

Datos del Expediente

Carátula: TALIERCIO DI IORIO FIORELLA LUCIA C/ TELECOM PERSONAL S.A. Y BUSCOM SA S/ DAÑOS Y PERJUICIOS INCUMP. CONTRACTUAL (EXC. EST

Fecha inicio: 03/04/2019

N° de

Receptoría: MP - 13561 - 2017

N° de

Expediente: 167624

Estado: Fuera del Organismo - En Juz.
Origen

REFERENCIAS

Sentencia - Folio: 707

Sentencia - Nro. de Registro: 138

11/06/2019 - SENTENCIA DEFINITIVA

Texto del Proveído

----- Para copiar y pegar el texto seleccione desde aquí (sin incluir esta línea) -----

REGISTRADA BAJO EL N° 138-S F° 707/12

Expediente nº 167.624 – Juzgado nº 16

En la ciudad de Mar del Plata a los 11 días del mes de junio del año dos mil diecinueve, reunida la Excelentísima Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Segunda, en acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos: “**TALIERCIO DI IORIO FIORELLA C. TELECOM PERSONAL S.A. Y BUSCOM S.A. S. DAÑOS Y PERJUICIOS. INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL**”. Habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial, resultó que la votación debía ser en el siguiente orden: Dres. Ricardo D. Monterisi y Alfredo E. Méndez, en virtud de la excusación formulada por el Dr. Roberto José Loustaunau a fs. 309 y que se acepta en este acto.

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES

1) ¿Es justa la sentencia definitiva dictada el 6 de febrero de 2019 y que obra glosada a fs. 276/292?

2) ¿Que pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión el Sr. Juez Dr. Ricardo D. Monterisi dijo:

I. En la sentencia dictada el 6 de febrero de 2019 el Sr. Juez de primera instancia hizo lugar a la demanda promovida por Fiorella Taliercio Di Iorio contra Buscom SA y Telecom Personal SA, condenándolas en forma solidaria a abonarle la suma de \$50.000 en concepto de daño moral, con más intereses liquidados a la tasa pasiva más alta del Banco de la Provincia de Buenos Aires, desde el 30.1.2018. Impuso las costas a las accionadas y difirió la regulación de honorarios.

Para así decidirlo, explicó que la operación comercial que vincula a las partes no fue controvertida y que la controversia se ciñe al alegado incumplimiento del deber de información sobre la opción que la empresa Buscom le presentó a la actora respecto a mantener o cambiar el plan de servicios, la modificación unilateral operada y la falta de solución pese a sus “insistentes” reclamos (fs. 281 considerando IV).

Consideró falaz la afirmación de la codemandada Buscom SA relativa a que no tuvo conocimiento de los hechos hasta este juicio, desmentida por las actuaciones administrativas, de las que surge que no asistió y se desentendió del problema. En esa sede se le impuso una sanción pecuniaria de \$ 70.000 y de \$ 135.000 a Telecom SA.

En base a las declaraciones testimoniales producidas en la audiencia de vista de causa, concluyó que las empresas demandadas eran responsables solidarias por el incumplimiento del deber de información respecto al producto y servicio contratado, sin que quepa admitir como defensa que desconocen quien fue el autor del cambio del plan original.

Refirió que los accionados nada probaron al respecto, y en su carácter de profesionales estaban en mejores condiciones de aportar los elementos documentales para acreditarlo (grabación telefónica, grabación de mails o correos electrónicos que confirmen la elección de cambio de plan o, “lo que es mejor al fin” un contrato escrito firmado por el consumidor para el cambio del plan anterior) (fs. 284).

En cuanto a los perjuicios reclamados, hizo lugar al daño moral en la suma de \$ 50.000, y rechazó los restantes.

Sobre el daño punitivo señaló que más allá del incumplimiento contractual no se configuraban en la conducta de las demandadas la gravedad o el absoluto desprecio por los derechos del consumidor que la doctrina y jurisprudencia exigen. Valoró que en varias instancias se le ofrecieron diversas formas de reparación que, no obstante haber sido desestimadas por la reclamante, importaron –al menos– una actitud que a su entender no reunía aquellas características agravantes. Finalmente, tuvo en cuenta que no se aportaron pruebas tendientes a demostrar la conducta “recalcitrante” reiterada en el tiempo en supuestos semejantes destinada a obtener ventajas económicas, aspecto sobre el cual destacó que no se acreditó la existencia de otros expedientes con denuncias de la misma índole ni contaba en su Juzgado con alguno de igual naturaleza.

