere de apercibimiento, la autoridad de aplicación podrá dispensar su publicación. El CINCUENTA POR CIENTO (50%) del monto percibido en concepto de multas y otras penalidades impuestas por la autoridad de aplicación conforme el presente artículo será asignado a un fondo especial destinado a cumplir con los fines del Capítulo XVI —EDUCACION AL CONSUMIDOR— de la presente ley y demás actividades que se realicen para la ejecución de políticas de consumo, conforme lo previsto en el artículo 43, inciso a) de la misma. El fondo será administrado por la autoridad nacional de aplicación.----------

------Estas conclusiones echan por tierra las justificaciones intentadas de T. M. A. S.A., demuestran la deficiencia del servicio en el período denunciado y la responsabilidad que le cupo a la accionada en la relación de consumo habida e incurrían en contradicción con sus propios actos anteriores.---------

------No se advierte contradicción alguna en la sentencia por no haber otorgado indemnización por daño patrimonial y moral siendo el fundamento para su rechazo que se tratan de daños individuales y únicos no homogéneo o que puedan cubrir a toda la clase pretendida por el representante, máxime ante el resultado que ha de propiciarse en ese aspecto al tratar los agravios del actor.----------

------La Ley 26.361 se apartó del restrictivo criterio que sostiene que solo debía condenarse a pagar daños punitivos cuando existiera un previo cálculo de que los beneficios a pagar eran superiores al costo de hacer el producto más seguro. La norma sanciona lisa y llanamente al proveedor que no cumpla con el consumidor sin exigir ningún otro requisito (conf.: mi voto en la

sentencia de esta Cámara en autos “J., M. E. c/ N. T. E. J. SRL s/ Sumarísimo” (Expte. N°: 79/14 CANO), Registrada bajo el N°: 43/2014).----------

------Se detectaron deficiencias en el servicio prestado por la accionada, su ocurrencia durante un lapso de tiempo comprendido en el primer semestre del año 2013, hubieron compensaciones efectuadas por la accionada a algunos de los usuarios-clientes que no fueron de significancia (la compensación), circunstancias todas estas verificadas por el juez de origen de la acción de la clase y que no fueron desvirtuados por el apelante, quien se limitó a sostener otro paradigma de los daños punitivos pero no demuestran el error sentencial si es que lo hubo.----------

------Por último no demuestra un enriquecimiento sin causa y si debe tenerse en cuenta la envergadura de la empresa y su caudal económico dado que la propia ley prescribe para su determinación y valía las demás circunstancias del caso (art. 52 bis Ley de Defensa del Consumidor). El daño punitivo es aplicable cuando la conducta del prestador del servicio va más allá del mero incumplimiento contractual tal lo ocurrido en el particular.----------

------Habilitado se encontraba el magistrado para actuar como lo hizo.-------

------El agravio tercero se rechaza también. Así lo VOTO YO.----------

------El agravio referido a las costas y su imposición se tratará a lo último debiendo ahora dar tratamiento a la valía de los daños punitivos y su diferenciación que trajo como queja la actora apelante.----------

------**QUANTUM PUNITIVO**:----------

------Los daños punitivos fueron establecidos en $3.000 y $1.500, diferenciando el juez de grado entre usuarios con abono y sin abono o con tarjeta.----------

------Resulta acertado el distingo y no demuestra el apelante el error sentencial ni discriminación válida alguna para su modificación.----------

------Los clientes con abono mensual deben abonar conceptos obligatorios de las facturas, cargos correspondientes a los servicios contratados por el cliente (abono contratado y packs) y estos conceptos se facturan siempre por adelantado. Se paga un importe fijo todos los meses.----------

Por el contrario, los usuarios sin abono o con tarjeta no.----------

------Por ende no puede ser igual el daño punitivo a quienes se les facturó y cobró por un servicio que se reconoció prestado de manera deficiente o irregular. El art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor suministra 3

directivas básicas: 1) la multa “se graduará en función de la gravedad del hecho”; 2) “y demás circunstancias del caso”; 3) “independientemente de otras indemnizaciones que correspondan”. Hernández y Sozzo explican que la multa debe ser graduada por el juez considerando: “a) La gravedad del hecho; se refiere a la gravedad del perjuicio social producido por el proveedor; b) demás circunstancias del caso; esta pauta es sumamente imprecisa, aunque hay que reconocer que ello también puede actuar como una oportunidad. Particularmente, mediante esta vía podría introducirse como pauta de valoración del daño punitivo la cuestión de beneficio que el proveedor ha obtenido con la conducta punida. Este segundo criterio actúa correctivamente sobre la pauta anterior (gravedad del perjuicio) para los casos en los cuales el daño que se ocasiones al consumidor sea menor que el beneficio obtenido, y en los supuestos de las acciones de clase en los cuales lo realmente relevante es determinar el nivel de ganancias que el proveedor obtiene con la conducta, más allá de cómo se hubiera integrado la clase para demandar; c) con independencia de otras indemnizaciones que se establezcan; es decir, el monto de los daños positivos es autónomo e independiente respecto de las indemnizaciones que fijen” (Hernández, Carlos A. y Sozzo, Gonzalo, “La construcción judicial de los daños punitivos. Antecedentes y funciones de la figura en la Argentina”, Revista de Derecho de Daños, 2011-2, Daño”).----------

------Aparece así que el distingo formulado por el juez de origen es correcto y debe mantenerse.----------

------El agravio de la actora en este aspecto de la valía y diferenciación de los daños punitivos debe rechazarse. Así lo VOTO YO.----------

------**DAÑOS MATERIALES Y MORALES:**----------

------Se agravia el actor porque el juez a quo no hizo lugar a la reparación integral solicitada, sostiene que hay un piso mínimo, básico y homogéneo y que fue pedido de acuerdo al art. 54 de la Ley de Defensa del Consumidor para el actor y para toda la clase representada.----------

------Le asiste la razón al quejoso.----------

------A partir de la reforma introducida por la Ley 26.361 y también del caso “Halabi” desaparece la vieja discusión en torno a la procedencia de las acciones colectivas con contenido patrimonial y queda clara la potestad de los impulsores.----------

------El texto del art. 54 de la Ley de Defensa del Consumidor in fine es claro al respecto y precisa ciertas pautas si la cuestión tiene contenido patrimonial para la determinación del daño.----------

------En cuanto a las modalidades se fijan en la manda legal algunas reglas interpretativas, en razón de las distintas características que pueden presentar los asuntos: a) Se establece como principio general que la reparación a los usuarios y consumidores debe ser integral; b) Para el caso en que el objeto de la acción sea la restitución de sumas de dinero, de proceder la misma se hará por el mismo canal que fue utilizado para su percepción -así en el caso de un concepto debitado incorrectamente de una cuenta, se procederá a acreditar la suma debitada (con más sus intereses) en dicha cuenta-; c) De no ser posible la utilización del mismo medio, el magistrado deberá arbitrar un sistema que permita la reparación (p. ej. mediante la acreditación en otro tipo de cuentas o si no fuera posible, la convocatoria en Internet, radiodifusión, televisión, diarios de mayor circulación a nivel nacional, entre otros); d) En los casos de dificultosa o imposible individualización (p. ej. de usuarios de teléfonos públicos, pasajeros de un determinado servicio, etc.) la resolución judicial deberá establecer el grupo afectado, para que los beneficios puedan retornar de alguna forma a los afectados; e) En el caso de existir daños diferenciados para cada consumidor o usuario (ej.: el corte de un servicio público que no incide por igual a todos los usuarios) se determina que, de ser posible, se conformarán grupos de afectados que se encuentren en condiciones similares y, a su vez, cada usuario podrá promover un incidente para estimar y accionar, vía incidental, por la indemnización particular que le corresponda.----------

------Bajo estos lineamientos no se advierte obstáculo alguno para la procedencia de la indemnización solicitada por los rubros daños materiales y morales que fueron calculados por el representante de la clase en la demanda, consistente en abonar $300 por cada período mensual durante tres meses en que se constató la deficiencia del servicio que prestó la demandada durante el período 1 de marzo de 2013 al 31 de mayo de 2013.--

------A tal fin se acompañaron 1400 planillas de reclamos efectuados.--------

------Para arribar a ese quantum tuvo en cuenta el impulsor la Resolución N°: 824 del año 2012 de la Comisión Nacional de Comunicaciones que ante

un corte masivo en el país fijó un monto de $10 durante el día 2 de abril de 2012, y lo multiplicó por el período denunciado de prestación deficiente.----
------Dicho monto ($300 mensuales) es comprensivo tanto del daño material y moral perdidos.----------
------No se efectuó distingo entre usuarios con abono y sin abono o tarjeta, porque en la citada resolución no se estableció ello y además porque este último aspecto fue relevante a la hora de la determinación del monto a imponer al proveedor en concepto de daño punitivo y no para la determinación del monto total en juego en esta etapa de reparación integral.-
---
------Son cosas distintas.----------
------Siendo ello así aparece razonable los cálculos efectuados por el actor quien tuvo en cuenta los actos propios de las accionada y se determina entonces en $300 por mes (3 meses 1/03/2013 al 31/05/2013) en concepto de reparación integral de daño material y moral.----------
------Así lo VOTO YO.----------
------**IMPOSICIÓN DE LAS COSTAS**:----------
------El cuarto agravio de la demandada es la imposición de las costas a su cargo.----------
------Pide se aplique el art. 72 del C.P.C. y C.----------
------El fallo las aplicó a la demandada vencida con fundamento en el art. 17 de la Ley N°: 84 (fs. 3262).----------
------Teniendo en cuenta el resultado obtenido a la apelación del actor y habiendo prosperado la demanda no cabe otra solución que la aplicación de las costas a la demandada vencida (doctrina art. 69 del C.P.C. y C.).----------
------El cuarto agravio se rechaza. Así lo VOTO YO.----------
------**HONORARIOS DEL DR. C. P.**:----------
------A la apelación interpuesta por el Dr. C. F. P., por derecho propio, contra la regulación de honorarios efectuada a su favor por considerarlos bajos, se queja en concreto el profesional que el sentenciante no tuvo en cuenta el criterio sustentado, en otras oportunidades, por esta Cámara en el presente expediente a los fines de la regulación de honorarios al haber omitido tener en cuenta el monto del proceso.----------
------Entiende el recurrente que el juez a quo debió regular los estipendios profesionales en forma porcentual y no en la forma que lo hizo.----------

------Le asiste razón al apelante en sus fundamentos. El art. 6 de la Ley XIII N°: 4 estipula: *"Los honorarios de los abogados, por su actividad durante la tramitación del asunto o proceso en primera instancia, cuando se trate de sumas de dinero o bienes susceptibles de apreciación pecuniaria, serán fijados entre el ONCE POR CIENTO (11%) y el VEINTE POR CIENTO (20%) del monto del proceso. Los honorarios del abogado de la parte vencida serán fijados entre el SITE POR CIENTO (7%) y el DICISIETE POR CIENTO (17%) del monto del proceso".*----------