En lo que respecta a la multa civil, desestimó el reclamo con fundamento en lo normado por el art. 40 bis de la ley 24.240, indicando que esa norma –más allá de su dudosa constitucionalidad– delega en el Poder Ejecutivo la facultad de aplicar esa penalidad, que oportunamente, fue establecida en sede administrativa.

Por otra parte, señaló, la actora se limitó a reclamar un nuevo rubro indemnizatorio sin especificar cuál fue el daño directo que la conducta de las demandadas le generó, por lo que el reclamo no merece reconocimiento (fs. 288).

Finalmente, rechazó el rubro “gastos de mediación” porque además de no indicar su composición, consideró que debe ser diferido para el momento de la liquidación pertinente, por estar comprendido en la condena en costas.

II. Síntesis de los agravios.

La actora fundó su recurso mediante la presentación electrónica depositada en el servidor del poder judicial en fecha 20/2/2019, mereciendo únicamente la réplica de la codemandada Telecom S.A. Su único agravio estuvo dirigido a criticar el rechazo del rubro daño punitivo, aspecto sobre el cual –en prieta síntesis– argumenta:

i) que se dan en el caso los presupuestos para admitirlo, porque: a) consiste en una suma de dinero que se otorga al damnificado por encima del daño sufrido; b) su finalidad es castigar al incumplidor y disuadirlo de continuar con esa conducta o similares; c) tiene una finalidad de prevención general.

ii) que su parte fue “engañada dolosamente” en la contratación al modificar unilateralmente su plan por otro más oneroso, pese a que había dejado aclarado cuál era el plan que quería. Refiere que la conducta de “*Personal*” fue grave porque no solo incumplió las condiciones de compra del celular (por el que pagó un mayor precio para mantener el plan contratado originalmente), sino que obligó a la consumidora a desembolsar más dinero, perder tiempo y a cambiar de compañía telefónica cuando no lo tenía previsto. Ese obrar con “omnipotencia, prepotencia e impunidad” justifican la aplicación de la multa para evitar que otros particulares sufran hechos similares.

iii) que el argumento del *a quo* relativo a que no se ha probado que se trata de una conducta reiterada le causó agravio porque “*no se puede pretender que realice una tarea investigativa que no está a su alcance ni cuenta con los medios para hacerla*”. Sólo las empresas demandadas conocen la reiteración de conductas como la denunciada porque sólo ellas asumen el riesgo costo-beneficio en su práctica, “*indicando el sentido común que no fue sola la actora víctima de la maniobra realizada, sino que muchas otras personas se habrán visto afectadas, aunque nada reclamen*”.

III. Tratamiento de los agravios.

a. El recurso, adelanto, no prospera.

Ya he señalado en otras oportunidades (mi voto en causas 162.615 -“Curry...”- del 27/04/2017 y 164.060 -“Gabas...”- del 07/02/2018) que el daño punitivo consiste en “sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro” (Pizarro, Ramón D., “Derecho de Daños”, 2° parte, La Roca Buenos Aires, 1993, pág. 291 y ss.).

En mi voto en la causa “*Machinandiarena Hernández, Nicolás c/ Telefónica de Argentina s/ Reclamo contra actos de particulares*” (Expte. 143.790, res. del 27/05/2009) expuse que para que la actuación del proveedor merezca la citada sanción, el art. 52 *bis* de la Ley 24.240 sólo exige

el incumplimiento por parte de éste de sus obligaciones legales o contractuales para con el consumidor. Nada más. En consecuencia, el daño punitivo resultaría aplicable a todos los casos en los que se de cualquiera de los citados extremos, es decir, a todo vínculo jurídico dentro de la relación de consumo. Entonces, allí donde haya un reclamo por un derecho violado, dentro de esta relación, existirá a la par la potestad de exigir daños punitivos (Confr. Álvarez Larrondo, “*Contrato de paseo en un shopping, deber de seguridad, daños punitivos y reforma de la ley 26.361*”, LL 2008-D, 58).