------La sentencia estableció un monto por el daño punitivo y se modifica haciéndose lugar a los daños materiales y morales, por lo que teniendo en cuenta el resultado obtenido bajo su asistencia profesional, mérito y extensión de los trabajos, entiendo que los honorarios del Dr. C. F. P. deberán ser modificados conforme las pautas de los arts. 5, 6, y 38, de la ley arancelaria, los mismos se establecerán en el 11% del monto del proceso que se determinará en la etapa procesal oportuna, más el IVA si correspondiere.-

------Costas de Alzada a la demandada en atención al resultado obtenido y por no encontrar mérito alguno para su apartamiento (art. 69 del C.P.C. y C.). Así lo VOTO POR ULTIMO.----------

------A IDÉNTICA CUESTIÓN, el Dr. FLASS, dijo:----------

------El Dr. Petris ha reseñado ya con suficiente detalle los hechos, planteos y pretensiones esgrimidos en la causa y solo resta analizar los agravios expresados.----------

------1. Falta de legitimación activa.----------

------Se queja la recurrente en cuanto se le reconoció legitimación activa a la actora. Insiste en que no estaba legitimada para demandar, pero su queja se limita a dos cuestiones. La primera de ellas es que habría contradicción en reconocerle legitimación para reclamar daños punitivos y, a la vez, negársela para reclamar daños resarcitorios. La segunda es que, a su entender, no se cumplieron los requisitos de caso "Halaby" que, según dice, es la única regulación de las acciones de clases. Específicamente aduce que no hubo un hecho único, pues cualquier interrupción del servicio afectaría a todos por igual (sic) y a la vez sostiene que no es igual la situación de los usuarios prepago que la de los post pagos. Dice que la pretensión actoral no está enfocada a un aspecto colectivo, pues se busca una indemnización. Por último, aduce que hay mecanismos de resolución de conflicto a los que el

actor debería haber recurrido para tener una solución más ágil. Adelantando que ninguna de ellas va a ser resuelta favorablemente en mi voto.----------
------Voy a comenzar diciendo que a la fecha de los hechos que motivaron esta acción ya estaba en vigencia la Ley 26.361 que vino a modificar a la Ley de Defensa el Consumidor. En consecuencia, las acciones de clase que tengan por objeto la defensa de consumidores y usuarios deben seguir las pautas establecidas en el artículo 54 de la LDC. Las conclusiones del caso "Halaby" solo rigen subsidiariamente para aquellas cuestiones no previstas en la ley.-
------Esto deja sin sustento buena parte de la queja. Hay que recordar que en el mismo caso "Halaby" nuestra CSJN dijo que *"no hay en nuestro derecho una ley que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas acciones de clase en el ámbito específico que es objeto de esta litis"* y fue por eso que el máximo tribunal creó de manera pretoriana un proceso especial pero en cuanto se dictó una ley adquirió vigencia, regencia y exigencia el proceso regulado en ella.----------
------Sorprende que el recurrente haya pasado por alto esta cuestión, pues al proveer la demanda el Juez de grado mandó a convocar a los potenciales integrantes de la clase, tal como lo ordena el art. 54 LDC e invocando expresamente dicha norma. Es que la aplicación del procedimiento previsto en dicho artículo ya llega firme a esta alzada y discutir tal cosa deviene extemporáneo.----------
------Concretamente, el caso de marras debe ser decidido exclusivamente conforme a la norma del artículo 54 LDC y no a otro criterio legal ni jurisprudencial que no surja de la ley especial aplicable, sin perjuicio de que el caso "Halaby", por la jerarquía del tribunal del cual emanó, siga sirviendo de guía hermenéutica para las disposiciones de la ley y en cuanto no contradiga el texto expreso de ella. No hay otra solución posible en un sistema republicano de gobierno donde rige la división de poderes.----------
------El artículo 54 LDC permite el reclamo colectivo de indemnizaciones individuales (4to parr.) y es que no hay motivos para excluirlas. Los procesos colectivos surgieron para evitar la proliferación de acciones resarcitorias tan similares que bien podían ser unificadas. Más allá de eso y como ya lo adelanté, el artículo 54 LDC clara y expresamente prevé que se puedan reclamar daños mediante acciones de clase *"Si la cuestión tuviese contenido patrimonial establecerá las pautas para la reparación económica"*. La