Empero, también he reconocido que el amplio alcance que le fue asignado al instituto en el art. 52 *bis* de la Ley de Defensa del Consumidor contrasta con las posturas dominantes en el derecho comparado, en cuanto afirman que las indemnizaciones o daños punitivos sólo proceden en **supuestos de particular gravedad**, calificados por el dolo o la culpa grave del sancionado o por la obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito o, en casos excepcionales, por un abuso de posición de poder, particularmente cuando ella evidencia **menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva** (Stiglitz, Rubén S. y Pizarro, Ramón D., “Reformas a la ley de defensa del consumidor”, LL 2009-B, 949).

Al presente esta postura se impone en la jurisprudencia nacional que, en forma ampliamente mayoritaria, considera que el mero incumplimiento de la normativa no basta para que proceda la aplicación de la multa civil, propugnando una interpretación sistemática del texto legal. En ese sentido, se señala que para la configuración del daño punitivo debe concurrir un elemento subjetivo agravado en la conducta del proveedor de bienes o servicios, que se traduce en culpa grave o dolo, negligencia grosera, actitud temeraria o notorio menosprecio por los derechos ajenos, así como un elemento objetivo consistente en un daño que por su gravedad, trascendencia social o repercusión institucional demande la imposición de una sanción ejemplar (v. CNCom. Sala A, “Emacny S.A. s/ ordinario” S. 9/11/2010, eIDial.com AA6880; idem Sala F, “R.S.A. c/ Compañía Financiera Argentina S.A.” S. 10-5-2012, eIDial.com AA769F y “Murana c/ Peugeot Citroen Argentina S.A.” S. 5-6-2012, eIDial.com AA792B; idem Sala D, “E.N. c/ Galeno S.A.” 28-6-2012 eIDial.com AA7AC3; idem Sala C, “P.G.M. c/ Nación Seguros de Vida S.A.” S. 11-7-2013, eIDial.com AA8856; CNCiv. Sala H, “San Miguel c/ Telecentro S.A.” S. 10-12-2012, eIDial.com AA7CC9; CNCiv. y Com. Fed. Sala I, “L.M. c/ Edesur S.A.” S. 15-7-2014, eIDial.com AA8A08; TSJ Córdoba, “Teijeiro c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A.” S. 15-4-2014, eIDial.com AA8934; Cám. Sexta Civ. y Com. Córdoba, “R.S. c/ Amx Argentina S.A.” S. 26-3-2015, eIDial.com AA8EA7; Cám. Civ. y Com. Rosario, “Rodríguez c/ AFA” S. 9-4-2013, eIDial.com AA80D2; Cám. Civ. y Com. Azul, “Rossi c/ Whirlpool Arg. S.A.” S. 11-6-2013, eIDial.com AA805D, entre otros).

Esta idea se acompasa con la función económica que también se le ha asignado al instituto, funcionando como un elemento disuasivo para que el proveedor de un producto o servicio no continúe, mantenga o repita conductas similares a las que motivaron la multa, destruyendo la denominada “ecuación perversa” conforme la cual al empresario le resulta menos costoso dañar y reparar en el caso individual antes que prevenir y evitar en la generalidad de los casos (Irigoyen Testa, Matías, “¿Cuándo el juez puede y cuándo debe condenar por daños punitivos?”. RCyS 2009-X, 16; Cám.Ap.Civ.Com. de Rosario, Sala IV, “Vázquez Ferreyra, Roberto c. Claro AMX Argentina y otro s/ daños y perjuicios”, del 07/08/2012).

b. No escapa a mi conocimiento lo resuelto por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires en caso *"Castelli, María Cecilia contra Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. s/ Nulidad de acto jurídico"* (C.119.562, del 17/10/2018). Allí la Corte afirmó que «[e]l art. 52 bis de la ley 24.240, incorporado por la ley 26.361 (B.O. del 7-IV-2008) es claro en cuanto impone una sola exigencia para la aplicación de la multa o resarcimiento del daño punitivo: que el proveedor no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor» (voto del juez de Lázzari). Agregó que la sanción no requiere «un grave reproche subjetivo en la conducta del dañador ni un supuesto de particular gravedad caracterizado por el menosprecio a los derechos del damnificado a los fines de juzgar la aplicación de la sanción civil» (fallo cit.).