claridad de la norma no deja dudas.----------
------Además, la CSJN en el mismo caso “Halaby” (considerando 9°) estableció que se podía instaurar una acción de clases no solo en defensa de un interés difuso sino también de intereses individuales homogéneos y el derecho de cada usuarios de una zona donde el servicio telefónico fue prestado deficientemente, es sin duda, un típico interés individual homogéneo. Es por eso que no amerita la proliferación de causas donde se discutan los mismos elementos de la responsabilidad (antijuridicidad, daño, relación de causalidad y factor de atribución) y solo quede por determinar el daño o la pena individual, cuestiones estas últimas que la ley permite homogeneizar (art. 54 último párrafo Ley 24.240).----------
------Las diferencias que pudieran haber entre usuarios pre pagos y post pagos tampoco es un obstáculo para la procedencia de la acción de clases. El mismo artículo 54 prevé la posibilidad de que dentro de la homogeneidad típica del interés individual hubiera sub clases. Así dice *“Si se trata de daños diferenciados para cada consumidor o usuario, de ser factible se establecerán grupos o clases de cada uno de ellos”*.----------
------Por último, el artículo 54 no exige ni reclamo administrativo previo, ni el intento de vías de conciliación extrajudiciales. En consecuencia la objeción del recurrente a este respecto también resulta improcedente.----------
------También se equivoca el recurrente cuando dice que el daño punitivo solo puede ser subsidiario de una acción resarcitoria común. Tal exigencia no surge del artículo 52 bis. Concretamente, la norma no exige para la procedencia del daño punitivo que previa o simultáneamente haya procedido una demanda de daño resarcitorio. El único requisito establecido es que haya incumplimiento de un deber jurídico o de una obligación y que lo reclame el damnificado de ese incumplimiento o ilícito, independientemente de que, además, reclame otro tipo de resarcimiento.----------
------En síntesis, no existe tal subsidiariedad, se trata de funciones diferentes que tiene la responsabilidad y que hoy están claramente explicadas en el artículo 1710 del Código Civil y Comercial, pero que existían mucho antes de que el codificador las mencione, tal como lo explicaré más abajo.----------
------Es necesario aclarar que una de las causas por las que se crearon los daños punitivos fue para combatir los llamados micro daños al consumidor. Es decir, daños de poca monta individual pero gran envergadura colectiva y

que, en su conjunto, aportan pingües ganancias al trasgresor con la seguridad, además, de que nadie iniciaría una acción individual resarcitoria, pues la poca monta no lo justificaba.----------
------Reitero, los daños punitivos no son accesorios de una acción de resarcitoria común. No obstante ello, conforme la solución que más abajo propondré al Pleno deberá declararse procedente la indemnización de daños resarcitorios. Ello torna abstracta a la queja, al menos en cuanto invoca contradicción. Voto por que se rechace el agravio bajo análisis. Así lo voto.--
------2. Apreciación de la prueba:----------
------La demandada recurrente, al agraviarse respecto a la apreciación de la prueba, introduce diferentes defensas e incurre incluso en contradicción. Así por un lado sostiene que no quedó probada la prestación deficiente del servicio; por el otro dice que quedó probado el caso fortuito que justificaría la prestación deficiente del servicio ¡O lo uno, o lo otro! Ambas no pueden ser ciertas, pues un principio básico de la lógica nos dice que frente a dos proposiciones contradictorias una, al menos, es necesariamente falsa. Lo dicho hasta aquí es suficiente para rechazar el agravio bajo análisis.----------
------No obstante voy a señalar otros errores argumentales en que incurre el recurrente y que también obstan a la procedencia de su recurso.----------
------La demandada califica como caso fortuito o fuerza mayor a las dificultades que tenía para colocar antenas debido a la ausencia de reglamentación municipal y a la conciencia ambiental de la población.------
------Uno de los requisitos del caso fortuito y la fuerza mayor, para exonerar de responsabilidad, es que deben ser posteriores al nacimiento de la obligación convencional, pues de lo contrario se presume que el obligado pudo evaluar esa circunstancia e igualmente decidió obligarse. Dicho de otra forma, si los obstáculos son anteriores al nacimiento de la obligación, ni son fortuitos ni han de presumirse irresistibles. Otro requisito del caso fortuito y de la fuerza mayor es que han de ser de tal intensidad que tornen imposible el cumplimiento. No basta con una simple dificultad sino que ha de tratarse de una contundente imposibilidad de cumplir. Por último el caso fortuito o la fuerza mayor deben ser acreditados por el obligado tanto respecto a su existencia como respecto a su intensidad impeditiva. Ello no ocurrió.--------
------La prestadora tenía la obligación de brindar un servicio de calidad y no lo hizo. Esto queda fuera de toda discusión. Para exonerarse de las

consecuencias de su incumplimiento debió haber demostrado su total imposibilidad de cumplir y que esa imposibilidad obedecía a un hecho imprevisible o inevitable sobreviniente al nacimiento de su obligación que, a la vez no, le era imputable. Ni la ausencia de reglamentación ni la conciencia ambiental de la población parecen ser hechos que hubieran sobrevenido al nacimiento de la obligación de prestar un servicio de calidad.----------

------Por otro lado, y esto va a ser tenido en cuenta al analizar la indemnización punitiva de daños, la demandada siguió cobrando y lucrando con la prestación de un servicio deficiente trasladando al consumidor las consecuencias de dificultades que le correspondían a ella superar. El *casus* exonera del incumplimiento pero no diluye el sinalagma----------

------También sostiene por hipótesis que las interrupciones del servicio pudieron haber sido *"no penalizables"*. Aquí debo decir que las meras hipótesis no constituyen argumentos suficientes para fundar agravios.-------

------Por último voy a destacar que el recurrente no se hizo cargo, al menos aquí, de una cuestión nodal expuesta en la sentencia y es la especial imposición de carga probatoria derivada del artículo 53 de la Ley de Defensa del Consumidor.----------

------Por todo lo expuesto es que voy a coincidir en que el agravio bajo análisis debe ser rechazado. Así lo voto.----------

------3. El daño punitivo. Procedencia y cálculo:----------

------El recurrente se agravia por la imposición de daños punitivos. ----------

------Comienza por atacar al instituto. Dice que es inconstitucional. Insiste con el carácter accesorio respecto a la procedencia de otros daños. Invoca los principios de enriquecimiento sin causa y el derecho a la propiedad privada. Aduce que ellos solo deberían imponerse en supuestos excepcionalísimos. Dice que no debe graduarse en atención al patrimonio del sancionado. Sostiene que requiere dolo, que ese dolo no se probó y que no corresponde la distribución dinámica de la carga de las pruebas.----------