Reconozco que la interpretación del Máximo Tribunal bonaerense parece ponerse en pugna con la exégesis que ha sostenido este Tribunal en los precedentes ya mencionados: esto es, según la Casación, a la hora de aplicar la multa no debiera exigirse un incumplimiento de gravedad o que este último sea pasible de un reproche que la norma, en rigor, no contempla ni prescribe.

Sin embargo, no solo considero que ello no ha de cambiar la suerte del embate, sino que además me permito señalar mi disidencia con la exégesis propuesta por la Casación e insistir en el estándar detallado en los párrafos precedentes con base en los desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales mayoritarios.

En efecto, el artículo 52 bis de la LDC dice que «[a]l proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor (...)».

La norma no impone al juez un deber de sancionar ante la sola verificación de un incumplimiento obligacional del proveedor. Si así hubiera sido regulado, la multa no sería más que la consecuencia jurídica forzosa derivada de la aplicación estricta de una norma ante la verificación procesal de un cierto estado de cosas (aquel que ha sido contemplado por el legislador como el antecedente de su aplicación). En otras palabras, la decisión de sancionar sería la conclusión de un sencillo silogismo: de verificarse un cierto estado de cosas –el incumplimiento– necesaria e indefectiblemente debe seguirse una cierta consecuencia normativa –el juez debe aplicar una sanción–.

Pero no es esa la opción deóntica escogida por nuestro legislador. La ley regula *una facultad o prerrogativa del magistrado*, de lo que se sigue que si se verifica un cierto estado de cosas (el incumplimiento de un proveedor) el juez *puede sancionar*, pero también *puede no hacerlo* aun cuando aquél presupuesto fáctico se encuentre acreditado.

De ello se sigue un interrogante para cuya respuesta –como la propia Corte lo reconoce– la norma no brinda pautas claras: ¿qué razón puede motivar al juez a aplicar la sanción en un caso y no en otro, aun cuando en ambos se hubiere comprobado el incumplimiento obligacional de la proveedora? O quizás la pregunta pueda plantearse de ésta otra manera: si ante dos casos que comparten una propiedad en común (que en ambos se verificó una ilicitud negocial en el marco de un contrato de consumo) el juez puede aplicar una multa en uno y no en el otro, ¿no es razonable pensar que, aceptando que lo anterior no implica un defecto en el desempeño del magistrado, la

norma condiciona la aplicación de la multa *a algo más* que la sola verificación del incumplimiento obligacional?

La respuesta, sin duda, es afirmativa: la estructura lógica y deóntica del art. 52 *bis* de la Ley 24.240 lleva a considerar que *la aplicación de la sanción depende siempre de algo más que la solitaria exigencia de la ilicitud negocial*. Y ese *algo más* necesariamente ha de ser la valoración crítica que el juez debe efectuar sobre los incumplimientos de la proveedora, tarea para la cual – también necesariamente– debe acudir a un cierto parámetro, criterio o estándar que determina y condiciona [consciente o inconscientemente, expresa o implícitamente] la conclusión decisional que vuelca en su fallo. Por cierto: una valoración exactamente igual a la que la Suprema Corte efectúa sobre la base del comportamiento del Banco Galicia en el mencionado caso “*Castelli*” al momento de confirmar la multa aplicada por la Cámara bahiense (v. considerando V.1.d. del voto del ministro de Lázari).

Es cierto que la norma no exige expresamente una cierta evaluación crítica del incumplimiento de la proveedora, pero al regular una facultad jurisdiccional [y no un deber que conlleva una consecuencia normativa forzosa e imperativa] implícitamente admite que la conducta de la demandada debe ser sometida a un escrutinio jurisdiccional de cuya suerte o resultado se determine si en el caso procede o no la punición.

Si ello es así –y no dudo que lo sea– el problema no radica en verdad en la disyuntiva de exigir o no exigir algo más que un simple incumplimiento del proveedor como recaudo para la aplicación de una multa civil. En tal caso, el debate pasa por definir si consideramos valioso que el juez explicita en sus sentencias los parámetros –objetivos, subjetivos, morales, económicos o del tipo que sea– que indefectible y necesariamente tendrán una relevancia fundamental a la hora poner en práctica la facultad contemplada en el art. 52 *bis* de la LDC y decidir si en un cierto caso ha entendido justificada la imposición de una sanción civil. Y el debate pasa también por analizar cuáles son -o entendemos que deben ser- los estándares que deben constituirse como parámetros para tomar esa decisión.