------Voy a ir desmenuzando cada una de sus quejas.----------

------Respecto a la subsidiariedad de los daños punitivos ya me expedí y no corresponde reiterar conceptos. Solo voy a agregar que ella es solo una aspiración de la parte.----------

------En cuanto a la inconstitucionalidad del art. 52 bis el recurrente lo funda en dos cuestiones. Dice que la norma omite mencionar los elementos que

tipifican la conducta reprochable y aduce que se trata de una creación del derecho anglosajón contraria nuestro sistema. Voy a referirme exclusivamente a esas objeciones a la constitucionalidad y no a otras que suelen hacerse en doctrina y que son igualmente refutables pero que, por razones de economía procesal, deben omitirse.----------

------Atendiendo a la primera tacha de inconstitucionalidad, voy a decir que no existe ni omisión de mencionar los elementos típicos ni mucho menos una ley penal en blanco.----------

------La norma es muy clara. Los daños punitivos proceden cuando el proveedor incumple obligaciones legales o contractuales con el consumidor ¿Que duda puede caber? Ninguna ¿Acaso no sabe el proveedor cuáles son sus obligaciones? Para despejar cualquier incertidumbre: el prestador tenía la obligación legal y reglamentaria de prestar un buen servicio ya que cobrara por ello.----------

------El ilícito de consumo siempre es lucrativo para el proveedor. Genera importante ganancias o ahorra importantes erogaciones. Es demasiado simple: si el proveedor incumple sus obligaciones, corre el riesgo de tener que pagar mucho más que las ganancias inmerecidas derivadas del incumplimiento. Lo que busca la ley es que deje de ser un buen negocio el incumplir. Claro que puede demostrar cualquiera de las causales de interrupción del nexo causal, entre ellas el caso fortuito o la fuerza mayor pero, como dije, debe demostrarlo o pagar la pena.----------

------Quizás lo que pretendía el recurrente era una tipificación penal, pero eso no corresponde aquí. LÓPEZ HERRERA (2008 – 359) explica que la punición civil utiliza una "*literalidad atenuada*" que habilita al juez a sancionar el incumplimiento de obligaciones definidas en otros textos legales o contractuales. Ejemplo de ello es el artículo 45 del Código Procesal Civil y Comercial que autoriza al juez a sancionar la temeridad y la malicia pero no las define[1].----------

------También se equivoca el recurrente cuando dice que los daños punitivos son contrarios nuestro sistema jurídico aunque, justo es decirlo, muchos cometen el mismo error.----------

------Contrariamente a lo que suele creerse hay claros ejemplos de daños

[1] LOPEZ HERRERA, E. Los daños punitivos. Naturaleza. Tipos. Jurisprudencia comparada. Análisis económico. Aplicación al derecho del consumidor (art. 52 bis, ley 24.240). Abeledo Perrot. Buenos Aires 2008.

punitivos no solo en las XII Tablas de Roma, sino también en la Lex Aquilia y en las Institutas de Justiniano que tuvieron mayor influencia en el Derecho continental actual. La idea de que el resarcimiento debe guardar matemática identidad con el daño aparece recién en los trabajos preparatorios al Código Napoleón. Si de ajenidad se trata podría decirse que la idea de equivalencia matemática es más ajena a nuestro sistema que la idea de punición.----------

------En cuanto al Derecho comparado la mayoría de los países del Derecho continental conocen indemnizaciones de carácter punitivo. A modo de ejemplo pueden citarse Francia (Ley de Minas y Código Forestal); Italia (ley de medio ambiente); Alemania (ley propiedad intelectual) Canadá (Código Civil); España (Ley 1/1982 sobre protección al honor) etc. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, suele imponer indemnizaciones punitivas en casos de discriminación. En el sistema continental Interamericano basta con analizar las condenas de daños sentenciadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para advertir que superan largamente el perjuicio irrogado.----------

------En el Derecho argentino los daños punitivos son de larga data. Con seguridad que son muy anteriores a la promulgación del art 52 bis LDC. Aparte del ya mencionado artículo 45 del CPCyC al que hice referencia, pueden citarse como ejemplos los artículos 80, 132 bis y 275 de la Ley de Contrato de Trabajo; los artículos 8, 9, 10 y 15 de la Ley 24.013; los arts. 1 y 2 de la Ley 25.323 entre otros.----------

------El recurrente cita a un autor que se sorprende de que nadie cuestione los daños punitivos. Lo único sorprendente con los daños punitivos de la LDC es que … todavía sorprendan. ----------

------Por último, no hay en ellos un enriquecimiento sin causa ni afectan el derecho subjetivo de propiedad privada.----------

------El enriquecimiento solo es fuente de obligaciones cuando no tiene causa lícita. En este caso hay una ley que los impone. Ninguna discusión cabe al respecto.----------

------Es claro también que no viola el derecho a la propiedad privada sino que, al menos en el caso de marras, lo garantiza, pues cobrar por un servicio y no prestarlo adecuadamente, sin dudas que viola la propiedad privada del usuario. No obsta a lo dicho el hecho de que la demandada haya bonificado efectivamente a algunos clientes que reclamaron. No basta eso para

exonerarse, pues igualmente lucró con todos aquellos que pagaron; obtuvieron un servicio deficiente y no fueron bonificados.----------

------Los daños punitivos no solo son acordes a la Constitución Nacional sino uno de los pocos métodos eficientes para hacer realidad las garantías del artículo 42 de ella.----------

------Además de la tacha de inconstitucionalidad de la que ya me expedí, el recurrente ataca la aplicación de daños punitivos en el caso concreto. En tal sentido se queja diciendo que son excepcionales y que no deben ser regulados en atención a la fortuna del trasgresor.----------

------Si en algo asiste razón al recurrente es cuando dice que los daños punitivos deberían ser excepcionales. Es cierto, deberían ser tan excepcionales como los ilícitos de consumo. Lamentablemente estos últimos son cada vez más frecuentes y por eso aquellos también. En el caso particular el incumplimiento masivo y reiterado del servicio tiene la suficiente excepcionalidad como para merecer una sanción punitiva del daño.----------

------Donde sí se equivoca fuertemente el recurrente es cuando afirma que el cálculo del daño punitivo no debe hacerse en relación a la fortuna del trasgresor. Es que si así no fuese; si se aplicase el mismo daño a la gran empresa que a la pequeña empresa, se lograría el efecto contrario al buscado. Las grandes empresas podrían pagar por su impunidad y seguir cometiendo ilícitos muy redituables, mientras que las pequeñas, por lo mismo, desaparecerían. Cuando el artículo 52 bis, a continuación de *"la gravedad del hecho"* menta a las *"demás circunstancias del caso"* se refiere a la fortuna del trasgresor. De no ser así, los daños punitivos no podrían cumplir la función ejemplificadora en contra del ilícito de consumo. Es esta la función social del instituto a la que se refiere reiterada jurisprudencia y que no podría lograrse si no se calculase en atención a fortuna de quien comete el ilícito de consumo----------

------Aduce el recurrente que no hay inconducta grave y punible de su parte, pues no se ha demostrado dolo y no corresponde la aplicación de las cargas dinámica de la prueba.----------

------Nuevamente se equivoca. El actor ha demostrado incumplimientos; ha demostrado también que esos incumplimientos han sido reiterados y han provocado un incremento de denuncias; por último demostró que, en ocasiones, la demandada había resarcido a ciertos usuarios lo cual implica

un reconocimiento solo que no lo hizo con todos sino solo con quienes se lo reclamaron.----------

-------Probado el incumplimiento es el obligado el que debe demostrar que ese cumplimento no le es imputable. Es decir, aun siguiendo la forma tradicional de distribución de la prueba, corresponde al proveedor demostrar por qué es que no pudo cumplir y cuál fue el grado de obstrucción.----------

------No obstante ello, debo decir que las escusas presentadas por la recurrente respecto a la falta de normas municipales y a una excesiva conciencia ambiental en el medio, no son sino tales, es decir escusas. No logró demostrar que la causa de la deficiencia en la prestación del servicio hubiera sido el resultado de una conducta obstruccionista por parte del municipio o de la sociedad; No logró demostrar que el obstáculo, de existir, era imprevisible e inevitable o que no hubiera podido cumplir por otra vía. Lo que sí quedó demostrado es que cobró regularmente por un servicio muy deficiente y eso, sin dudas, que es reprochable.----------

------Por último, no encuentro por qué habría que exonerar a la demandada de la imposición que establece la LDC en el artículo 53 respecto a la carga de la prueba. La ley no hace ninguna excepción a este respecto y allí donde el legislador no distingue tampoco debe hacerlo el juez, máxime cuando es la misma ley la que nos manda interpretar en el sentido más favorable al consumidor.----------

------Por lo expuesto es que coincido en que el agravio bajo análisis debe ser rechazado. Así lo voto.----------

------Corresponde revisar ahora la condena diferenciada impuesta por la sentencia según se trate de clientes pre pagos y clientes post pagos.----------

------Efectivamente, según la sentencia corresponde condenar una suma mayor en concepto de daño punitivo según se trate de un abonado con sistema pre pago o pos pago----------

------De ello se agravia el actor. Invoca el carácter disuasivo de los daños punitivos y dice que se debe disuadir a la demandada de futuros incumplimientos tanto en perjuicio de los usuarios post pagos como del pre pagos y no habría porque marcar diferencia alguna.----------

----No le asiste razón. Voy a comenzar recordando que los daños punitivos no tienen solo un efecto disuasivo sino también punitivo. Por eso como dice

el Sr. Juez de la anterior instancia debe tenerse en cuenta la gravedad del incumplimiento.----------

------En este sentido debo decir que el reproche no ha de ser el mismo respecto a los usuarios pre pagos que a los post pagos. Es cierto que ambos se vieron patrimonialmente afectados, conforme lo explicaré más adelante pero hay mayor reprochabilidad en el hecho de cobrar abono sin prestar adecuado servicio que el de generar pérdidas sin paralelamente lucrar por ello.----------

------En el caso de los usuarios post pago no solo se les incumplió el deber de prestar el servicio (como ocurrió con los usuarios pre pagos), sino que además se les cobró por ese servicio deficientemente prestado como si el cumplimiento hubiera sido regular apropiándose indebidamente de lo que era ajeno.----------

------Es razonable que el daño punitivo sea distinto frente a ambos incumplimientos y frente a ambos clientes, tal como hizo el Sr. Juez de grado. Voy a votar por el rechazo del agravio bajo análisis.----------