Es este último el contexto en el cual la doctrina ha sugerido –con razón y buenos argumentos– que el juez no aplique sin más una penalidad allí donde se verifica un simple incumplimiento: por el contrario, debe analizar si las conductas reprochadas revisten, además, una cierta gravedad o reflejan un verdadero desprecio por los derechos de la parte débil del contrato de consumo. Y, tal como adelanté, adhiero plenamente a esta propuesta conceptual pues se muestra como un parámetro razonable para definir si corresponde o no aplicar una sanción.

No se trata de hacerle decir a la ley lo que ella no dice, sino que se trata de brindar herramientas explícitas y verificables para que el juez justifique de qué manera evalúa las conductas de la demandada y explicita bajo qué parámetros ejercita la prerrogativa punitiva contemplada en la ley, imponiendo multas en algunos casos y desestimándola en otros.

Ya he dicho en otra oportunidad (mi voto en causa n° 164033 -“*Paco Beltrán...*”, de la Sala Primera, del 21/08/2018) que siempre es preferible que el juez exteriorice todas las premisas de su razonamiento dado que ello redundará en un resultado socialmente valioso: legitima la decisión como

acto de poder, permite a las partes la comprensión de los fundamentos del fallo y facilita su crítica en instancias recursivas si es que acaso consideran que es injusta o inadecuada (art. 42 de la CN y 52 *bis* de la Ley 24.240).

c. Ahora bien, he leído minuciosamente la totalidad de las constancias obrantes en este expediente, he reparado con atención en los reproches que la actora formuló sobre la conducta de los demandados y —por último y primordialmente— he ponderado con detenimiento la entidad de los incumplimientos sobre los cuales el magistrado juzgó la procedencia de la demanda y respecto de los cuales las accionadas no han invocado agravio alguno.

Sin dejar de sopesar las incomodidades, los disgustos y la impotencia que el comportamiento de las demandadas debió haber provocado en la Sra. Taliercio Di Iorio —aspectos que deben considerarse comprendidos en la reparación del daño extrapatrimonial— y más allá de la inadmisibilidad de las defensas desplegadas por las accionadas para resistir la pretensión, lo cierto es que el reclamo de la actora prosperó sobre la base de un incumplimiento negocial que, objetivamente, no muestra una gravedad suficiente como para justificar la punición.

Si bien coincido con la recurrente en cuanto no es dable exigirle que acredite circunstancias de hecho que exceden a sus posibilidades de conocimiento (por caso, si las demandadas se conducen de una u otra manera en forma habitual y reiterada), lo cierto es que no hay en el expediente elementos que permita inferir —o siquiera sospechar por vía indiciaria— que los hechos que dieron origen al diferendo obedecen a un patrón de comportamiento ilícito de las accionadas que, aun no revistiendo gravedad en su individualidad, pudiera igualmente dar un fundamento concreto a la aplicación de la sanción.

En suma, entiendo que la solución del Sr. juez *a quo* ha sido la correcta, motivo por el cual propondré al acuerdo el rechazo del recurso (arts. 34.4, 68, 163.6 y cctes. del CPCCBA, art. 1, 4, 52 *bis* de la Ley 24.40).

ASI LO VOTO

El Sr. Juez Dr. Alfredo E. Méndez votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión el Sr. Juez Dr. Monterisi dijo:

Corresponde: I) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, con costas (art. 68 del CPCCBA) y II) Diferir la regulación de los honorarios para su oportunidad (art. 31 de la ley 14.967).

ASI LO VOTO

El Sr. Juez Dr. Alfredo E. Méndez votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

SENTENCIA

Con fundamento en el acuerdo precedente se dicta la siguiente sentencia: **I)** Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, con costas (art. 68 del CPCCBA); **II)** Diferir la regulación de los honorarios para su oportunidad (art. 31 de la ley 14.967). **III) Regístrese. Notifíquese personalmente o por cédula** (art. 135 del CPC). Cumplido, devuélvase.

RICARDO D. MONTERISI ALFREDO E. MÉNDEZ

ALEXIS A. FERRAIRONE

SECRETARIO

----- Para copiar y pegar el texto seleccione hasta aquí (sin incluir esta línea) -----

[Volver al expediente](#) [Imprimir](#) ^