------4. Los daños materiales y morales individuales:----------

------La sentencia rechazó los daños morales y materiales reclamados por la actora en beneficio de todos los integrantes de la clase. Dice que el actor no está legitimado para reclamarlos, pues se trata de daños individuales y no homogéneos. Explica que cada daño será diferente y por lo tanto no se puede establecer una suma igual para todos.----------

------De ello se queja el recurrente. Sostiene que en una acción de clase el resarcimiento es un piso mínimo que no perjudica a aquellos que logren demostrar un daño mayor. Por otro lado aduce que fue la misma demandada la que hizo un cálculo del daño material y bonificó a los usuarios pero solo a aquellos que reclamaron. En cuanto al daño moral agrega que el mismo se prueba *in re ipsa* y surge de la propia privación del servicio.----------

------Voy a comenzar haciendo una salvedad. En las acciones de clases no se reclaman daños homogéneos sino derechos homogéneos a ser resarcidos por un daño que siempre será individual.----------

------En segundo lugar si se ha declarado procedente la acción de clases es porque, dada la naturaleza del reclamo, el actor está legitimado para reclamar, no solo en nombre propio sino en el de los demás integrantes de la clase.----------

------En tercer lugar, dada las características de la acción de clases, cuando en ella se analizan indemnizaciones, la condena siempre será un monto homogéneo y genérico calculado en abstracto y teniendo en cuenta un parámetro objetivo equivalente al consumidor o usuario medio en una situación habitual.----------

------El artículo 54, que es donde se regula las acciones de incidencia colectiva dice: *"Si la cuestión tuviese contenido patrimonial establecerá las pautas para la reparación económica o el procedimiento para su determinación sobre la base del principio de reparación integral. Si se trata de la restitución de sumas de dinero se hará por los mismos medios que fueron percibidas; de no ser ello posible, mediante sistemas que permitan que los afectados puedan acceder a la reparación y, si no pudieran ser individualizados, el juez fijará la manera en que el resarcimiento sea instrumentado, en la forma que más beneficie al grupo afectado. Si se trata de daños diferenciados para cada consumidor o usuario, de ser factible se establecerán grupos o clases de cada uno de ellos y, por vía incidental, podrán éstos estimar y demandar la indemnización particular que les corresponda"*----------

------En cuanto al efecto expansivo de la cosa juzgada y el posible perjuicio que ello puede ocasionar al consumidor, la LDC se aparta del modelo anglosajón de las *class actions* y exige una información previa al consumidor para que pueda repeler los efectos de la cosa juzgada; derecho que puede ejercer solo hasta el dictado la sentencia. Textualmente la ley dice *"La sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga"*.----------

------Se discute en doctrina que pasaría si un consumidor aduce no haber tomado conocimiento de la acción e inicia un juicio individual. Parte de ella considera que tal planteo sería plenamente procedente. No obstante, se trata de una cuestión hipotética respecto a la cual no corresponde expedirme.-----

------Conforme lo expuesto no encuentro objeción a que se haga lugar a la indemnización solicitada en la demanda, pues mediante sentencia 1433/2013 (p. 1530/1532 vta.) se ordenó dar aviso público del inicio de la

presente acción lo cual se cumplió en la modalidad ordenada y el representante de la clase consideró integrado el grupo con las 1400 planillas de reclamo adjuntadas. Es que hasta resulta extemporáneo negar legitimación activa para reclamar daños individuales cuando se ha decidido dar aviso a los potenciales integrantes de la clase, se ha dado efectivamente aviso y todo ello quedó firme y consentido al inicio del trámite. Dicho de otro modo, si no existía legitimación activa el Juez de grado no debió haber ordenado el procedimiento del artículo 54 con el dispendio que ello implica. Contrario sensu, si de dio el aviso del artículo 54 y ello fue consentido es porque el actor estaba legitimado y discutirlo ahora deviene extemporáneo sin perjuicio de que, tal como lo dije, tal legitimación activa irrefutablemente existe. ----------

------Por lo expuesto considero se debe hacer lugar a la apelación opuesta por la actora y se debe ordenar la indemnización a los usuarios.----------

En cuanto al monto de resarcimiento parece adecuado el cálculo efectuado en la demanda y que toma como parámetro la restitución de $10 ordenada por la Res. N° 824/2012 por una interrupción del servicio de varias horas durante el 2 de abril de 2012; la multiplica por treinta para sacar la indemnización mensual aclarando que la deficiente prestación duró tres meses. Entiende que el monto resultante es inclusivo tanto del daño material como el daño moral. ----------

------En la demanda explica que el daño material corresponde tanto a los usuarios pre pagos como a los post pagos, pues respecto a los primeros hubo costos de llamadas que no llegaron a destino y descuento de minutos. Además en el artículo 2 de la Res. CNC no se distingue entre usuarios pre pago y pos pagos respecto a la restitución. Es necesario hacer una salvedad: aquí no se está juzgando el grado de reproche sino exclusivamente el daño material y ambos tipos de usuarios lo tuvieron----------

------También hay que decir que la equivalencia entre daño y resarcimiento en las acciones de clase es solo aproximada; obedece a un cálculo genérico e hipotético que prescinde de las condiciones individuales y por eso permite abstraerse de la clase antes del dictado de la sentencia.----------

------No caben dudas que el daño moral es igual independientemente de la modalidad de pago del servicio.----------

------En consecuencia, voto por condenar a la demandada al pago de una

indemnización de $300 por cada mes de servicio deficientemente prestado y por cada usuario del servicio.----------

------5. Las costas de la anterior instancia:----------

------Se agravia la demandada de que se le hubieran impuesto las costas en su totalidad, pues aduce que la demanda solo procedió en parte (art. 72 CPCyC).----------

------Debo decir que conforme la solución que propongo al Pleno la queja deviene abstracta. El actor ha triunfado en su pretensión y debe aplicarse el principio objetivo de la derrota.----------

------Por lo expuesto propongo al Pleno el rechazo del agravio bajo análisis.-

------ 6. Los honorarios del Dr. P.:----------

------El Dr P. apeló por bajos sus honorarios en atención a que no se tuvo en cuenta el monto del proceso.----------

------Le asiste razón. El artículo 6 de la Ley XIII nº 4 establece que los honorarios serán un porcentaje del monto del proceso. El fundamento de ello es que el monto del proceso puede variar en las diferentes instancias tal como ocurrió aquí.----------

------Voy a coincidir con el Sr. Juez que me precedió en el tratamiento de la cuestión en que los honorarios del Dr. P. se deben establecer en un 11% del monto del proceso atento a la labor desarrollada, lo novedosa de la cuestión y los demás parámetros establecidos en la ley arancelaria. Así lo voto.--------

------Resta referirme a las costas de la presente instancia y en atención a la solución que propongo a Pleno ellas se deben imponer a la demandada vencida conforme principio objetivo de la derrota del que no encuentro motivos para apartarme. Así lo voto.----------

------A la SEGUNDA CUESTIÓN, el Dr. PETRIS, dijo:----------

------Conforme lo expuesto al analizar la primera cuestión propongo al Pleno: **1) CONFIRMAR**, parcialmente, la sentencia apelada, **revocándola** en cuanto a la reparación integral solicitada, **haciéndose** lugar a la misma por la suma de $300 por cada mes de servicio deficientemente prestado durante el período 1 de marzo de 2013 al 31 de mayo de 2013, más intereses a la tasa activa del B. del C. S.A. desde que se produjo el daño, y **modificar** los honorarios profesionales del Dr. C. F. P., los que se establecen en el 11% del monto del proceso a determinarse en la etapa procesal oportuna; **2) IMPONER** las costas de la presente instancia a la demandada vencida (art.

69 del C.P.C. y C.); **3) REGULAR** los honorarios profesionales del Dr. C. F. P. en el 3,85% del monto del proceso a determinarse, y los del Dr. F. A. en la suma de $29.055,70, en ambos casos, más el IVA si correspondiere (art. 13 de la Ley XIII N°: 4) por sus actuaciones en esta instancia y **4) TENER PRESENTE** la reserva del Caso Federal planteada.----------

------A IDÉNTICA CUESTIÓN, el Dr. FLASS, dijo:----------

------En atención a lo manifestado al analizar la primera cuestión voto por **1) CONFIRMAR**, parcialmente, la sentencia apelada, **revocándola** en cuanto a la reparación integral solicitada, **haciéndose** lugar a la misma por la suma de $300 por cada mes de servicio deficientemente prestado durante el período 1 de marzo de 2013 al 31 de mayo de 2013, más intereses a la tasa activa del B. del C. S.A. desde que se produjo el daño, y **modificar** los emolumentos del Dr. C. F. P., los que se establecen en el 11% del monto del proceso a determinarse en la etapa procesal oportuna. **2) IMPONER** las costas de esta instancia a la demandada vencida en autos (art. 69 CPCC). **3) REGULAR** los honorarios del Dr. C. F. P. en el 3,85% del monto del proceso a determinarse, y los del Dr. F. A. en la suma de $29.055,70, en ambos casos, más el IVA pertinente (art. 13 de la Ley XIII N°: 4) por la labor desarrollada en esta Alzada y **4) TENER PRESENTE** la reserva del Caso Federal planteada.----------

------Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictarse la siguiente:----------

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

------Y VISTO: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, ***resuelve:***----------

------I.- CONFIRMAR, parcialmente, la sentencia apelada, **revocándola** en cuanto a la reparación integral solicitada, **haciéndose** lugar a la misma por la suma de $300 por cada mes de servicio deficientemente prestado durante el período 1 de marzo de 2013 al 31 de mayo de 2013, más intereses a la tasa activa del B. del C. S.A. desde que se produjo el daño, y **modificar** los honorarios profesionales del Dr. C. F. P., los que se establecen en el 11% del monto del proceso a determinarse en la etapa procesal oportuna.---------

------II.- IMPONER las costas de la presente instancia a la demandada vencida (art. 69 del C.P.C. y C.).----------

------III.- REGULAR los honorarios profesionales del Dr. C. F. P. en el

3,85% del monto del proceso a determinarse, y los del Dr. F. A. en la suma de $29.055,70, en ambos casos, más el IVA si correspondiere (art. 13 de la Ley XIII N°: 4) por sus actuaciones en esta instancia.----------

------IV.- TENER PRESENTE la reserva del Caso Federal planteada.------

------V.- REGÍSTRESE, notifíquese y devuélvase.----------

-----La presente sentencia es dictada por dos Jueces de Cámara por haberse alcanzado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17 del Digesto Jurídico de la provincia) y no haber hecho uso el Dr. Jorge Luis Früchtenicht de la facultad que le asiste conforme a lo dispuesto por el art. 274, último parte, del C.P.C. y C.----------

GÜNTHER E. FLASS **CLAUDIO A. PETRIS**

REGISTRADA BAJO EL N° CANO DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS DEL AÑO 2021. CONSTE.